CONFLITO ENTRE NORMAS DO CADE E DA ANATEL

Arthur Sanchez Badin, advogado, Presidente do CADE para o mandato 2009/2010. Foi Procurador-Geral do CADE por dois mandatos (2006/2007 e 2008/2009), Chefe de Gabinete da Secretaria de Direito Econômico (2003/2005) e Presidente do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (2003/2005). Mestrando em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da USP.

*Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, advogado, Procurador Federal, Procurador-Geral do CADE para o mandato 2010/2011. DEA- Diplôme d'Études Approfondies- Faculté de Droit de Montpellier 1, France.
Área do Direito: Administrativo; Econômico; Regulatório*

SUMÁRIO: 1 Relatório; 2 Da fundamentação jurídica; 3 Conclusão: solução no caso concreto; 4 Despacho do Procurador-Geral; 5 Aditamento ao Despacho do Procurador-Geral; 6 Bibliografia.

RESUMO: Em caso de contradição entre decisão do CADE e de Agência Reguladora, qual deve prevalecer? A questão foi tratada em parecer da Procuradoria do CADE, da lavra dos autores, exarado em processo administrativo sancionador. O CADE proferiu decisão autorizando a TELESP a praticar determinada política de descontos na prestação de serviços de transmissão de dados corporativos (EILD). Posteriormente à decisão do CADE, sobreveio norma regulatória da ANATEL que proibiu a TELESP (e demais empresas do setor) de praticar tais descontos. Nesse contexto, o parecer cuidou de definir qual norma deveria prevalecer, se a decisão do CADE (norma concreta) ou a regulação da ANATEL (norma abstrata).

PALAVRAS-CHAVE: Conflito. Normas. Regulação. Concorrência

ABSTRACT: In cases involving conflict between a decision of CADE and a regulation of a regulatory agency, which rule should prevail? The issue is dealt with in an opinion of the Attorney General's Office of CADE, issued in a punitive administrative proceeding. CADE rendered a decision authorizing TELESP to establish its discount policy for transmitting corporate data services (acronymed EILD). After CADE's ruling, a regulation was enacted by ANATEL prohibiting TELESP (and other players of telecom market) to grant discounts of such a kind. Given this background, the opinion was rendered for defining what rule should prevail: CADE's decision (concrete rule) or ANATEL's regulation (abstract rule)

KEYWORDS: Conflict. Rules. Regulation. Competition

1 RELATÓRIO

Nos autos do Processo Administrativo (PA) n° 53500.005770/2002 para apuração de infração contra a ordem econômica, o CADE adotou medida preventiva determinando à TELESP que, até a decisão final do PA (Prodam), os preços cobrados pela prestação de serviços de EILD fossem iguais, tanto para empresas concorrentes, quanto para a subsidiária da Telesp, Telefônica Empresas.

No despacho concessivo do provimento de urgência, restou estabelecido que a Medida Preventiva poderia ser revogada a qualquer tempo se a Representada apresentasse critérios de descontos objetivos, os quais tivessem efeito neutro sobre a concorrência ou que fossem justificáveis sob o ponto de vista de geração de eficiências econômicas.

A TELESP, nesse sentido, apresentou proposta de celebração de Termo de Compromisso de Cessação (TCC) à ANATEL e ao CADE, referente às condições de comercialização de EILD.

A proposta de celebração de TCC foi aprovada pela ANATEL, e o Termo assinado determinou à TELESP, dentre outras obrigações, cessar imediatamente a prática investigada no Processo Administrativo (Prodam).

Para poder aplicar descontos equitativos, a TELESP registrou sua política comercial no TCC, comprometendo-se a informar sobre qualquer alteração futura, ficando, assim, dispensada do compromisso de praticar os valores de acesso local da tabela quando seus concorrentes ofertarem preços inferiores constantes da mesma.

O TCC foi homologado pelo CADE, ficando suspenso o Processo Administrativo (Prodam). A TELESP, diante da homologação deste TCC, apresentou à ANATEL proposta de celebração de TCC em mais dois processos remanescentes (TCC Prodesp e Dataprev) nos mesmos termos do TCC Prodam.

Os TCC's Prodesp e Dataprev foram também aprovados pela ANATEL e homologados pelo CADE, fixando-se os limites de atuação da TELESP na oferta de EILD local, restando suspensos os respectivos processos administrativos.

Para compreender as peculiaridades deste mercado, insta dizer que existem dois regimes de oferta de EILD regulados pela ANATEL. O regime geral, o qual permite a aplicação de descontos, e o regime regulado especial, cujos agentes são detentores de Poder de Mercado Significativo (PMS), de acordo com mercados relevantes definidos pela ANATEL (artigo n° 13 da Res. n° 402/05).

Os TCC's (Prodam, Prodesp e Dataprev) tiveram que se adequar à cláusula 9ª, a qual dispunha que o regime de oferta de EILD seria regulado pela Resolução 402/05.

O que dá ensejo à presente manifestação é que a ANATEL editou Resolução n° 437/06, estabelecendo que a TELESP, suas controladoras, controladas e coligadas detêm PMS na oferta de EILD local e a longa distância para velocidades de transmissão menores ou iguais a 2.048 kbps em todo

o Estado de São Paulo (Região III). Diante do dispositivo acima citado, a TELESP passa a estar impedida de fornecer os descontos antes autorizados.

A TELESP, em sua linha de argumentação, uarguiu que não teria PMS nas localidades ou sub-localidades da Região III com duplicação ou multiplicação de redes de telecomunicações, afirmando também que a ANATEL não atentou aos critérios do art. 13 da Resolução nº 402/05.

Nesse sentido, a TELESP vem ao CADE para que seja reconhecido o conflito entre as proposições administrativas, TCC e Resolução ANATEL 437/06, para que seja declarada a validade do TCC, determinando a suspensão da Resolução 437/06. Acaso não seja declarada a invalidade da suspensão, que se determine a revisão dos critérios de definição de PMS.

Acrescendo ao já explicitado, é sabido que a TELESP ingressou com recurso perante a ANATEL, questionando a Resolução 437/06, estando o incidente sob apreciação definitiva da Autarquia de Telecomunicações, segundo informado à Presidência do CADE nos termos do Ofício nº 912/2006/PVSTR/PVST/SPV/PR-ANATEL.

É o resumido relato.

2 DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

O processo de desestatização na prestação dos serviços de telecomunicações teve por notória finalidade a eficiência. Nesse sentido, devem-se observar, sempre que possível, critérios de competitividade entre os agentes econômicos (art. 5º Lei 9.472/97).

A instituição de um regulador setorial e a relação entre as diversas autoridades relacionadas com a matéria propiciou uma diversidade de competências para respaldar os interesses do setor.

No dizer do Prof. Carlos Ari Sundfeld, “é preciso, agora, consultar as normas e verificar como, em relação a cada serviço e situação, manifestam-se múltiplas e sofisticadas competências do Estado (legislativas, administrativas e mesmo jurisdicionais), que têm de ser identificadas analiticamente: habilitar as empresas a atuar no mercado (concedendo, autorizando, permitindo, licenciando, etc.), fixar ou controlar preços e tarifas, obrigar o atendimento de certas demandas de consumidores, *impor limites, encargos e sujeições* em função do desempenho da atividade - e assim por diante” (SUNDFELD, 2002:32).

Nos casos em que se admite a livre concorrência, esta corresponde ao princípio econômico segundo o qual a fixação dos preços dos bens e serviços não deve resultar de atos de autoridade, mas sim do livre jogo das forças que disputam o mercado

Diz-se isso já que há atividades que possibilitam a “competição entre os operadores”. São hipóteses, geralmente, em que há mais de um executor do serviço e que a eficiência (preço, qualidade, oferta, etc) se comunica com a concorrência¹.

1 “On attend une concurrence que donne une plus grande efficacité de production qui profite aux clients et à l'économie dans son ensemble, bénéficiant aux consommateurs. Il importe d'évaluer avec précision

Em casos desse jaez, a regulação não pode fugir da observância da Lei 8.884/94, a qual dispõe sobre a repressão à infração contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, *livre concorrência*, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico (vide art. 1º da Lei 8.884/94).

Com efeito, o enfoque trazido até o presente momento serve para a verificação de competências e grau de atuação das autoridades. Temos assim: (i) atividades que prescindem de concorrência e há apenas a regulação setorial; (ii) atividades em que a concorrência pode ser exigida, devendo-se tratar conjuntamente o binômio regulação/concorrência.

Para saber as funções do regulador e a observância das perspectivas concorrenciais, a doutrina, alicerçada nos dispositivos legais de regência, vislumbrou hipóteses de competências: i) o legislador apresenta a solução; ii) no silêncio da Lei, interpreta-se pela aplicação da regulação geral; vislumbrando-se a competência do ente antitruste; iii) nos casos de serviço público, a última palavra é do regulador setorial, em razão das peculiaridades do serviço público, ressalvado dispositivo legal em sentido contrário².

Diz Aragão (2002:294): “Em primeiro lugar, casos há em que própria lei compõe o conflito, hipótese em que a solução encontrada pelo Legislador deverá, naturalmente, prevalecer. O art. 4º, XXII, da Lei nº 9.961/00, por exemplo, dispõe que compete à Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS “autorizar o registro e o funcionamento das operados de planos privados de assistência à saúde, bem assim, ouvidos previamente os órgãos do sistema de defesa da concorrência, sua cisão, fusão, incorporação, alteração ou transferência do controle societário.” Vemos que, apesar da necessária prévia oitiva dos órgãos do sistema de defesa da concorrência, à ANS cabe a palavra final na questão, fundamentando com especial aprofundamento eventual divergência com aqueles órgãos. Quando a lei se silenciar, entendemos que, em se tratando de agência reguladora de atividade econômica, prevalecerá, em princípio, a competência do CADE, facultada a celebração de convênio ou a edição de ato normativo conjunto que regule o conflito de forma diversa. Nos casos da regulação da agência incidir sobre serviços públicos, entendemos que, em razão das particularidades e dificuldades para que a competição seja implantada, o que faz com que esta deva ser buscada com especial atenção aos demais objetivos regulatórios, a última palavra deve ser da agência reguladora, ressalvada, obviamente, a existência de dispositivo legal em sentido contrário”.

la répartition des gains de productivité attendus entre les opérateurs, les contribuables et les usagers, et d'assurer qu'elle est conforme aux objectifs poursuivis” (STOFFAËS, 1995:365).

2 MARQUES NETO (2002:105), citando as doutrinas americanas, faz a seguinte consideração: “tem-se uma articulação complementar (procedimental ou operacional), articulação supletiva; articulação concorrente e articulação por coordenação”.

No caso do setor de telecomunicações, a Lei 9.472/97 elege a complementariedade de atuação entre a ANATEL e o CADE para examinar aspectos que possam constituir infração à ordem econômica:

Art. 2º O Poder Público tem o dever de: (..)

III - adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários.

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

§ 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.

Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

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

Os dispositivos legais transcritos outorgam ao CADE, quando a concorrência é admitida, competência para identificar as manifestações que possam caracterizar ou caracterizem violações à ordem econômica.

A função não é intervir nas decisões regulatórias, conquanto não se possa suprimir dos intervenientes do setor a necessidade de adequação às normas gerais de consumidor e concorrência. Segundo MARQUES NETO (2002:107), “... não há que se falar em reservas de regulação, em setores imunes à regulação geral antitruste e consumeirista. A regulação setorial não caracteriza um feudo, uma área livre, isenta da incidência dos parâmetros de regulação geral. Os pressupostos que justificam a existência de uma regulação setorial, em qualquer de suas diversas aplicações, não podem excluir os pressupostos ensejadores da regulação geral”.

Portanto, pertinente e bastante esclarecedor é trazer à baila o voto do Conselheiro Thompson Andrade no Processo Administrativo 08012.000677/1999-70, o qual aborda a relação regulação e concorrência: “Quanto à arguição da incompetência dos órgãos de defesa da concorrência para controlar política tarifária das empresas concessionárias de serviço de transporte aéreo, cumpre notar que o presente processo não trata da formulação ou da fiscalização do cumprimento, pelas Representadas, dos parâmetros e limites definidos pela política tarifária estabelecida pelo órgão setorial (DAC). Antes, ao estabelecerem, individualmente, as regras de descontos nas tarifas máximas autorizadas pelo DAC, as

empresas aéreas concorrem entre si na disputa pelos usuários dos serviços aéreos de transporte de passageiros. A prática de retirar ou alterar o percentual de descontos concedidos, não implica descumprimento das determinações do órgão setorial. Entretanto, ao combinar o patamar de descontos a serem praticados, embora estes se mantenham dentro da banda tarifária autorizada, infringem o disposto na Lei 8.884/94, a qual abrange mesmo setores econômicos regulados, conforme dispõe o art. 15 da mesma lei.”

CADE e ANATEL exercem nichos distintos de competência, sem grau de importância ou hierarquia, malgrado seja premente a harmonia na atuação dos entes para a satisfação do interesse coletivo. “Essa cooperação interinstitucional é de extrema importância para a consecução dos objetivos esperados com a privatização nesse setor. Assim, necessária é a harmonização procedimental e decisória do CADE e da ANATEL; caso contrário, restará prejudicada a regulação dos serviços de telecomunicações, comprometendo de forma perigosa a eficiência da abertura do mercado para a livre concorrência” (LEHFELD, 2002:91).

Quando se aprova um Ato de Concentração, quando se homologa Termos de Compromisso de Cessação, ou mesmo quando se pune agente infrator em razão de Processo Administrativo instaurado, o CADE exerce juízo definitivo, em obediência à Lei 9.472/97 c/c a Lei 8.884/94. À ANATEL, nesses casos, compete observar primitivamente a matéria, passando, então, os autos ao juízo do CADE.

No caso dos autos, vislumbra-se uma antinomia aparente³ entre os Termos de Compromisso de Cessação (TCCs) homologados pelo CADE e o novo pronunciamento regulatório da Autarquia de Telecomunicações, mormente no que diz respeito à consideração do Poder de Mercado Significativo (PMS) (Resolução nº 437/06).

Como antes explicitado, os entes de regulação e concorrência devem ser instrumentos para o funcionamento eficiente da atividade econômica, proporcionando segurança jurídica a todos os intervenientes do setor. Tais exigências se dão seja diante de regime de serviço público em que se admite concorrência, ou mesmo quando se trata de atividade em regime exclusivo de competição.

Nesse sentido, a mais plausível solução das controvérsias deve-se valer de parâmetros regulatórios gerais e específicos apresentados, já que não existe fórmula pronta e acabada para dirimir todas as situações possíveis.

In casu, a possibilidade de ato normativo superveniente à celebração dos TCCs constitui exercício de competência regular da Autarquia (vide art. 19 da Lei 9.472/97). Frise-se que o próprio TCC resguardou a possibilidade de a ANATEL disciplinar acerca da linha dedicada EILD. A cláusula 9ª assim dispõe: “COMPROMISSÁRIA deverá adequar-se ao novo Regulamento de exploração industrial de linha dedicada- EILD,

3 Segundo FERRAZ (2003:191), a distinção entre antinomias reais e aparentes se dá pela existência de critérios para a solução do conflito.

que sucederá a Norma nº 30/96, aprovado na 339ª Reunião do Conselho Diretor da ANATEL, realizada no dia 31 de março de 2005”.

A Resolução 437/06, a qual especificou a Resolução 402/2005, constitui uma adequação normativa à realidade do mercado, função típica do ente regulador e que, resguardados os atos jurídicos já firmados, passa a disciplinar, naturalmente, as novas relações no setor de telecomunicações.

Como é de sabença comum, a função reguladora (normatizadora) pode e deve sempre ser renovada pelo agente competente. Eis uma função distinta da do CADE, que é órgão judicante (CADE) a quem se incumbem observar as práticas de mercado que afrontem ou possam afrontar a ordem econômica.

Como bem indicou o Conselheiro Ricardo Cueva, no voto vista proferido no Processo Administrativo nº 08012.007443/99-17: “Não é o CADE um ‘revisor’ de políticas públicas, porque, em agindo assim, estaria atentando contra os postulados básicos da legalidade e de toda a doutrina que informa a atividade dos órgãos reguladores. Entretanto, deparando-se com situações que possam configurar infração contra a ordem econômica, é dever das autoridades antitruste investigar e julgar tais condutas, nos estritos termos da Lei 8.884/94, de resto em perfeita harmonia com o arcabouço jurídico-institucional vigente”.

No mais, no processo em testilha deve-se afirmar que a norma da ANATEL não alterou o conteúdo do TCC. A política de descontos não está prevista no Termo como direito subjetivo, mas apenas como permissividade que pode ser modificada acaso a realidade de mercado assim o exija.

Se ANATEL e CADE complementam suas funções para respaldo do interesse público, disciplinando o serviço e velando para que não se dêem práticas infrativas ao mercado, nem o CADE pode dizer quando e qual a regulação a ser implementada pela ANATEL, a qual profere seus juízos dentro de critérios de conveniência e oportunidade, nem a ANATEL pode decidir definitivamente sobre prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, já que, segundo o disposto no art. 19, XIX, da Lei 9.472/97, esta atribuição pertence ao CADE.

Por fim, insta afirmar que se o CADE, ao apreciar critérios econômicos utilizados pela ANATEL, ou por qualquer outro regulador, verificar a não otimização dos aspectos competitivos, pode proferir ato de constatação, demonstrando as deficiências ou lacunas no disciplinamento do mercado regulado.

Segundo MEIRELLES (2002:173), “ato de constatação é aquele pelo qual a Administração verifica ou proclama uma situação fática ou jurídica ocorrente. Tais atos vinculam a Administração que os expede, mas não modificam, por si sós, a situação constatada, exigindo um outro ato constitutivo ou desconstitutivo para alterá-la. Seus efeitos são meramente verificativos”.

O posicionamento do CADE contempla, nesse último caso, a necessidade de harmonização na atuação das entidades e respalda o

estabelecido no art. 7º da Lei 8.884/94, seguindo o qual “compete ao Plenário do CADE requisitar dos órgãos do Poder Executivo Federal e solicitar das autoridades dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios as medidas necessárias ao cumprimento desta lei”.

3 CONCLUSÃO: SOLUÇÃO NO CASO CONCRETO

Ante o exposto, esta Procuradoria entende que não há imunidade a novo regramento de lavra do regulador aos TCCs em causa, já que a regulação visa a compactuar o mercado às exigências de interesse público.

Havendo este novo disciplinamento (a exemplo da Resolução 437/06), e não existindo incompatibilidade com o conteúdo do TCC firmado, já que, no caso, o fornecimento de descontos não é exigência do TCC, trata-se de modificação normal do arcabouço jurídico, aplicando-se, *ipso facto*, aos atos jurídicos futuros, posteriores à manifestação regulatória.

Podê o Conselho, todavia, verificando a não otimização da concorrência no setor, proferir ato de constatação, observando os aspectos concorrenciais do caso, encaminhado as conclusões à ANATEL para as providências que entender de direito.

A superior consideração.

Brasília, 30 de novembro de 2006.

Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo,
Procurador Federal

4 DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL

Senhora Presidenta,
Senhores Conselheiros,

Aprovo o bem lançado Parecer [acima], da lavra do Procurador Federal Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, aditando-lhe as considerações que se seguem.

TELESP celebrou TCCs com ANATEL, homologados pelo CADE, pelos quais estaria autorizada a praticar determinada política de descontos na prestação de serviços EILD. Posteriormente, sobreveio norma regulatória da ANATEL, que proibiu a TELESP de praticar tais descontos. Nesse contexto, importa saber qual norma deve prevalecer, se a decisão do CADE (norma concreta) ou a regulação da ANATEL (norma abstrata).

Vislumbram-se quatro soluções possíveis. (i) A primeira pressupõe que as decisões do agente regulador prevalecem sobre as do órgão antitruste e, portanto, o TCC não estaria mais valendo desde a vigência da Resolução 437. (ii) No extremo oposto, encontra-se a tese defendida em brilhante parecer pelo Professor Calixto Salomão Filho (parecer proferido no âmbito do Processo nº 53500.005770/2002), seguindo a qual “os atos

administrativos decorrentes do exercício de função normativa não têm o condão de revogar atos administrativos de julgamento em relação a questão específica objeto de julgamento”, por força do princípio constitucional de proteção da coisa julgada, ato jurídico perfeito e direito adquirido (art. 5º XXXVI, da CF/88) e do regime de distribuição de competências entre ANATEL e CADE na LGT e na Lei 8.884/94.

Entre essas posições, encontram-se as seguintes soluções intermediárias. (iii) Embora prevaleça a decisão do agente regulador sobre as do órgão antitruste, o qual não teria competência para avaliar, no caso concreto, a adequação ao direito concorrencial da norma reguladora, não se poderia imputar ao compromissário qualquer responsabilidade pelos atos praticados, enquanto não houver decisão formal do CADE considerando o TCC revogado⁴. (iv) Por fim, encontra-se a posição segundo a qual compete ao CADE, nos termos do art. 19, XIX, da Lei 9.472/06, avaliar se a Resolução aplica corretamente as normas de proteção à concorrência e, em caso negativo, manter a vigência do TCC.

A primeira das soluções apontadas, obviamente, não se coaduna com o sistema brasileiro de divisão de competências entre agências de regulação setorial e geral (antitruste e consumerista). É possível discernir três correntes distintas para definir como se deve dar a convivência das regulações geral e setorial. (i) Pela primeira, a regulação setorial e antitruste seriam excludentes entre si, de modo que a existência de uma regulação setorial afastaria, de plano, a aplicação de regras concorrenciais sobre os agentes regulados. (ii) A segunda condiciona a atuação do órgão antitruste à ausência de competência da agência reguladora para tratar da matéria concorrencial (ou sua omissão em fazê-lo de forma eficaz). Por fim, a terceira corrente defende a coexistência complementar e harmônica entre as regulações antitruste e setorial.

A análise da legislação brasileira revela clara opção do legislador pela terceira opção, conforme já sustentei alhures⁵.

Tendo a Constituição Federal erigido a defesa dos direitos do consumidor e da concorrência como princípios da ordem econômica (art. 170), nenhuma atividade econômica (*stricto sensu*) a ela está imune. Nas

4 No Processo Administrativo 08012.008060/2004-85, em que COOPANEST-PE foi acusada pela SDE de uniformização de conduta por meio de tabelas de honorários, embora houvesse lei estadual que as autorizassem, assim me pareceu: “Dos atos praticados sob a vigência da Lei Estadual-PE 12526/04, embora típicos (art. 20 da Lei 8.884/94), não decorre pena. Isso porque, caso se entenda que a Lei Estadual-PE 12526/04 é constitucional, o que se nega e cogita a bem do princípio da eventualidade, os atos decorreriam do exercício regular de direito, hipótese de exclusão de ilicitude (art. 23, III, do CP). Por outro lado, ainda que se considere a Lei Estadual-PE 12526/04 inconstitucional – e, portanto, absolutamente inválida e ineficaz – reputa-se que os atos foram praticados (i) sob erro de proibição (art. 21 do CP), ou (ii) sob discriminante putativa por erro de tipo permissivo (erro sobre a excludente de ilicitude “exercício regular de um direito”) (art. 20, § 1º, do CP). Qualquer que seja a qualificação jurídica para a causa da exclusão da ilicitude ou punibilidade, o fato é que não parece adequado punir condutas amparadas por Lei Estadual que, embora materialmente inconstitucional, é formalmente válida”.

5 Protocolado 00414.006303/2005-97, Procedimento Administrativo AGU, Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, Ministério dos Transportes – MT, Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ e Procuradoria-Geral da União – PGU (Câmara de Conciliação e Arbitramento - Nota N. AGU/MS 02/2006, Aviso 053/AGU).

palavras de MARQUES NETO (2002:95), “não há que se falar em reservas de regulação, em setores imunes à regulação geral antitruste e consumerista. A regulação setorial não caracteriza um feudo, uma área livre, isenta da incidência dos parâmetros de regulação geral [vale dizer, as regulações antitruste e consumerista]. Os pressupostos que justificam a existência de uma regulação setorial, em quaisquer de suas diversas aplicações, não podem excluir os pressupostos ensejadores da regulação geral”.

A única exceção, aponta SALOMÃO FILHO (2002:134), trata-se das hipóteses de planejamento econômico impositivo, previstas no art. 174. Esse dispositivo, todavia, é incompatível com o conceito de *regulação*, pois o planejamento ordena meios e fins da atividade econômica, pressupondo uma intervenção direta do Estado definindo metas para o setor público. Caso essas metas sejam específicas a ponto de lidar com as variáveis concorrenciais, explica o eminente professor da Faculdade de Direito da USP, então o comportamento do setor público é imune ao direito concorrencial. Salvo essa hipótese específica, inexistente imunidade concorrencial.

O art. 15 da Lei 8.884/94 expressamente submete ao regime antitruste todas as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal. Esta disposição revela de forma inquestionável a intenção do legislador de submeter ao CADE todos os atos e ajustes entre empresa, mesmo aqueles sujeitos ao controle estatal. Isso faz com que a desaplicação do direito antitruste só possa ser cogitada em hipóteses excepcionais, não bastando para isso uma situação “jurídico-formal” (SALOMÃO FILHO, 2002:134).

Para que seja possível identificar as hipóteses em que a lei visou subtrair ao controle do CADE determinada atividade econômica, é preciso que a lei expressamente manifeste a intenção de substituir o sistema concorrencial pelo sistema regulamentar, outorgando ao titular do poder regulamentar poderes para influir nas variáveis fundamentais de orientação da vida da empresa (preço e quantidade produzida). SALOMÃO FILHO (2002:136) ressalta que “a não aplicação do sistema concorrencial só é admissível quando o Estado substitui o mercado na determinação das variáveis fundamentais da empresa e fiscaliza efetivamente o seu cumprimento pelos particulares, ou seja, quando cria diretamente a utilidade pública”⁶. Todavia, nem sempre a regulação visa substituir-se ao sistema

6 A articulação entre a atividade de controle antitruste e de regulação setorial é complexa. Nos Estados Unidos, desenvolveram-se duas vertentes argumentativas. MARQUES NETO (2002:104) faz um sumário do debate nos Estados Unidos: “A primeira, batizada de teoria da ação política (state action doctrine) aplica-se para a situação, freqüente no sistema americano e rara no nosso caso, em que convergem competências regulatórias setoriais pertencentes aos estados federados e a competência de controle antitruste, atribuída à União. Por essa concepção, há que se observar dois critérios para saber se prevalece ou não a regulação setorial: (i) a regulação setorial deverá decorrer de uma clara, nítida e objetiva política editada pelo ente federado no sentido de privilegiar pressupostos de regulação setorial em detrimento da competição; (ii) as metas e obrigações setoriais, que derogariam as pautas pro competição, devem ser objeto de ativa e permanentes supervisão por parte do regulador setorial. A segunda doutrina, denominada Teoria do Poder Amplo (pervasive power), se presta mais à articulação entre a regulação setorial e a autoridade antitruste situadas no mesmo âmbito de competências federativas (no modelo americano, em se da União). Trata-se, em verdade, de uma aplicação da Teoria da Ação Política, adaptada para fora do conflito federativo. Por essa

concorrencial, mas apenas tutelar de maneira especial os interesses dos consumidores (SALOMÃO FILHO, 2002:136). Nesses casos, o modelo regulatório contempla, *como instrumento de efetivação dos fins da regulação*, um ambiente concorrencial, ainda que por vezes plasmado ou mimetizado pelo desenho regulatório.

Nesse sentido, as normas regulatórias não excluem a aplicação das normas de defesa da concorrência, antes determinam sua aplicação, como instrumento para obtenção da eficiência do serviço público ou atividade econômica regulada. [...] A competência regulatória das agências reguladoras não exclui a do CADE de aplicar a lei de defesa da concorrência, conforme expressamente ressalvado em todas as leis de regulação de setorial. Isso porque, como ocorre em todo mundo, a atividade de regulação setorial não se sobrepõe à de defesa da concorrência. A agência reguladora é responsável por averiguar a conformidade de atos das empresas reguladas às normas da regulação. O CADE é responsável por averiguar a conformidade de atos de todos agentes econômicos – inclusive os regulados – à Lei de Defesa da Concorrência (art. 15 da Lei 8.884/94).

SALOMÃO FILHO (2002:139) traz interessante exemplo dessa atuação *bidimensional* do Estado, por meio de sua agência reguladora, de um lado, e da agência antitruste, do outro:

Trata-se da decisão da Suprema Corte Americana em ‘United States vs. RCA’. Nele, a agência de controle das telecomunicações, Federal Communications Commission (FCC), aprovou a transferência de uma licença de canal de televisão da empresa Westinghouse para a empresa NBC, subsidiária, à época, da TCA. Posteriormente essa aquisição veio a ser contestada judicialmente pelo Departamento de Justiça Americano com base na existência de violação ao direito antitruste. O problema concorrencial aqui é de menor importância. Relevante é observar que, ao rejeitar a defesa da TCA baseada na existência de imunidade concorrencial decorrente da aprovação prévia do negócio pela FCC, a Corte afirmou, após interpretar os estatutos que conferiram poderes a essa agência, que a aprovação da transação poderia significar, no máximo, aprovação dos administradores e afirmação de que a programação continuaria a ser realizada no interesse público. Nada decidia, no entanto, a respeito das consequências que a referida aquisição teria sobre o mercado de radiodifusão.

Os órgãos reguladores destinam-se a formular normas e a zelar pela sua observância em setores específicos da economia, que os torna suscetíveis de uma regulação setorial específica, formuladora de políticas públicas e com natureza normativa, nos limites fixados pelo Poder Legislativo. Possuem

doutrina, a competência da autoridade antitruste só seria afastada pela competência do órgão de regulação setorial em uma de duas hipóteses: (i) se o poder do órgão regulador for extenso o suficiente para elidir qualquer outra competência regulatória, inclusive concorrencial; (ii) se, apesar de não ser suficientemente extenso, ele se mostrar suficientemente profundo, detalhado e exaustivo para permitir pressupor que a não previsão de competências e matéria concorrencial cuidou de opção de quem teria competência para tanto, mas que houve por bem não fazer incidir esta espécie de regulação”.

ainda atribuições de natureza fiscalizadora, averiguando o cumprimento da legislação que rege o setor.

Já o CADE possui natureza distinta. Sua função não é *normativa*, mas *adjudicativa*, na medida em que não formula regras a serem obedecidas, mas aplicam normas legais pré-estabelecidas. Sua perspectiva é *geral* e não *setorial*, ou seja, não se preocupa apenas com um setor específico, mas com a economia como um todo. Seu papel é fiscalizar a obediência às regras estabelecidas na legislação de defesa da concorrência e não na legislação do setor ao qual pertence o agente econômico.

Por essas razões, conforme visto anteriormente, a legislação de todas as agências reguladoras ressaltou as competências do CADE de aplicação adjudicatória das normas de defesa da concorrência.

Tal opção legislativa não decorre de capricho do legislador brasileiro, mas é fruto de longos anos de experiência internacional: na maioria dos países desenvolvidos e em desenvolvimento, os agentes econômicos pertencentes a tais setores não são excluídos da órbita de fiscalização preventiva e repressiva do órgão de defesa da concorrência⁷.

Portanto, um ato pode ser válido do ponto de vista das normas regulatórias, mas não do da defesa da concorrência e vice e versa. Para que subsista como válido e eficaz, o ato deve estar conforme a regulação e, simultaneamente, a lei de defesa da concorrência. Estar de acordo com as normas regulatórias (competência da agência) não significa necessariamente que esteja de acordo com a lei de defesa da concorrência (competência do CADE).

Assim manifestou-se o Conselheiro Ricardo Cueva, no Processo Administrativo 08012.007443/99-17):

Antes de adentrar a questão de fundo, é indispensável deixar claro que, no exercício das atribuições que lhes são conferidas pela lei, não há qualquer conflito entre este CADE e a ANTAQ, a agência reguladora setorial. Não

7 A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, em trabalho intitulado “Relações entre autoridades reguladoras e de defesa da concorrência”, fruto de uma série de discussões e experiências dos países membros da OCDE, avalia tal entendimento. Destaque-se que o foco de tal trabalho é exatamente o relacionamento entre órgãos regulatórios e concorrenciais em setores da economia recentemente privatizados ou que sofrem um processo de desregulamentação, como no caso em comento. O resumo executivo de tais discussões sintetizou quatro tarefas que demandam especial e cuidadosa atenção nos setores regulados: (i) “Defesa da concorrência”: repressão de condutas anti-competitivas e controle de fusões; (ii) “Regulação de acesso”: assegurar acesso não discriminatório a necessários inputs, especialmente infraestrutura de rede; (iii) “Regulação econômica”: adotar medidas baseadas nos custos a fim de controlar preços monopolistas; (iv) “Regulação técnica”: estabelecer e monitorar padrões, a fim de assegurar compatibilidades e para conferir atenção a preocupações concernentes à segurança, privacidade e meio-ambiente. Preocupa-se, então, o documento da OCDE, em estudar qual o melhor órgão para alocação destas funções, analisando-se o tema sob três perspectivas: estática, sinérgica e dinâmica. *Em qualquer das três perspectivas analisadas a conclusão é a de que as tarefas concernentes a regulação técnica normalmente devem ser atribuídas ao órgão regulador, enquanto as atribuições relativas à defesa da concorrência devem sempre ser desincumbidas pelo órgão de proteção da concorrência.* Desnecessário destacar todas as perspectivas analisadas, porém quando houver uma necessidade permanente e contínua de regulação técnica, econômica e de acesso, estas três atividades devem ser atribuídas ao regulador. Enfatiza-se, porém, que a proteção da concorrência deve ser atribuída ao órgão concorrenciais. *Salienta-se também uma série de vantagens comparativas que demonstram ser as agências de defesa da concorrência as mais aptas a investigar e processar condutas anti-competitivas.* Assim, percebe-se que a legislação brasileira encontra-se plenamente de acordo com os grandes referências mundiais (<http://www.oecd.org/dataoecd/35/37/1920556.pdf>).

há cogitar, na espécie, de conflito de competências entre as instituições, nem mesmo de preponderância na aplicação da legislação vigente, seja ela regulamentar ou antitruste. Há, antes, uma inegável relação de complementaridade, na qual cada uma das instituições atua exatamente nos limites que suas respectivas legislações lhes impõem. A regulação da atividade portuária, inserida num claro contexto pós-privatização, é tão complexa quanto específica nas suas disposições. Tanto a lei geral dos portos (Lei nº 8.630/93) como a lei da ANTAQ (Lei nº 10.233/01), bem como os demais dispositivos infra-legais, indicam claramente a existência de um órgão regulador e de uma autoridade portuária, que têm dentre suas diversas atribuições específicas a concessão, ao particular, de atividade econômica de evidente interesse público, sua fiscalização e normatização, bem como a regulação técnica e econômica, sempre tendo como norte os princípios que orientam tais atividades. É evidente que a atividade judicante do CADE – que decorre de expressa determinação constitucional, quando determina que a lei reprimirá o abuso do poder econômico (art. 173, §4º da CR/88) – não pode ficar condicionada à existência ou não de regulação específica para determinada matéria. Certo é que ao CADE não é dado o poder de revisão dos dispositivos emanados pelo poder regulador, mormente quando tais dispositivos dizem respeito à regulação técnica e econômica de determinado setor. Não é o CADE um “revisor” de políticas públicas, porque, em agindo assim, estaria atentando contra os postulados básicos da legalidade e de toda a doutrina que informa a atividade dos órgãos reguladores. Entretanto, deparando-se com situações que possam configurar infração à ordem econômica, é dever das autoridades antitruste investigar e julgar tais condutas, nos estritos termos da Lei nº 8.884/94, de resto em perfeita harmonia com o arcabouço jurídico-institucional vigente. Assim, é irrelevante, para ao aplicador do direito antitruste, perquirir se tal ou qual edital de licitação ou se tal ou qual contrato prevêem, expressa ou implicitamente, certa conduta ou atividade, as quais deverão ser analisadas, neste Conselho, sob o prisma da lei da concorrência.

No mesmo sentido, confirmam-se as judiciosas considerações do Conselheiro Relator Luiz Carlos Prado:

A existência de regulação no setor portuário não impede a aplicação da Lei 8.884/94. Ao contrário, o modelo de regulação proposto prevê expressamente a concorrência entre os atores envolvidos, qual só pode ser preservada com a observância da Lei de Defesa da Concorrência. Além disso, segundo os contratos de arrendamento vigentes no porto de Santos, os preços cobrados pelos operadores portuários para a prestação de serviços são livres, ou seja, não regulados. Dessa forma, é ainda mais claro que a regulação deste setor não afasta a defesa da concorrência. Aliás, segundo prevê o inciso VII, artigo 12, da Lei 10.233/2001: ‘Art.12. Constituem diretrizes gerais do gerenciamento da infra-estrutura e da operação dos transportes aquaviário e terrestre: VII – reprimir fatos e

ações que configurem ou possam configurar competição imperfeita ou infrações à ordem econômica'. *A regulação, nesse modelo, é feita para estimular a concorrência e nunca para afastá-la.* A doutrina do "State Action", usada para a configuração de excludente de ilicitude, não é aplicável ao caso concreto, já que a regulação não pretendeu substituir a concorrência. [...] Nesse sentido manifestou-se a douta Procuradoria do CADE: 'Não se pode aceitar o argumento de que a atividade está sujeita a regulação e, portanto, fora do alcance da lei antitruste. Mesmo em mercados regulados, os agentes econômicos, como maximizadores de lucro, tendem a adotar condutas anticompetitivas. Estas, por sua vez, causam falhas no mercado e podem eliminar a concorrência, tornando necessária a intervenção estatal para corrigir as falhas, protegendo os interesses públicos envolvidos.

Por essas razões, impossível haver conflito entre decisões de agência reguladora e do CADE, quando este, no exercício do poder judicante e adjudicatório, faz cumprir as normas de defesa da concorrência. [...]

Portanto, a primeira solução aventada não merece acolhida. Tampouco se pode acolher, sem ressalvas, a segunda solução, apresentada pelo Professor Calixto [em seu parecer proferido no âmbito do Processo nº 53500.005770/2002]. As decisões do CADE, no exercício de sua função *judicante* (adjudicatória), podem tanto promover o simples *ascertamento* do caso concreto (aplicando multa, determinando providências para correção da conduta, aprovando um ato de concentração etc.), como também *regular* ações futuras do agente econômico, projetando no mundo jurídico normas de caráter abstrato ou *quasi* normativas (porquanto aplicáveis independentemente de qualquer nova consideração de ordem fática aos atos futuros).

No caso concreto, por exemplo, o CADE, mais do que não punir a prática, "autorizou" a política de descontos da TELESP, durante a vigência do TCC. Essa autorização, disciplinando atos futuros do agente econômico e protraindo a eles seu entendimento de que são lícitos, assume que permanecerão inalteradas no período de vigência as condições de *fato* e de *direito* que conformam o mercado momento da decisão.

No primeiro caso (de mero *ascertamento*), parece coerente com a ordem constitucional proteger-se o administrado de normas supervenientes que agravem as sanções (punições ou restrições) já aplicadas (princípio da irretroatividade da lei mais gravosa). Em ambos os casos (de mero *ascertamento* e decisão *quasi normativa*), revela perfeita constitucionalidade a vedação ao CADE de rever suas decisões, substituindo-as por novos juízos sobre fatos e direito (daí as vedações e limitações dos arts. 53, § 3^o e 55^o da Lei 8.884/94 e art. 65^o da Lei 9.784/99).

8 "§ 3^o As condições do termo de compromisso poderão ser alteradas pelo Cade, se comprovada sua excessiva onerosidade para o representado e desde que não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade, e a nova situação não configure infração da ordem econômica".

9 "Art. 55. A aprovação de que trata o artigo anterior poderá ser revista pelo Cade, de ofício ou mediante provocação da SDE, se a decisão for baseada em informações falsas ou enganosas prestadas pelo interessado, se ocorrer o descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas ou não forem alcançados os benefícios visados".

10 "Art. 65. Os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a

Entretanto, na segunda hipótese (*quasi* normativa) e em se tratando de mercados regulados, a imunidade absoluta à regulação setorial superveniente poderia gerar graves consequências à ordenação dos mercados ou consecução dos fins da ordem econômica. Os atos administrativos regulatórios (tanto de regulação setorial quanto geral) têm nítido caráter de ordem pública, pois visam disciplinar o mercado que, por ser uma realidade dinâmica, reclama ao longo do tempo diferentes intervenções estatais.

Opor o princípio do art. 5º, XXXVI da CF/88 às normas regulatórias, transpondo de forma autômata princípios de direito privado ao direito público, redundaria na absoluta ineficácia da ação estatal em promover o bem comum e a preservação da ordem econômica. Tais “direitos adquiridos” (quer seja em decorrência de “ato jurídico perfeito” ou “coisa julgada administrativa”) criariam campos imunes à regulação setorial, podendo até mesmo inviabilizá-la, ao estabelecer, por exemplo, assimetrias entre os agentes econômicos.

Por essa razão é que o Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que as leis que veiculam planos econômicos, por tratar de norma de ordem pública, não violam o art. 5º, XXXVI da CF/88¹¹, bem como afastou a aplicação do princípio nele contido a atos judicantes de natureza *quasi* normativa dos Tribunais do Trabalho¹².

Da mesma forma, não me parece que as decisões do CADE, disciplinando atos futuros dos agentes econômicos, ainda que no bojo de uma atividade judicante (adjudicatória), possam excluir as situações jurídicas por elas reguladas (regulação geral) da regulação setorial, a cargo da agência reguladora, se isso puder impedir ou prejudicar a consecução dos fins da ordem econômica. Assim, mais concordo que discordo do

inadequação da sanção aplicada.

Parágrafo único. Da revisão do processo não poderá resultar agravamento da sanção”.

- 11 “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. APLICAÇÃO EM CDB. DEFLAÇÃO. O fator de deflação veio a preservar o equilíbrio inicial dos contratos, diante da súbita interrupção do processo inflacionário, evitando uma distorção distributiva, sendo sua incidência imediata em relação aos ajustes em curso que embutiam a tendência inflacionária, por se tratar de legislação de ordem pública, visto que instituiu novo padrão monetário. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento” (RE-AgR 172465, 2ª Turma, Relator Min. Eros Grau, 13/06/2006).
- 12 “AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRABALHISTA. NORMA SUPERVENIENTE QUE ALTERA O PADRÃO MONETÁRIO. SENTENÇA NORMATIVA. REAJUSTE SALARIAL. COISA JULGADA E DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTÊNCIA. A sentença normativa tem natureza singular e projeta no mundo jurídico apenas norma de caráter genérica e abstrata, embora nela se reconheça a existência da eficácia da coisa julgada formal no período de vigência mínima definida em lei (art. 873, CLT), e, no âmbito do direito substancial, coisa julgada material em relação a eficácia concreta já produzida. É norma editada no vazio legal. Porém, editada a lei, norma de caráter imperativo, esta se sobrepõe a todas as demais fontes secundárias de direito - convenção, acordo ou sentença normativa -, sendo nula, de pleno direito, disposição de convenção ou acordo coletivo que contrarie proibição ou norma disciplinadora do Governo ou concernente a política salarial vigente (art. 623, CLT). A sentença normativa firmada ante os pressupostos legais então vigentes pode ser derogada por normas posteriores que venham a imprimir nova política econômico-monetária, por ser de ordem pública, de aplicação imediata e geral, sendo demasiado extremismo afirmar-se a existência de ofensa ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e a coisa julgada, em face de a decisão recorrida haver adequado os reajustes salariais da categoria, emergentes de acordo em dissídio coletivo, ao plano de estabilização econômica. Agravo regimental conhecido, mas improvido” (AI-AgR 138553 / RS, Rel. Min. Maurício Corrêa, 2ª Turma, DJ 08-09-1995).

parecer do Professor Calixto Salomão , opondo-lhe apenas essa ressalva de excepcional aplicação.

A terceira solução, em verdade, não passa de uma variante da primeira, pois pressupõe que as decisões de regulação setorial sobreponem-se, *sic et simpliciter*, à da regulação geral (o que, como demonstrado antes, não se coaduna com o ordenamento jurídico brasileiro e, em especial, ao setor de telecomunicações).

A quarta solução aventada é a que parece contemplar, da forma não-excludente, equilibrada e harmônica, as regulações *geral* e *setorial*. A regulação setorial não se substitui automaticamente à regulação antitruste (definida no caso concreto), mas sim após decisão do CADE, caso entender necessária à consecução dos fins da ordem pública e econômica. Preserva-se, assim, a autoridade e eficácia da norma concreta, inerente à natureza judicante (adjudicatória) das decisões do CADE, como bem explicitado no parecer do Professor Calixto Salomão, sem, entretanto, entravar totalmente a possibilidade de aplicação das normas gerais regulatórias.

A regulação da exploração dos serviços de telefonia, a cargo da ANATEL, deve ter por objetivo viabilizar o cumprimento das leis, em especial as relativas às telecomunicações, à *ordem econômica* e aos direitos dos consumidores, destinando-se a garantir a competição livre, ampla e justa (art. 127, III, da LGT). Pela divisão de competências entre CADE e ANATEL, estabelecida na LGT, compete ao CADE zelar pela observância da Lei 8.884/94, bem como decidir, em casos concretos e em última instância administrativa, a respeito da existência de infração contra a ordem econômica (art. 7º, I e II, da Lei 8.884/94).

Conforme explicitado em sua exposição de motivos, a Resolução ANATEL 437 tem por finalidade “estimular a competição ampla e justa no setor de telecomunicações”, prevenindo que determinados agentes econômicos “atuem de forma anticompetitiva, de modo a incentivar o livre desenvolvimento do mercado e da justa, livre e ampla competição”. Sendo a finalidade explícita e declarada da Resolução ANATEL 437 fomentar a *livre concorrência*, e não tendo sido invocada na motivação do ato qualquer outra finalidade de *ordem pública* (imperativos de *universalização* ou de *adequação da prestação do serviço público*), entendo não decorrer limitação regulatória à atuação do CADE na apreciação da matéria.

A Resolução ANATEL 437 criou presunções artificiais e apriorísticas de poder de mercado. Poder de mercado não é uma definição regulatória, mas um fato da natureza. Por essa razão, as definições da Resolução ANATEL 437 não subtraem do CADE o poder-dever de analisar, nos casos concretos, a existência ou não de infração contra a ordem econômica ou sobre a (i)licitude de determinadas práticas em face dos ditames da Lei 8.884/94.

Ao CADE não compete a revisão de atos regulatórios da ANATEL. Quando muito, conforme exposto no parecer do Procurador Federal Gilvandro V. C. de Araújo, pode proferir uma recomendação de adequação dos normativos aos ditames da Lei 8884/94, sem caráter vinculante,

observando-se ao mesmo tempo a autonomia e o espírito de colaboração que deve haver entre os órgãos encarregados da tutela da ordem econômica.

Da mesma forma, o CADE não está vinculado à disciplina da Resolução ANATEL 437 na apreciação da conformidade de atos com a Lei 8884/94, quer seja porque a Resolução não introduz norma de ordem pública que reclame imediata aplicação, quer seja porque lhe compete a última palavra sobre a matéria concorrencial - única finalidade motivada da referida norma regulatória.

Assim sendo, opino no sentido de que o CADE declare o TCC vigente e que deve ser observado pelas partes. Atos posteriores ao término da vigência deverão ser analisados caso a caso.

Brasília, 06 de dezembro de 2006.

Arthur Badin,
Procurador-Geral do CADE

5 ADITAMENTO AO DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL

Senhora Presidente,
Senhores Conselheiros,

Após conclusão do parecer supra, e refletindo melhor, constatei que, embora chegue a conclusões válidas, partiu de uma premissa de fato que não corresponde ao caso concreto.

Ao contrário do que considerei [...], não existe um conflito positivo - lógico ou jurídico - entre as decisões do CADE e da ANATEL.

Pelo TCC, o CADE tomou da Representada obrigações que, uma vez cumpridas, são suficientes para afastar a ilicitude do ato, do ponto de vista do art. 20 da Lei 8.884/94. Assim, se a prática de descontos se der da forma disciplinada no TCC, não poderá o CADE aplicar à Representada sanção por infração contra a ordem econômica (art. 23 da Lei 8.884/94); pelo contrário, deverá o CADE determinar o arquivamento do processo administrativo.

Isso não significa, todavia, que o TCC criou um *direito subjetivo* à Representada de praticar o desconto, segundo ali disciplinado, que possa ser oposto às demais normas jurídicas, sejam regulatórias ou não. Desse modo, se a Representada, cumprindo a Resolução da ANATEL (ou outra norma ou até mesmo a sua própria vontade!), deixar de praticar descontos, não estará descumprindo o TCC, já que a obrigação que lhe é imposta pela Resolução da ANATEL (não praticar descontos) é mais restritiva que a do CADE (praticar descontos de forma não discriminatória).

As considerações que sustentei no parecer supra seriam pertinentes e válidas nas hipóteses em que houvesse conflito atual ou iminente entre a norma concreta do CADE e norma abstrata da ANATEL (por exemplo, caso o CADE tivesse proibido os descontos e a ANATEL, os autorizado de forma não discriminatória). No caso em tela, todavia, sendo

a norma concreta do CADE mais permissiva (pode desconto de forma não discriminatória) e a norma abstrata da ANATEL mais restritiva (não pode desconto), o cumprimento desta, lógica e juridicamente, não implica descumprimento daquela.

Compete à ANATEL, e não ao CADE, decidir em que medida os atos praticados pela Representada em conformidade com o TCC afastam a ilicitude pelo descumprimento da Resolução ANATEL 437, pois é o órgão que, eventualmente, poderá aplicar sanção. Qualquer pronunciamento do CADE a esse respeito excederia sua competência, que se limita em saber se a Representada cumpriu ou não o TCC, quer seja aplicando descontos de forma não discriminatória, quer seja deixando de aplicar descontos (por vontade própria ou não). Além disso, a decisão do CADE não vincularia a ANATEL, dada a autonomia entre os órgãos e, sobretudo, visto que, no limite, a questão debatida não trata de suposta violação a norma antitruste, mas sim regulatória.

De qualquer forma, o CADE, no exercício de sua competência de promoção da cultura da concorrência e de proteção da higidez da ordem econômica (art. 7º, I, da Lei 8.884/94), pode recomendar à ANATEL que promova a adequação de sua Resolução aos ditames da Lei 8.884/94, aos quais está adstrita, nos termos do art. 127, III, da LGT.

É o parecer, s.m.j.

Brasília, 06 de dezembro de 2006.

Arthur Badin, Procurador-Geral do CADE

6 BIBLIOGRAFIA

ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro:Forense, 2002.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito técnica, decisão, dominação*. São Paulo:Atlas, 2003.

Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27ª ed. São Paulo:Malheiros, 2002.

LEHFELD, Lucas. *Anatel e novas tendências na regulamentação das telecomunicações no Brasil*, In Moraes, Alexandre (org.), *Agências Reguladoras*. São Paulo:Atlas, 2002.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação Setorial e Órgão antitruste, a importância da independência do regulador*. In Campilongo, Celso, Veiga da Rocha, Jean Paul Cabral e Lessa Mattos, Paulo Todescan (org.), *Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro*, São Paulo:Max Limonad, 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e Antitruste: fronteiras e formas de interação no setor financeiro*. In Campilongo, Celso, Veiga da Rocha, Jean Paul Cabral e Lessa

Mattos, Paulo Todescan (org.), *Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro*, São Paulo:Max Limonad, 2002.

STOFFAËS, Christian. *Services Publics, questions d'avenir: Rapport de la commission du commissariat général du plan*, Paris:Odile Jacob, 1995.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Introdução às Agências Reguladoras*, in SUNDFELD, Carlos Ari (ORG.), *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo:Malheiros, 2002.