

---

# O CADE NA ANÁLISE CONCORRENCIAL DOS SERVIÇOS PÚBLICOS: O EXEMPLO DA CONSULTA SOBRE A CONCESSÃO DE TRANSPORTE MUNICIPAL EM MANAUS.

---

*Gilvandro V. Coelho de Araújo*  
*Procurador Federal*  
*Procurador Geral do CADE 2010-2012*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Os serviços públicos entre a universalização e a concorrência; 3 As competências do serviço público concorrencial; 4 Autonomia e competência dos municípios na elaboração de suas normas: a consulta formulada ao CADE pelo Ministério Público de Manaus; 4.1 A competência do CADE no caso em apreço, 5 Considerações finais.

RESUMO: A prestação de serviços públicos aos cidadãos encontra-se prevista na Constituição Federal. O disciplinamento dessas atividades, além de respaldar metas de universalização, não pode prescindir dos benefícios de uma exploração eficiente, vislumbrada na concorrência entre agentes econômicos. O presente texto, trazendo como referência consulta formulada sobre a concessão de transporte municipal do município de Manaus, demonstra que a autoridade antitruste pode proferir decisões sancionatórias e atos de constatação.

## 1. INTRODUÇÃO

Dentre outras atribuições, o Estado está jungido à prestação de utilidades ou comodidades materiais quando não convém relegá-las à livre iniciativa<sup>1</sup>. O serviço público, nesse sentido, pode até caracterizar implementação de direitos fundamentais<sup>2</sup>, exigindo estruturação de competências públicas.

O serviço público, nos moldes de sua origem francesa, exigia a plena intervenção da força do governante, justificativa que prevaleceu na doutrina até meados do séc. XX<sup>3</sup>. O avanço tecnológico, todavia, inseriu novas tendências para o atendimento do serviço público<sup>4</sup>. Permanecem exigências tradicionais inerentes ao serviço, como a universalização, expressão da “solidariedade social intangível”<sup>5</sup>, mas há atividades em que, concomitante à satisfação do interesse fundamental delineado, traduz-se maior otimização da riqueza econômica se prestadas em regime de competição.

É objetivo do serviço público a distribuição de benefícios para os cidadãos confrontados às externalidades sociais, inobstante o resultado econômico da atividade: “Pouco importa se o resultado final será o aumento ou a diminuição da riqueza global (Pareto) ou, ainda se existe a possibilidade teórica de compensação entre os beneficiados e os que serão prejudicados (Kaldor-Hicks)”<sup>6</sup>.

Forçoso reconhecer, por outro lado, que o avanço tecnológico indicado trouxe outra premissa pra o serviço: em se admitindo uma pluralidade de agentes aptos a prestar as atividades de serviço público, não se pode prescindir da busca do melhor aproveitamento econômico na consecução deste serviço.

Segundo Vital Moreira, abordando as modificações vivenciadas na Europa em relação ao serviço público, a busca de maior eficiência propiciou

- 1 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.619. Para o autor, não basta exercer o poder de polícia inerente à generalidade das atividades privadas.
- 2 MOREIRA, João Batista Gomes: *Direito Administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*, Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 379-396
- 3 DUGUIT, Leon, *Traité de Droit Constitutionnel*, Paris, Boccard, 3. ed. T 2, 1928, p.61 “(…) *l’accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernements, parce que l’accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l’interdépendance sociale, et qu’elle est de telle nature qu’elle ne peut être réalisée complètement que par l’intervention de la force gouvernante*”.
- 4 JUSTEN, Mónica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 221. O serviço público não está morto, mas apenas sofrendo um período de adaptação a uma nova realidade. “É inegável que a disciplina de serviço de interesse geral passou por uma modificação no tocante ao seu significado, não apenas semântico, mas axiológico. O estudo da Comissão de Bruxelas reconheceu não só o seu valor econômico, mas o seu papel fundamental para o desenvolvimento da coesão social e territorial e da solidariedade, que atualmente constituem elementos chaves para o modelo europeu de sociedade”.
- 5 STOFFAËS, Christian (org): *Services Publics, questions d’avenir, Rapport de la commission, Commissariat général du Plan*, Editions Odile Jacob, 1995. p. 76. “*Le service universel est l’expression de solidarités sociales intangibles*”.
- 6 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica, princípios jurídicos e fundamentos*. São Paulo: Malheiros, 2001. p.28. A expressão em destaque pode ser entendida como a satisfação de direito fundamental de inclusão social, oportunizando a todos satisfação de necessidades que a coletividade deliberou como prementes.

a transposição do serviço público *à la française*, fora do mercado, para o serviço público do mercado e da concorrência<sup>7</sup>.

A inserção da concorrência na seara do serviço público representa a quebra da tradicional dicotomia direito público e direito privado<sup>8</sup>, emergindo, daí, um plexo de competências para as autoridades estatais que até então não se relacionavam. Particularmente à concorrência, esta era inimaginável em regime de controle de preços, de monopólios públicos calçados em subsídios estatais.<sup>9</sup>

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.<sup>10</sup>

Alguns serviços, como no caso de transportes municipais, além dos aspectos de concorrência, deve-se defrontar com competências de entidades federativas distintas, o que exige um cotejo entre a otimização do serviço e a autonomia federativa. Essas são questões com que a procuradoria se defronta, e foi exatamente do que tratou os autos do Processo Administrativo (Consulta) n° 08700.004867/2007-33, acerca da concorrência na prestação de serviço público de transporte urbano no Município de Manaus.

## 2 OS SERVIÇOS PÚBLICOS ENTRE A UNIVERSALIZAÇÃO E A CONCORRÊNCIA

A identificação do interesse público exige hoje a intervenção de múltiplos agentes. Regulador, sociedade civil, técnicos, todos contribuem. A intercomunicação, verdadeiro instrumento para identificação da finalidade

7 MOREIRA, Vital (org): *Regulação Econômica, Concorrência e Serviços de Interesse Geral, Estudos de Regulação Pública I, Cedipre*. Coimbra: Coimbra 2004. p.549 O organizador afirma que o art. 16 do Tratado de Amsterdã é um princípio geral de proteção dos serviços de interesse geral, e que não se encontra a expressão serviço público. O direito comunitário transpôs o serviço público de tradição francesa, fora do mercado, para o serviço do mercado e da concorrência.

8 Até então dizia RIVERO, Jean et WALINE: *Droit Administratif*, Paris, Dalloz, 1998, p. 35. “*Les règles de droit administrative se caractérisent par rapport à celles du droit privé, soit en ce qu’elles confèrent à l’administration des prérogatives sans équivalent dans les relations privées, soit en ce qu’elles imposent à sa liberté d’action des sujétions plus strictes que celles auxquelles sont soumis les particuliers entre eux*”. Para Alexandre Santos Aragão “a inserção de mecanismos concorrenciais alterou significativamente o seu substrato e o espírito que a anima, com incontornáveis reflexos na interpretação das suas regras e na forma de aplicação dos paradigmas tradicionais das delegações dos serviços públicos (cláusulas regulamentares, *jus variandi da Administração, equação econômico-financeira, etc.*)” ARAGÃO, Alexandre Santos: *Serviços Públicos e Concorrência*, Belo Horizonte, RDPE, Forum, 02, 2003, pp 63 e 64

9 “*Cela explique que ce qui apparaissait il y a quelque temps encore comme relevant du monopole naturel sur les plans de l’efficacité technique et économique est désormais largement contesté du fait des nouvelles opportunités technologiques d’acheminement d’information*”. David Encaoua et Laurent Flochel, *La tarification: du monopole à la concurrence régulée*, AJDA, 20 mars 1997, p.254

10 SUNDFELD, Carlos Ari (Org). *Direito Administrativo Econômico- Introdução às Agências Reguladoras*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 32-33.

pública, serve para apresentar os elementos que justificam a existência do serviço.<sup>11</sup>

A regulação estatal coordena, fiscaliza, dirige, coíbe ou desincentiva condutas, incentiva, fomenta, planeja, organiza, nos termos da ordem econômica constitucional<sup>12</sup>. A regulação é o instrumento para respaldar as decisões da intercomunicação e até podem ensejar um maior custo na prestação do serviço, já que o vetor prioritário pode ser corrigir injustiças na repartição de riquezas<sup>13</sup>.

[...] deve-ser reconhecer que nem todas as intervenções regulatórias serão pró-competitivas. As peculiaridades dos setores regulados, e, principalmente, os diferentes objetivos encampados por uma política pública setorial, por vezes impõem, que sejam aplicadas, sobre o setor, regras que limitem a livre concorrência entre os agentes.<sup>14</sup>

Cabe à autoridade estatal, assim, a definição da política pública do serviço, apontando os seus alicerces e objetivos. A continuidade, a universalidade, a universalização são aspectos que devem ser claramente traçados pela autoridade estatal.<sup>15</sup>

- 11 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação Estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002. p.158.
- 12 CAMPILONGO, Celso; VEIGA DA ROCHA, Jean Paul Cabral; LESSA MATTOS, Paulo Todescan, (Orgs). *Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p.96 e97; Dentre as funções, normalmente se inclui o controle de tarifas, de modo a assegurar o equilíbrio econômico financeiro do contrato; a universalização do serviço, estendendo-o a parcelas da população que deles não se beneficiavam por força da escassez de recursos; fiscalização do cumprimento do contrato de concessão, arbitramento dos conflitos entre as diversas partes envolvidas. Ver FIGUEIREDO, Marcelo (Org): *Direito e Regulação no Brasil e nos EUA*, São Paulo, Malheiros, 2004, p. 98.
- 13 Daí a própria ordem econômica, art 170, caput, enfatizar a garantia de uma existência digna, conforme os ditames de justiça social. No dizer do Prof. GRAU, Eros: *A Ordem econômica na Constituição de 1998*, São Paulo, Malheiros, 2005, 10ª edição, p 224 “Justiça social, inicialmente, quer significar superação das injustiças na repartição, a nível pessoal, do produto econômico.Com o passar do tempo, contudo, passa a conotar cuidados, referidos à repartição do produto econômico, não apenas inspirados em razões micro, porém macroeconômicas: as correções na injustiça da repartição deixam de ser apenas uma imposição ética, passando a substanciar exigência de qualquer política econômica capitalista.” Segundo STIGLITZ, Joseph E. e WALSH, Carl E: *Principles of Microeconomics*: tradução de Helga Hoffmann, Rio de Janeiro, Campus, 2003, p. 174. “Eficiência é melhor que ineficiência, mas não é tudo na vida. Em equilíbrio competitivo, alguns indivíduos podem ser muito ricos, enquanto outros vivem na mais abjeta miséria. Uma pessoa pode ter habilidades muito apreciadas, e outra não. A competição pode levar a uma economia eficiente com uma distribuição muito desigual de recursos”. Entendo que eficiência na observação acima deve ser tratada como “menor custo” e não eficiência no sentido de “melhor distribuição de riquezas”. Obviamente que eficiente é a política que atende aos seus objetivos, independente dos custos despendidos. Daí admitirem-se políticas compensatórias que sejam de alto custo, mas que são eficientes para corrigir desigualdades sociais. Parecer proferido nos autos do Processo Administrativo do CADE nº 08700.002928/2006/47 envolvendo a Rodrimar S/A Transportes, Equipamentos Industriais e Armazéns Gerais. Nos termos da lição de Floriano Azevedo Marques Neto, *As políticas de universalização, legalidade e isonomia: o caso “Telefone Social”*, Belo Horizonte, RDPE, nº 14, abr/jun 2006. p. 75-115.
- 14 MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *Parecer proferido nos autos do Processo Administrativo do CADE nº 08700.002928/2006/47*.
- 15 MARQUES NETO, Floriano Azevedo: *As políticas de universalização, legalidade e isonomia: o caso “Telefone Social”*, Belo Horizonte, RDPE, nº 14, abr/jun 2006. p. 75-115. “[...] A Continuidade consuma-se com um dever negativo consistente em impedir que haja interrupção na oferta ou que o serviço deixe de ser prestado por inexistir quem tenha interesse em fazê-lo (situação que obriga o poder público, titular da obrigação de serviço público, a assumir diretamente a prestação. [...] Já a universalização revela-se com contornos um pouco distintos. Traço essencial dos serviços públicos, ela não se confunde com o princípio da universalidade ou da generalidade. Estes últimos predicam que o serviço deva ser ofertado indistintamente a toda gente, que não possa haver discriminação por razões de caráter pessoal na oferta e fruição da atividade.

A universalização, instrumento maior de correção de assimetrias sociais, é o aspecto que apresenta maior complexidade na relação com a concorrência. De fato, dependendo da necessidade social do serviço, pode-se até inviabilizar a competitividade. Por isso é que se faz fundamental na política de universalização a indicação dos beneficiários, as fontes de financiamento, bem como os mecanismos adequados aos objetivos<sup>16</sup>.

Definidos os aspectos de universalização e persistindo a possibilidade de minimização de custos no serviço ante a pluralidade de agentes aptos a prestá-lo, a concorrência entre os operadores passa a ser imperativo constitucional. Assim, se é assegurado o transporte coletivo aos cidadãos<sup>17</sup>, serviço caracterizado como público e com missões de universalização, seu funcionamento não pode abstrair preceitos concorrenciais se assim for possível<sup>18</sup>.

Nesse sentido, a ponderação entre concorrência e aderência às missões de universalização exige: adequação (só pode haver restrição à concorrência quando expressamente fundamentado para alcançar objetivos de política pública e que não comportem concorrência.); necessidade (se houver duas perspectivas, uma que restrinja a concorrência e outra não, deve-se preferir a segunda)<sup>19</sup>. Benefícios imediatos, sem concorrência, no curto prazo, não podem deixar de ser confrontados com a realidade de um serviço competitivo no longo prazo.<sup>20</sup>

O contexto indica que podemos dividir as atividades de serviço público em: i) atividades em que a solidariedade intangível pode eximir o imperativo de concorrência<sup>21</sup>; ii) atividades em que universalização e

---

[...] A universalização, porém, tem outra configuração. Ela envolve um dever positivo do poder público, consistente em adotar todas as providências necessárias para, ao longo do tempo, permitir a crescente incorporação de parcelas da sociedade ao acesso e fruição de um serviço público. A universalização implica, pois, a adoção de políticas públicas aptas a, suprimindo hipossuficiências, integrar os menos afortunados à relação de consumo de um bem ou utilidade pública.

16 idem.

17 Nesse sentido o art. 30, V, da Constituição Federal.

18 GOLDBERG, Daniel. *Poder de Compra e política antitruste*. São Paulo: Singular, 2006. p. 77. “Assim, criar uma política que persegue a eficiência alocativa dos mercados significaria aumentar riqueza e bem-estar para o conjunto dos produtores e consumidores da sociedade”. O STJ, MS 7017/2005, Rel José Delgado, DJ 02/04/2001, indicou “[...] 2. É salutar que o sistema de comunicações possa ser executado de modo que facilite a concorrência entre empresas do setor e que possibilite meios de expansão do desenvolvimento da região onde vai ser utilizado. [...]”. O TRF da 1ª Região, AMS 199834000098264, DJ 01/06/2006 indicou: “[...] A exclusividade na exploração de serviço público é inteiramente contrária ao próprio interesse público, uma vez que desprestigia a salutar prática da livre concorrência entre empresas, deixando de propiciar um serviço mais ágil e de qualidade ao usuário do transporte coletivo de passageiros. [...]”. No mesmo sentido o TRF da 1ª Região, AC 200101000201210, Rel Desembargador Fagundes de Deus, DJ 23/08/2004. No mesmo sentido o art 16 da Lei 8.987/95 que diz só poder haver exclusividade na outorga da concessão quando houver necessidade técnica ou econômica justificável.

19 ARAGÃO, Alexandre Santos. *Serviços Públicos e Concorrência*. Belo Horizonte: RDPE, Forum, 2003. p 75.

20 Como é sabido, a infração contra a ordem econômica denominada preço predatório, no curto prazo apresenta ganhos à coletividade, já que existe uma diminuição dos preços do infrator em relação aos demais concorrentes do mercado. Todavia, no longo prazo, a perspectiva de um monopólio pode trazer prejuízos irreversíveis ao consumidor, bem como a própria riqueza social diminuirá.

21 Exigência do art. 21, XII, e, da Constituição. A continuidade e a universalização na prestação do serviço se impõem.

maximização de bem estar agregado andam juntos, sendo a concorrência o melhor instrumento para consecução destes objetivos<sup>22</sup>.

Diante do quadro acima, percebe-se que razões técnicas da atividade e de fundamentação do órgão regulador balizam o tratamento do serviço público, revestindo-o de natureza complexa<sup>23</sup>.

### 3 AS COMPETÊNCIAS DO SERVIÇO PÚBLICO CONCORRENCIAL

Observada a presença do serviço público concorrencial, as manifestações desafiam para o regulador e para o CADE análises específicas.

Quando a lei 8.884/94 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<sup>24</sup>, atinge prioritariamente os agentes econômicos em sentido estrito, quer de origem pública ou privada.

Nesse sentido, a interpretação do art. 15 da Lei 8.884/94, que trata dos sujeitos passíveis de cometer infração à ordem econômica abarca os agentes que exercem atividade econômica, quer seja o poder público (quando excepcionalmente exerce tal função nos moldes do art. 173 da CF em razão do interesse coletivo ou segurança nacional), e, no caso mais comum, a iniciativa privada<sup>25</sup>.

Paula Forgione, a respeito, comenta:

Neste passo, devemos ponderar em que medida os entes ligados à Administração estariam sujeitos aos dispositivos da lei antitruste. Para tanto, há de se ter em mente que a Lei 8.884, de 1994, está voltada à disciplina das condutas de agentes econômicos no mercado, *não incidindo sobre a implementação de políticas públicas*. Isso significa que a *Administração Pública*, ao desempenhar suas funções (= deveres/poderes), não está sujeita ao mesmo tratamento que as normas antitrustes dedicam aos agentes econômicos que atuam no campo da *atividade econômica em sentido estrito*. Repita-se: a Administração não está sujeita às limitações da Lei Antitruste apenas na exploração, pelas entidades que a conformam como Administração Indireta, de atividade econômica em sentido estrito.<sup>26</sup>

22 ARIÑO ORTIZ, Gaspar: *Principios de Derecho Público Económico*. Granada: Colmares, 2004. p. 602-604. "Fala-se de um serviço universal a todos os cidadãos em seus níveis básicos. Trata-se de um novo conceito de serviço público e um novo modelo de regulação econômica, uma regulação para a concorrência em que se evita monopólios privados que podem ser tão ineficientes quanto eram os monopólios públicos. Promove-se a concorrência onde ela é possível e protege os interesses dos usuários (segurança, qualidade e preço do serviço)".

23 ARAGÃO, Alexandre Santos. *Serviços Públicos e Concorrência*. Belo Horizonte: RDPE, Forum, 2003. p 78.

24 Vide art. 1º da Lei 8.884/94,

25 Art. 15. Esta lei aplica-se às *personas físicas ou jurídicas de direito público ou privado*, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal

26 FORGIONE, Paula. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: RT, 2005. p.158.

Se esta vertente antitruste é a mais conhecida, ela não é, contudo, a única. E é nessa segunda perspectiva que vamos encontrar a relação entre regulador e autoridade antitruste.

Quando o CADE se depara com ato normativo, oriundo de competência constitucional ou legal de autoridade pública, a competência do CADE não é sancionatória, cujos sujeitos estão previstos no art. 15 suso indicado. Trata-se de uma defesa/orientação dos preceitos de concorrência salvaguardados na Constituição Federal e na Lei 8.884/94.

Assim, o CADE não profere ato construtivo contra o agente regulador, mas “ato de constatação” para que o ente público relacione suas manifestações aos preceitos de concorrência exigidos por Lei (art 7, X, da Lei 8.884/94)<sup>27</sup>. Fala-se em ato de constatação por faltar ao CADE competência para desconstituir atos normativos ou que caracterizem exercício de autonomia constitucional.

Aliás, como bem indicou o Conselheiro Ricardo Cueva, em voto proferido no Processo Administrativo nº 08012.007443/99-17, caso conhecido como THC2, que envolvia agentes econômicos no porto de Santos, o CADE não revisa políticas públicas, conquanto deva salvaguardar a higidez da ordem econômica:

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.

Todavia, se há perspectiva concorrencial no serviço, o CADE há de se manifestar. O STJ indica o dever de a autoridade antitruste se posicionar sobre aspectos concorrenciais.

[...]11. Deveras, a questão concorrencial, em princípio, deve ser analisada pelo CADE para instruir demandas que suscitam as vicissitudes do direito econômico no afã de aferir se o direito é líquido e certo, por isso que na sua ausência, porquanto arquivado o processo em referido órgão, subjaz a presunção de legitimidade do ato da Administração Pública [...] (grifo nosso)<sup>28</sup>

27 Art. 7º. Compete ao Plenário do CADE: X - 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. Já por ato de constatação, entende-se que “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”. Cf Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2002, 27. ed. p.173.

28 Ministro Luiz Fux, Relator do MS 12121/DF, DJ em 11.06.07,

Ou seja, pode-se afirmar que se a prática infrativa de agentes econômicos não enseja dúvidas quanto à competência sancionatória do CADE, a ausência de competência constritiva para punir desvios concorrenciais não impede a “constatação” da admissibilidade/necessidade de concorrência na manifestação da autoridade reguladora. Trata-se do dever de orientação, *competition advocacy*, que também é uma das missões do CADE.

Tratando da advocacia da concorrência, a OCDE apontou que a política da concorrência no Brasil deve ser valorizada:

O SBDC faz advocacia da concorrência em duas dimensões. A primeira reflete o papel dos órgãos como consultores do governo e das agências reguladoras do setor no que tange à legislação e regulamentos que implicam política de concorrência. A segunda é como proponentes para maior reconhecimento público e aceitação dos princípios de concorrência.<sup>29</sup>

No mesmo trabalho, a OCDE recomenda ao CADE servir como defensor da concorrência em relação à legislação federal (e podemos dizer, também, estadual e municipal):

O CADE desempenha um papel crucial no processo regulador, uma vez que é a única agência autônoma com competência e expertise necessárias para opinar em relação a questões de política de concorrência.<sup>30</sup>

Como se pode observar, não só há competência para o CADE manifestar-se, como também é algo recomendável, segundo orientação de organismo internacional especializado na matéria.

#### **4 AUTONOMIA E COMPETÊNCIA DOS MUNICÍPIOS NA ELABORAÇÃO DE SUAS NORMAS: A CONSULTA FORMULADA AO CADE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DE MANAUS**

Em exemplo concreto do que foi afirmado no presente texto, a Procuradoria do CADE manifestou-se na consulta formulada pelo Ministério Público Estadual de Manaus, na qual se questionou haver possíveis irregularidades em licitação para prestação do serviço público de transporte coletivo urbano de Manaus/AM. Foram confrontados, mais especificadamente, aspectos do processo licitatório estabelecido no Edital nº 001/2007-CEL-TP/PMMN<sup>31</sup>.

29 OECD: Lei e Política de Concorrência no Brasil – uma revisão pelos pares-, *Inter-American Development Bank- Organisation for Economic Co-Operation and Development*, 2005, p.97.

30 Idem, p. 122.

31 Aspectos lançados pelo MPE na sua representação: - “ao defender a abertura da licitação unicamente para consórcios e sociedades de propósito específico, o Município argumenta que a opção se justifica tendo em vista a facilidade de controle sobre o serviço, bem como os benefícios financeiros que esse tipo de organização traria para a concessão” [...] -[Todavia, para o Ministério Público isso violaria o princípio da livre concorrência (art 170, IV da CF), porque] “em primeiro lugar, apenas consórcios e empresas previamente constituídas em sociedade de propósito específico poderão concorrer, excluindo licitantes individuais, ainda que detentores de comprovada capacidade técnica e financeira; segundo, porque ficou determinado que o

O tema ensejou a ponderação específica: como abordar a autonomia municipal e a otimização da prestação do serviço através do regime de concorrência.

Quanto à autonomia do ente federativo, restou claro que a Constituição Federal é de clareza hialina<sup>32</sup>: A autonomia dos Estados e Municípios, aliás, tem sido ferrenhamente defendida em arestos jurisprudenciais do STF, o qual se posiciona pelo resguardo do múnus da municipalidade na Federação.

#### Ementa

Estabelecimentos Bancários- Competência do Município para mediante lei, obrigar instituições financeiras a instalar, em suas agências, dispositivos de segurança. Inocorrência de usurpação de competência federal. Recurso improvido.

*O Município dispõe de competência, para, com apoio no poder autônomo que lhe confere a Constituição da República, exigir, mediante lei formal, a instalação, em estabelecimentos bancários, dos pertinentes equipamentos de segurança, tais como portas eletrônicas ou câmaras filmadoras, sem que o exercício dessa atribuição institucional, fundada em título constitucional específico (CF, art 30, I), importe em conflito com as prerrogativas fiscalizadoras do Banco Central do Brasil, Precedentes. (grifo nosso) (RE-AgR 312050/MS, Rel Celso de Mello, DJ em 06.05.2005)*

Também é fato que o serviço público, cuja titularidade a Constituição atribuiu a ente federativo, tem peculiaridades no seu tratamento, já que a deliberação sobre a forma de condução do serviço corresponde à

---

serviço será executado sob a forma de 'lote único' "[...] - "Sendo um dos objetivos da Licitação a aquisição de bens ou serviços a concessão mais vantajosa para a Administração Pública, nada justifica que haja restrições à participação de qualquer interessado" [...] [Para Ministério Público, impedir a participação de consórcios (que, ademais, não são pessoas jurídicas), ou, ao contrário, admitir unicamente a participação destes em qualquer licitação é algo anticoncorrencial]. (...) - "Se era intenção da administração restringir a participação a grupos ou pessoas que efetivamente tivessem capacidade técnica, tais exigências deveriam constar apenas dos requisitos de habilitação técnica. Não há correlação lógica entre a forma organizacional do licitante e sua capacidade pra prestar os serviços licitados. A cláusula restritiva não traz vantagem alguma para a Administração, e ainda restringe a participação de pessoas jurídicas não consorciadas ou não associadas, o que é evidente violação aos princípios da Administração" [...] - "Se a justificativa da administração para admissão exclusivamente de consórcios e sociedades de propósito específico está relacionada ao maior poder de negociação junto aos credores, como quer fazer crer o Município, a restrição de participação de empresas isoladas tampouco é suficiente a garantir tal desiderato, já que é da própria natureza das economias de escala que mesmo empresas isoladas, pelo processo de ganho de eficiência decorrente da racionalização de custos, possam adquirir posição dominante que lhes autorize a legitimamente negociar em posição privilegiada. Aliás, a única hipótese de concentração legitimamente admitida pela Lei antitruste (Lei 8.884/94), é precisamente aquela decorrente do processo de racionalização de custos, nos termos do que expressamente prevê o § 1º do seu art. 20" [...] - "Ao fazer concessão do serviço em "lote único", o Poder Concedente está formando um monopólio artificial, como dominação de mercado superior a 20%- de fato, é uma dominação de 100% do mercado-, o que impõe a manifestação dos órgãos de defesa da concorrência (§3º do art. 54 da Lei nº 8.884/94)" [...] - "para apuração de pretensa infração contra a ordem econômica perpetrada pela empresa de transportes urbanos do Município de Manaus/AM, o qual teria majorado de forma antieconômica a tarifa remuneratória dos serviços de transporte coletivo urbano, infringindo a lei 8.884/94

32 Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, **todos autônomos**, nos termos desta Constituição

competência da pessoa jurídica de direito público<sup>33</sup>. Em uma frase: O Administrador é que deve traçar a política pública<sup>34</sup>.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal assim pontificou:

Ementa

Ação Direta de Inconstitucionalidade. §2º do artigo 229 da Constituição do Estado do Espírito Santo. Transporte Coletivo Intermunicipal. Transporte Coletivo Urbano. Artigo 30, V, da Constituição do Brasil. Transporte gratuito. Competência legislativa. Policiais Civis. Direito Adquirido. Inexistência.

1. Os Estados-membros são competentes para explorar e regulamentar a prestação de serviços de transporte intermunicipal. 2. Servidores públicos não têm direito adquirido a regime jurídico. Precedentes. 3. A prestação de transporte urbano, consubstanciando serviço público de interesse local, é matéria albergada pela competência legislativa dos Municípios, não cabendo aos Estados-membros dispor a seu respeito. 4. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado parcialmente procedente. (g.n.) (ADI 2349/ES, Rel Min Eros Grau, DJ em 14.10.2005).<sup>35</sup>

No mesmo prumo é o Acórdão RE 191532 do STF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, publicado em 29.08.1997, em que se decidiu pela competência municipal na fixação das tarifas do transporte coletivo urbano.

Ementa

I- Concessão de Serviço Público municipal de transporte coletivo: revisão de tarifas: questionamento relevante da validade da cláusula do contrato de concessão que a determina sempre e conforme os mesmos índices da revisão das tarifas do mesmo serviço deferida no município da capital. O reajuste de tarifas do serviço público é manifestação de uma política tarifária, solução, em cada caso, de um complexo problema de ponderação entre a exigência de ajustar o preço do serviço às situações econômicas concretas do seguimento social dos respectivos usuários ao imperativo de manter a viabilidade econômico-financeiro do empreendimento do concessionário: *não parece razoável, à vista do art. 30, V, CF, que o conteúdo dessa decisão política do reajustamento de tarifas do serviço de transportes de um município, expressão de sua autonomia constitucional, seja vinculada ao que, a respeito, venha a ser decidido pela administração de outro.* II Recurso extraordinário, porém de

33 Assim, quando disciplina serviço público, o ente federativo autônomo detém a disponibilidade da atividade, sendo ele o disciplinador da política pública traçada.

34 Art. 30 Compete aos Municípios I- Omissis [...] V- Organizar e prestar, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial

35 No Processo suso transcrito, apontou o voto do Min. Eros Grau: [...] “De resto, os transportes coletivos de passageiros são serviços públicos, área na qual o princípio da livre iniciativa não se expressa como faculdade de criar e explorar atividade econômica a título privado. A prestação desses serviços pelo setor privado dá-se em regime de concessão e permissão, observado o disposto no art. 175 e seu parágrafo único da Constituição Federal”. [...]

que não se pode conhecer, dada a existência de acórdão recorrido de outro fundamento suficiente à concessão de segurança. (grifo noso)

Como observado, a autonomia municipal é inconteste. Isso não quer dizer, todavia, que autonomia do Município impeça o auxílio da autoridade antitruste quando admissível “o serviço público concorrencial”.

Se as vicissitudes de um serviço público possibilitam a mitigação da concorrência, esta não pode, contudo, ser prescindida quando os aspectos técnicos se mostram favoráveis, ou seja: a sociedade não pode perder a riqueza econômica propiciada pela concorrência se a mesma for factível.

#### 4.1 COMPETÊNCIA DO CADE NO CASO EM APREÇO

Quando admissível a concorrência no serviço público de competência municipal, a missão do CADE é de observação e eventual sugestão em face da regulação perpetrada.

Deve a Autarquia manifestar-se com a excelência e competência de um órgão técnico, sugerindo como disciplinar a atividade explorando aspectos de concorrência.

A sugestão aos entes estaduais e municipais de um determinado posicionamento encerra substancial relevância. Frise-se que a análise efetuada pelo CADE serve de esteio à Administração, aos administrados e ao Ministério Público na busca da melhor consecução na prestação do serviço público. Trata-se da interconexão dos agentes sociais. Nunca é demais lembrar que tal preceito se coaduna com a obrigação constitucional de manter o serviço adequado (art. 175, IV, da CF).

No mais, o auxílio de ente federal aos entes estaduais e municipais é preceito de integração nacional. Segundo estabelecido no art. 3º, II, da CF, constitui objetivo fundamental da República garantir o desenvolvimento nacional.

#### 5 CONCLUSÃO

A prestação de serviços públicos de transporte urbano é competência municipal, nos termos da Constituição Federal. O disciplinamento dessas atividades, além de respaldar metas de universalização, não pode prescindir dos benefícios de uma exploração eficiente, vislumbrada na concorrência entre agentes econômicos. Nesse sentido, a competência do CADE para apreciar a matéria é de punir os agentes faltosos, que atuem abusando de sua posição dominante. Pode, também, proferir um ato de constatação para analisar aspectos concorrenciais do disciplinamento da atividade. Para o caso do Município de Manaus, a Procuradoria sugeriu um estudo técnico sobre a possibilidade de concorrência na prestação do serviço em tela, segundo as informações contidas no projeto básico do edital em anexo