

RESUMO

Esta pesquisa discute configurações institucionais ótimas e sugere, nas atuais circunstâncias brasileiras, mecanismos de cooperação inter-institucional, de sorte a maximizar a eficiência de ações conjuntas entre agências regulatórias e de defesa da concorrência, minimizando os custos de coordenação.

A pesquisa contém três partes. A primeira discute aspectos teóricos de um sistema de competências complementares entre a autoridade de defesa da concorrência e a agência regulatória, destacando suas eventuais vantagens comparativamente às possíveis configurações institucionais alternativas.

A segunda contém breve sumário da experiência histórico-concreta nos planos mundial e nacional, procurando situar, na medida do possível, diferentes países e setores em tipologia sugerida na primeira parte. A terceira apresenta algumas recomendações de política.

PALAVRAS-CHAVE

Defesa da concorrência; Livre-concorrência; Regulação; Reforma institucional; Infra-estrutura; Teoria da captura; Sistema de competências.

ABSTRACT

This work discusses basic criteria for selection of an adequate institutional model for maximizing efficiency of competition law enforcers and public utility regulators. The first one discusses the conceptual basis for a system of complementary jurisdictions between antitrust authorities and public utility regulators. The second part analysis national and international historical experiences of the relationship

between antitrust authorities and regulators. Finally, the third part suggests some policy making recommendations.

KEY WORDS

Competition policy; Regulation capture theory; Public utilities.

SUMÁRIO

I.	Introdução	6
II.	Divisão de trabalho entre autoridades de defesa da concorrência e de regulação: possíveis configurações institucionais.....	7
1.	Defesa da concorrência versus regulação: as fronteiras nos séculos XIX e XX.....	8
2.	Indistinção de fronteiras na virada do milênio	10
3.	Configurações institucionais alternativas.....	13
4.	Critérios para a escolha do desenho institucional ótimo.....	19
5.	Agência multisetorial versus sistema de multi-agências.....	25
III.	Aspectos históricos.....	26
1.	Aspectos da experiência internacional	26
1.1.	A reforma regulatória do setor de telecomunicações na Europa: preparativo de um ambiente concorrencial.....	27
1.2.	Itália: da participação das operadoras públicas na regulação setorial à criação de uma agência independente.	30
1.3.	França: do vínculo com a Administração à constituição de uma agência independente.....	33
1.4.	Inglaterra: a reforma liberal e os problemas de defesa da concorrência no setor de telecomunicações.	35
1.5.	Estados Unidos da América do Norte: a multiplicidade de órgãos reguladores.....	36

1.6. Coréia: vínculo maior com a Administração direta.	37
1.7. Nova Zelândia: a confiança na legislação de defesa da concorrência .	38
1.8. Austrália: regulação setorial implementada por um “departamento” da autoridade de defesa da concorrência.	40
1.9. Síntese da experiência internacional e classificação dos modelos institucionais	41
2. Aspectos da experiência brasileira	43
2.1. Novo marco legal do setor de telecomunicações brasileiro: a Lei Geral de Telecomunicações – Lei 9.472/97.	43
2.1.a. A remissão às normas de defesa da concorrência na LGT	45
2.1.b. Os regimes de prestação de serviços de telecomunicações	46
2.1.c. Controle de estruturas: a regra geral	48
2.1.d. Controle de estruturas sobre serviços prestados em regime público.....	50
2.1.e. Controle de estruturas sobre serviços prestados em regime privado	52
2.1.f. Controle de estruturas sobre serviços prestados em regime privado, mas com número limitado de autorizações	53
2.1.g. Síntese do controle de estruturas previsto na LGT	53
2.1.h. Controle de condutas: modelo institucional em aberto	55
2.2. Novo marco legal do setor de energia elétrica: Lei 9.427/96.....	57
2.2.a. Papel ativo da ANEEL: incentivo à concorrência.....	59

2.2.b. Relação entre a ANEEL e o CADE no controle de estruturas do setor de energia elétrica	59
2.2.c. ANEEL e CADE na repressão das práticas anticoncorrenciais .	65
2.3. Novo marco legal do setor de petróleo: Lei 9.478/97	66
2.3.a. A introdução da livre concorrência no setor de petróleo.....	66
2.3.b. Base legal do modelo institucional de defesa da concorrência no setor de petróleo: adoção do modelo de competências complementares.....	69
IV. Desafios para a política pública	70
V. Bibliografia	73

REGULAÇÃO E DEFESA DA CONCORRÊNCIA: BASES CONCEITUAIS E APLICAÇÕES DO SISTEMA DE COMPETÊNCIAS COMPARTILHADAS*

Gesner Oliveira

I. INTRODUÇÃO

A constituição de um novo marco regulatório representa um dos temas centrais da agenda de reforma no Estado no Brasil e em várias economias emergentes. Conforme resultado de pesquisa prévia para o NPP¹, a interação, no âmbito de um sistema de competências complementares, entre agências de defesa da concorrência e as agências regulatórias, é urgente e essencial para o sucesso do processo de modernização da economia.

A concretização de tal sistema constitui tarefa extremamente complexa para o que concorrem dois fatores principais:

- inércia e rigidez institucional;
- custos de coordenação entre diferentes agências e órgãos governamentais.

O objetivo deste trabalho é sugerir, *nas atuais circunstâncias brasileiras, mecanismos de cooperação inter-institucional, de sorte a maximizar a eficiência de*

* O NPP agradece ao aluno que participou da pesquisa que originou o presente relatório como monitor de pesquisas, Caio Mário da Silva Pereira Neto.

¹ Relatório de Pesquisa N° /98, especialmente no item 6 de conclusão do trabalho. A expressão “competências compartilhadas”, utilizada naquele estudo foi substituída aqui por “competências complementares”, por descrever melhor o sistema de competências que se desenha no caso brasileiro entre agências regulatórias e de defesa da concorrência.

*ações conjuntas entre agências regulatórias e de defesa da concorrência, minimizando os custos de coordenação.*²

A pesquisa contém três partes. A primeira discute aspectos teóricos que fornecem a base conceitual de um sistema de competências complementares entre a autoridade de defesa da concorrência e a agência regulatória, destacando suas eventuais vantagens comparativamente às possíveis configurações institucionais alternativas.

A segunda contém breve sumário da experiência histórico-concreta nos planos mundial e nacional, procurando situar, na medida do possível, diferentes países e setores em tipologia sugerida na primeira parte.

A terceira apresenta algumas recomendações de política mediante formulação de modelo-padrão de convênio operacional entre a autoridade de defesa da concorrência (CADE) e uma agência regulatória hipotética. No final, são propostas diretrizes para aplicações em segmentos de infra-estrutura.

II. DIVISÃO DE TRABALHO ENTRE AUTORIDADES DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E DE REGULAÇÃO: POSSÍVEIS CONFIGURAÇÕES INSTITUCIONAIS

Conforme enfatizado na seção anterior, o estabelecimento de mecanismos de cooperação entre as autoridades de defesa da concorrência e de regulação constitui matéria urgente para a política pública e para a segurança jurídica dos agentes privados.

De fato, com a criação da Aneel, Anatel e ANP e esperada criação de outras agências regulatórias, surgiram dúvidas de como as atividades de regulação setorial

² No decorrer da pesquisa os custos de coordenação mencionados no projeto foram caracterizados como custos burocráticos de transação.

serão coordenadas com a aplicação da legislação de defesa da concorrência, cuja peça principal é a Lei 8884/94. Tal indagação é igualmente pertinente nos níveis municipais e estaduais, nos quais a atividade regulatória independente também tem assumido importância crescente. A subseção a seguir aborda esta questão.

1. DEFESA DA CONCORRÊNCIA VERSUS REGULAÇÃO: AS FRONTEIRAS NOS SÉCULOS XIX E XX

As evoluções históricas do *antitruste* e da regulação desde final do século XIX sugerem uma delimitação de fronteiras entre as duas áreas que, à primeira vista, pareceria óbvia. A defesa da concorrência visaria assegurar o funcionamento dos mecanismos de mercado. Em contraste, a regulação tradicional objetivaria substituir estes últimos, diante de falhas de mercado consideradas insuperáveis.

Recente texto da OCDE³ estabelece uma comparação inicial útil entre os trabalhos da autoridade antitruste vis-à-vis o regulador para a delimitação de áreas de competência. O Quadro 1 chama atenção para quatro elementos diferenciadores principais:

- i) o objetivo da defesa da concorrência é mais restrito, atendo-se em geral ao de eficiência alocativa. A regulação incorpora tipicamente um conjunto maior de metas, incluindo preocupações mais amplas como a de universalização dos serviços, integração regional e de meio-ambiente.
- ii) o método de trabalho da autoridade antitruste é caracterizado pela utilização de mecanismos de mercado, enquanto o regulador tradicional procuraria precisamente substituí-los, conforme mencionado acima.

³ Texto interno da OCDE, não publicado.

- iii) a autoridade antitruste agiria *a posteriori*, exceto no controle de atos de concentração⁴, enquanto o regulador tradicional estabeleceria regras *a priori* que deveriam ser seguidas pelos administrados.
- iv) a autoridade antitruste teria preferência por remédios estruturais que pudessem, uma vez adotados, restabelecer o funcionamento dos mecanismos de mercado. Como estes últimos tenderiam a ser substituídos pela regulação, a autoridade regulatória teria propensão a adotar remédios comportamentais.

Quadro 1

Regulação *versus* Defesa da Concorrência

DIMENSÕES	AGÊNCIAS	POLÍTICA DE CONCORRÊNCIA	REGULAÇÃO TRADICIONAL
OBJETIVOS		Mais restritiva: eficiência alocativa	Mais abrangente: universalização de serviços, integração regional, meio-ambiente, etc.
MÉTODO		Utilização de mecanismos de mercado	Substituição de mecanismos de mercado
“TIMING” E FREQUÊNCIA DE INTERVENÇÃO		“ex post”	“ex ante”
TIPOS DE RECOMENDAÇÃO		Medidas estruturais	Medidas comportamentais

Fonte: Adaptado de OCDE(1998).

Neste sentido, a defesa da concorrência tem caráter mais geral do que a regulação. Esta última pressupõe uma determinada estrutura de mercado, cuja natureza de monopólio natural a justifica. A primeira atua inclusive sobre a estrutura de mercado e pode, em determinadas circunstâncias, prevenir configurações anticoncorrenciais, tornando prescindível a própria regulação.

⁴ Nas jurisdições com maior experiência em controle de atos de concentração é tipicamente “ex-ante”.

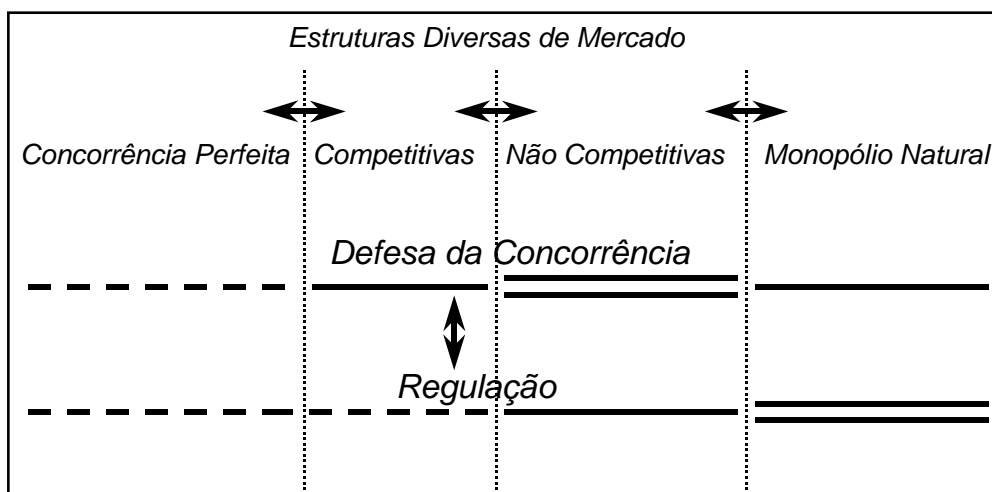
2. INDISTINÇÃO DE FRONTEIRAS NA VIRADA DO MILÊNIO

Verifica-se, nesta virada de século, uma convergência crescente entre as áreas de defesa da concorrência e regulação, tornando mais complexa a tarefa de delimitação de fronteiras entre as duas áreas.

O Quadro 2 ajuda a entender a questão ao dividir, para efeito de simplificação, os mercados em concorrência perfeita, competitivos, não competitivos e monopólios naturais. A concorrência perfeita constitui uma abstração para fins teóricos e uma raridade na prática. Por sua vez, vários mercados funcionam de forma suficientemente concorrencial, não exigindo maior atenção por parte da autoridade.

Quadro 2

Fronteiras entre Concorrência e Regulação



O foco da agência de defesa de concorrência reside nos mercados não competitivos, nos quais reside potencial de ocorrência de ilícito em função da existência de poder

de mercado. Porém, uma parcela razoável dos problemas está associada a falhas de regulação. Assim, o estabelecimento de regras pró-concorrenciais pode eliminar, ou pelo menos atenuar, as falhas de mercado. Por exemplo, uma regulamentação adequada dos planos de saúde poderia diminuir o número de problemas nesta área. Portanto, a autoridade de defesa da concorrência não prescinde da autoridade regulatória nestes mercados.

O foco da agência regulatória setorial reside, por seu turno, nos monopólios naturais. As condições de produção nestes últimos fazem com que uma única empresa tenha custos sempre decrescentes à medida em que aumenta sua atividade, fazendo com que a maneira mais eficiente (isto é, de menor custo) seja a produção por uma única firma⁵. Daí a necessidade de o regulador estabelecer regras setoriais específicas que impeçam o monopolista natural de abusar de sua posição.

Tal atividade guarda estreita relação com a da autoridade de defesa da concorrência. Isto porque a boa regulação é aquela que mimetiza da melhor maneira possível o mercado, fazendo convergir o objeto de análise dos dois tipos de autoridade. Além disso, na prática um segmento regulado abrange vários sub-segmentos que não necessariamente são monopólios naturais e que portanto, prescindiriam de regulação específica.

Note-se, ademais, o caráter dinâmico da delimitação entre monopólios naturais e mercados competitivos: como as condições de custo, tecnologia e demanda variam significativamente no tempo, os monopólios naturais são temporários; portanto, aquilo que deveria ser regido por uma agência regulatória pode passar a requerer apenas a regra de mercado, tornando mutantes as divisórias demarcadas no Quadro 2. Tal fenômeno tem se tornado mais freqüente com a aceleração do processo de inovação em determinados setores, como os de telecomunicações e transportes.

⁵ A definição técnica de monopólio natural é a do segmento em que a função de custo de custo é subaditiva para os intervalos relevantes de produção.

Portanto, qualquer que seja a configuração escolhida, para um país ou para um setor, o dinamismo dos mercados e o elevado ritmo de inovação tecnológica recomendam um arranjo suficientemente flexível para que a inércia burocrática não represente entrave para o desenvolvimento.

Na realidade, o cotejo contido no texto do Secretariado trata de uma caricatura que leva em consideração apenas aquilo que poderia ser chamado de “regulação tradicional”. A tendência moderna da teoria da regulação é desenvolver mecanismos que geram uma convergência entre defesa da concorrência e regulação. De fato, esta última:

- tende a definir uma função objetivo com menor número de argumentos;
- deve utilizar mecanismos que mimetizam o mercado;
- e que, portanto, prescindem de monitoramento contínuo;
- ou de uma abordagem exclusivamente setorial;
- ou de remédios exclusivamente comportamentais;
- as legislações modernas procuram respeitar o devido processo legal, assegurando no plano administrativo as salvaguardas de ampla defesa, contraditório e transparência; o conhecimento jurídico será, conseqüentemente, cada vez mais necessário e indispensável;
- tais cuidados, aliados a uma perspectiva mais geral e não setorial, diminuem a probabilidade à captura.

A defesa da concorrência, por seu turno, tendeu ao longo do século XX a tornar-se mais preventiva e menos meramente repressiva, ou caracterizada pela ação

exclusivamente *ex-post*. Isto se deu com o desenvolvimento do controle de atos de concentração nos EUA desde o início do século e de forma mais estruturada a partir de meados dos setenta e na União Européia a partir do final dos anos oitenta.

Na mesma direção, a disseminação de legislações de defesa da concorrência em países em desenvolvimento nos anos noventa realçou novas dimensões desta área de política pública. O forte legado intervencionista destas regiões deixou patente a necessidade de promover a cultura da concorrência em ambientes em que os valores e instituições de mercado eram frágeis. Assim, em contraste com as jurisdições maduras, os *late comers* em defesa da concorrência acentuaram a convergência desta área com a de regulação.

Naturalmente, a transposição de tais tendências que se verificam no plano conceitual para o plano institucional constitui tarefa extremamente difícil, especialmente em jurisdições mais maduras em que os espaços tradicionais de cada tipo de agência já estão bem delimitados e seu redesenho enfrenta notável resistência burocrática. A próxima subseção discute um universo de possibilidades.

3. CONFIGURAÇÕES INSTITUCIONAIS ALTERNATIVAS

As considerações da subseção anterior explicam a diversidade de configurações institucionais no tempo e no espaço. De fato, verifica-se uma multiplicidade de arranjos institucionais de acordo com os vários países e, em um mesmo país, de acordo com os diferentes segmentos e fases de desenvolvimento.

Tal variabilidade institucional não reflete apenas as diferentes opções de política por parte do legislador, mas corresponde a um estágio específico de desenvolvimento, sobretudo em sua dimensão tecnológica. Vale à pena discutir, por conseguinte, quais as alternativas de divisão eficiente de trabalho entre os dois tipos de agência nas áreas crescentes de intersecção entre a regulação e a defesa da concorrência.

Tomando como referência o trabalho supra citado do Secretariado da OCDE, a arquitetura de um sistema legal qualquer admitiria cinco opções em termos da relação entre defesa da concorrência e regulação, esquematizadas nos Quadros de 3.1 a 3.5.

Quadro 3.1

Possíveis Configurações Institucionais: Modelo 1

(Isenção Antitruste)

	LC	RT	RE
AC	—	—	—
AR	X	X	X

Quadro 3.2

Possíveis Configurações Institucionais: Modelo 2
(Competências Concorrentes)

	LC	RT	RE
AC	X	—	X
AR	X	X	X

Quadro 3.3

Possíveis Configurações Institucionais: Modelo 3
(Competências Complementares)

	LC	RT	RE
AC	X	—	—
AR	X	X	X

Quadro 3.4

Possíveis Configurações Institucionais: Modelo 4
(Regulação Antitruste)

	LC	RT	RE
AC	X	X	X
AR	—	—	—

Quadro 3.5

Possíveis Configurações Institucionais: Modelo 5
(Desregulamentação)

	LC	RT	RE
AC	X	—	—
AR			

Para o entendimento da divisão estabelecida é útil distinguir entre três funções:

- regulação técnica (RT): estabelecimento de normas, padrões e metas a serem adotados pelos agentes privados de um setor regulado.
- regulação econômica (RE): estabelecimento de condições de preços, tarifas e quantidades a serem observadas pelos agentes privados no fornecimento de bens e/ou serviços regulados.
- Lei de Concorrência (LC): a principal peça legal do ordenamento jurídico do país que disciplina a livre concorrência.

As cinco alternativas ilustradas nos Quadros 3.1 a 3.5 correspondem a diferentes distribuições das três funções descritas acima:

- i) Isenção antitruste: reguladores aplicam legislação de defesa da concorrência, prevalecendo sempre a legislação específica sobre eventual comando geral da lei antitruste. Neste caso, a agência regulatória realiza as três tarefas assinaladas acima, recaindo a ênfase sobre aspectos regulatórios. Pode-se mesmo conceber situações em que a lei de concorrência não se aplica.
- ii) Competências Concorrentes: tanto as autoridades de defesa da concorrência quanto as regulatórias têm competência para aplicar sanções antitruste, bem como para estabelecer normas de regulação econômica.
- iii) Competências complementares: as atribuições entre as duas autoridades não se sobrepõem. Há nítida divisão de trabalho segundo a qual a agência regulatória cuida exclusivamente das tarefas de regulação técnica e econômica, enquanto a autoridade de defesa da concorrência aplica a lei antitruste.

- iv) Regulação Antitruste: a autoridade de defesa da concorrência aplica tanto a lei antitruste quanto as regulações técnica e econômica. Trata-se de caso simétrico a i) em que a ênfase maior tipicamente recairia sobre a legislação antitruste, restringindo-se a regulação ao mínimo necessário.
- v) Desregulamentação: competência exclusiva recai sobre a autoridade antitruste, eliminando-se, inclusive, as regulações de caráter técnico e econômico.

Conforme ilustrado na seção III, a diversidade de uma economia moderna faz com que as cinco situações anteriores, bem como algumas de suas variantes, possam ser identificadas simultaneamente em uma jurisdição, de acordo com a história institucional e as especificidades de cada setor.

Alguns exemplos parecem representativos de cada uma das configurações acima, conforme discutido adiante. O setor agrícola dos EUA constitui notória ilustração de isenção antitruste; na Bolívia, as regras de concorrência devem ser aplicadas por agências regulatórias. Nos EUA, a competência concorrente entre duas ou mais agências ocorre em mais de um setor. No segmento de telecomunicações no Brasil, o sistema adotado se aproxima ao de competências complementares. Na Austrália, a autoridade antitruste encampou as tarefas de regulação. Na Nova Zelândia, adotou-se o que se convencionou chamar *light-handed regulation*, em que a autoridade antitruste se encarrega dos setores regulados, utilizando-se de um mínimo de regras regulatórias, aproximando-se do caso v.

Note-se que as possibilidades dos Quadros 3.1 a 3.5 podem ser alinhadas em ordem crescente da importância dos mecanismos de mercado, conforme sugerido pelo Quadro 4.

O Quadro 5 sugere um procedimento de escolha que leve em conta os seguintes cinco fatores:

- 1. Flexibilidade institucional: conforme comentado anteriormente, o elevado ritmo de mudança tecnológica pode transformar um antigo monopólio natural em mercado mais concorrencial, exigindo uma mudança regulatória. Na mesma direção, novos processos produtivos e surgimento de novos produtos podem alterar o grau de substitutibilidade na demanda e/ou na oferta. Assim, seria desejável que os órgãos regulatórios fossem suficientemente flexíveis para acomodar tais mudanças estruturais.
- 2. Eficiência e capacidade de decisão em tempo econômico: o ritmo da atividade econômica requer decisão rápida e segura. Processos burocráticos morosos aumentam a incerteza, diminuindo a rentabilidade esperada do investimento. No tangente à divisão de trabalho entre defesa da concorrência e regulação, as variáveis relevantes são: i) a existência ou não de economias de escopo e escala nas atividades regulatórias setoriais e entre defesa da concorrência e regulação; ii) os custos burocráticos de transação entre unidades relativamente autônomas. Conforme discutido adiante, o desenho institucional dependerá, do ponto de vista estritamente da eficiência operacional, da combinação destes dois itens.
- 3. Custo burocrático de transação: analogamente à noção de custos de transação da teoria da firma, é útil definir o custo burocrático de transação como aquele associado à elaboração de acordos e rotinas operacionais inter-institucionais.⁶
- 4. Minimização do risco de conflito de competências: quando mais de uma instituição tem atribuição em certa matéria ou quando duas ou mais instituições

⁶ Esta analogia ao conceito já clássico de custos de transação desenvolvido por Williamson foi sugerida em debate na FGV por Lúcia Helena Salgado em dezembro de 1997.

têm competências próximas surge o risco de um conflito de competência que, em geral, acarreta demora, incerteza e, conseqüentemente, insegurança jurídica.

- 5. Minimização do risco de captura: conforme discutido em Oliveira (1998, p.38-39), e de acordo com o trabalho original de Stigler (1971), a experiência regulatória dos países maduros revela uma elevada probabilidade de “captura” das agências regulatórias pelos segmentos que deveriam ser regulados. Independentemente de problemas éticos, verificou-se elevada propensão dos “regulados capturarem os reguladores” em virtude de insuficiência de recursos e informação adequada por parte da agência comparativamente às empresas privadas e pela identidade de interesses e cultura profissionais entre os técnicos especializados da agência e o segmento regulado. Tal fenômeno estaria associado à assimetria de informação em desfavor do setor público e da natural identidade profissional entre os especialistas com função judicante temporária e os segmentos sujeitos a uma determinada jurisdição administrativa. O grau em que o recrutamento e o futuro profissional das autoridades regulatórias se restringe ao setor regulado constitui variável relevante para a propensão à captura.

A tarefa de ordenar as diferentes alternativas de acordo com critérios razoáveis de política pública não é trivial. O Quadro 5 procura explicitar virtudes e limitações dos modelos discutidos na subseção 3 de acordo com os critérios elencados acima.

Exclui-se apenas o Modelo 5, de desregulamentação, uma vez que a eliminação de um dos pólos – da regulação – termina com a questão de divisão de trabalho entre as duas áreas. Para efeito de síntese, eventual vantagem de um determinado modelo à luz de um dado critério é indicado com o sinal positivo (+) e eventual limitação com o sinal negativo (-).

Quadro 5

Critérios para Escolha de Configuração Institucional Ótima

Modelo	Critérios	Flexibilidade Institucional	Economias		Custo Burocrático de Transação	Risco de Captura	Potencial Conflito Jurisdicional	Total
			Escala	Escopo				
M ₁	Isenção Antitruste	-	+	+	+	-	+	2
M ₂	Competências Concorrentes	+	-	-	-	+	-	-2
M ₃	Competências Complementares	+	-	-	-	+	+	0
M ₄	Regulação Antitruste	+	+	+	+	-	+	4

O Modelo 1 (M₁) – de isenção antitruste - não apresenta a flexibilidade desejada, pois não há incentivos para a autoridade regulatória eliminar os controles sobre o mercado na hipótese de mudanças estruturais. Em compensação, dada a concentração de atividades em uma instituição, é possível supor que haja economias de escala. No entanto, o risco de captura é elevado, pois tipicamente este desenho privilegia órgãos setoriais especializados com forte identidade com os segmentos que deveriam, em princípio, monitorar e fiscalizar. Destaque-se, por fim, a vantagem de não haver risco de conflito jurisdicional.

O Modelo 2 (M₂) – de competências concorrentes – acusa maior flexibilidade institucional na medida em que incorpora uma autoridade que, em princípio, estaria propensa a promover a concorrência e não teria resistência burocrática à eliminação da regulação setorial. Perdem-se, contudo, eventuais economias de escala, uma vez que se introduz nova estrutura burocrática. A sobreposição de função tende a eliminar, igualmente, economias de escopo. Em compensação, diminui o risco de

captura ao introduzir uma outra agência que, em princípio zelaria pela ótica mais geral da defesa da concorrência.

O Modelo 3 (M₃) - de competências complementares – é similar ao de competências concorrentes, exceto pela especialização das autoridades regulatórias em regulação técnica e econômica e das de defesa da concorrência na aplicação da legislação antitruste. Isto eliminaria eventuais ganhos em economias de escopo. Além de manter os ganhos em termos de menor risco de captura, este modelo tem a vantagem de apresentar menor potencial de conflito entre jurisdições, uma vez que os papéis de cada órgão não se sobrepõem.

O Modelo 4 (M₄) – de regulação antitruste – somaria aos ganhos do Modelo 3 eventuais economias de escopo, aliado à redução do custo burocrático de transação pelo fato do processo decisório envolver uma única agência. Assim como no Modelo 1, e teoricamente no Modelo 3, não há risco de conflito jurisdicional. Em se tratando de uma única agência, supõe-se que o risco de captura seja relativamente maior, ainda que atenuado pelo fato de se tratar de órgão geral e não meramente setorial.

Ao contrário daquilo que poderia parecer à primeira vista a partir da soma de sinais positivos do Quadro 5, tais considerações não levam imediatamente à noção de que o Modelo 4 (“australiano”) mencionado acima seja necessariamente o mais adequado. Tal definição dependeria de uma análise minuciosa em pelo menos dois pontos:

i) avaliação da importância relativa em uma determinada situação histórico-concreta de cada um dos cinco fatores discutidos antes.

Se, por exemplo, a minimização do risco de captura fosse considerada uma variável fundamental, seria aconselhável optar por um modelo de multi-agências.

Alternativamente, o privilégio a critérios de flexibilidade e atualização regulatória diante de mercados dinâmicos conferiria maior peso às vantagens do Modelo 4.

Da mesma forma, haveria que dimensionar as economias de escala e escopo. Em relação às últimas, é ??? avaliar em que medida há vantagens na especialização em defesa da concorrência ???.

Caberia, neste ponto, atenção a dois fatores: economias de escala e sobretudo de escopo e a magnitude dos custos burocráticos de transação. O Quadro 6 contém as possibilidades a serem consideradas. Se se verificar que os custos de transação e as economias de escala e escopo são significativas, os Modelos 1 e 4 teriam preferência. Se, por outro lado, se entender que os custos de transação e as economias de escala e escopo são relativamente baixas, os Modelos 2 e 3 pareceriam vantajosos.

Quadro 6

Possibilidades de Escolha, Economias de Escopo e Custos Burocráticos de Transação

CUSTO DE TRANSAÇÃO ECONOMIAS DE ESCOPO	ALTO	BAIXO
	ALTO	M ₁ – Isenção Antitruste M ₄ – Regulação Antitruste
BAIXO		M ₂ – Competências Concorrentes M ₃ – Competências Complementares

ii) consideração do legado institucional e dos custos de transição para uma nova configuração.

A construção institucional não ocorre no vazio. O ponto de partida é particularmente importante, consistindo nos recursos materiais e humanos que se dispõe para constituir uma determinada configuração. Se, por exemplo, o setor bancário tem sido tradicionalmente regulado por um banco central bastante ativo na área regulatória, haverá provavelmente uma tendência a estender sua atuação à área de defesa da concorrência, tornando mais difícil um sistema de competências complementares ou mesmo concorrentes. Em tais situações, o custo de transição pode ser elevado ao suscitar eventuais conflitos de jurisdição e/ou requererem o desenvolvimento de *expertise* setorial em um espaço de tempo relativamente curto. Isto justificaria uma estratégia especial, incluindo, por exemplo, um cronograma mais dilatado de mudança institucional.

5. AGÊNCIA MULTISETORIAL VERSUS SISTEMA DE MULTI-AGÊNCIAS

Além da divisão de trabalho regulação/defesa da concorrência, a opção entre agências setoriais ou gerais merece comentário adicional antes de passar à seção III sobre aspectos históricos. Em tese, a regulação geral parece vantajosa comparativamente à setorial em função de:

- menor incerteza para a firma multisetor;
- menor probabilidade de distorções competitivas oriundas de diferentes tratamentos para concorrentes em um mesmo mercado;
- menor risco de captura;
- menor propensão à auto-perpetuação burocrática.

Assim, por exemplo, uma super-agência regulatória geral poderia reunir vantagens, alternativamente obteníveis pela interação entre o órgão de defesa da concorrência e diversas agências regulatórias setoriais.

Reitere-se que tais considerações devem ser tomadas com cautela pelo fato de abstraírem das experiências histórico-concretas de cada jurisdição.

III. ASPECTOS HISTÓRICOS

1. ASPECTOS DA EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL

Diante do desafio de construir a estrutura institucional de defesa da concorrência nos setores regulados, pode ser bastante útil uma breve análise das experiências de outros países do mundo. Não se trata de transpor um ou outro modelo para o caso brasileiro, mas sim de avaliar as diferentes soluções dadas para o problema da regulação, sopesando suas vantagens e desvantagens.

Desde logo, dois pontos merecem destaque:

- enorme diversidade das situações nacionais;
- mesmo nas jurisdições mais maduras, o tema é relativamente novo, não parecendo existir paradigma consolidado acerca do melhor modelo de relação entre autoridades de defesa da concorrência e de regulação.

Nesse ponto, para analisar os modelos institucionais de articulação entre agências setoriais e autoridades de defesa da concorrência, desde uma perspectiva histórico-concreta, toma-se como paradigma o setor de telecomunicações. De fato, a partir da análise dos modelos utilizados nesse setor é possível extrair, *mutatis mutandis*,

conclusões válidas para os demais setores regulados (v.g. energia elétrica, petróleo, transporte etc.).

Aliás, os países tendem a adotar modelos institucionais relativamente uniformes para articulação das agências regulatórias de diversos setores com as autoridades de defesa da concorrência. Assim, por exemplo, os Estados Unidos da América adotam um modelo de competências concorrentes tanto no setor de telecomunicações como no setor de energia elétrica. Na Austrália, tanto a regulação do setor de telecomunicações, como a regulação do setor de energia, ficam a cargo de uma agência geral de defesa da concorrência. Na Inglaterra, também as relações entre os órgãos reguladores de diferentes setores e a autoridade antitruste se dá de forma similar.

É com essa perspectiva que passamos a expor, de forma bastante sintética, as experiências institucionais do setor de telecomunicações de sete países – Itália, França, Inglaterra; Estados Unidos da América do Norte; Coréia, Nova Zelândia e Austrália. Antes, porém, cumpre fazer uma breve menção à reforma regulatória por que passa o setor de telecomunicações na Europa, visto que fundamental no atual contexto internacional.

Após a análise dos modelos institucionais adotados em cada país, procura-se situá-los nos cinco tipos ideais estabelecidos na primeira parte desse projeto.

1.1. A reforma regulatória do setor de telecomunicações na Europa: preparativo de um ambiente concorrencial

Desde 1990, o setor de telecomunicações europeu vem passando por profundas transformações, que merecem especial atenção em virtude do impacto as reformas regulatórias de outros setores da economia.

Tradicionalmente, os serviços de telecomunicações na Europa foram prestados por operadoras públicas e, na maior parte dos casos, em regime de monopólio. A partir de 1990, por decisão da Comissão Europeia, foi adotada uma política de liberalização do setor, com vistas à introdução gradual de concorrência. A partir de então, foram editadas várias normas de âmbito comunitário, que vêm sendo incorporadas aos Estados Membros.

Com efeito, em 1990, a Comissão Europeia editou a Diretiva sobre Concorrência no Mercado de Serviços de Telecomunicações (90/388/EEC), estabelecendo a meta de liberalizar todos os serviços de telecomunicações, à exceção dos serviços de voz⁷. Além disso, a mesma diretiva, marco fundamental do processo de liberalização europeu, previu uma série de medidas que deveriam ser levadas a cabo pelos Estados Membros a fim de preparar a construção de um ambiente concorrencial no setor.

Em 1996, foi editada uma nova Diretiva com vistas à implementação de um regime de plena concorrência nos serviços de telecomunicações (*Full Competition Directive* – 96/19/EC), aprofundando as medidas inicialmente tomadas.

Do ponto de vista institucional, uma das medidas mais relevantes prescritas pela Comissão Europeia foi a separação completa entre as atividades de operação dos serviços e aquelas de regulação.

Com efeito, até então, era muito comum que as operadoras públicas tivessem um papel central na regulação dos serviços, seja pela participação direta através outorga de competência decisória em algumas matérias (v.g. ASST na Itália), seja pela participação indireta através de mecanismos de consulta dos órgãos regulatórios (v.g. British Telecom na Inglaterra, a partir de 1981).

⁷ Artigo 2º: “Without prejudice to Article 1 (2), Member States shall withdraw all special or exclusive rights for the supply of telecommunications services other than voice telephony and shall take the measures necessary to ensure that any operator is entitled to supply such telecommunications services.”

A Comissão entendeu que a participação das operadoras públicas no processo de regulação seria prejudicial à concorrência, uma vez que, sendo agentes do mercado, teriam interesse direto na formulação da política setorial, assumindo uma posição privilegiada em relação às outras operadoras.

Essa determinação, ao lado de inúmeras outras medidas do chamado “pacote de telecomunicações” (“telecommunications package”), teve como efeito direto e imediato a reorganização institucional da regulação setorial em praticamente todos os países da União Européia. A tendência generalizada foi a criação de agências independentes para a regulação setorial. Além disso, com as sucessivas diretivas da Comissão, a vida útil das leis que disciplinam o setor tornou-se bastante curta, havendo uma rápida substituição dos marcos regulatórios para adaptá-los à normativa comunitária.

Apenas para que se tenha uma idéia da profundidade e velocidade das transformações por que vem passando o setor, vale mencionar dois dados muito significativos, divulgados recentemente pela Comissão Européia (DG IV 1998: 21-34). Entre 1996 e 1998, dos 15 países que integram a União Européia, 14 introduziram novos marcos regulatórios para o setor, ou reformularam os marcos anteriormente existentes⁸. No mesmo período, nove Estados Membros (Dinamarca, Alemanha, Espanha, França, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Holanda e Áustria) criaram agências regulatórias para o setor de telecomunicações.

Note-se, assim, que o efeito das medidas comunitárias é a reformulação da estrutura institucional dos órgãos reguladores. Tudo isso torna bastante difícil acompanhar com precisão o estágio em que se encontra a interação entre regulação e defesa da concorrência no setor, em cada um dos países europeus.

⁸ Até maio de 1998, o único país que ainda não havia introduzido alguma modificação em seu marco regulatório durante o período citado (1996 e 1998) era a Grécia. No entanto, havia a expectativa da aprovação de uma nova lei de telecomunicações até meados desse ano (DG IV 1998: 23).

De qualquer forma, cumpre notar que, ao menos em nível comunitário, a tendência é a generalização da aplicação das regras de defesa da concorrência aos serviços de telecomunicações. Isto porque toda a reforma preconizada pela Comissão visa, justamente, a introduzir concorrência nesse setor tradicionalmente protegido pelos Estados Membros. Passando a vigorar as regras de mercado, pode-se esperar que as normas de defesa da concorrência sejam aplicáveis com maior frequência.

Um sintoma claro dessa tendência é grande participação do DG IV (órgão europeu de defesa da concorrência) no processo de liberalização, ao lado do DG XIII (órgão europeu responsável pela moldura regulatória do setor de telecomunicações). Aliás, vale sublinhar que o DG IV já vem apreciando alguns casos relativos a serviços de telecomunicações⁹.

Adotando-se a tipologia desenvolvida na primeira parte deste projeto, pode-se dizer que, no âmbito comunitário, a Europa está optando por um modelo entre as Competências complementares e a desregulamentação, tendendo para este último.

Feitas essas breves considerações gerais a respeito do processo de liberalização dos serviços de telecomunicações na Europa, bem como a ressalva relativa à dificuldade de obter informações atualizadas a respeito de cada um dos países europeus, passa-se a analisar algumas experiências específicas.

1.2. Itália: da participação das operadoras públicas na regulação setorial à criação de uma agência independente

Até 1992, o setor de telecomunicações na Itália era explorado em regime de monopólio público, com a presença de 5 grandes empresas estatais. Duas delas – a

⁹ Os primeiros que merecem ser mencionados são: (i) França v. Comissão, Caso 202/88, 1991 I E.C.R. 1223; (ii) Caso 18/88, RTT v. GB-INNO-BM SA, 1991 I E.C.R. 5941; (iii) Casos 281 e 289/90, Espanha v. Comissão, 1992 I E.C.R. 5833.

Agência para serviços de Telecomunicações (ASST) e a Posta e Telecomunicazioni (PT) – eram vinculadas ao Ministério do Correio e Telecomunicações. Outras três – SIP, Italcable e Telespazio – eram controladas pela *holding* STET, pertencente ao grupo IRI – Istituto per Ricostruzioni Industriali. Estas empresas atuavam tanto na prestação de serviços como na produção de equipamentos.

A ASST e a PT, vinculadas à Administração direta, exerciam também funções reguladoras, prestando assessoria ao Ministro do Correio e Telecomunicações. Não havia um órgão específico para a regulação do setor, persistindo uma certa confusão entre a atividade de operação e regulação. A ASST, além de operadora, era a administradora das concessões efetuadas para as demais operadoras, constituídas sob a forma empresarial. Além disso, o Ministério do Correio e Telecomunicações contava com dois conselhos consultivos: o Conselho de Administração e o Alto Conselho Técnico para Telecomunicações.

Em 1992, houve uma reforma setorial. A Lei 58/92 modificou a lei básica de telecomunicações, que datava de 1934. Foi mantido o monopólio público, mas houve uma reestruturação geral das operadoras. Esta reestruturação culminou com a constituição da Telecom Italia, mediante a fusão de 5 empresas da *holding* STET/IRI. Do ponto de vista regulatório, a principal modificação foi a extinção da ASST, com a transferência de parte da competência reguladora para a *holding* STET.

Até bem pouco tempo, a Itália estava bastante atrasada com relação à implantação das diretivas comunitárias para o setor de telecomunicações (OCDE 1997: 3). Entretanto, recentemente, foram tomadas diversas medidas na direção das metas estabelecidas pela Comissão Européia. Primeiramente, foi introduzido um novo marco regulatório para o setor (*Regolamento per l'attuazione di direttive comunitarie nel settore delle telecomunicazioni*), em 1997. Além disso, criou-se uma agência regulatória independente (*Autorità per le Garanzie nelle*

Comunicazioni), que, ao menos até maio deste ano, ainda não estava em operação (DG IV 1998: 27).

Nessa reorganização institucional, a recém-criada autoridade setorial tem competência para regular todo o setor de comunicações, incluindo telecomunicações e comunicação de massa. A agência possui duas Comissões: uma que atua sobre a infra-estrutura das comunicações e outra que atua sobre o conteúdo transmitido na rede (OCDE 1997: 2).

A competência para aplicar as regras de defesa da concorrência no setor é resguardada completamente à autoridade antitruste italiana¹⁰. Apenas no que concerne à comunicação de massa, há uma certa peculiaridade. Como o dever de garantir o pluralismo nos meios de comunicação é do órgão regulador setorial, a criação e/ou manutenção de uma posição dominante no setor de comunicação de massa deverá ser apreciada por esse órgão, no que diz respeito à garantia do pluralismo, e pela autoridade antitruste, no que concerne à violação das regras de defesa da concorrência (OCDE 1997: 2).

Nota-se, portanto, que o modelo institucional italiano vive uma fase de transição, saindo de uma moldura em que a regulação era implementada pela Administração Direta em conjunto com as operadoras públicas, para adentrar um regime concorrencial onde a regulação é ditada por uma autoridade independente e pela autoridade de defesa da concorrência.

Apesar de bastante incompleto, o novo modelo institucional italiano começa a assumir as feições do modelo de Competências complementares, descrito na primeira parte desse estudo: a autoridade de defesa da concorrência aplica a lei

¹⁰ A autoridade antitruste italiana tem assumido um papel importante na introdução de concorrência no setor, tomando uma série de medidas contra a Telecom Italia, de forma a garantir a entrada de novos competidores, impedindo abusos de posição dominante (OCDE 1997a: 3).

antitruste, enquanto a agência regulatória executa tarefas de regulação técnica e econômica.

1.3. França: do vínculo com a Administração à constituição de uma agência independente

As mesmas observações feitas no caso italiano são válidas para a França. Diante da diretiva da União Européia para a introdução de concorrência no setor de telecomunicações, está ocorrendo uma profunda transformação no modelo de regulação francês.

Até 1997, a estrutura regulatória francesa era vinculada à administração direta (Pessini e Maciel: 293). Com efeito, a regulação do setor de telecomunicações era exercida fundamentalmente por dois órgãos ligados ao Ministério da Indústria, Telecomunicação e Comércio Exterior: (i) a Direção de Regulamentação Geral (DRG) e (ii) Direção Geral de Serviços Públicos (DSP).

O primeiro era responsável pela regulamentação geral do serviços de telecomunicações. O segundo estabelecia as metas a serem cumpridas pela operadora pública, France Telecom. Essas metas eram estabelecidas em dois instrumentos básicos: (i) Cahier de Charges, que estabelecia as obrigações da operadora; e (ii) Contract du Plan, similar a um contrato de gestão.

Além desses dois órgãos, havia um terceiro órgão, independente, o Conselho Superior do Audio Visual (CSA), responsável pela regulamentação dos serviços audiovisuais.

Em 1997, com vistas a adequar-se às normas comunitárias, a França instituiu a Autoridade de Regulação das Telecomunicações (ART), órgão independente

responsável pela regulação setorial (Rocha 1997: 5-6). A ART pretende criar um ambiente concorrencial no setor de telecomunicações francês.

No que concerne à defesa da concorrência, a França possui um órgão próprio chamado de Conselho de Concorrência. Este órgão também possui competência para apreciar atos realizados por empresas prestadoras de serviços de telecomunicações.

A relação entre o Conselho da Concorrência e a ART é estabelecida de duas formas: de uma parte, certas matérias são de competência exclusiva da ART, não havendo sequer apreciação do Conselho da Concorrência; de outra parte, algumas questões são analisadas de forma coordenada entre os dois órgãos, num regime de “consultas recíprocas” (Rocha 1997: 6).

A ART possui competência exclusiva em matéria de: (i) interconexão e acesso a rede; (ii) contratos de prestação de serviços que devam se utilizar da rede da France Telecom e (iii) condições de utilização compartilhada da rede pública. No entanto, mesmo no que tange a essas matérias, sempre que tiver de aplicar as noções de mercado relevante, posição dominante e influência sobre o mercado, a ART deve consultar o Conselho de Concorrência, para que haja uma harmonia entre os dois órgãos.

Por outro lado, a ART, sendo a autoridade que monitora o mercado de telecomunicações francês, tem o dever de informar o Conselho da Concorrência de qualquer prática anticoncorrencial ocorrida nesse mercado. O Conselho da Concorrência, por sua vez, tem a obrigação de consultar a ART sempre que for julgar algum caso relativo ao setor.

Notes-se, assim, que a configuração institucional adotado na França também se aproxima do modelo de Competências complementares, existindo uma articulação entre a agência regulatória e a autoridade de defesa da concorrência, sem que haja uma superposição das competências dos dois órgãos.

1.4. Inglaterra: a reforma liberal e os problemas de defesa da concorrência no setor de telecomunicações

A Inglaterra antecipou-se ao restante dos países europeus na criação de um ambiente concorrencial para o setor de telecomunicações. Ainda durante a década de 80, foi tomada a decisão de privatizar a operadora pública (British Telecom), reformulando-se toda a estrutura regulatória do setor.

Com a privatização da British Telecom, foi criada uma agência independente denominada *Office of Telecommunications* (OFTEL), que tem competência para regular o setor (Pessini e Maciel: 303). Seu maior desafio tem sido a introdução de concorrência num mercado cuja estrutura fundamental permanece monopolista, com larga dominação da British Telecom¹¹.

De outra parte, também durante a década de 80, foi instituído um sistema de defesa da concorrência, cujo órgãos centrais são o *Office of Fair Trading* e a *Monopolies and Mergers Commission*, ambos ligados ao Ministério da Indústria.

A relação entre a agência regulatória e os órgãos de defesa da concorrência é um tanto quanto obscura¹². No entanto, há previsão de que a MMC seja acionada sempre que o OFTEL entender necessário. Nos casos em que houver resistência do concessionário do serviço à modificação dos termos de um contrato de concessão, a MMC será acionada obrigatoriamente (Rocha 1997: 5).

¹¹ Nesse ponto vale fazer uma observação. Ao privatizar a operadora pública o governo inglês pôde optar entre dividi-la em várias operadoras, para estimular a concorrência, ou alienar o controle de uma única empresa, obtendo maior ágio na operação. Foi feita a segunda opção, cujas conseqüências foram bastante danosas ao objetivo de introduzir concorrência no mercado (Pessini e Maciel 1995: 303).

¹² Os textos consultados foram contraditórios a respeito dessa relação. De um lado, vê-se a afirmação de que os poderes conferidos ao OFTEL foram muito reduzidos, havendo uma excessiva dependência da atividade adjudicatória da MMC (Pessini e Maciel: 306). De outro, encontra-se a assertiva oposta, de que a MMC não tem competência adjudicatória, mas apenas consultiva, emitindo opiniões que podem ou não ser acatadas pelo Ministério da Indústria e Comércio (Rocha 1997: 5).

Ao que parece, o modelo adotado pela Inglaterra situa-se entre os modelos de Competências complementares e de competências concorrentes. Isso contribui para a confusão na delimitação das competências dos órgãos reguladores e dos órgãos de defesa da concorrência.

1.5. Estados Unidos da América do Norte: a multiplicidade de órgãos reguladores

Os Estados Unidos da América do Norte encaixam-se no modelo que convencionamos denominar de competências concorrentes. Com efeito, a estrutura institucional de regulação do setor de telecomunicações é fragmentada em diversos órgãos, sendo que todos possuem competência atuar no setor.

De um lado, há os órgãos federais de defesa da concorrência: *Federal Trade Commission* e *Atitrust Division* do Departamento de Justiça. Tais órgãos aplicam as regras de defesa da concorrência a todos os setores, incluindo o de telecomunicações.

De outro lado, há os órgãos de regulação setorial, que estão divididos em dois níveis, de acordo com a estrutura federativa norte-americana. Em nível federal, há uma agência regulatória independente, denominada *Federal Communications Commission* (FTC). Em nível estadual, há as chamadas *Public Utilities Commissions*.

Todos esses órgãos possuem competência para atuar no setor de telecomunicações. Assim, não raras vezes, um mesmo ato ou prática é analisado por diversos órgãos, havendo a possibilidade de que sejam adotadas diferentes medidas a respeito do caso. Sem dúvida, trata-se de um sistema complexo com grande potencial de gerar atritos entre os diversos órgãos competentes.

Contudo, apesar desses órgãos possuírem competência para atuar sobre o setor de forma paralela e independente, não é comum a contradição entre as decisões tomadas por cada um deles. Eventuais disputas sobre a jurisdição de cada órgão acabam sendo dirimidas no Poder Judiciário.

Para solucionar esses conflitos de competência, ao longo do tempo, desenvolveu-se a doutrina do *pervasive power*, segundo a qual “*a competência das autoridades concorrenciais estará afastada sempre que a lei houver conferido ao órgão setorial poderes de tal forma extensos ou profundos, com relação às atividades regulamentadas, que torna forçoso reconhecer que o legislador desejou que a carga dela, agência regulatória, estivesse também a aplicação de normas em matéria de defesa da concorrência*” (Rocha 1997: 7). Ocorre que, no maior parte das vezes, é bastante difícil identificar os casos em que o legislador deseja afastar a atuação dos órgãos de defesa da concorrência.

1.6. Coréia: vínculo maior com a Administração direta

O modelo institucional coreano foi montado na década de 70, com o escopo fundamental de universalizar os serviços de telecomunicações, em especial os serviços de voz que, até então, estavam bastante defasados.

A regulação do setor de telecomunicações na Coréia foi exercida, essencialmente, pelo Ministério das Comunicações, havendo alguma participação da operadora pública (*Korea Telecommunications Authority*). Pode-se dizer que, das experiências internacionais analisadas, a coreana é aquela na qual a atividade reguladora está mais vinculada à Administração Direta (Pessini e Maciel: 314), consubstanciando verdadeira política governamental.

Outro traço característico do modelo regulatório coreano foi a sua articulação com uma política industrial para o setor de telecomunicações. Com efeito, o esforço de

universalização dos serviços foi acompanhado por um forte suporte governamental para a indústria de equipamentos, tendo como meta a auto-suficiência da indústria coreana em médio prazo (Pessini e Maciel 1995: 308).

Finalmente, um último ponto da experiência coreana que deve ser sublinhado nesse estudo é a velocidade na alteração do marco regulatório para o setor de telecomunicações. As autoridades governamentais, tendo como objetivo fundamental a introdução gradativa de concorrência no setor, foram alterando rapidamente sua disciplina legal, respondendo com presteza às mudanças do cenário nacional e internacional, bem como à introdução de novas tecnologias.

O vínculo direto da regulação setorial com o governo tende a aproximar a configuração institucional coreana do modelo de isenção antitruste, prevalecendo a política ditada pelos órgãos setoriais integrantes da administração direta.

1.7. Nova Zelândia: a confiança na legislação de defesa da concorrência

A Nova Zelândia inovou ao montar sua estrutura regulatória, adotando um modelo mais leve de regulação (“light handed regulation”¹³), sem a instituição de uma agência regulatória específica. Este modelo aproxima-se do tipo designado na primeira parte desse estudo como desregulamentação.

O modelo é fundado em quatro alicerces: (i) uma sólida confiança nos mecanismos de defesa da concorrência; (ii) garantia de transparência das informações das empresas detentoras de posição dominante; (iii) separação entre as atividades econômicas com características de monopólio natural e aquelas exercidas em

¹³ A expressão é utilizada em um relatório da OCDE, que serviu de fonte para esta síntese do modelo neo-zelandês (OCDE 1998: 20).

mercados contestáveis (iv) ameaça de uma regulação mais dura em casos excepcionais. Vejamos.

Há uma enorme confiança nos mecanismos de defesa da concorrência estipulados pelo Commerce Act, editado em 1986. Entende-se que a defesa da concorrência é a melhor forma de garantir a eficiência em todos os setores, inclusive aqueles em que existe atividades com características de monopólios naturais.

O segundo fundamento do modelo neo-zelandês é a garantia de transparência das informações das empresas detentoras de grande poder de mercado. Essas empresas têm a obrigação de divulgação (*disclosure*) de certas informações relativas à sua atividade.

Já a separação entre as atividades de monopólio natural e as atividades com elementos contestáveis pode ser garantida de duas maneiras: ou (i) separa-se completamente as atividades atribuindo-as a empresas efetivamente distintas ou (ii) faz-se uma separação fictícia através da estipulação da obrigação de transparência de informações relativas à atividade de monopólio natural. Nesta segunda forma, denominada “*accounting ‘ring fencing’*”, a mesma empresa realiza os dois tipos de atividade; contudo, procura-se separá-las de forma fictícia, pelo grau de transparência das informações que devem ser fornecidas ao mercado.

Finalmente, esse modelo institucional repousa numa permanente ameaça de imposição de uma regulação mais dura, incluindo o controle direto de preços, caso se constate problemas sérios em algum setor econômico.

1.8. Austrália: regulação setorial implementada por um “departamento” da autoridade de defesa da concorrência

Recentemente, o setor de telecomunicações australiano passou por profundas transformações, com vistas à introdução de concorrência. A partir de Julho de 1997, as restrições à entrada no mercado de telecomunicações foram removidas, permitindo o licenciamento de novos operadores.

A regulação técnica e a concessão de licenças de operação foram atribuídas a um novo órgão denominado Australian Communications Authority (ACA), formado pela fusão do antigo órgão regulador (AUSTEL) e da Agência de Administração de *Spectrum*. As competências do AUSTEL para regular o acesso ao mercado e seus aspectos competitivos foram transferidos para a Australian Competition and Consumer Commission (ACCC), autoridade australiana de defesa da concorrência. (OCDE 1997b: 2).

Tendo em vista essa nova atribuição da ACCC, houve uma reforma da lei australiana de defesa da concorrência (Trade Practices Act - TPA), introduzindo dois novos capítulos: um sobre condutas anticoncorrenciais na indústria de telecomunicações (parte XIB) e outro sobre garantias de acesso à rede (parte XIC). Estas partes serão aplicadas aos serviços de telecomunicações, além das disposições genéricas sobre práticas anticoncorrenciais.

A par da competência de adjudicação das regras de defesa da concorrência, a ACCC possui a função de emitir diretrizes para a ACA, naquilo que diz respeito a questões concorrenciais.

A ACCC também possui competência para exigir informações relativas aos custos das empresas operadoras e à composição de suas tarifas. Em casos excepcionais essas informações podem ser divulgadas ao público.

Finalmente, a ACCC pode funcionar como árbitro em uma série de conflitos tais como: informações sobre a operação de redes de telecomunicações, serviços das operadoras para usuários finais de telefonia padrão, serviços de chamada de emergência, entre outros.

Note-se que, o modelo australiano é diverso daquele implantado na Nova Zelândia. Na Austrália, o órgão de defesa da concorrência atua além dos limites da aplicação da legislação antitruste, possuindo algumas competências inerentes aos órgãos de regulação setorial (v.g. regulação de acesso ao mercado, estabelecimento de diretrizes técnicas para a ACA, fixação de tarifas etc.)¹⁴. Além disso, a ACCC é colocada hierarquicamente acima do órgão de regulação técnica (ACA), podendo estabelecer as diretrizes que deverão ser seguidas por esse órgão.

Assim, o modelo australiano aproxima-se daquele denominado “regulação antitruste”, em que o órgão regulador é inserido no interior do órgão de defesa da concorrência, sendo quase que um departamento deste último.

1.9. Síntese da experiência internacional e classificação dos modelos institucionais

Adotando-se a tipologia proposta na primeira parte desse estudo (cf. seção II, subseção 3 *supra*), pode-se sintetizar a experiência internacional descrita acima com o seguinte quadro:

¹⁴ Em outro paper, a OCDE emitiu nota ressaltando com clareza a peculiaridade do modelo australiano: “*The Australian Competition & Consumer Commission (ACCC) is the only competition agency we know of which has been given economic regulatory functions*” (OECD 1998: 31).

Quadro 7**Classificação dos Modelos Institucionais Adotados Internacionalmente**

País/Espaço Econômico	Classificação do modelo institucional segundo a tipologia proposta
União Européia	Desregulamentação/ Competências complementares
Itália	Competências complementares
França	Competências complementares
Inglaterra	Competências concorrentes/Competências complementares
Estados Unidos da América	Competências concorrentes
Coreia	Isenção antitruste
Nova Zelândia	Desregulamentação
Austrália	Regulação Antitruste

Como foi apontado inicialmente, a diversidade de modelos institucionais é enorme, não havendo um modelo hegemônico. No entanto, tal heterogeneidade não surpreende, uma vez que a arquitetura institucional de qualquer jurisdição é fruto de

processos histórico-concretos que por sua própria natureza são específicos. Vale à pena, portanto, contextualizar o tema no quadro recente de transformação da economia brasileira. É o que se passa a fazer, buscando uma análise dos novos marcos regulatórios dos setores de telecomunicações, de energia elétrica e de petróleo.

2. ASPECTOS DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

Recentemente, o Brasil adotou novos marcos legais para os setores de telecomunicações, energia elétrica e petróleo. Estes marcos legais lançaram as bases para a construção de um novo modelo institucional calcado, essencialmente, na articulação entre agências regulatórias (Anatel, Aneel e ANP) e autoridade de defesa da concorrência (CADE). Assim, nesse ponto, cumpre analisar os principais aspectos da nova regulação setorial, especificamente no que concerne ao modelo institucional adotado.

2.1. Novo marco legal do setor de telecomunicações brasileiro: a Lei Geral de Telecomunicações – Lei 9.472/97

No Brasil, a estrutura institucional da regulação do setor de telecomunicações está sendo inteiramente reformulada, tendo em vista a privatização das operadoras públicas e a introdução de concorrência no setor. Essa reformulação institucional tem como marco legal fundamental a Lei Geral de Telecomunicações - LGT (Lei 9.472/97), diploma legal que altera essencialmente o regime jurídico a que está submetida a prestação de serviços de telecomunicações.

Do ponto de vista institucional, certamente a maior inovação da LGT foi a criação de uma agência regulatória, sob a forma de autarquia em regime especial: a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. Esta agência será a principal

responsável pela aplicação da política nacional de telecomunicações (art. 18, inciso I), possuindo competências e recursos para regular amplamente o setor.

Ocorre que, ao estabelecer o novo regime jurídico do setor de telecomunicações, a LGT determinou expressamente a aplicação das normas de defesa da concorrência. É nesse ponto que surgem algumas indagações. Por um lado, tal determinação legal implicou a outorga à ANATEL de algumas competências no campo de defesa da concorrência, notadamente com relação à aplicação da Lei 8884/94. Por outro lado, a LGT ressalva expressamente a competência do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE sobre os atos praticados no setor de telecomunicações.

Assim, a questão que se coloca no momento é justamente a articulação entre o CADE e a ANATEL na aplicação das normas de defesa da concorrência no setor de telecomunicações. Em outras palavras, cumpre definir qual o papel que cada um desses órgãos terá na aplicação das referidas normas.

Como se demonstrará, o novo marco regulatório do setor parece ter lançado as bases para o estabelecimento de um regime de Competências complementares entre a agência regulatória (Anatel) e a autoridade antitruste (CADE).

O início da resposta a essa questão encontra-se na própria LGT, que estabelece algumas delimitações para a atuação do CADE e da ANATEL. Assim, cumpre analisar os pontos em que a articulação entre os dois órgãos é tratada pela LGT, para então caracterizar os possíveis caminhos institucionais de defesa da concorrência. É o que se passa a fazer.

2.1.a. A remissão às normas de defesa da concorrência na LGT

A preocupação do legislador com o estabelecimento de um ambiente concorrencial no setor de telecomunicações permeia toda a LGT, sendo evidenciada desde seu artigo 2º, em que se atribui ao Poder Público os deveres de “adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços” (inciso III), “criar oportunidades de investimento e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em ambiente competitivo” (inciso V).

Mas é no artigo 7º que a preocupação com a defesa da concorrência surge de forma mais clara. Com efeito, tal dispositivo prevê que *“as normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações, quando não conflitarem com o disposto nessa Lei.”* Evidentemente, as normas de defesa da concorrência estão incluídas nessa categoria de normas de “proteção à ordem econômica”.

Mais adiante, ao tratar da competência da ANATEL, em seu artigo 19, inciso XIX, a LGT prevê que à agência compete *“exercer, relativamente ao setor de telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações à ordem, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE”*.

Esse dispositivo denota claramente a questão colocada acima: atribui-se competência à ANATEL para aplicar a legislação de defesa da concorrência, mas é ressalvada a competência do CADE. Fica, portanto, nebulosa, a delimitação de competências entre os dois órgãos. O que se pode afirmar desde logo é que, qualquer que seja a configuração estrutura institucional de defesa da concorrência no setor de telecomunicações, ela passará por uma articulação entre ambas as autoridades, tendendo a constituir um modelo de Competências complementares.

Ademais, em princípio, de acordo com a Lei 8.884/94, o CADE tem competência para julgar os processos administrativos instaurados para a investigação de infrações à ordem econômica (art. 20 e 21 da Lei) e para autorizar os atos de que trata o artigo 54 da Lei. Assim, uma primeira interpretação da ressalva feita pelo inciso XIX do artigo 19 quanto às competências do CADE, pode levar à conclusão de que caberia a este órgão a decisão administrativa final sobre tais matérias. Nesse caso, o papel da ANATEL seria um papel eminentemente instrutório e consultivo, tal qual os papéis exercido da SDE e SEAE na Lei 8.884/94¹⁵.

No entanto, de acordo com a LGT, a relação entre CADE e ANATEL na aplicação das regras de defesa da concorrência é mais complexa, possuindo uma série de nuances que ultrapassam os dispositivos previstos na Lei 8.884/94. Essas nuances variam conforme o regime a que está submetida a prestação de serviço de telecomunicações (i.e. regime público ou regime privado) e conforme se trate de controle de estruturas ou controle de condutas. Vejamos brevemente como a LGT trata a articulação entre o CADE e a ANATEL em cada um desses casos.

2.1.b. Os regimes de prestação de serviços de telecomunicações

Antes de analisarmos a relação entre os dois no controle de estruturas do mercado de telecomunicações, cumpre fazer uma rápida síntese dos dois regimes jurídicos aplicáveis aos serviços de telecomunicações: o regime público e o regime privado. Como se demonstrará adiante, o papel exercido por cada um dos mencionados órgãos na aplicação das normas de controle de estruturas depende do regime jurídico a que está submetido o serviço analisado.

¹⁵ A própria exposição de motivos da resolução da ANATEL que cria o Comitê de Defesa da Concorrência dispõe que a ANATEL deverá exercer as mesmas atribuições da SDE, *in verbis*: “Quando a Lei 9.472/97 estabelece que a ANATEL deve exercer no setor de telecomunicações as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações à ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao CADE, está outorgando à ANATEL as seguintes atribuições que previamente a Lei 8.884/94 atribuía à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (...)”.

Os serviços prestados em regime público são aqueles em que, por razões de interesse público, as operadoras estão submetidas a obrigações de universalização e continuidade na prestação do serviço (art. 79). A universalização é a ampliação do acesso ao serviço a todas as pessoas, enquanto a continuidade é a garantia da prestação ininterrupta do serviço.

O regime público exige que o serviço seja outorgado mediante concessão (art. 83) ou, em casos excepcionais, permissão (art. 118). Tais serviços são rigidamente controlados pela ANATEL, que tem competência inclusive para determinar a composição das tarifas.

Já os serviços prestados em regime privado são aqueles submetidos aos princípios da atividade econômica (art. 126)¹⁶, cujo corolário maior é a liberdade de iniciativa. As empresas prestadoras de serviços em regime privado não ficam adstritas a obrigações de universalização e continuidade do serviço. A regra é a mínima intervenção possível (art. 128, I), garantindo-se a liberdade de atuação das empresas operadoras.

No regime privado, os serviços são outorgados mediante autorização da ANATEL. Em princípio, não há limite para o número de autorizações: podem entrar no mercado tantas empresas quantas forem capacitadas para prestar os serviços. No entanto, em virtude de limitações técnicas, ou em casos de relevante interesse coletivo, o número de autorizações poderá ser limitado pela ANATEL.

¹⁶ A expressão atividade econômica, utilizada no artigo 126 da LGT, designa atividade econômica em sentido estrito. Explica-se. Em direito econômico a atividade econômica em sentido amplo pode ser dividida em duas categorias: atividade econômica em sentido estrito e serviço público. A primeira designa o campo da economia destinado aos agentes privados, no qual o Estado só pode atuar em ocasiões excepcionais, estabelecidas no artigo 173 da Constituição Federal. A segunda designa o campo da economia destinado à atuação estatal em que o particular só pode atuar mediante concessão, permissão ou autorização estatal, conforme o artigo 175 da Constituição Federal. Para uma explicação detalhada da distinção entre atividade econômica em sentido amplo, atividade econômica em sentido estrito e serviço público, confira-se Grau 1997: 131 e ss.

Compete ao Poder Público decidir quais serviços serão prestados em regime público e quais serão submetidos ao regime privado. Além disso, um mesmo serviço pode ser prestado, concomitantemente, por operadoras submetidas ao regime público e por operadoras submetidas ao regime privado (art. 18. I)¹⁷.

Feita esta breve síntese, passa-se a analisar o procedimento de controle de estruturas em cada um dos regimes mencionados.

2.1.c. Controle de estruturas: a regra geral

Em termos bastante simples, o controle de estruturas trata-se de uma forma preventiva de defesa da concorrência, na qual as autoridades governamentais analisam atos de concentração empresarial que tenham impacto sobre o mercado, proibindo aqueles atos cujos efeitos são potencialmente nocivos à concorrência. Pode-se dizer que escopo fundamental do controle de estruturas é impedir a concentração do poder de mercado (*market power*), prevenindo assim o abuso desse poder.

Para realizar o controle de estruturas, o mecanismo usual é a submissão dos atos de concentração empresarial que impliquem certo impacto em determinado mercado relevante a uma autoridade governamental com competência para apreciá-los e, em seguida, autorizar ou proibir a sua realização.

A Lei 8.884/94, em seu artigo 54, parágrafo 3º, dispõe que, preenchidos certos requisitos (determinado volume de negócios das empresas envolvidas ou

¹⁷ Essa situação poderá gerar complexos problemas de defesa da concorrência, pois haverá uma desigualdade estrutural entre as empresas que prestam serviços em regime público e aquelas que prestam em regime privado. As primeiras serão submetidas a um rígido controle estatal além de responder pelas obrigações de universalização e continuidade. As últimas prestarão os mesmo serviço livres de intervenção estatal e sem as obrigações inerentes ao regime público. Essa assimetria deverá ser levada em conta pelo CADE e pela ANATEL ao aplicarem as normas de defesa da concorrência.

determinado índice de participação dessas empresas no mercado relevante), os atos de concentração deverão ser submetidos à apreciação do CADE para obter autorização. Essa apresentação do ato ao CADE deve ser efetuada até quinze dias após sua realização.

A LGT trata especificamente do mecanismo de controle de estruturas em seu artigo 7º, parágrafos 2º e 3º, fazendo remissão às normas gerais de proteção à ordem econômica. Vale transcrever os mencionados dispositivos, dada a sua relevância para o presente ensaio:

“Art, 7º

Parágrafo 1º Os atos envolvendo prestadora de serviços de telecomunicações, no regime público ou privado, que visem a qualquer forma de concentração econômica, inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos em normas gerais de proteção à ordem econômica.

Parágrafo 2º Os atos de que trata o parágrafo anterior serão submetidos à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, por meio do órgão regulador.”

Da leitura desses dois dispositivos podem ser extraídas as seguintes conclusões: (i) os atos de concentração que envolvem empresas prestadoras de serviços de telecomunicação estão submetidos ao controle de estruturas previsto na Lei 8.884/94 (“norma geral de proteção à ordem econômica”) e (ii) os atos de concentração serão apresentados à ANATEL, que os encaminhará ao CADE para julgamento.

Nota-se pois, que a regra geral em matéria de controle de estruturas é de que a ANATEL atue como órgão instrutor do processo e o CADE como órgão julgador. Ao que parece, sendo mantidos os procedimentos da Lei 8884/94, a ANATEL possuirá também uma competência consultiva, emitindo seu parecer a respeito do caso. Para resgatar a terminologia convencionada na primeira parte desse ensaio, trata-se de um modelo de Competências complementares.

Por outro lado, o artigo 71 da LGT atribui à ANATEL uma ampla competência preventiva, no que tange à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações. A Agência poderá impor limites, restrições ou condições a essa obtenção e transferência, tendo em vista a garantia de concorrência efetiva entre as operadoras.

Essas são as regras gerais de controle de estruturas presentes na LGT. Todavia, são complementadas por alguns outros dispositivos da LGT, que estabelecem mecanismos distintos conforme o regime jurídico a que está submetida a atividade exercida pelas empresas envolvidas no ato de concentração. Vejamos.

2.1.d. Controle de estruturas sobre serviços prestados em regime público

Os atos de concentração que envolvam empresas prestadoras de serviços de telecomunicações em regime público devem ser submetidos a uma série de procedimentos especiais.

Em primeiro lugar, a LGT prevê que os atos de cisão, fusão, transformação, incorporação, redução do capital ou transferência do controle societário deverão ser submetidos à aprovação prévia da ANATEL (art. 97). Para conceder a autorização, a ANATEL analisará dois aspectos: (i) se o ato é prejudicial à concorrência e (ii) se o ato coloca em risco a execução do contrato de concessão (art. 97, parágrafo único).

Isso tudo, porém, não afasta a aplicação do artigo 7º transcrito supra. Ao contrário, conforme consignado pelo próprio parágrafo único do artigo 97, a regra do artigo 7º deve continuar sendo observada. Portanto, sendo aprovado pela ANATEL, caso o ato de concentração encaixe-se na hipótese do parágrafo 3º do artigo 54 da Lei 8.884/94, deverá ser submetido à apreciação do CADE pela ANATEL.

Note-se que a ANATEL analisará todos os atos de concentração de empresas submetidas ao regime público, independentemente do faturamento dessas empresas ou da parcela de mercado que elas detém. Já o CADE analisará apenas os atos que atingirem os patamares estabelecidos no parágrafo 3º do artigo 54 da Lei 8.884/94. Assim, pode haver atos que sejam submetidos ao controle prévio da ANATEL e não sejam enviados posteriormente ao CADE.

Outra questão interessante diz respeito à amplitude de análise do CADE e da ANATEL no controle de estruturas. Como se apontou, tanto o CADE quanto a ANATEL podem vedar um ato de concentração por entender que ele seja prejudicial à concorrência. À primeira vista, poderia parecer que a LGT teria instituído um sistema de competência concorrentes. No entanto, esse modelo tenderia a gerar grande incerteza e insegurança para os agentes econômicos. Imagine-se, por exemplo, que a ANATEL autorize determinado ato por entender que não tem um impacto prejudicial à concorrência e, em seguida, o CADE decida desfazer o mesmo ato, por entender justamente o contrário.

Uma interpretação capaz de reduzir a incerteza e insegurança nesses casos, seria a de que a ANATEL, por ser um órgão de regulação setorial, somente teria competência para analisar o impacto do ato de concentração no próprio setor de telecomunicações. Já o CADE poderia analisar o impacto do mesmo ato em setores conexos. Assim, por exemplo, a ANATEL poderia aprovar uma fusão, entendendo que não afetaria a concorrência no setor de telecomunicações e, em seguida, o CADE determinar o desfazimento da mesma fusão por entender que ela terá um

impacto anticoncorrencial no setor de informática, ou no setor de aparelhos de telecomunicações.

Essa interpretação seria mais harmônica com o essência do modelo de Competências complementares, que nos parece refletir o espírito da Lei Geral de Telecomunicações, especialmente diante do artigo 19, inciso XIX, que ressalva as competências do CADE.

Finalmente, cumpre abordar uma última questão relativa ao controle de estruturas dos serviços prestados em regime público. Nesses casos, tal como os atos de concentração empresarial de natureza societária, a transferência do contrato de concessão deve ser submetida à apreciação prévia da ANATEL. Uma vez aprovada, a mesma transferência poderá ser submetida ao CADE. Nesse ponto, surge mais uma dúvida. A rigor, a transferência de concessão não é um ato de concentração e, portanto, não se encaixaria na hipótese do parágrafo 3º da Lei 8.884/94. Assim, ao que parece, a submissão do ato de transferência do contrato de concessão ao CADE dependerá da sua subsunção ao *caput* do artigo 54, isto é, do fato de ser ou não restritivo da concorrência. Isso torna o julgamento da necessidade de submissão do ato ao CADE bem mais subjetivo.

Em síntese, esses são os procedimentos a que serão submetidos os atos de concentração e as transferências de contratos de concessão. Como se vê, ainda há uma série de pontos obscuros que merecem ser detalhados, seja em sede regulamentar, seja através de resoluções e convênios do CADE e da ANATEL.

2.1.e. Controle de estruturas sobre serviços prestados em regime privado

Quanto aos serviços prestados em regime privado, o controle de estruturas deve ser exercido pelo CADE, nos termos da Lei 8.884/94. Aliás, isso faz todo o sentido,

uma vez esses serviços são submetidos às regras atinentes à atividade econômica em sentido estrito. A única diferença em relação ao regime da Lei 8.884/94 é que, em virtude do artigo 7º da LGT, a ANATEL será o órgão instrutor ao invés da SDE.

2.1.f. Controle de estruturas sobre serviços prestados em regime privado, mas com número limitado de autorizações

Como se apontou supra, em princípio, não há limite de autorizações para os serviços prestados em regime privado. No entanto, em casos excepcionais (relevante interesse coletivo ou limitações técnicas), as autorizações poderão ser limitadas.

Nesse caso, a transferência da autorização submete-se ao mesmo regime da transferência do contrato de concessão do serviço prestado em regime público, estabelecido pelo art. 98. Isto é, deve haver um controle prévio da ANATEL.

Note-se, no entanto, que essa exigência diz respeito apenas à transferência da autorização, uma vez que a LGT não exige o controle prévio para os atos de concentração relativos a serviços prestados em regime de privado com limite de autorizações (art. 97).

2.1.g. Síntese do controle de estruturas previsto na LGT

Diante de todo o exposto acima, pode-se sintetizar o regime de controle de estruturas prescrito pela LGT com o seguinte quadro:

Quadro 8

Síntese do Controle de Estruturas Previsto na LGT

Órgão	Regime	Regime Público	Regime Privado c/ limite de autorizações	Regime Privado s/ limite de autorizações
CADE		X	X	X
ANATEL		XXX	XX	--

Legenda:

X = tipo de ato que deve ser submetido e  = exigência de autorização prévia;

Tipos de atos que devem ser submetidos:

X = atos definidos no artigo 54 da Lei 8.884/94;

XX = transferências de concessões, permissões ou autorizações;

XXX = todos os atos de concentração e todas as transferências de concessão, permissão ou autorização.

Cumprido ressaltar, ainda, que os atos apreciados pelo CADE serão sempre instruídos pela Anatel. Portanto, mesmo no caso dos atos de concentração realizados por prestadores de serviços em regime privado, que dependem apenas da aprovação do CADE, haverá uma importante participação da Anatel como órgão instrutor do processo.

Destarte, observa-se que a LGT lançou as bases para a instituição de um modelo de Competências complementares no controle de estruturas do setor de telecomunicações.

2.1.h. Controle de condutas: modelo institucional em aberto

Se é verdade que a LGT possui algumas lacunas no que concerne ao controle de estruturas, essas lacunas são ainda maiores no que tange ao controle de condutas anticoncorrenciais vedadas pela legislação de defesa da concorrência.

Com efeito, o artigo 7º da LGT, em seu parágrafo 3º, determina que *“praticará infração à ordem econômica a prestadora de serviços de telecomunicações que, na celebração de contratos de fornecimentos de bens e serviços, adotar práticas que possa limitar, falsear ou, de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa.”* Este dispositivo submete as condutas das empresas de telecomunicações às normas de defesa da concorrência.

No entanto, a LGT é bastante reticente quanto à delimitação das competências para a aplicação de tais normas. É aplicável ao caso é o inciso XIX do artigo 19, que prevê a competência da ANATEL quanto à repressão das infrações à ordem econômica, ressalvando contudo a competência do CADE.

Por outro lado, o artigo 70 da LGT, estabelece que serão coibidos os comportamentos prejudiciais à concorrência, dentre os quais, a prática de subsídios, o uso de informações obtidas dos concorrentes em virtude de acordos de prestação de serviços e as omissões de informações técnicas e comerciais relevantes à prestação de serviços por outrem.

Pode-se dizer que este artigo está ampliando o rol exemplificativo de infrações, previsto no artigo 21 da Lei 8.884/94, inserindo no rol algumas práticas

anticoncorrenciais específicas do setor de telecomunicações. Nesse ponto, há três interpretações possíveis: (i) considerar que a ampliação do rol de infrações, na realidade, apenas confirma a competência do CADE para julgar essas infrações (interpretação que se aproxima do modelo de desregulamentação); (ii) sendo infrações especialmente enfocadas no setor de telecomunicações, a ANATEL seria o órgão competente para reprimi-las (interpretação que se aproxima do modelo de isenção antitruste) e (iii) o CADE e a Anatel deveriam articular suas ações para coibir as infrações previstas na LGT (interpretação tendente ao modelo de Competências complementares).

No sentido da segunda interpretação, coloca-se a norma do artigo 110, inciso VII, da LGT, que confere à ANATEL o poder para intervir nas empresas concessionárias em caso de infração à ordem econômica. Na mesma esteira, é o que dispõe o artigo 179, parágrafo 2º, ao outorgar competência para que a ANATEL imponha multas por infração à ordem econômica.

Ora, se a Lei confere poderes de repressão das infrações à ordem econômica à ANATEL, é de se esperar que a Agência tenha competência para apreciar e julgar as referidas infrações. Assim não fosse, seriam inúteis as normas mencionadas acima. A questão que se coloca, contudo, é a articulação entre esses dispositivos e a ressalva da competência do CADE, feita no artigo 19, inciso XIX. Trata-se de uma questão complexa, que permanece em aberto.

No entanto, mais uma vez, é importante atentar para o espírito geral da LGT (*mens legis*), que parece ter optado pelo sistema de Competências complementares, admitindo a complementaridade entre CADE e Anatel. Nesse sentido, a interpretação mais adequada seria a terceira mencionada *supra*. Essa interpretação, contudo, exigirá uma melhor delimitação do papel de cada um dos mencionados órgãos na repressão das infrações à ordem econômica.

2.2. Novo marco legal do setor de energia elétrica: Lei 9.427/96

Distintamente do que ocorreu no setor de telecomunicações, a elaboração do novo marco legal do setor de energia elétrica não se preocupou em delinear um modelo institucional de defesa da concorrência. Ao contrário, a Lei que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (Lei 9.427/96) praticamente não tratou da defesa da concorrência no setor.

Apenas recentemente, mais de um ano após a promulgação da Lei 9.427/96, foram introduzidos novos dispositivos neste diploma legal, determinando expressamente a aplicabilidade das normas de defesa da concorrência às empresas de energia elétrica.

Com efeito, a medida provisória 1.531 inseriu três novos incisos no artigo 3º da Lei 9.427/96, ampliando o rol de competências da ANEEL. Dois desses três incisos tratam especificamente da defesa da concorrência, dispondo, *in verbis*:

“Art. 3º (...) compete especialmente à ANEEL:

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

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

A mesma medida provisória inseriu um parágrafo único neste artigo, prevendo a relação entre a ANEEL e a SDE:

“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.”

Posteriormente, a referida medida provisória foi transformada na Lei 9.648/98, incorporando definitivamente os dispositivos transcritos ao texto da Lei 9.427/96. Atualmente, esta é a base da disciplina legal da defesa da concorrência no setor de energia elétrica.

Como se nota, os dispositivos são bastante vagos, não deixando transparecer de forma clara a estrutura institucional responsável pela aplicação das regras de defesa da concorrência no setor de energia elétrica. De um lado não foi delimitada a forma como deve ocorrer a “articulação” entre SDE e ANEEL. De outro, o CADE sequer foi mencionado pela Lei. Assim, ainda não é possível vislumbrar com exatidão quais as funções que deverão ser exercidas por cada órgão.

Essa regulação lacunar no plano legislativo, não foi completamente esclarecida no plano regulamentar. Com efeito, o Decreto 2.335/97, que regulamentou a Lei 9.427/96, contém apenas dispositivos genéricos sobre a defesa da concorrência. Contudo, como se abordará a seguir, este regulamento traça algumas linhas importantes para identificar possíveis configurações nas relações institucionais entre ANEEL e CADE.

O Decreto atribui três papéis distintos à ANEEL na defesa da concorrência no setor de energia elétrica: (i) um papel ativo de incentivo à concorrência; (ii) o controle das estruturas do setor e (iii) a repressão às condutas anticoncorrenciais. A seguir cada um deles é analisado separadamente.

2.2.a. Papel ativo da ANEEL: incentivo à concorrência

O artigo 4º do Decreto 2.335/97 atribui à ANEEL um papel ativo, determinando que o órgão “incentive” a concorrência no setor de energia elétrica (inciso II). A mesma atuação pró-concorrência é retomada no artigo 13 do Decreto, que dispõe:

“Art. 13. O exercício da livre competição deverá ser estimulado pela ANEEL visando a proteção e defesa dos agentes do setor de energia elétrica e a repartição de forma justa dos benefícios auferidos, entre esses agentes e os consumidores.” (grifos nossos)

Em face desses dispositivos, mais do que defensora da concorrência, a ANEEL deverá ser o órgão promotor da concorrência no setor de energia elétrica. Assim, pode-se esperar que a Agência utilize sua competência regulatória com vistas a estimular a concorrência no setor regulado, interferindo diretamente na organização do mercado, por meio de instrumentos de regulação técnica e de regulação econômica (cf. primeira parte deste estudo para uma comparação genérica das competências exercidas pelos órgãos reguladores e pelas autoridades de defesa da concorrência).

2.2.b. Relação entre a ANEEL e o CADE no controle de estruturas do setor de energia elétrica

O artigo 4º do Decreto 2.335/97 prevê uma ampla atuação da ANEEL no controle das estruturas do setor de energia elétrica (incisos XI e XII). Essa atuação, já determinada no inciso VIII do artigo 3º da Lei 9.427/96 (inserido pela Lei 9.468/98), submete à autorização da ANEEL todas as operações relativas à concentração econômica e à transferência de concessões.

Nesse ponto, colocam-se duas questões: (i) diante desses dispositivos, permanece intacta a competência do CADE para apreciar atos de concentração no setor de energia elétrica ? (ii) em caso afirmativo, qual seria a extensão da apreciação da ANEEL e qual a extensão da apreciação do CADE ao julgar atos de concentração neste setor ? Não há respostas simples e diretas para essas questões. Ao contrário, em face do incompleto quadro legislativo, são diversas as respostas possíveis.

Uma primeira leitura da Lei e do Regulamento poderiam levar o intérprete a sustentar a supressão da competência do CADE para apreciar atos de concentração no setor de energia elétrica. Isto porque, sendo a Lei 9.427/96, uma lei especial em relação à lei geral de defesa da concorrência (Lei 8.884/94), poder-se-ia invocar a regra hermenêutica segundo a qual a lei especial derroga a lei geral quanto à matéria especial. Em outras palavras, o marco legal do setor de energia elétrica, ao regular o controle de estruturas neste setor, teria excluído a aplicação das normas gerais sobre defesa da concorrência, expressas na Lei 8.884/94.

No entanto, uma análise mais detida leva a interpretação diversa. Isto pois a disciplina legal do setor de energia elétrica prevê, em diversos dispositivos, a necessidade de articulação da ANEEL com os demais órgãos de defesa da concorrência. É o que se nota, por exemplo, no parágrafo único do artigo 3º da Lei 9.427/96:

“Art. 3º (...)

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

No mesmo sentido, é a previsão do parágrafo único do artigo 13 do Decreto 2.335/97:

“Art. 13 (...)

Parágrafo único. A ANEEL celebrará convênios de cooperação com Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e demais órgãos de proteção e defesa da ordem econômica, com objetivo de harmonizar suas ações institucionais.”

Esses dispositivos estabelecem claramente a necessidade de cooperação entre a ANEEL e os demais órgão de defesa da concorrência. Ora, a exigência de articulação institucional só faz sentido na medida em que os “demais órgãos de proteção e defesa da ordem econômica” – leia-se CADE, SDE e SEAE – mantêm sua competência para atuar no setor de energia elétrica. Se essa competência tivesse sido revogada, não haveria porque se falar em “harmonização das ações institucionais”. Essa a razão pela qual prevalece a interpretação de manutenção da competência do CADE para atuar no controle de estruturas do setor de energia elétrica e conseqüente instituição de um modelo de Competências complementares.

A ANEEL parece caminhar no sentido dessa interpretação. É o que se depreende de sua Resolução 94 de 30 de março de 1998:

“... considerando:

(...)

- as articulações já havidas entre o Departamento Nacional de Energia Elétrica – DNAEE, órgão regulador do poder concedente que antecedeu a ANEEL, e a Secretaria de Direito Econômico – SDE, a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE;”

Tal resolução trata especificamente do controle de estruturas, fixando os percentuais máximos de participação de mercado (*market share*) dos agentes atuantes no setor de energia elétrica. Assim, nota-se, desde logo, a preocupação da ANEEL em exercer a sua competência de forma harmônica com os demais órgãos de defesa da concorrência.

Prevalendo essa interpretação, segundo a qual o CADE mantém a competência para atuar no controle de estruturas da setor de energia elétrica, os atos de concentração deste setor dependerão da autorização de dois órgãos: CADE e ANEEL.

Nesse ponto, coloca-se a segunda questão formulada acima: qual será a extensão da atuação de cada um desses órgãos na apreciação dos atos que lhes forem submetidos? A resposta a esta indagação ainda está em aberto, pois a Lei e o Decreto não distinguem a competência do CADE e da ANEEL, limitando-se a exigir a harmonização de suas ações institucionais, harmonização esta que poderá ser obtida através de convênios entre os referidos órgãos (art. 13, parágrafo único, do Decreto 2.335/97). Contudo, há dois aspectos que merecem ser abordados como pontos de partida para a delimitação das competências do CADE e da ANEEL.

Em primeiro lugar, cumpre notar que a competência da ANEEL é mais extensa do que a competência do CADE no que tange ao número de atos que deverão ser submetidos à sua autorização. Com efeito, todo e qualquer ato de “concentração societária”, “alteração de controle acionário”, “cisão”, “fusão”, “transferência de concessões, permissões e autorizações” no setor de energia elétrica dependerá de autorização da ANEEL (art. 3º, inciso VIII, da Lei 9.427/96 e artigo 4º, incisos XI e XII, do Anexo I do Decreto 2.335/97).

Já o CADE apreciará apenas os atos de que trata o *caput* do artigo 54 da Lei 8.884/94 ou que se encaixem nos requisitos do parágrafo 3º desse mesmo dispositivo (i.e. envolvam faturamento de mais de R\$ 400.000.000,00 ou atinjam

mais de 20% do mercado relevante). Portanto, nem todos os atos que forem submetidos à apreciação da ANEEL serão submetidos à apreciação do CADE. Mas todos os atos de concentração no setor de energia elétrica que forem submetidos ao CADE certamente serão submetidos à ANEEL.

Em segundo lugar, quanto à amplitude de análise, tal como se apontou no caso do setor de telecomunicações, a competência do CADE tende a ser mais abrangente que a da ANEEL. A Agência, enquanto órgão regulador do setor de energia elétrica, deverá analisar primordialmente o impacto de determinado ato de concentração sobre a estrutura do setor regulado. Já o CADE, enquanto autoridade geral de defesa da concorrência, poderá analisar o impacto do ato sobre outros setores da economia.

Assim, por exemplo, a aquisição de uma empresa geradora de energia elétrica por um grupo societário que controle determinada empresa produtora de alumínio pode ser inofensiva para a concorrência no setor de energia elétrica, mas prejudicial para a concorrência no setor de alumínio. A análise da ANEEL tende a concentrar-se no impacto do ato sobre o setor de energia elétrica (setor regulado), sendo perfeitamente possível a aprovação de referida operação pela Agência. Já a análise do CADE tende a inserir a operação no contexto geral da economia nacional, sendo possível a imposição de restrições à operação em virtude do seu impacto sobre o setor de alumínio.

Apesar dessa delimitação material da competência não estar estipulada em Lei, sua adoção parece bastante razoável, uma vez que a capacidade técnica da ANEEL é totalmente voltada para a análise do setor de energia elétrica.

Mais complicado é saber se o impacto do ato de concentração sobre o setor de energia elétrica poderá ser apreciado também pelo CADE, ou se, ao contrário, essa apreciação será realizada exclusivamente pela ANEEL. A última alternativa parece a mais razoável. Isso por duas razões fundamentais: (i) a maior capacidade técnica

da ANEEL para avaliar a influência da operação sobre o setor de energia elétrica; (ii) a possibilidade de decisões conflitantes entre o CADE e a ANEEL.

A exclusividade da ANEEL para a apreciação do impacto de determinado ato sobre o setor de energia elétrica não implica necessariamente um distanciamento do CADE em relação a essa apreciação. Nada impede que se estipule um papel consultivo para o CADE, no que tange à análise da influência do ato sobre o setor de energia elétrica. Esse papel consultivo pode ser extremamente útil, trazendo à tona aspectos diversos daqueles normalmente analisados pela ANEEL. A decisão final, no entanto, caberia à ANEEL.

Finalmente, uma última hipótese merece ser apreciada: a realização de atos de concentração em outros setores da economia que possam produzir algum impacto sobre o setor de energia elétrica. Pode-se imaginar, por exemplo, a situação hipotética de um ato de concentração efetuado em setor econômico que congregue grandes consumidores de energia elétrica.

A ANEEL não teria competência para apreciar o ato de concentração dessa natureza, uma vez que sua competência restringe-se a “*impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica*” e a monitorar e acompanhar as práticas dos “*agentes do setor de energia elétrica*” (art. 3º, incisos VIII e IX, da Lei 9.427/96). Assim, tal ato seria submetido exclusivamente à apreciação do CADE. No entanto, nesse caso, seria interessante prever um papel consultivo da ANEEL, tendo em vista a capacitação técnica desta Agência e o impacto do ato sobre o setor regulado.

Em síntese, essas são as primeiras linhas da configuração institucional do controle de estruturas no setor de energia elétrica, tendo em vista o quadro legislativo em vigor, bem como o papel atribuídos aos órgãos de defesa da concorrência e de regulação do setor de energia elétrica.

2.2.c. ANEEL e CADE na repressão das práticas anticoncorrenciais

O artigo 3º da Lei 9.427/96 prevê, em seu inciso IX, a competência da ANEEL para “zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, monitorando e acompanhando as práticas dos agentes do setor de energia elétrica”. Evidentemente tal dispositivo refere-se ao controle de condutas dos agentes econômicos desse setor, tendo em vista a repressão de práticas anticoncorrenciais.

Já o artigo 3º do Decreto 2.335/97, que prevê, dentre as competências da ANEEL, a “*adoção de critérios que evitem práticas anticompetitivas e de impedimento ao livre acesso aos sistemas elétricos*” (inciso III).

Essas disposições, apesar de denotarem uma preocupação com a regulação das condutas anticoncorrenciais, não esclarecem o papel que caberá à ANEEL na repressão das infrações à ordem econômica.

Esse ponto é bastante delicado e sua solução tende a ser complexa. Há essencialmente três possibilidades: (i) a repressão de infrações praticadas por agentes econômicos do setor de energia elétrica será exercida exclusivamente pela ANEEL, com o auxílio da Secretaria de Direito Econômico e, eventualmente, um papel consultivo do CADE (modelo próximo à “isenção antitruste”); (ii) a repressão das infrações será exercida pelo CADE, funcionando a ANEEL apenas como um órgão responsável pela monitoração do setor e pela instrução dos processos, cujo papel seria muito similar ao da SDE (modelo próximo à desregulamentação) e (iii) tanto o CADE quanto a ANEEL funcionariam como órgãos repressores das infrações (nessa terceira possibilidade a configuração institucional pode assumir os traços do modelo de competências concorrentes ou do modelo de Competências complementares).

A estrutura legislativa atual não permite identificar qual das três possibilidades irá prevalecer. Todavia, mais uma vez, deve-se analisar a questão dentro de um quadro

de cooperação institucional entre a ANEEL e os órgãos de defesa da concorrência, tal como prescrito no artigo 3º, parágrafo único, da Lei 9.427/96 e no artigo 13, parágrafo único, do Decreto 2.335/97.

Assim, é improvável que o CADE fique completamente alheio ao processo de repressão das infrações à ordem econômica cometidas por agentes do setor de energia elétrica. O CADE deverá participar do processo, quer com um papel consultivo, quer com um papel judicante.

Até que haja uma maior definição legislativa, a configuração institucional da repressão das infrações à ordem econômica no setor de energia elétrica dependerá, em larga escala, do convênio a ser firmado entre a ANEEL e os órgãos de defesa da concorrência, em conformidade com a prescrição do artigo 13, parágrafo único, do Decreto 2.335/97.

2.3. Novo marco legal do setor de petróleo: Lei 9.478/97

2.3.a. A introdução da livre concorrência no setor de petróleo

Em 1997, a Lei 9478/97 estabeleceu um novo marco legal para a exploração de petróleo e seus derivados no Brasil, representando uma profunda mudança em relação ao regime anteriormente adotado.

A principal inovação do novo marco legal foi a quebra do monopólio estatal, tradicionalmente exercido pela Petrobrás. Com efeito, a Lei 9478/97, regulamentada pelo Decreto 2.455/98, busca a introdução a livre concorrência no setor petrolífero e, de uma forma mais abrangente, em todo o setor energético.

Nesse sentido, a Lei estipula que a livre concorrência deve ser uma dos objetivos das políticas nacionais sobre o setor de energia. É o que dispõe seu parágrafo 1º:

“Art. 1º 0 As políticas nacionais para o aproveitamento racional das fontes de energia visarão aos seguintes objetivos:

(...)

IX – promover a livre concorrência;” (grifamos)

Especificamente em relação ao setor de petróleo, o artigo 61 da Lei 9478/97 prevê:

“Art. 61 – A Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRÁS é uma sociedade de economia mista vinculada ao Ministério das Minas e Energia, que tem como objetivo, a pesquisa, a lavra, a refinação, o processamento, o comércio e o transporte de petróleo proveniente de poço, de xisto ou de outras rochas, de seus derivados, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, bem com quaisquer outras atividades correlatas ou afins, conforme definido em lei.

Parágrafo 1º. As atividades econômicas referidas neste artigo serão desenvolvidas pela PETROBRÁS em caráter de livre concorrência com outras empresas, em função das condições do mercado, observados o período de transição previsto no Capítulo X e os demais princípios e diretrizes dessa Lei.”
(grifamos)

Por sua vez, o Decreto 2.445/98, que implanta a Agência Nacional do Petróleo - ANP, estipula a livre concorrência como princípio que deverá pautar toda a atuação

do órgão. É o que se observa nos artigos 3º e 14º do Anexo I do mencionado diploma legal:

“Art. 3º – Na execução de suas atividades, a ANP observará os seguintes princípios:

IV – regulação pautada na livre concorrência, na objetividade, na transparência, na ausência de duplicidade, na consistência e no atendimento das necessidades dos consumidores e usuários;”
(grifos nossos)

“Art. 14 – A ANP regulará as atividades da indústria do petróleo e a distribuição e revenda de derivados de petróleo e álcool combustível, no sentido de preservar o interesse nacional, estimular a livre concorrência e a apropriação justa dos benefícios auferidos pelos agentes econômicos do setor, pela sociedade e pelos consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo.” (grifos nossos)

Note-se, assim, a clara diretriz estabelecida pelo novo marco legal do setor do petróleo: necessidade de introdução da livre concorrência.

Como decorrência lógica dessa diretriz, está a aplicação das normas de defesa da concorrência ao setor. Assim, tal como nos setores de telecomunicações e de energia elétrica, a questão que se coloca é a elaboração de um modelo institucional que articule a Agência regulatória – no caso, a ANP – com os órgão do sistema nacional de defesa da concorrência (CADE, SDE e SEAE). Nesse ponto, a Lei 9.478/97 já estabelece um ponto de partida.

2.3.b. Base legal do modelo institucional de defesa da concorrência no setor de petróleo: adoção do modelo de competências complementares

No que tange ao modelo institucional de defesa da concorrência, a Lei 9478/97 determina a colaboração entre ANP e CADE na repressão das infrações à ordem econômica. Com efeito, o artigo 10 da Lei, prevê que a ANP deverá informar ao CADE os fatos que possam configurar infração à ordem econômica:

“Art. 10 – Quando, no exercício de suas atribuições, a ANP tomar conhecimento de fato que configure ou possa configurar infração à ordem econômica, deverá comunicá-lo ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, para que este adote as providências cabíveis, no âmbito da legislação pertinente.” (grifos nossos)

Dando concreção a esta norma legal, o Decreto 2.455/98 insere, dentre as competências da ANP, a comunicação de atos que configurem infração à ordem econômica ao CADE (art. 4º, inciso XVI, do Anexo I do Decreto).

Dessa forma, observa-se que, sendo a ANP a agência regulatória do setor, deverá exercer um monitoramento constante dos agentes econômicos, denunciando qualquer possível infração à ordem econômica ao CADE, para que este tome as providências cabíveis.

Com isso, a Lei 9478/97 lança as bases para a construção de um modelo de Competências complementares entre ANP e CADE. De fato, os dois órgãos deverão atuar conjuntamente para implementar as regras de defesa da concorrência no setor de petróleo. Nesse sentido, é fundamental o estabelecimento de convênios entre as duas autarquias, de forma a estimular sua aproximação e sobretudo a troca de informações sobre o setor.

É relevante salientar que o artigo 9º do Anexo I do Decreto 2455/98 atribui ao Diretor-Geral da Agência a competência para firmar convênios em nome do órgão (art. 9º, inciso IV). Portanto, está aberta a via para consolidar o modelo de Competências complementares na defesa da concorrência do setor de petróleo, mediante convênios entre o CADE e a ANP.

Esses convênios serão especialmente relevantes no que concerne ao controle das estruturas do setor (i.e. atos de concentração), uma vez que a Lei não trata sobre deste ponto, limitando-se à questão da repressão das condutas ilícitas (i.e. infrações à ordem econômica).

IV. DESAFIOS PARA A POLÍTICA PÚBLICA

Após exame das experiências nacional e internacional, convém assinalar pontos importantes para a política pública. Esta última pode afetar, ainda que parcialmente, a importância relativa dos fatores mencionados no Quadro 6 da seção II, aqui reproduzido.

Quadro 6

Possibilidades de Escolha, Economias de Escopo e Custos de Transação

CUSTO DE TRANSAÇÃO ECONOMIAS DE ESCOPO	ALTO	BAIXO
	ALTO	M ₁ – Isenção Antitruste M ₄ – Regulação Antitruste
BAIXO		M ₂ – Competências Concorrentes M ₄ – Competências Complementares

Em particular, o esforço de cooperação institucional pode reduzir os custos burocráticos de transação. Tal consideração confere maior leque de alternativas no Quadro 6. Suponha-se, por exemplo uma situação – bastante plausível – em que as economias de escala e escopo sejam baixas, refletindo o fato conhecido de que cada realidade setorial envolve uma gama de conhecimentos específicos e exige a manutenção de órgãos especializados. Sabe-se, por outro lado, que os custos burocráticos de transação são altos.

Assim, nos termos estritos do Quadro 6, qualquer um dos quatro modelos apresentaria imperfeições. Uma super agência perderia as economias de especialização, além de elevar o risco de captura nos termos do Quadro 5. Um sistema de multi-agências incorreria em elevados custos burocráticos de transação.

A alternativa de uma super-agência não parece interessante por duas razões principais:

- a consideração dos fatores histórico-concretos, conforme sugerido na seção II, levaria à constatação da existência de várias agências com tradições organizacionais distintas e cuja fusão envolveria razoável custo de transição.
- a preocupação com o risco de captura é particularmente relevante em jurisdições menos maduras, como a brasileira, em que o Estado ainda é frágil e vulnerável às pressões de grupos organizados.

Daí a oportunidade no caso brasileiro de estimular sistemas de competências complementares, para o que se torna premente a redução dos os custos burocráticos de transação. Tal tarefa parece realizável em um prazo não muito dilatado mediante programa de três fases:

- treinamento integrado de técnicos de regulação e defesa da concorrência, aproveitando os fatores de convergência analítico-conceitual discutidos na seção II.
- formulação de acordos amplos de cooperação técnica, com ênfase na uniformização conceitual, visando minimizar a probabilidade de orientações díspares para os administrados.
- formulação de acordos operacionais específicos que concretizem para cada segmento sujeito a regulação, as noções gerais do sistema de competências complementares.

Estes últimos devem conter os seguintes ingredientes:

- i) sistema de triagem de casos evitando-se encaminhamento de casos em jurisdições incompetentes;
- ii) tratamento diferenciado para casos mais simples, acelerando os procedimentos;
- iii) transparência de regras para o administrado, especialmente no tocante aos critérios utilizados para a tomada conjunta de decisão entre as duas agências;
- iv) respeito ao devido processo legal, minimizando a ocorrência de procedimentos que possam ser objeto de recurso ao Judiciário ou causar insegurança jurídica.

Em síntese, essas são as diretrizes básicas a serem adotadas para construção de um modelo institucionais eficiente na relação entre autoridade de defesa da concorrência e as agências regulatórias setoriais.

V. BIBLIOGRAFIA

ANTITRUST LAW DEVELOPMENTS , American Bar Association, 1997.

AREEDA, P. e KAPLOW, L., *Antitrust Analysis: problems, text, cases*, Boston, Little Brown and Company, 1988.

AVERBUCH, I. *Concorrência e Regulação no Setor Elétrico*. Cade: Texto para Discussão, 1998.

BANCO MUNDIAL, Regulatory Institutions for Utilities & Competition: International Experience, Private Sector Development Department, fevereiro de 1998.

BEESLEY, M. E. , *Privatization, Regulation and Deregulation*, 1991.

BOGO, J., “*Privatizationes e Competencia-Algunos Comentarios Sobre la Experiencia Argentina*”.

COMISSÃO EUROPÉIA DG-IV, *Compilación de Legislación de la Competencia América Latina & Caribe*, 1997.

COMISSÃO EUROPÉIA DG-IV, Third report on the implementation of the telecommunications regulatory package – 25 de fevereiro de 1998.

DUTRA, P. O *Novo Estado Regulador Brasileiro*, Monitor Público, RJ, No 12, jan-mar, 1997.

FARINA, E.M.M.Q. AZEVEDO,P.F. E PICCHETTI,P. *A Reestruturação dos Setores de Infraestrutura e a Definição dos marcos regulatórios: Princípios Gerais, Características e Problemas*. Infraestrutura perspectivas de reorganização - IPEA. 1997.

GRAU, E. R. (1997) – *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, São Paulo, Malheiros, 1997.

KHEMANI, S. e DUTZ, M. *The Instruments of Competition Policy and their Relevance for Economic Development*, em FRISCHTAK, C. (editor), *Regulatory Policies and Reform: a Comparative Perspective*, Banco Mundial, dezembro de 1995.

LAFFONT, J-J e TIROLE, J. *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, MIT Press, 1993.

LOPES-de-SILANES F. ,*What Factor Determine Auction Prices in Privatization*, Viewpoint, publicação do Banco Mundial- jun. de 1997.

OCDE, *Regulation and Competition Policy*, mimeo. 1998.

MARQUES, H.N., *Privatização e Qualidade dos Serviços Públicos de Infra-Estrutura: Controle Social e Participação do Consumidor*, Texto para Discussão nº 426, IPEA, junho de 1996.

OEA, *Inventário de Leyes y Normas Referidas a las Praticas sobre Competencia en el Hemisferio Occidental* (informe preliminar), 1996.

OECD and WORLD BANK. *Competition Policy in a Global Economy: A Latin American Perspective*. Buenos Aires, Argentina. 1996.

OECD, *Competition Policy in OECD Countries*, 1997.

OECD, *Developments in Telecommunications: an Update – Italy*, relatório publicado pelo Comitee on Competition Law and Policy da OCDE, 13 de outubro de 1997.

OECD, *Developments in Telecommunications: an Update – Australia*, relatório publicado pelo Committee on Competition Law and Policy da OCDE, 2 de outubro de 1997.

OCDE, *Relationship between Regulators and Competition Authorities*, relatório publicado pelo Committee on Competition Law and Policy da OCDE, em 4 de junho de 1998.

OLIVEIRA, G. Defesa da Concorrência em Países em Desenvolvimento: Aspectos da Experiência do Brasil e do Mercosul, Instituto Teotônio Vilela, Brasília, 1998.

OLIVEIRA, G. *Globalização, Abertura e Concorrência*, em Revista de Direito Econômico, CADE, No 23, abril/junho de 1996.

PACKARD, Vance. *The Hidden Persuaders*, New York, McKay, 1957.

PESSINI, J. E. E MACIEL, C. S. “Modelos de Regulação e Políticas Públicas em Telecomunicações”, in *Telecomunicações Globalização e Competitividade*, org. Luciano Coutinho *et ali*, Campinas: Papyrus, 1995.

ROCHA, Bolívar Moura – “Regulação de infra-estrutura e defesa da concorrência: proposta de articulação”, 1997, *mimeo*.

TIROLE, J. *The Theory of Industrial Organization*, The MIT Press, 1988.

UNCTAD, *Transnational Corporations, Market Structure and Competition Policy*, World Investment Report, 1997.

VISCUSI, W.K., VERNON, J. e HARRINGTON, J. *Economics of Regulation and Antitrust*, MIT Press, segunda edição, 1995.