



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

## **CONDIÇÕES DE CONCORRÊNCIA EM SETORES REGULADOS:**

O caso do serviço telefônico fixo comutado

**Luciano Aragão Santos**

**UNDB**



## RESUMO

De um caráter predominantemente intervencionista, com atuação na economia através da participação direta no mercado como agente econômico, o Estado brasileiro passou a atuar de forma indireta, não mais como agente econômico no mercado. Exerce, sobretudo a atividade regulatória. O afastamento do Estado da intervenção direta no domínio econômico trouxe consigo a necessidade de atuar no fomento, na regulação, na fiscalização e no planejamento. Nesse contexto desenvolve-se a atividade regulatória estatal em setores nos quais a atividade passou das mãos do Estado para a iniciativa privada. Concomitantemente, surgiram preocupações sobre a implantação da concorrência nesses serviços, dentre os quais está o de telecomunicações. A proposta apresentada busca analisar como se verifica a concorrência nesses setores e definir o papel que deve ter a regulação e o Direito Concorrencial na efetivação da concorrência.

**Palavras-chave:** Concorrência. Regulação. Telecomunicações.



## **ABSTRACT**

From a mainly interventionist character, performing in the Economy through the direct participation in the market as economic agent, Brazilian State started to act in a indirect form, not anymore as an economic direct agent in the market. Brazilian State, nowadays, performs in market through the regulatory activity. The State's absence of the direct intervention in economic domains brings the necessity to act in promotion, regulation, fiscalization and the planning. In this context it is developed the State regulatory activity in areas in which the activity go from the hands of the State to the private initiative. Of course concerns had appeared on the implementation of the competition in these services, among them, telecommunications services. The main goal of this research is to analyze as if verifies the competition in this sector and define the role that regulation must have, besides the Antitrust Law concerning about realizing truly competition.

**KEYWORDS:** Competition. Regulation. Telecommunications services



## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b>	<b>05</b>
<b>ABSTRACT</b>	<b>06</b>
<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>08</b>
<b>1. DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL</b>	<b>10</b>
<b>1.1. O Direito americano como marco normativo</b>	<b>10</b>
<b>1.2. Aspectos históricos do Direito da Concorrência no Brasil</b>	<b>14</b>
<b>1.3. A Lei n° 8.884/94 – Legislação concorrencial brasileira</b>	<b>19</b>
<b>1.4. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência</b>	<b>22</b>
<b>2. CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO SETORIAL</b>	<b>29</b>
<b>2.1. Serviços públicos e regulação</b>	<b>29</b>
<b>2.2. Regulação Setorial</b>	<b>34</b>
2.2.1. Regulação – Fundamentos e Objetivos	34
2.2.2. Agências Reguladoras e o modelo institucional de regulação brasileiro	39
2.2.2.1. Aspectos históricos	39
2.2.2.2. Características e atribuições	43
<b>3. CONCORRÊNCIA NO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES</b>	<b>47</b>



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

<b>3.1. Aspectos históricos na regulamentação dos serviços de telecomunicações</b>	<b>47</b>
<b>3.2. O atual marco regulatório do setor de telecomunicações</b>	<b>52</b>
3.2.1. Lei nº 9.472/97 – A Lei Geral de Telecomunicações	52
3.2.2. A Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL	56
<b>3.3. Condições de concorrência no serviço telefônico fixo comutado</b>	<b>61</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	<b>67</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>69</b>



## **Introdução**

A análise da amplitude da concorrência no setor de telecomunicações manifesta sua importância na possibilidade de se verificar, a partir de uma perspectiva jurídico-doutrinária, as condições em que se opera a garantia institucional da concorrência, bem como dos princípios concorrenciais, nos setores regulados.

Nesse setor, pela própria natureza do serviço, são necessários, para se ter acesso ao mercado, altos investimentos enquanto exigências estruturais específicas, logo, nele não se verifica concorrência plena, tampouco iniciativa em larga escala. Esse fato somado as exigências de continuidade e universalidade na prestação do serviço limitam sobremaneira a efetiva existência de concorrência.

Assim, propõe-se definir os limites que, no serviço público de telecomunicações, podem ser impostos à livre concorrência. Desta maneira é de grande importância determinar em qual sentido a regulação deve apontar (como se verá, a concorrência é um de seus valores fundamentais) e como deve compatibilizar a garantia institucional de concorrência com os demais objetivos da regulação (dentre eles a redistribuição e universalização).

Portanto, serão objetos de estudo a legislação concorrencial brasileira, partindo do exame de seu desenvolvimento histórico até a, hoje em vigor, Lei n° 8.884/94. A análise do Direito da Concorrência no Brasil demonstra os malefícios que a inexistência ou inadequada proteção da concorrência causa à sociedade, ocasionando prejuízos tanto para consumidores como para o próprio desenvolvimento do mercado. Busca-se, então, compreender os principais motivos que levaram a sociedade a proteger a concorrência.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

É imprescindível, antes de tratar da concorrência e regulação dos serviços de telecomunicações, o estudo dos serviços públicos, traçando suas relações com a reforma do Estado e seu novo papel como agente normativo e regulador e, ainda, identificar as razões pelas quais é necessária a regulação nesses serviços. Do mesmo modo, o exame da teoria da regulação revela importância ao permitir a análise crítica do modelo institucional de regulação adotado no setor de telecomunicações.

Tratando de forma específica do problema definido, é proposta análise das condições de concorrência no setor de telecomunicações, especialmente no que diz respeito ao serviço telefônico fixo comutado (STFC).

Assim, o estudo da Lei n° 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações) é de fundamental importância, pois revela como o legislador optou expressamente pelo sistema concorrencial, considerando a competição como um dos objetivos da regulação nesse setor. Igualmente, deve se atentar para a atuação do órgão regulador do setor, a Agência Nacional de telecomunicações (ANATEL).

É a esses pontos que se direciona a presente pesquisa, que, para uma maior coerência sobre o tema, delineará, num primeiro momento, uma análise da legislação concorrencial brasileira e os principais órgãos encarregados da defesa da concorrência no Brasil, seguindo com o exame dos pontos fundamentais da regulação setorial, inclusive as agências reguladoras e o modelo institucional de regulação adotado no Brasil, traçando sua importância no contexto da reforma do Estado e das mudanças na concepção de serviço público. Por fim, proceder-se-á ao estudo das condições de concorrência nos serviços de telecomunicações, principalmente no tocante ao serviço telefônico fixo comutado.

Utilizam-se, como métodos de pesquisa, o método hipotético-dedutivo como método de abordagem; o método histórico e o método monográfico como método de procedimento; e como técnicas de pesquisa, a pesquisa bibliográfica e a pesquisa



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

documental, por meio da análise de documentos pertinentes ao problema proposto, especificamente junto ao CADE, a SDE, a SEAE e a ANATEL.

## **1. Direito da Concorrência no Brasil**

### **1. O Direito americano como marco normativo**

A primeira lei concorrencial americana, o Sherman Act, surgiu em 1890, consistindo o primeiro reconhecimento do Direito da Concorrência por via legislativa. Para uma adequada compreensão dos objetivos e interesses que protege, é preciso investigar os fatores determinantes que conduziram a promulgação dessa lei, partindo de uma análise do contexto socioeconômico em que se encontrava a sociedade americana.<sup>3</sup>

Àquela época os Estados Unidos vivenciavam um período de forte concentração econômica, o que ocasionou insatisfação em diversos setores da sociedade.<sup>3</sup> O setor agrário tinha que se sujeitar aos altos preços cobrados pelo monopólio das estradas de ferro, nos quais ainda foram estimulados a investir; os consumidores eram alvos de constantes abusos por parte das grandes empresas e a grande influência política dessas estruturas se manifestava com a criação de impostos destinados a garantir seus interesses às custas da sociedade.<sup>3</sup>

Nesses diversos fatores encontram-se os principais motivos determinantes do Sherman Act. A preocupação com a proteção do consumidor contra os abusos por parte das grandes concentrações é levantada como um deles, contudo, parte da doutrina americana questiona o argumento do bem estar do consumidor apontando à crescente redução dos preços nos principais mercados com altos índices de concentração no



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

período que antecede à lei (redução de 61% no preço do petróleo refinado, 18% nos preços do açúcar), e ainda a aprovação pelo Congresso, no mesmo exercício legislativo, da McKinley Tariff, um dos impostos mais danosos ao consumidor na história americana.<sup>4</sup> Em que pese essas questões, a proteção do consumidor não pode ser desconsiderada a ponto de negar sua influência nessa lei, pois a redução de preços nesses mercados não significa a inexistência de abusos ou de preços próximos aos níveis de monopólio, sem mencionar as declarações feitas pelos membros do Congresso em relação ao Sherman Act, que evidenciam a importância que as preocupações com o consumidor tiveram na sua elaboração.<sup>5</sup>

Outra determinante foi a influência política dessas estruturas de mercado, que se manifestou com criação de impostos (entre elas a mencionada McKinley Tariff) que tinham o objetivo de trazer vantagens para essas empresas às custas da sociedade americana, fato esse que gerou imenso descontentamento social, sendo determinante ao Sherman Act.<sup>6</sup> A reação ao poder político que essas empresas detinham se justificou pelo princípio da descentralização do poder social como pressuposto da democracia política, pois através desse poder, influenciavam de tal maneira as decisões políticas a ponto de prejudicar grandemente os interesses dos demais grupos sociais.<sup>7</sup>

A respeito deste assunto, a Escola de Chicago afirma ser a noção de eficiência uma das principais razões a influenciarem o Congresso americano na promulgação da primeira legislação concorrencial, porém, essa posição não demonstra fundamento consistente, seja porque aquele tempo não se havia definida uma conceituação de eficiência nos moldes traçados por esses teóricos, seja porque a normatividade dessa legislação se opõe às grandes concentrações com poder sobre o mercado, pressuposto para a realização das economias de escala em que se funda o conceito de eficiência.<sup>8</sup>

Desse modo, o Sherman Act abarcou essa pluralidade de interesses supra, ainda assim, devido a desagradados produzidos principalmente na decisão do caso *Standard Oil Co. v. United States* (1911) foram promulgadas duas novas leis concorrenciais.<sup>9</sup>



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

Acontece que, no Standard Oil foi desenvolvida a “regra da razão”, que gerou grande descontentamento, pois enfraquecia a aplicação do Sherman Act (pelo ao menos é esse o argumento dos *Pro-regulation interest groups*). Como resultado dessa insatisfação foram promulgados, em 1914, o Federal Trade Commission Act (FTC Act) e o Clayton Act.<sup>26</sup>

A respeito da regra da razão, esta foi inicialmente definida no caso *Standard Oil Co. v. United States*, pela qual ficavam consideradas ilícitas, sob a seção 1 do Sherman Act, apenas as restrições ao comércio não razoáveis, verificando-as a partir do propósito, do poder das partes e dos efeitos da restrição sobre a competição. Posteriormente, teve seu conteúdo melhor definido, ficando estabelecido que não bastava, para caracterização do ilícito concorrencial, a configuração de uma restrição ao comércio, pois todo acordo restringe, era necessário o exame de sua razoabilidade e efeitos. Desta maneira passou-se a analisar se a restrição ao comércio apenas regulava e, por isso mesmo, incentivava a competição ou se a limitava, gerando efeitos anticompetitivos.<sup>27</sup> Antes de sua aceitação era utilizada somente a regra per se, que consiste na condenação sem considerar a intenção das partes ou qualquer efeito dos seus atos, bastava a verificação formal da conduta ou ato.<sup>28</sup>

O FTC Act cria a Federal Trade Commission, a autoridade antitruste americana, destinada a coibir a prática de métodos ilícitos de concorrência; foi dotada de funções de investigação, informação e repressão à concorrência desleal<sup>29</sup>. Também lhe foram conferidos poderes para contestar práticas consideradas anticompetitivas, mas que não transgrediam nenhuma das leis concorrenciais vigentes.<sup>30</sup>

Já o Clayton Act se destinou a proibir práticas consideradas de concorrência desleal, condenando discriminação de preços e contratos de exclusividade, por exemplo. Não obstante, a caracterização dessas condutas como ilícitas, só é possível, de acordo com a própria lei, quando seus efeitos puderem substancialmente ser anticompetitivos.<sup>31</sup>



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

Após a promulgação dessas leis, durante o período da Primeira Guerra Mundial, houve nos Estados Unidos uma política concorrencial bem moderada, no entanto, nos anos 30 ocorreram mudanças na proteção da concorrência. Durante o New Deal o presidente Roosevelt criou o Codes of Fair Competition, como parte da Administração de Recuperação Nacional (National Recovery Administration), que deixou de coibir várias formas de ajustes anticompetitivos. Contudo, esse modelo foi logo derrubado pela Suprema Corte e adotou-se então uma rigorosa política antitruste. Nesse período foi promulgado o Robinson-Patman Act, que alterou o § 2 do Clayton Act.<sup>46</sup> Enfim, nos anos 50 foi criado o Celler-Kefauver Antimerger Act e em 1976 o Hart-Scott-Rodino Act, ambos alterando o disposto no § 7º do Clayton Act.<sup>47</sup>

Foram essas as principais legislações do Direito da Concorrência nos Estados Unidos, que até hoje mantém sua aplicação na defesa da concorrência, orientados, acima de tudo, pela regra da razão, que predomina como parâmetro de decisão na maior parte dos ilícitos concorrenciais.

Em vista disso, essa análise permitiu compreender as peculiaridades da legislação concorrencial americana, demonstrando que a primeira disposição normativa de Direito da Concorrência foi o Sherman Act, e que os principais conceitos e princípios que orientam a aplicação desse ramo do direito foram desenvolvidos pelas decisões da Suprema Corte.

Atualmente essas leis continuam a ser os diplomas aplicados em matéria concorrencial e o parâmetro de decisão que tem predominado na maioria dos ilícitos concorrenciais é a regra da razão. De tal modo, é o Sherman Act a lei aplicável aos casos de monopolização de mercados e o Clayton Act aos casos de discriminação de preços e contratos de exclusividade. Já a regra da razão se afirmou pela inviabilidade de uma interpretação literal das leis concorrenciais, dada a rigidez de seus dispositivos, no qual poderiam se enquadrar acordos necessários ao desenvolvimento do mercado. Note-se ainda que houve, inicialmente, preocupação exclusiva com a existência de concorrência,



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

como se pode inferir dos dispositivos do Sherman Act. Só com Clayton Act é que se buscou proteção à lealdade de competição.

O direito brasileiro, por outro lado, não se desenvolveu desse modo, passando por sucessivas legislações que, a princípio, vieram proteger a economia popular, e evoluíram para leis propriamente concorrenciais, até a então em vigor Lei n. 8.884 de 1994.

## **2. Aspectos históricos do Direito Concorrencial no Brasil**

Direito Concorrencial brasileiro teve suas origens em uma legislação cujo escopo fundamental era a proteção da economia popular, baseada em dispositivos constitucionais que cuidavam da ordem econômica nacional.

As Constituições de 1824 e 1891 se encontravam dentro do contexto do liberalismo, portanto, vigorava a livre atuação dos agentes econômicos no mercado, não havendo qualquer regulação estatal da liberdade de competição. Todavia, com a mudança ideológica que teve início, sobretudo após a Primeira Guerra Mundial, o Estado passou a intervir de forma crescente no domínio econômico, regulando o comportamento no mercado.<sup>15</sup>

Influenciadas por essa nova concepção de Estado (Estado do Bem-Estar Social), que defendia forte intervenção estatal na economia, foram promulgadas as Constituições de 1934 e 1937. A primeira determinava que a liberdade de atuação econômica no mercado deveria ser garantida e que ao Estado caberia organizar a ordem econômica.<sup>16</sup> Já a Constituição de 1937 estabelecia que a intervenção estatal na ordem econômica só seria legítima se destinada a suprir as deficiências da iniciativa individual e



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

coordenar os fatores de produção. Essa intervenção poderia ocorrer sob a forma de controle, estímulo ou gestão direta.

Essa mesma Constituição, em seu art. 141, concedia especial proteção a economia popular, equiparando os crimes contra ela aos crimes contra o Estado. Esse dispositivo fundamentou a primeira lei brasileira contendo dispositivos de defesa da concorrência.

O Decreto-lei n° 869/38 definiu os crimes contra a economia popular. Em seu art. 2° fixou as condutas consideradas ilícitas, dentre elas, com matéria evidentemente concorrencial, vender mercadorias abaixo do preço de custo com o intuito de impedir a concorrência, participar de ajustes ou acordos que prejudiquem a competição para efeito de aumento arbitrário dos lucros e vender mercadorias abaixo do preço de custo com objetivo de limitar a concorrência.<sup>32</sup>

As normas deste decreto estabeleciam somente um controle repressivo, sancionando as empresas que praticassem tais condutas. Não havia nenhum tipo de controle preventivo de atos de concentração, por exemplo. Também inexistia, do mesmo modo que nos Estados Unidos quando da promulgação do Sherman Act, órgão autônomo com competência para aplicar o decreto, devendo ser decididas as questões concorrenciais pelo judiciário.<sup>33</sup>

O Decreto-lei n° 869/38 tem, como visto, na proteção da economia popular seu fundamento. O resguardo do consumidor é, então, o valor fundamental a nortear esse diploma. Nota-se assim que não havia naquele momento, preocupação com a concorrência como valor institucional. Era vista, na realidade, como instrumental à defesa dos interesses do consumidor.<sup>34</sup>

Apesar da existência dessa legislação, sua aplicação a questões concorrenciais foi quase nenhuma. A redação ampla dos seus dispositivos e a ausência de um órgão autônomo encarregado de aplicá-los tornou difícil sua execução.<sup>35</sup>



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

Em 1945, foi promulgado o Decreto-lei n° 7.666, que não mais tratava de crimes contra a economia popular, mas sim de atos contrários a ordem moral e econômica. Esse diploma legal surgiu, principalmente, devido à influência de Agamenon Magalhães, Ministro da Justiça a época.<sup>22</sup>

Já no seu art. 1° estabeleceu os atos contrários aos interesses da economia nacional, coibindo atos cujos efeitos fossem a elevação dos preços de revenda, a restrição da liberdade econômica ou a tentativa de monopolizar o mercado, mesmo que regionalmente.<sup>23</sup>

Também criou a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE), órgão autônomo, subordinado ao Presidente da República, com personalidade jurídica própria e presidida pelo Ministro da Justiça e Negócios Interiores. Seu desígnio era dar cumprimento as disposições do Decreto-lei que o instituiu.<sup>24</sup>

A comissão era competente para dar legitimidade a acordos que restringissem a concorrência desde que tais atos, ajustes ou acordos tivessem por efeito o equilíbrio da produção com o consumo, a regulação do mercado, a estabilização dos preços, racionalização da produção ou ainda o estabelecimento de exclusividade de distribuição de mercadorias em detrimento de outras do mesmo gênero ou relacionadas a necessidades conexas.<sup>25</sup> Também eram proibidos os atos de concentração, sem prévia autorização da CADE, de empresas em diversos setores da economia.<sup>26</sup>

O Decreto-lei 7.666/45 determinou a repressão por via administrativa aos ilícitos concorrenciais, ao contrário da legislação anterior, que os tratava na esfera penal.<sup>27</sup>

Esse diploma é considerado um grande passo na doutrina concorrencial brasileira, representando grande evolução em relação ao Decreto-lei 869/38. Não obstante, teve vigência apenas por um curto período, sendo revogado em 1945, mesmo ano em que foi criado, com a queda do Estado Novo.<sup>28</sup>



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

A Constituição de 1946, sob forte influência das disposições do Decreto-lei nº 7.666/45, estabeleceu, no art. 148, a repressão a todas as formas de abuso de poder econômico, incluindo nesse âmbito as uniões ou agrupamentos de empresas cujo objetivo seja dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros. Desse modo introduziu no direito brasileiro o princípio da repressão ao abuso do poder econômico.<sup>32</sup>

Esse dispositivo lançou as bases para a elaboração de uma lei propriamente concorrencial. Agamenon Magalhães, autor do projeto desta nova lei, propôs a adoção das diretrizes da legislação dos Estados Unidos à lei brasileira, com as necessárias modificações decorrentes da nossa realidade sócio-política.<sup>33</sup>

Em 1962, foi então promulgada a Lei nº 4.137, cujo propósito era a repressão ao abuso do poder econômico. Considerava como tal, no seu art. 2º, a dominação de mercados ou a eliminação total ou parcial da concorrência quando derivarem de acordos ou ajustes entre empresas ou de aquisições, fusões ou outros processos de concentração de empresas ou de ações (constituição indevida de posição dominante). Também era considerada forma de abuso de poder econômico o abuso de posição dominante, através da elevação de preços sem justa causa para aumento arbitrário dos lucros, quando fosse instituída por monopólio, da provocação de condições de monopólio ou da formação de grupo econômico, por agregação de empresas, em detrimento da livre deliberação dos compradores e vendedores. Do mesmo modo era considerada a prática de concorrência desleal.<sup>34</sup>

Além disso, criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), encarregado de aplicar a lei e de apurar e reprimir os abusos do poder econômico. Era competente para exercer o controle de concentrações e de condutas consideradas ilícitas. Note-se que não era órgão autônomo e independente, integrando a administração direta.<sup>35</sup>

É importante ressaltar que aquela época, devido a questões de política industrial (principalmente com o II Plano Nacional de Desenvolvimento), era grande o



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

incentivo a concentração de capitais, com a intenção de fortalecer as empresas nacionais para fazerem frente às estrangeiras, de maneira que a defesa da concorrência teve apenas um caráter instrumental em relação a consecução de eficiências econômicas.<sup>35</sup>

Com o advento da Constituição de 1988 a livre concorrência ganha força de princípio constitucional, conforme disposto no inciso IV do artigo 170. Também em sede constitucional foi instituída a repressão ao abuso do poder econômico que tenha como objetivo à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Já em 1991 foi criada a Lei n° 8.158, que trouxe normas com o objetivo de fortalecer a defesa da concorrência. Além disso, modificou algumas das disposições da Lei n° 4.137/62 e redefiniu a competência da Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE), órgão do Ministério da Justiça, cuja função seria de auxiliar o CADE. Ficou determinado que à SNDE ficariam reservadas as tarefas de apuração inicial das provas e a instrução do processo, enquanto que ao CADE caberia o julgamento dos processos.<sup>36</sup>

Vale citar que esta lei tornou possível a aprovação de atos de concentração que tivessem o objetivo de propiciar eficiências econômicas. Influência das idéias da Escola de Chicago.

A discussão de maior importância envolvendo esta lei foi a sua vigência concomitante com outra lei concorrencial (Lei n° 4.137/62), o que ocasionou dúvidas quanto ao dispositivo a ser aplicado, pois regulavam a mesma matéria. Como consequência houve sérias dificuldades ao cumprimento de ambos os diplomas legais e ao implemento de uma eficaz defesa da concorrência.<sup>37</sup>

Enfim, no ano de 1994 surgiu a Lei n° 8.884, a atual lei concorrencial brasileira, que disciplina a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.



### 3. A Lei n° 8.884/94 – A legislação concorrencial brasileira

A legislação concorrencial é sobremaneira influenciada pelas disposições da Constituição Federal, desde a opção pelo regime de economia de mercado, limitando a atuação do Estado à agente normativo e regulador e a casos excepcionais estabelecidos pela própria Constituição, até a escolha da livre iniciativa como um dos fundamentos da República e da ordem econômica.<sup>28</sup>

Igualmente sofre influência do conteúdo do art. 170, que determina que ordem econômica possui como fundamento a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa e define os princípios que devem conduzi-la, dentre os quais estão presentes os princípios da livre concorrência, da função social da propriedade e da defesa dos consumidores. E ainda, da diretriz constitucional da repressão ao abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, prevista no parágrafo 4º do art. 173.

Percebe-se, desse modo, que a própria Constituição confere proteção jurídica à concorrência, permitindo que o Estado intervenha no âmbito particular quando se estiver diante de comportamento inadequado no mercado, que implique prejuízos à concorrência.

A Lei n° 8.884/94 surgiu a partir do projeto de Lei n° 3.712-E de 1993, cuja finalidade era reestruturar e estabelecer novos meios de funcionamento à política de defesa da concorrência no Brasil, definindo os critérios de repressão ao abuso do poder econômico no mercado. Ela se insere num contexto onde se busca manter o adequado funcionamento do mercado, não tendo qualquer pretensão de atuar contra ele.<sup>29</sup>

A lei concorrencial brasileira direciona-se a prevenir e reprimir as infrações contra a ordem econômica, logo, aos órgãos competentes cabe não somente atuar de forma repressiva como também através de práticas de natureza consultiva ou informativa, medidas preventivas e ainda por meio de fiscalização do mercado.<sup>30</sup> Na primeira situação estar-se diante do sistema de proibição do resultado, no qual o controle ocorre posteriormente à ocorrência do dano. Já quando



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

se adota o controle preliminar, com vistas a evitar o dano em potencial, fala-se em sistema de proibição do perigo. A lei brasileira, ao adotar ambos os sistemas, buscou dar maior proteção ao princípio da livre concorrência.<sup>42</sup>

Essa atuação preventiva adotada no sistema brasileiro tem fortes influências da legislação americana, especificamente do art. 5º do Federal Trade Commission Act, que confere poderes a autoridade antitruste norte americana para atuar de modo preventivo.<sup>43</sup>

Toda a aplicação da Lei nº 8.884/94 deve ser orientada pelos princípios constitucionais da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, repressão ao abuso do poder econômico e defesa dos consumidores. Percebe-se então que não só a proteção da concorrência orienta a legislação concorrencial brasileira, mas igualmente outros valores constitucionalmente assegurados.<sup>44</sup>

Outra inovação importante foi a lei ter transformado o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia lhe conferindo maior autonomia.

A proteção à concorrência se exterioriza através do controle de condutas (art. 20 e 21) e controle de atos e contratos (art. 54). O art. 20 define as infrações contra a ordem econômica, que são: i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços iii) aumentar arbitrariamente os lucros iv) exercer de forma abusiva posição dominante.

Já o art. 21 estabelece as condutas consideradas como infração da ordem econômica, vinculando sua caracterização a quaisquer das hipóteses previstas no art. 20. Entre estas condutas encontram-se os ilícitos concorrenciais de fixação de preços (inc. I), fixação de preços de revenda (inc. XI), discriminação de preços (inc. XII), preços predatórios (inc. XVIII), dumping (inc. XIX), venda casada (inc. XXIII).

Ao subordinar as hipóteses do art. 21 às categorias de ilícitos do art. 20, o legislador brasileiro procurou o meio termo entre a regra da razão, que apesar de eficaz, encontrava sérias dificuldades de implementação devido ao excessivo rigor e formalismo civilista, e a regra *per se*,



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

cuja rigidez é excessiva. Tentou-se conferir ao juiz liberdade para determinar a razoabilidade ao julgar as infrações contra a ordem econômica, limitando-o, contudo, pelas categorias do art. 20.<sup>45</sup>

O controle de atos e contratos é disciplinado pelo art. 54, que submete à apreciação do CADE quaisquer atos que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência, ou que possam levar a dominação de mercados relevantes de bens ou serviços. Dentre os atos sujeitos ao controle estão àqueles tendentes a concentração econômica, tais como fusões, incorporações, ou agrupamentos societários que resultem na detenção de 20% ou mais de um mercado relevante ou que qualquer dos seus participantes tenha faturamento bruto anual igual ou superior a R\$ 400.000.000,00.

O controle de que trata esse artigo pode ser preventivo, no qual o ato é apresentado ao CADE previamente, ou pode ser posterior, quando o ato deve ser apresentado para exame em até quinze dias a contar da data de sua realização.<sup>46</sup>

Tais atos podem ser autorizados pelo CADE, dependendo da satisfação de condições que a própria lei determina no parágrafo 1º do art. 54, as quais são: i) os atos devem ter por objetivo, cumulada ou alternativamente, aumentar a produtividade, melhorar a qualidade de bens ou serviços, ou proporcionar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico ii) devem propiciar a distributividade de seus benefícios entre os seus participantes e os consumidores iii) não devem ter como consequência a eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante iv) devem respeitar os limites necessários à consecução dos objetivos pretendidos.<sup>46</sup>

Da mesma maneira poderão ser aprovados os atos que atendam pelo ao menos três das condições acima mencionadas, quando necessários motivos da economia nacional e do bem comum e desde que não tragam qualquer prejuízo para o consumidor ou usuário final.

Os bens jurídicos tutelados pela lei de defesa da concorrência são o mercado, de maneira direta, e os interesses dos consumidores, em um segundo plano. Neste ponto diverge o Direito da Concorrência brasileiro das idéias fundamentais da Escola de Chicago, que defende ser o bem-estar do consumidor o objetivo principal deste ramo do direito.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

Quanto a sua titularidade, o parágrafo único do art. 1º dispõe que é a coletividade é a detentora. Deste modo, além de incluir todos os integrantes do mercado como destinatários efetivos da proteção legal (concorrentes e consumidores, por exemplo), legitima também as medidas coletivas no plano processual. No mesmo sentido, o art. 1º da Lei nº 7.347/85 estabelece a viabilidade da ação civil pública nos casos de infração da ordem econômica. <sup>45</sup>

## 1. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) é composto pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), órgão do Ministério da Justiça, pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), órgão do Ministério da Fazenda e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia vinculada ao Ministério da Justiça. As suas respectivas competências estão estabelecidas na Lei nº 8.884/94. <sup>46</sup>

É seu dever criar condições para a existência de um cenário competitivo na economia, através da atuação preventiva, repressiva e educativa, dos órgãos que o integram, na defesa institucional da concorrência. <sup>47</sup>

A Secretaria de Direito Econômico, com estrutura e denominação atribuídas pela atual lei concorrencial, possui os fundamentais objetivos de auxiliar o CADE e atuar de modo a prevenir as infrações à ordem econômica. <sup>48</sup> Além disso, desenvolve e implementa políticas de defesa da ordem econômica, nas áreas da proteção da concorrência e dos direitos do consumidor. <sup>49</sup>

É órgão do Ministério da Justiça, não possuindo personalidade jurídica, tampouco autonomia orçamentária e quadro de funcionários próprios. Dirigida por um Secretário, que é cargo de confiança do Ministro de Estado de Justiça, indicado por ele e nomeado pelo Presidente da República. Deve possuir indispensavelmente notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada. O Secretário não tem direito a estabilidade no cargo. <sup>50</sup>



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

É importante ressaltar que a SDE é dividida estruturalmente em dois departamentos, o Departamento de Proteção de Defesa do Consumidor (DPDC) e o Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE). Ao DPDC é incumbida a responsabilidade pelas relações de consumo firmadas pela Lei n° 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e ao DPDE cabe a tarefa de prevenir e reprimir as infrações à ordem econômica, assessorando a SDE no cumprimento das suas funções, conforme definidas na Lei n° 8.884/94.<sup>55</sup>

A SDE compete, na forma do art. 14 da Lei n° 8.884/94, atuar preventivamente, acompanhando as práticas comerciais daqueles que detiverem posição dominante em determinado mercado relevante, evitando, deste modo, a ocorrência de infrações a ordem econômica.

No entanto, quando perceber indícios de infração a ordem econômica, deve levar a efeito averiguações preliminares para a devida apuração. Estas podem resultar na instauração de processo administrativo ou no arquivamento dos seus autos por insubsistência dos indícios. Se decidir pelo arquivamento, ou dos autos das averiguações preliminares ou do próprio processo administrativo, deve recorrer de ofício ao CADE.<sup>56</sup>

Se entender estar configurada infração a ordem econômica, deve enviar o processo administrativo que lhe corresponde ao CADE, que procederá com o julgamento. Nota-se então a função de assessoramento ao CADE. Pode ainda adotar medidas preventivas com o fim de cessar a infração a ordem econômica, fixando, inclusive, multa diária para o caso de descumprimento.

Destaca-se que todo ato deste órgão que tenha como objeto a apuração de infração à ordem econômica deverá pautar-se pelos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência, de acordo com o definido no art. 2° do anexo da Portaria n° 849/00 da SDE.<sup>57</sup>

Do mesmo modo é sua responsabilidade emitir parecer analisando as questões concorrenciais de atos de concentração que são apresentados ao CADE. Neste caso a SDE instaura e instrui o processo administrativo e ao seu final emite parecer que deve ser enviado ao CADE, acompanhado dos autos do processo e de parecer emitido pela SEAE.<sup>58</sup>



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

O parecer relativo ao ato de concentração deve ser emitido pela SDE no prazo de até 30 dias, mas havendo necessidade de maiores informações é admissível a suspensão desse prazo até elas serem obtidas. Há ainda a possibilidade de adoção do Procedimento Sumário para análise desses atos, pelo qual a secretaria tem somente 15 dias para emissão de parecer simplificado. <sup>42</sup>

A Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), criada pela Medida Provisória n° 813/95, é órgão do Ministério da Fazenda. Atua em três esferas distintas, promovendo a defesa da concorrência, a regulação econômica e o acompanhamento de mercados. <sup>43</sup>

É dividida estruturalmente em oito coordenações-gerais. A Coordenação-Geral de Análise Econômica (COGAE), a Coordenação-Geral de Análise de Mercados (COGAM), a Coordenação-Geral de Comunicação e Mídia (COGCM), a Coordenação-Geral de Defesa da Concorrência (COGDC), a Coordenação-Geral de Economia da Saúde (COGSA), a Coordenação-Geral de Energia e Saneamento (COGEN), a Coordenação-Geral de Produtos Agrícolas e Agroindustriais (COGPA) e a Coordenação-Geral de Transportes e Logística (COGTL). <sup>44</sup>

Não possui, assim como a SDE, personalidade jurídica, autonomia orçamentária e quadro de funcionários próprio. É subordinada hierarquicamente ao Ministério da Fazenda e o seu dirigente, o Secretário de Acompanhamento Econômico, não tem direito a estabilidade no cargo. <sup>45</sup>

Sua competência foi alterada recentemente pelo Decreto n° 6.313/07, que em seu art. 12 atribui-lhe o dever de: i) coordenar e executar as ações do Ministério da Fazenda nas áreas de regulação de mercados, concorrência e defesa da ordem econômica ii) zelar pela defesa da ordem econômica mediante atuação conjunta com as demais instituições governamentais encarregadas de assegurar a livre concorrência, devendo atuar no controle de concentrações, através de emissão de parecer econômico sobre os efeitos das operações, bem como na análise e investigação de práticas ou condutas que de qualquer forma limitem a concorrência, inclusive as infrações à ordem econômica. <sup>46</sup>



[Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010](#)

Neste último caso, a SEAE é informada sobre a investigação pela SDE e poderá emitir parecer técnico com sua posição, desde que antes do processo ser remetido ao CADE.<sup>62</sup>

O parecer econômico referente aos atos de concentração analisados pela secretaria deve ser emitido no prazo de até 30 dias, sendo que no caso da adoção do Procedimento Sumário estabelecido pela Portaria SDE-SEAE nº 01/2003 (vide nota 56), este prazo é diminuído para 15 dias.<sup>63</sup>

Além disso, atua junto com Agências Reguladoras Federais, como a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Agência Nacional do Petróleo (ANP) e Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), buscando aprimorar a regulamentação desses setores de maneira a estimular a concorrência.<sup>64</sup>

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) foi transformado pela Lei nº 8.884/94 em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça. É órgão judicante com jurisdição em todo território nacional.

Sua transformação em autarquia lhe conferiu maior autonomia e poder de atuação e, apesar de sua vinculação ao Ministério, não é a ele subordinado.<sup>65</sup> Em decorrência dessa natureza possui personalidade jurídica própria, assim como patrimônio e orçamento.<sup>66</sup>

É encarregado de fazer cumprir os dispositivos jurídicos que disciplinam a concorrência, fiscalizando, prevenindo e reprimindo o abuso do poder econômico no mercado.<sup>67</sup>

Na composição do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, é o CADE o órgão responsável pelo julgamento dos processos administrativos, que se vale da instrução realizada pela SDE e pelos pareceres (não possuem natureza vinculativa)



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

elaborados por ambas as secretarias para decidir acerca de infrações à ordem econômica e atos de concentração.<sup>66</sup>

A caracterização do CADE como órgão julgante significa dizer que este detém poderes específicos do poder judiciário, que tradicionalmente tem esta função. A diferença reside no fato de ser o CADE órgão com maior conhecimento sobre a matéria, o que lhe propicia maiores condições de decidir os processos.<sup>67</sup>

O CADE é composto por um plenário formado por um Presidente e seis Conselheiros, que além de serem indicados pelo Presidente da República, devem passar pela sabatina do Senado Federal. Seus mandatos possuem duração de dois anos, podendo ocorrer recondução pelo mesmo período.<sup>68</sup>

A existência do mandato fixo garante aos integrantes do Plenário maior autonomia na sua atuação e os resguardam de pressões políticas, pois só podem ser destituídos em razão de decisão do Senado, em casos de condenação irrecorrível em processo penal por crime doloso, de processo disciplinar ou ainda por provocação do Presidente da República. Há ainda outras possibilidades de destituição previstas na Lei n° 8.884/94, especificamente no parágrafo único do art. 5° e no art. 6°.

Há ainda, compondo a estrutura deste órgão, a sua Procuradoria, dirigida pelo Procurador-Geral escolhido do mesmo modo que o Presidente e os Conselheiros e com mesmo mandato. Compete a Procuradoria do CADE, dentre outras atribuições, prestar assessoria jurídica à Autarquia e defendê-la em juízo, promover a execução judicial de suas decisões e julgados, requerer medidas judiciais visando à cessação de infrações da ordem econômica e emitir parecer nos processos de competência do CADE.

É importante, além disso, fazer referência à atuação do Ministério Público Federal perante o CADE, que deve officiar nos processos sujeitos a sua apreciação, através de membro do Ministério Público Federal designado pelo Procurador-Geral da



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

República, depois de ouvido o Conselho Superior. Também poderá, a requerimento do Conselho, promover a execução dos julgados e do compromisso de cessação.

Na tarefa de julgar os processos a ele submetidos, o CADE desempenha duas funções principais, quais sejam, a preventiva, a repressiva e a educativa. A primeira equivale essencialmente à análise de atos de concentração (no caso da apresentação prévia do ato ou contrato), impedindo a sua concretização se considerado prejudicial à concorrência. A função repressiva, por sua vez, ocorre quando se estiver diante da análise de infrações à ordem econômica, pois que o Conselho deve reprimir as condutas lesivas à concorrência.<sup>23</sup>

Depois de recebidos os autos do processo instaurado pela SDE e os pareceres das duas secretarias, e depois de adotadas as demais providências determinadas pelo conselho, como por exemplo, a realização de novas diligências, este procederá com o julgamento, que ocorre em sessões públicas realizadas a cada quinze dias. A sessão é presidida pelo Presidente do CADE e cada caso possui um relator, que emite seu voto após o relato, seguindo-se pelos votos dos demais conselheiros. As decisões do plenário são por maioria simples.<sup>23</sup>

Se decidir pela condenação por infração à ordem econômica, o Conselho pode aplicar as penalidades previstas nos artigos 23 e 24 da Lei nº 8.884/94, que são, além de outras, a aplicação de multas, proibição de contratos com instituições financeiras oficiais e proibição de participação em licitações abertas pela administração pública.<sup>23</sup>

No caso do controle de atos e contratos pode autorizá-los, ainda que parcialmente. Pode estabelecer compromissos de desempenho, de modo a evitar os efeitos anticompetitivos do ato. Pode, igualmente, não autorizá-los, ou mesmo determinar o seu desfazimento, no caso de controle posterior.<sup>23</sup>



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

Diante da exposição dos fundamentos, razões e estrutura do Direito da Concorrência, proceder-se-á a análise de suas relações com o instituto da regulação, especialmente no que diz respeito aos serviços públicos regulados.

## 1. Concorrência e Regulação Setorial

### 2. Serviços Públicos e Regulação

O Estado brasileiro, principalmente na segunda metade do século XX, caracterizou-se por uma forte intervenção no domínio econômico, marcada pela exploração direta da atividade econômica e da prestação de serviços públicos.<sup>25</sup> Essa situação ocorreu principalmente pelo colapso do modelo liberal, ocasionado pela crise de 1929, a partir do qual o Estado não se restringiria a mero garantidor das liberdades individuais, mas antes executaria ele próprio o serviço ou a atividade econômica.<sup>26</sup>

Esse modelo de Estado foi denominado de Estado de Bem-Estar Social ou intervencionista, no qual ocorreram altos investimentos em áreas estratégicas da economia, tanto em serviços públicos como em atividades propriamente econômicas, o que acarretou a criação de inúmeras empresas estatais.<sup>27</sup>

Dentre as justificativas para a esse tipo de intervenção na economia estavam os altos investimentos em infra-estrutura que os setores demandavam e, da mesma forma, eram as atividades consideradas essenciais ao interesse público, exigindo sua continuidade. Esses fatores, somados a afirmação da fragilidade do setor privado, reclamavam a atuação direta do Estado na economia.<sup>28</sup>



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

Nesse contexto, o serviço público era entendido como uma atividade cujo objeto era a satisfação de necessidades coletivas, prestado pelo próprio Estado, em regime de Direito Público.<sup>22</sup>

Essas circunstâncias ocasionaram, especialmente no decorrer dos anos 60 e 70, o agigantamento do Estado no domínio econômico, que foi acompanhado por um déficit fiscal, decorrente do esgotamento do modelo de intervenção direta na economia.<sup>23</sup> Na realidade, os elevados investimentos estatais, na maioria das vezes, não geravam lucros e, frente a essa crise, o modelo de Estado de Bem-Estar Social não era mais sustentável.<sup>24</sup>

Além do problema fiscal, a própria estrutura administrativa do Estado encontrava-se em crise. Não era mais capaz de realizar os investimentos necessários em infra-estrutura e, em conseqüência, não conseguia promover o desenvolvimento dos serviços que prestava.<sup>25</sup>

Assim sendo, foi necessário repensar os pressupostos nos quais se fundava, inclusive os concernentes ao Estado de Bem-Estar Social, para então superar essa crise que, ao contrário da que ocorreu em 1929, não foi de mercado, mas sim do modo através do qual o Estado se organizava e atuava.<sup>26</sup>

Foram então implementadas reformas na estrutura do Estado brasileiro, com vistas ao desenvolvimento de um novo modelo de administração. A primeira delas consubstanciou-se na flexibilização dos monopólios estatais, por meio das Emendas constitucionais n° 5, 8 e 9, promulgadas em 1995, a partir das quais passou a ser permitida a concessão dos serviços de distribuição de gás encanado, telecomunicações e exploração de petróleo ao setor privado.<sup>27</sup>

Do mesmo modo, com as Emendas Constitucionais n° 6 e 7, também de 1995, foram extintas certas restrições ao capital estrangeiro no país, dentre elas, as relativas a exigência de empresas constituídas sob a legislação pátria, com controle



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

acionário nacional, para a pesquisa e lavra de recursos minerais e exploração de energia elétrica.<sup>85</sup>

Foi também executado o Programa Nacional de Privatização, instituído pela Lei n° 8.031/90, que foi substituída pela Lei n° 9.491/97. Objetivava essencialmente reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo ao setor privado as atividades que explorava imprópriamente. Buscava também modernizar e aumentar a competitividade da indústria nacional.<sup>86</sup>

Esse programa fez-se cumprir por meio de alienações, em leilões na bolsa de valores, do controle de empresas estatais exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviços públicos; e por concessões de serviços públicos à iniciativa privada. Foram alvo deste processo, inicialmente, os setores petroquímico, metalúrgico e siderúrgico. Em seguida houve a privatização dos setores de infra-estrutura, dentre os quais, os serviços de telecomunicações e energia elétrica, onde ocorreu a venda da estatal e a respectiva outorga do serviço.<sup>87</sup>

Nessa mesma esteira, foi implementado o Plano Diretor da Reforma do Aparelho Estado, que buscava a reconstrução da estrutura da administração pública em bases modernas, condizentes com as exigências do mundo globalizado. A administração pública seria então gerencial, fundada no conceito de eficiência e gestão por resultados, dando-se maior importância à qualidade e produtividade dos serviços públicos.<sup>88</sup>

O mesmo Plano distinguiu a estrutura Administração em quatro setores: i) o Núcleo Estratégico, correspondente ao governo (em sentido amplo), que é o setor onde as decisões estratégicas são tomadas ii) **Atividades Exclusivas, que é o setor de serviços que apenas o Estado pode prestar, pois neles é exercido o poder de Estado** (regulamentar, fiscalizatório e de fomento) iii) **Serviços Não-Exclusivos, que é o setor no qual o Estado atua em conjunto com outras entidades públicas não-estatais e privadas. As instituições nele situadas não detêm poder de Estado, e o poder público os executa ou subsidia por** envolverem direitos humanos fundamentais ou economias



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

externas relevantes, que não podem ser supridas pelo próprio mercado **iv) O setor de produção de bens e serviços para o mercado, composto pelas empresas públicas exploradoras de atividade econômica ou, no caso de privatização, pela iniciativa privada, sujeita a rígida regulamentação. A atuação direta do Estado é justificada pela inviabilidade do exercício dessas atividades em condições normais do mercado, em razão da** necessidade de altos investimentos enquanto exigências estruturais específicas ou porque são atividades naturalmente monopolistas.<sup>82</sup>

A partir dessa distinção, buscou-se reduzir grande parte da função do Estado ao núcleo estratégico e as atividades exclusivas, estas que devem ser descentralizadas. Os serviços não-exclusivos seriam transferidos ao setor público não-estatal (publicização). Já **o setor de produção de bens e serviços para o mercado deveria ser privatizado.**<sup>82</sup>

Por intermédio dessas medidas, o Estado brasileiro, de um caráter predominantemente intervencionista, com atuação na economia através da participação direta no mercado, passou a atuar de forma indireta, não mais como agente econômico ou prestador do serviço.

O seu afastamento do modelo de intervenção direta no domínio econômico trouxe consigo a necessidade de atuar no fomento, na regulação, na fiscalização e no planejamento, não podendo deixar somente nas mãos do mercado essas atividades consideradas de grande relevância social.<sup>82</sup>

Essa reestruturação da administração foi denominada de reforma regulatória brasileira da década de 90, e instituiu um novo perfil de organização estatal, o Estado Regulador, no qual a atuação da administração concentra-se, de forma precípua, em tomar as decisões estratégicas e a atividade regulatória.<sup>82</sup>

Nesse cenário, a antiga concepção de serviço público, própria do Estado intervencionista, revela-se insuficiente e imprópria, necessitando ser reformulada aos moldes da nova estrutura do Estado.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

Acontece que, a noção de serviço público vinculou-se ao velho modelo de organização do Estado e ao modo de exploração que lhe corresponde, que tem como marco fundamental a exploração do serviço por empresas estatais, geralmente em regime de monopólio. Este modelo, como já analisado, não conseguiu manter-se e, via de consequência, diante da nova estrutura do Estado, o conceito de serviço público não mais se encaixava.<sup>23</sup>

Exemplo dessa transformação ocorreu com os setores de telecomunicações e energia elétrica, em que a exploração do serviço foi transferida a iniciativa privada e, igualmente, introduziu-se concorrência, possibilitando a existência de mais de um prestador.<sup>24</sup>

Há ainda a questão da, cada vez maior, identificação entre os modelos econômicos de exploração das atividades privadas e dos serviços titularizados pelo Estado, que tem como consequência a aproximação dos seus regimes jurídicos. Esse fator elimina do conceito de serviço público a tradicional noção de ser este exercido exclusivamente em regime de direito público.<sup>25</sup>

Nestes termos, os serviços públicos passam a ser entendidos como aqueles que, apesar de titularizados pelo Estado, não são, necessariamente, prestados diretamente por ele. Além disso, o modelo jurídico a eles aplicável é um regime misto, constituído por elementos de Direito Privado e Direito Público.<sup>26</sup>

Há ainda como elemento constitutivo do conceito de serviço público, o aspecto material da atividade, que consiste na prestação de uma utilidade econômica e social, com o propósito de satisfazer uma necessidade coletiva.<sup>27</sup>

Podem ser exclusivos, quando houver exclusividade do Estado na sua prestação, podendo, ainda assim, ser transferidos à iniciativa privada, mediante concessão ou permissão. São não exclusivos quando sua execução puder ser realizada tanto pelo poder público como pelo setor privado, mediante autorização.<sup>28</sup>



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

Igualmente, podem ser *uti singuli* ou *uti universi*. São *uti singuli* quando seu objeto for a satisfação do consumidor considerado individualmente. São exemplos dessa categoria os serviços de energia elétrica e telecomunicações. Se prestados em relação a coletividade, sem individualização dos usuários, são *uti universi*. A iluminação pública e o saneamento exemplificam esse tipo de serviço público.<sup>102</sup>

Diante da consolidação do Estado Regulador e da concepção de serviço público com ele compatível, surgiu a necessidade do setor público intervir na execução desses serviços.

A transferência da execução dos serviços públicos para empresas privadas não significou a perda, pelo Estado, do poder de intervir na sua prestação. Isso decorre da essencialidade desses serviços à economia nacional, não podendo ficar imunes ao controle estatal. Também há a questão da exigência da universalidade, elemento preponderante a justificar a intervenção do Estado nesses setores.<sup>103</sup>

Esses fatores, somados a proteção dos interesses dos consumidores e a implementação da concorrência nesses mercados, tornaram indispensável a atuação regulatória do Estado.

## 2. Regulação Setorial

### 2. Regulação – fundamentos e objetivos

O Estado, ao abandonar o modelo de intervenção direta na economia e ao reconhecer a insuficiência do simples exercício do poder de polícia na organização das



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

relações econômicas dos agentes privados naqueles setores de prestação de serviços de interesse coletivo, adota um perfil notadamente regulador.<sup>443</sup>

É que só através da regulação esses serviços podem ser adequadamente prestados, impondo aos prestadores a observância dos princípios norteadores da ordem econômica. Ocorre que esses princípios podem ser muitas vezes incompatíveis entre si, se deixados nas mãos das forças de mercado, que funciona de acordo com a lógica capitalista de aumento dos lucros (como exemplo, pode haver incompatibilidade entre a livre iniciativa e a justiça social). É então por meio da regulação que esses princípios serão compatibilizados, que atuará no sentido de intervir no funcionamento dos agentes privados destes setores, orientando-os de acordo com os referidos princípios, de modo a evitar que a dinâmica do mercado gere desequilíbrios econômicos e sociais.<sup>443</sup>

Neste sentido um dos principais objetivos da regulação é a coordenação destes princípios, concretamente, através de princípios e instrumentos próprios da atividade regulatória.

O fundamento jurídico de tal concepção de regulação é simplesmente o equilíbrio das relações econômicas, visando garantir igualdade material a todos os agentes do mercado. Vem lhe sendo dada a denominação de *due process clause* (princípio do contraditório) em matéria econômica. Esse princípio consiste, em direito processual, na garantia de participação das partes no processo, de forma a influir na decisão mais justa. Na regulação significa assegurar a participação de todos os agentes econômicos, garantindo um mais adequado processo de decisão pelos consumidores.<sup>443</sup>

A igualdade material a que se refere só pode ser atingida mediante a difusão do conhecimento econômico que, por sua vez, depende, para ser efetivado, da existência de concorrência enquanto garantia institucional. Acontece que o conhecimento econômico é adquirido por intermédio de um processo de escolha, o qual é garantido somente pela concorrência.<sup>444</sup>



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

Isso ocorre porque a liberdade de escolha é inerente ao próprio conceito de concorrência. O sistema concorrencial pode ser entendido como um processo de descoberta e livre escolha, que possibilita a identificação das melhores opções do mercado.<sup>105</sup>

Não se confundem, todavia, a regulação e o Direito da Concorrência. A diferença entre eles resume-se a maneira de intervenção, que na regulação é ativa, não se restringindo ao controle e fiscalização, como ocorre no caso do Direito Concorrencial. De tal modo, atua estabelecendo um verdadeiro sistema de concorrência naqueles setores em que, por exigências estruturais específicas, não é possível sua manutenção unicamente pela aplicação da legislação concorrencial.<sup>106</sup>

A concorrência, em vista disso, é um valor fundamental da regulação, necessário ao seu próprio fundamento jurídico. É dela que deve partir para tornar compatíveis as circunstâncias que limitam a efetiva competição, com a necessidade de sua existência. Desse modo, atuam tanto o sistema concorrencial como a regulação na garantia da concorrência como valor institucional. A concorrência é, entretanto, apenas um dos valores da regulação, não o único, logo, é também tarefa da regulação garantir os demais interesses regulatórios, como, a título de exemplo, a redistribuição.<sup>107</sup>

A regulação, para cumprir seu objetivo fundamental, o de coordenar e compatibilizar os princípios constitucionais da ordem econômica nos setores regulados, conta com princípios regulatórios que orientam o seu exercício. São esses os princípios da difusão do conhecimento econômico, da redistributividade e da cooperação.

O princípio da difusão do conhecimento econômico, cujo algumas características já foram brevemente analisadas, tem por fim garantir um mais adequado processo de decisão aos agentes econômicos do mercado.<sup>108</sup>



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

Divide-se em três outros princípios, o princípio do acesso necessário; da função social da propriedade dos meios de acesso ao mercado e da aplicação institucional do Direito da Concorrência.

O acesso necessário nasce da insuficiência da tradicional abordagem concorrencial para garantir acesso de concorrentes as redes e conexões essenciais à prestação do serviço público (redes de telecomunicações, por exemplo). Acontece que, o Direito Concorrencial é orientado a reprimir e sancionar condutas negativas. Neste caso o clássico ilícito é a recusa de contratar. No entanto, para garantir o acesso, se faz necessária a presença de uma regulação ativa, que estabeleça igualdade material entre os agentes econômicos, assegurando condições iguais de uso e acesso as redes.<sup>433</sup>

Essa intervenção regulatória busca, como já analisado, introduzir os princípios concorrenciais, pois só através de sua presença efetiva nesses setores é que se pode instituir igualdade de acesso as redes. Nesta perspectiva ganha força a repressão ao abuso do poder econômico nos setores sujeitos a regulação, pois este, principalmente nos países subdesenvolvidos, gera relevantes efeitos sociais negativos, como por exemplo, a já citada recusa de contratar e a limitação do acesso de concorrentes (barreiras a entrada).<sup>434</sup>

O princípio da função social da propriedade dos meios de acesso ultrapassa a noção as categorias de bens de consumo e produção, e passa a abranger os bens essenciais a entrada em determinado mercado.<sup>435</sup>

Usualmente esse princípio é entendido como inerente ao próprio conceito do instituto propriedade, submetendo-o ao objetivo do interesse coletivo.<sup>436</sup> Manifesta-se, no caso dos bens de consumo, como limitação, restrição ou relativização ao direito de propriedade. É um dever do proprietário, cujas sanções podem ser até mesmo a disposição, por imposição do poder público, do bem. Em relação aos bens de produção pode ser identificado na imposição do bem ser utilizado de acordo com o interesse público.<sup>437</sup>



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

Na regulação o princípio da função social da propriedade ganha um outro sentido, referindo-se a obrigatoriedade de compartilhamento dos bens essenciais ao acesso em determinado mercado.<sup>45</sup>

Deste fato decorre diretamente o princípio da aplicação institucional do Direito da Concorrência, que estabelece como tarefa da regulação a aplicação, de forma ativa, dos princípios e mandamentos do Direito Concorrencial.

Este princípio, como visto, é necessário ao princípio da difusão do conhecimento econômico, pois só através da concorrência é possível garantir a existência de um processo de escolha aos agentes econômicos, imprescindível a aquisição de conhecimento econômico.<sup>46</sup>

O segundo princípio regulatório é o princípio da redistributividade, que impõe ao Estado o dever de redistribuir, baseando suas ações em valores, não mais em imperativos econômicos. Esse princípio depende de intervenção regulatória na medida em que os agentes privados prestadores de determinado serviço, assim como o próprio mercado, não o implementarão, uma vez que, pelo visto, são orientados pela lógica capitalista de aumento dos lucros.<sup>47</sup>

A redistributividade, neste sentido, passa a ser um dos objetivos da regulação, consistindo na efetiva distribuição dos benefícios decorrentes da exploração de atividades econômicas ou da prestação de serviços públicos, com os seus participantes e, em específico, com os consumidores ou usuários finais.<sup>48</sup>

Esse princípio pode manifestar-se através da exigência aos prestadores de ampliação dos serviços a consumidores que até então não tem acesso a eles. É a conhecida universalização dos serviços, corolário do princípio da igualdade, pois seu objetivo é que o serviço possa ser efetivamente utilizado por toda sociedade.<sup>49</sup>



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

A universalização, no entanto, é apenas um dos meios de implementação do princípio da redistributividade. Há, na verdade, diversas políticas de redistribuição passíveis de execução pela regulação, entre as quais, a própria redução de preços aos consumidores.<sup>122</sup>

Há ainda o princípio da cooperação, que torna possível a comparação entre escolhas individuais e escolhas sociais. Consubstancia-se em uma alternativa ao comportamento individualista, permitindo decisões sociais baseadas em valores que assegurem a redistribuição e a difusão do conhecimento econômico.<sup>123</sup>

Ultrapassa o sentido, garantido pela preservação institucional da concorrência, de possibilidade de escolha das melhores opções e introduz, na teoria da regulação, a noção de escolhas baseadas no interesse social.

É papel do Estado, por intermédio da regulação, garantir condições à cooperação. São estas, a criação de instituições e valores que incentivem a cooperação na sociedade. Note-se, no entanto, que a cooperação serve ao propósito da difusão do conhecimento, devendo ser reprimida caso leve a assimetrias de informação, concentração de poder econômico ou abusos ao consumidor, como ocorre, a título de exemplo, na situação dos cartéis.<sup>124</sup>

Assim, os princípios da difusão do conhecimento econômico, da redistributividade e da cooperação se integram entre si e garantem uma adequada atividade regulatória, com vistas a coordenação dos princípios constitucionais da ordem econômica nos setores regulados.

## **2. Agências Reguladoras e o modelo institucional de regulação brasileiro**



## 1. Aspectos Históricos

Diante do novo papel do Estado, de agente normativo e regulador das atividades econômicas, que se consolidou com a **reforma regulatória brasileira da década de 90**, foi necessária a criação de órgãos específicos para desempenhar a atividade regulatória. Esses órgãos vêm sendo denominados de **Agências Reguladoras**.

Essas Agências foram criadas inicialmente na Inglaterra, no século XIX, com o objetivo de aplicar as leis editadas pelo Parlamento e decidir acerca de controvérsias sobre o seu teor normativo.<sup>122</sup> Assim sendo, com o surgimento de uma lei, era instituída uma Agência encarregada de sua implementação. Foram criadas, nesse período, além de outras Agências, o **British Broadcasting Corporation** e a **Independent Broadcasting Authority**, responsáveis pela regulação do setor privado de televisão; e o **British Council**, cuja função era promover a cultura da Inglaterra no exterior.<sup>123</sup>

Na Inglaterra, devido a características próprias de seu modelo de administração, especificamente a grande autonomia de suas entidades, não é possível diferenciar as agências reguladoras dos demais órgãos da administração pública. À administração central compete estabelecer as políticas públicas, elaborar leis, regulamentos e, controlar e fiscalizar a atividade administrativa propriamente dita, executada por organizações distintas e autônomas.<sup>124</sup>

Apesar da experiência inglesa, o principal marco do surgimento de agências reguladoras independentes foi nos Estados Unidos da América, com a criação, em 1887, da **Interstate Commerce Commission (ICC)**, cuja função era regulamentar os serviços de transporte ferroviário interestaduais. É assim



**considerado por ter sido o modelo de agências adotado nesse país o mais influente sobre legislações de outros países, inclusive o Brasil.<sup>125</sup>**

**Nesse primeiro impulso regulatório foram ainda criadas a Federal Trade Commission (FTC), em 1914, e a Federal Radio Commission (FRC), em 1926. A primeira, já investigada, é a autoridade antitruste americana, destinada a coibir a prática de métodos ilícitos de concorrência. A FRC era a autoridade reguladora do setor de radiodifusão.<sup>126</sup>**

**Posteriormente, no período compreendido entre 1930 e 1945, foram criadas diversas agências. Esse fato ocorreu em razão da política do New Deal, durante a intensa crise econômica pela qual passava o país, que ocasionou o colapso do modelo liberal.<sup>127</sup> Acontece que, com o aumento das funções do Estado no intuito de reestruturar a economia, buscou-se, com a instituição das agências, preservar a administração de influências políticas, conferindo a elas considerável grau de independência.<sup>128</sup>**

**Foram criadas nesta época, entre outras, a Securities and Exchange Commission e a Federal Communications Commission (substituta da Federal Radio Commission), em 1934, a Federal Power Commission, em 1935, a Federal Maritime Commission, em 1936, e a Civil Aeronautics Board, em 1938.<sup>129</sup>**

**Essas agências se consolidaram na administração pública norte-americana com a promulgação do Federal Administrative Procedure Act, em 1946, que tornou uniforme o seu procedimento decisório.<sup>130</sup> A grande inovação deste diploma foi assegurar a participação dos grupos sociais, ligados a proteção de interesses difusos e coletivos, nos processos de tomada de decisão dessas agências, inclusive quando se tratasse de expedição de normas.<sup>131</sup>**

**Esta mesma lei definiu as agências, em sentido amplo, como toda autoridade do governo daquele país, sujeita ou não ao controle por outra agência,**



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

**excluindo-se desse âmbito o Congresso Nacional, o Poder Judiciário, os governos dos territórios ou possessões desse país e, ainda, o governo do Distrito Federal.<sup>133</sup> Desta maneira, é notável a importância dessas agências na administração pública dos Estados Unidos, que passou a ser identificada pela presença marcante desses órgãos.<sup>134</sup>**

**Essas agências caracterizam-se: i) pela sua grande margem de autonomia em relação ao Executivo, o que lhes confere maior independência ii) por possuírem amplo poder administrativo, poder judicante (quase-judiciais) e poder normativo (quase-legislativos) iii) estabilidade dos seus dirigentes, limitando sua exoneração, pelo Presidente, às hipóteses legais.<sup>135</sup>**

**A partir dos anos 90, o modelo das agências reguladoras começa a se desenvolver no Brasil. A crise de Estado que ocorria no país, como já ponderado, fez surgir a necessidade de implementar uma reforma do Estado que, a partir deste ponto, exerceria a função de regulador da economia.<sup>136</sup>**

**Desse modo, operou-se a transferência à iniciativa privada da prestação dos serviços essenciais à coletividade. O Estado, nesse contexto, deixaria de intervir diretamente na economia e passaria a exercer a atividade regulatória nesses setores, por meio das agências reguladoras, órgãos independentes, que atuariam no controle desses serviços, ditando normas e diretrizes essenciais a sua prestação.<sup>137</sup> Na realidade, definiu-se que o poder público não era obrigado a prestar os serviços públicos, mas antes, garantir a prestação.<sup>138</sup>**

Foram então instituídas, além de outras, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), pela Lei n° 9.427/96; a Agência Nacional de telecomunicações (ANATEL), pela Lei n° 9.472/97; a Agência Nacional do Petróleo (ANP), pela Lei n° 9.478/97; a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), pela Lei n° 9.782/99; a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e Agência Nacional de Transportes



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

Aqua-viários (ANTAQ), pela Lei n° 10.223/01; e, mais recentemente, a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), pela Lei n° 11.182/05.<sup>133</sup>

## 2. Características e atribuições

**As agências reguladoras, no direito brasileiro, foram instituídas sob o regime jurídico de autarquias especiais. Assim, além de possuírem as características fundamentais das autarquias, detêm atribuições próprias.**

**São, portanto, pessoas jurídicas de direito público,** que exercem essencialmente atividade administrativa. São dotadas de autonomia, não se subordinando hierarquicamente a nenhum órgão do Estado.<sup>134</sup> Possuem, contudo, peculiaridades em relação ao regime autárquico tradicional, o que lhes qualifica como de regime especial.<sup>135</sup>

Essas características próprias decorrem da existência de regras e prerrogativas que estabelecem aspectos diferenciados nos regimes das agências reguladoras, conferindo, por exemplo, mandato fixo aos seus diretores, poder de **expedir normas** (poder normativo), fiscalizatório, de aplicar sanções e de dirimir conflitos entre os agentes econômicos sujeitos a regulação setorial (poder judicante). Os regimes especiais são definidos pela lei que institui a agência.<sup>136</sup>

São dotadas, ainda, de um significativo grau de autonomia, que se manifesta em relação aos três poderes. Em relação ao Legislativo, essa independência é consequência da existência do poder normativo, através do qual a agência pode editar normas regulamentares ao setor regulado. No que diz respeito ao Judiciário, resulta do poder judicante (função jurisdicional), que consiste na competência para solucionar litígios entre os agentes que integram determinado setor regulado. Quanto ao Chefe do Poder Executivo e os órgãos que lhe são subordinados, essa autonomia existe em função



de suas decisões e atos normativos não poderem ser revistos ou alterados por órgão hierarquicamente superior.<sup>43</sup>

Fator fundamental a autonomia das agências reguladoras é a estabilidade, garantida por meio de mandatos por prazo determinado, de seus dirigentes, que não podem ser exonerados de seus cargos senão por incorrerem em infração a uma das causas previstas em lei, julgadas mediante processo administrativo, assegurados os direitos à ampla defesa e ao contraditório (vedação de exoneração *ad nutum*).<sup>44</sup>

A existência de mandato fixo é condição essencial à independência decisória das agências, assegurando, de certa forma, imparcialidade na atividade regulatória e nas suas decisões. É, igualmente, garantia ao desenvolvimento do setor, pois limita as influências políticas sobre esses órgãos e, via de consequência, demonstra a estabilidade da política setorial.

Os dirigentes são indicados e nomeados pelo Presidente da República, devendo passar pela prévia aprovação do Senado Federal. São requisitos para esses cargos, conforme o disposto no art. 5º da Lei nº 9.986/00, o notório conhecimento técnico na área do setor regulado, formação técnico-especializada, naturalidade brasileira e reputação ilibada.

A respeito de sua atividade normativa, foi atribuído às agências, pela lei que as instituiu, um extenso poder normativo, consistente na competência para criar normas, regras e regulamentos com força de lei sobre os setores regulados. Essa função é essencial à implementação das políticas e diretrizes do governo para esses setores, pois permite a regulamentação das leis direcionadas ao setor, assegurando sua aplicação de acordo com as necessidades técnicas específicas da área.<sup>45</sup>

As agências reguladoras exercem, da mesma forma, atividade fiscalizatória em relação aos agentes econômicos do setor sujeito a regulação. Há ainda, a competência



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

sancionatória, pela qual pode aplicar penalidades e sanções pelo descumprimento ou violação de normas, regulamentos ou mesmo cláusulas contratuais.<sup>445</sup>

Desempenham também, como analisado, função judicante, mediando e solucionando conflitos, nos setores regulados, entre os agentes econômicos, consumidores e poder concedente. Normalmente a competência jurisdicional das agências é atribuída pela lei que as institui.<sup>446</sup>

O exercício dessa função, antes exclusiva do Judiciário, é reflexo da necessidade de criar um foro de solução de conflitos que, além de atender aos critérios de justiça e imparcialidade, possa decidir baseando-se em critérios técnicos específicos. Deste modo, o Judiciário não é mais capaz de se pronunciar acerca de todos os conflitos existentes nesses setores, tornando imperativo que entes administrativos possam dirimi-los.<sup>447</sup>

É importante mencionar que são as agências reguladoras as responsáveis pela concessão, permissão e autorização dos serviços públicos nos setores regulados.

Percebe-se então, no contexto traçado, que a atividade regulatória do Estado, voltada à coordenação e implementação dos princípios da ordem econômica, compreende a criação de normas, a fiscalização do cumprimento de leis, regulamentos e contratos, a aplicação de sanções, a solução de conflitos, e ainda, a concessão, permissão e autorização para prestar serviço público regulado.<sup>448</sup>

### **3. Concorrência no setor de telecomunicações**

A análise das condições em que se opera a concorrência no setor de telecomunicações tem importância por ser este o modelo regulatório que mais se



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

aproxima dos fundamentos e objetivos da regulação supramencionados. O marco regulatório desse setor demonstra de maneira clara a necessidade de uma regulação para a competição. Examinar-se-á, então, a regulação dos serviços de telecomunicações, seu papel na garantia institucional da concorrência e, ainda, como se verifica a competição nesse setor.

### ***1. Aspectos históricos na regulamentação do serviço de telecomunicações***

O primeiro marco na regulamentação do setor de telecomunicações no Brasil foi estabelecido pela Lei n° 4.117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações - CTB), que criou o Sistema Nacional de Telecomunicações (SNT), cujo objetivo era a prestação integrada desses serviços. O SNT era composto pelos troncos e redes através dos quais eram executados os serviços de telecomunicações.<sup>444</sup>

Esta mesma lei instituiu o Conselho Nacional de Telecomunicações (CONTEL), órgão responsável por orientar e coordenar o desenvolvimento do serviço de telecomunicações, assegurando a continuidade de sua prestação, bem como, pela fiscalização das concessionárias e permissionárias do setor, podendo, inclusive, aplicar sanções no caso de descumprimento das diretrizes e normas setoriais.

Era, também, incumbido de elaborar o plano nacional de telecomunicações e de realizar o planejamento do SNT, estabelecendo as prioridades referentes à instalação dos troncos e redes no território nacional.

Foi, igualmente, constituído o Departamento Nacional de Telecomunicações (DENTEL), secretária executiva do CONTEL, organizado estruturalmente na Divisão de Engenharia; na Divisão Jurídica; na Divisão Administrativa; na Divisão de Estatística; na Divisão de Fiscalização; e Delegacias Regionais.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

O Código Brasileiro de Telecomunicações previu, ainda, a criação de empresa pública para a exploração industrial dos troncos do SNT e o estabelecimento do Fundo Nacional de Telecomunicações (FNT), constituído por recursos derivados da aplicação de uma sobretarifa sobre o valor das tarifas criadas pelo CONTEL para os serviços de telecomunicações.<sup>433</sup>

Em 1965, foi criada a Empresa Brasileira de Telecomunicações (EMBRATEL), encarregada pela telefonia de longa distância no território nacional, como também por interligar as redes das principais cidades do país. Seus investimentos foram financiados pelo Fundo Nacional de Telecomunicações.<sup>434</sup> Foi responsável, do mesmo modo, durante o período compreendido entre 1969 e 1973, pelos serviços de telecomunicações de âmbito internacional, em decorrência do fim dos prazos de concessão das empresas estrangeiras, detentoras desse segmento à época.<sup>435</sup>

Em 1967, foi editado o Decreto-lei n° 200, que criou o Ministério das Comunicações, responsável pelas áreas de telecomunicações e de serviços postais. Os órgãos atuantes nesse setor se subordinavam hierarquicamente a esse Ministério, inclusive o CONTEL, o DENTEL e a EMBRATEL. Assumiu, da mesma forma, as competências do CONTEL.<sup>436</sup>

A estrutura regulamentar instituída pelo CBT produziu efeitos razoáveis no setor, principalmente no que diz respeito à atividade do Conselho Nacional de Telecomunicações, que conseguiu orientar as políticas e fixar as diretrizes para a prestação do serviço de telecomunicações. Houve considerável aprimoramento no serviço de telefonia a longa distância nacional e longa distância internacional, não alcançando, no entanto, o serviço telefônico modalidade local.<sup>437</sup>

Esse fato levou a criação de empresa pública com a finalidade de planejar e coordenar o serviço de telecomunicações, por meio da aquisição dos recursos necessários a implantação dos sistemas e serviços de telecomunicações. Também seria encarregada pela aplicação de tais recursos.<sup>438</sup>



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

Deste modo, mediante a edição da Lei n° 5.792/72, instituiu-se a empresa Telecomunicações Brasileiras S/A (TELEBRÁS), sociedade de economia mista com controle acionário da União, vinculada ao Ministério das Comunicações. Incorporou as empresas que prestavam serviços telefônicos no território nacional e, por força do Decreto n° 74.379/74, passou a ser a concessionária geral para exploração dos serviços de telecomunicações no Brasil.<sup>456</sup>

Em conseqüência, desempenhou função de holding no setor, exercendo controle sobre 28 empresas prestadoras de serviços de telecomunicações. Entre elas estava a EMBRATEL e as operadoras estaduais. Essas empresas passaram a ser vinculadas a TELEBRÁS, na situação de associadas ou subsidiárias (Sistema TELEBRÁS). Esse sistema passou então a exercer o controle de cerca de 90% da estrutura de telecomunicações brasileira.<sup>457</sup>

Por esta mesma lei, foi autorizada a transformação da EMBRATEL em sociedade de economia mista e os recursos do Fundo Nacional de Telecomunicações foram colocados a disposição da TELEBRÁS.<sup>458</sup>

Neste contexto, o Estado passou a deter o controle exclusivo do setor, estando, portanto, unicamente a seu cargo as decisões econômicas setoriais. Assim, suprimiu-se qualquer possibilidade de concorrência na prestação desses serviços.<sup>459</sup>

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi reafirmada a titularidade da União do serviço público de telecomunicações e, além disso, ficou estabelecido que a prestação desses serviços só poderia ser realizada diretamente ou por meio de concessão a empresa sob controle acionário estatal.<sup>460</sup>

Percebe-se que o quadro do serviço de telecomunicações definiu-se sob a égide do Estado de Bem-Estar Social, marcado pela intervenção direta do Estado no domínio econômico. Essa forma de organização estatal, como analisado, acarretou uma séria crise fiscal e administrativa do Estado, decorrente do esgotamento desse modelo.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

Conseqüentemente, não conseguia mais investir na infra-estrutura dos setores em que atuava, nem promover o desenvolvimento desses serviços.

Neste cenário, a TELEBRÁS, num primeiro momento, conseguiu promover consideravelmente o desenvolvimento das telecomunicações no Brasil, proporcionando o crescimento em mais de 500% da planta de telecomunicações. Entretanto, houve, no mesmo período, significativo aumento da demanda por esses serviços (cerca de 1200% no serviço telefônico modalidade local e 1800% na modalidade longa distância nacional), tornando insuficiente a capacidade da TELEBRÁS para supri-la.<sup>461</sup>

A insuficiência dos investimentos do Sistema TELEBRÁS resultou de três fatores fundamentais: i) a desproporção entre o preço das tarifas e os reais custos dos serviços. Ocorria que, as tarifas eram estabelecidas pelo governo federal, de acordo com critérios de contenção da inflação, o que ocasionou um déficit nas empresas prestadoras dos serviços de telecomunicações ii) as restrições a gestão das empresas que, pelo fato do controle acionário ser estatal, estavam sujeitas a rígidas regras que limitavam a dinâmica das operações, como por exemplo, a exigência de um processo licitatório excessivamente burocrático para a contratação de bens e serviços e a necessidade de aprovação, pelo Congresso Nacional, do orçamento destinado a investimentos iii) o conformismo resultante da posição de monopólio, tendo em vista que, na ausência de competição, não há estímulos a melhoria dos serviços e a redução de custos.<sup>462</sup>

Deste modo, foi necessário reformular a política brasileira para o setor de telecomunicações, bem como estabelecer um novo marco jurídico que substituísse o Código Brasileiro de Telecomunicações.<sup>463</sup>

Esta nova política teve início com o advento da Emenda Constitucional n° 8 de 1995. As principais alterações no texto constitucional foram a flexibilização do monopólio estatal sobre os serviços de telecomunicações e a previsão de lei que regulamente a organização desses serviços, dispondo, da mesma forma, acerca a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais.<sup>464</sup>



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

Em seguida, foi editada a Lei n° 9.295/96 (Lei Mínima), que disponibilizou o direito de exploração de alguns segmentos atrativos do serviço de telefonia móvel celular à iniciativa privada.<sup>465</sup>

No entanto, foi a Lei n° 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações – LGT), que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações e a criação do órgão regulador do setor (Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL), o principal diploma no processo de transformação regulamentar das telecomunicações.<sup>466</sup>

## **2. O atual marco regulatório do setor de telecomunicações**

### **1. Lei n° 9.472/97 - A Lei Geral de Telecomunicações**

A Lei n° 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações – LGT) surge no contexto da reforma regulatória brasileira da década de 90, a partir da qual ocorreu a transferência da prestação dos serviços à iniciativa privada e, da mesma forma, o Estado passou a exercer a atividade regulatória como meio de organização das atividades de interesse social relevante, prestadas pelo setor privado.

A LGT instituiu o novo quadro regulamentar dos serviços de telecomunicações, criando a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), órgão regulador do setor, incumbida de organizar a prestação e exploração dos serviços de telecomunicações, através da fiscalização e da regulamentação dessas atividades.

Os serviços de telecomunicações, de acordo com este diploma legal, classificam-se em serviços de interesse coletivo, correspondente as modalidades do serviço telefônico fixo comutado (STFC), que deve ser prestado, ainda que não exclusivamente, em regime público, e os serviços de interesse restrito, no qual se enquadram as demais modalidades de serviços de telecomunicações, que devem, necessariamente, ser prestados em regime privado.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

Neste raciocínio, o regime jurídico de prestação desses serviços pode ser o regime público, quando o serviço corresponder a responsabilidade legal da União. Nesta situação a exploração dos serviços deve ser realizada por meio de contrato de concessão ou ato de permissão. Podem ainda ser prestados em regime privado, hipótese em que a execução do serviço é fruto da livre iniciativa e depende apenas de autorização do órgão regulador.<sup>467</sup>

Definiu ainda, como função essencial da disciplina regulatória nesse setor, a coordenação dos princípios da ordem econômica. Esses princípios, como analisado, podem ser, em determinadas situações, incompatíveis entre si. Assim, é tarefa da regulação a coordenação desses princípios, devendo intervir no comportamento dos agentes setoriais de modo a assegurar a efetiva manutenção dos princípios da ordem econômica no setor de telecomunicações e, conseqüentemente, impedir a produção de desequilíbrios econômicos e sociais.

O marco institucional adotou, da mesma maneira, como valores regulatórios fundamentais: i) a redistributividade, ao impor o dever de garantir a universalização dos serviços (em especial em relação serviços de interesse coletivo) ii) a proteção institucional da concorrência, pois estabeleceu a promoção e incentivo à competição iii) o desenvolvimento setorial, em conformidade com as metas e princípios de desenvolvimento social do país.

Percebe-se que a garantia da promoção e desenvolvimento de concorrência na prestação dos serviços de telecomunicações é, seguramente, manifestação do objetivo da regulação de alcançar a igualdade material entre os agentes econômicos do mercado, englobando, ainda, princípio regulatório da difusão do conhecimento econômico.

Ocorre que, como visto, a igualdade material corresponde a garantia de participação dos agentes econômicos, como também, a um adequado processo de escolha pelos consumidores, que, por sua vez, só podem ser atingidos pela difusão de conhecimento econômico e pela proteção institucional da concorrência.<sup>468</sup>



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

A implementação efetiva de competição corresponde a um dos maiores desafios da política setorial para os serviços de telecomunicações, principalmente no que diz respeito ao serviço telefônico fixo comutado, visto que os altos investimentos em infra-estruturas essenciais (que podem resultar na impossibilidade de sua duplicação), os problemas relacionados ao seu compartilhamento e o poder econômico do concessionário dificultam sobremaneira a entrada de concorrentes no mercado de STFC.<sup>166</sup>

Há, neste sentido, o acesso de concorrentes às redes e conexões essenciais à prestação do serviço público de telecomunicações (compartilhamento de redes); a cessão de uso, em separado, de elementos da rede (desagregação ou *unbundling*); e a revenda de serviços de telefonia, como estratégias de regulação cujo escopo é promover o ingresso de concorrentes no setor de telecomunicações.<sup>167</sup>

A respeito do compartilhamento de redes ou de sua desagregação, é uma obrigação legal da concessionária, estabelecida pelo art. 155 da LGT, nos termos e condições estabelecidos pela ANATEL, disponibilizar suas redes para outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo. Nesta hipótese, é elemento fundamental ao compartilhamento o objetivo de desenvolver a concorrência em relação serviço prestado.

Há, ainda, possibilidade de compartilhamento ou desagregação de redes de telecomunicações para sua utilização, de maneira secundária, como suporte a serviço prestado por outro agente econômico, podendo ser tanto de interesse coletivo como de interesse restrito. É o caso, por exemplo, da transmissão de dados em alta velocidade, que utiliza uma faixa de frequência alta, que atua em paralelo a uma faixa de frequência baixa, utilizada na prestação do STFC.<sup>168</sup>

A revenda de serviços de telefonia, por sua vez, consiste na possibilidade de prestação de serviços de telecomunicações por agentes econômicos que não possuam qualquer rede. O que ocorre é a compra, pelo prestador, de serviços das operadoras



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

detentoras de redes de telecomunicações a preços inferiores ao valor repassado aos consumidores, o que possibilita a revenda desses serviços a preços competitivos.<sup>123</sup>

Essas questões dizem respeito ao princípio do acesso necessário, que busca garantir acesso de concorrentes as redes (infra-estruturas) essenciais à prestação dos serviços de telecomunicações. De tal modo, a regulação setorial deve intervir de forma ativa, com vistas a assegurar condições iguais de acesso as redes.

No entanto, para garantir a existência efetiva de concorrência no setor, é preciso ultrapassar a concepção de compartilhamento de redes, que apesar de fundamental, não é suficiente. É imprescindível o incentivo a estruturação de redes próprias, fundadas em aprimoramentos tecnológicos, pois, desta maneira, é possível superar as condições que limitam a concorrência, decorrentes da existência de uma única rede essencial. A regulação, assim sendo, além de garantir o acesso as estruturas essenciais, deve atuar no sentido de propiciar a implantação de redes, de modo a criar um ambiente propriamente competitivo, onde não mais haveria uma única infra-estrutura essencial a prestação do serviço.

É importante mencionar, nesta esteira, a questão da obrigatoriedade de interconexão entre as redes, que se caracteriza pela possibilidade de usuários de uma das redes se comunicar com usuários de outras redes e, ainda, acessar os serviços por ela disponibilizados. É também forma de assegurar a competição no setor, sendo fundamental à prestação de serviços por concorrentes, na medida em que não é possível falar em condições de acesso ao mercado dos serviços de telecomunicações se não for possível a comunicação com os usuários da demais redes pelos usuários da rede concorrente, fato que tornaria os seus serviços não atrativos.<sup>124</sup>

Vem sendo igualmente adotada, como medida regulatória que busca implementar a concorrência, a portabilidade do código de acesso, que torna possível aos usuários do serviço telefônico fixo comutado e do serviço móvel pessoal (SMP), a mudança de operadora e a manutenção do código de acesso (numeração de identificação



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

do telefone fixo ou móvel). Deste modo, é possível ao usuário manter o código de acesso independentemente de vinculação a prestadora de serviços de telecomunicações.<sup>125</sup>

Por outro lado, há a meta de universalização dos serviços de telecomunicações, que é uma das diretrizes da regulação setorial. Seu fim é disponibilizar os serviços de telecomunicações ao maior número possível de cidadãos.<sup>126</sup> É elemento fundamental para a redistribuição (que é, além de princípio regulatório, um valor desenvolvimentista) e está normatizado na Lei n° 9.472/97, que prevê expressamente a obrigação de universalização do serviço público de telecomunicações (especificamente dos serviços de interesse coletivo). Neste sentido, a universalização do serviço para a redistribuição e, em consequência, para o desenvolvimento, deve ser entendida como um dos principais objetivos da regulação.

A respeito da redistribuição, afirma-se, em contraste com a posição demonstrada, que a situação de monopólio no setor de telecomunicações, em determinadas situações, justifica-se por ser indispensável à consecução de efeitos redistributivos, decorrentes, normalmente, de políticas de fixação de tarifas. No entanto, entende-se que através da efetiva existência de concorrência os preços dos serviços de telecomunicações serão mais benéficos aos consumidores. Portanto, a concorrência é o meio adequado para garantir a produção de efeitos redistributivos no tocante ao valor das tarifas.<sup>126</sup>

Quanto a compatibilização entre um cenário competitivo e as metas de universalização, entende-se que os lucros e os benefícios oriundos da titularidade das redes, mesmo com forte presença de concorrentes, são suficientes para tornar viável a universalização.

A LGT estabeleceu, ainda, a obrigação de continuidade na prestação do serviço, relativa a possibilidade de utilização do serviço de forma ininterrupta e sem paralisações injustificadas, devendo ser garantida, também, condições adequadas de sua utilização.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

Percebe-se então, que a Lei n° 9.472/97, na realidade, é coerente com os princípios e fundamentos teóricos da regulação. Deste modo, a disciplina regulatória do setor de telecomunicações é apta ao desenvolvimento de um ambiente competitivo, que assegure a coordenação dos princípios da ordem econômica no setor regulado.

## 2. A Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL

Criada pela Lei n° 9.472/97 e instalada pelo Decreto n° 2.338/97, a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) é a agência reguladora do setor de telecomunicações.<sup>422</sup>

Foi a segunda agência reguladora a ser criada no país (a primeira foi a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, instituída pela Lei n° 9.427/96) e a primeira a ser efetivamente instalada. Foi Idealizada para implementar o novo modelo de telecomunicações instituído pela LGT, devendo exercer as funções de outorga, regulamentação e fiscalização do setor de telecomunicações.<sup>423</sup>

É órgão da administração pública federal indireta, instituída sob regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações. Sediada no Distrito Federal, com possibilidade de estabelecer unidades regionais. Desta maneira, possui personalidade jurídica própria, assim como patrimônio e orçamento.

A Lei n° 9.472/97 estabelece, no parágrafo 2° do art. 8°, que a condição de autarquia especial decorre da independência administrativa, da ausência de subordinação hierárquica, do mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes, bem como da autonomia financeira. Entretanto, como já visto, esses fatores são próprios das tradicionais autarquias, com exceção do mandato fixo dos dirigentes.<sup>424</sup>



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

O que ocorreu foi uma impropriedade legislativa. O regime autárquico especial resulta, na verdade, de regras que estabelecem aspectos distintos nos regimes da ANATEL em relação ao regime autárquico tradicional, conferindo, a título de exemplo, o poder normativo, fiscalizatório e poder judicante a agência reguladora, bem como o mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes.

É dotada de grande independência administrativa e decisória, ao passo que suas decisões e atos normativos não podem ser revistos ou alterados por órgão hierarquicamente superior. A ausência de subordinação hierárquica é fator essencial a independência da ANATEL. Possui, de igual modo, independência financeira, competindo a ela mesma a arrecadação e gerenciamento de receitas.<sup>433</sup>

A ANATEL possui a tarefa de assegurar o desenvolvimento dos serviços de telecomunicações em âmbito nacional através da garantia de serviços adequados, de diversidade na oferta (que só é possível em um ambiente competitivo) e de preços justos. É competente, portanto, para adotar as medidas que forem necessárias à manutenção do interesse coletivo e do desenvolvimento do setor.<sup>434</sup>

Compete-lhe, deste modo, implementar a política nacional para os serviços de telecomunicações, mediante a regulamentação e organização do setor, realizada com a expedição de normas técnicas quanto à outorga e à prestação dos serviços de telecomunicações no regime público; sobre a prestação dos serviços de telecomunicações em regime privado; e sobre os padrões a serem observados pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos seus equipamentos.<sup>435</sup> Nota-se, de forma clara, o poder normativo atribuído à agência, que está previsto expressamente nos incisos IV, VIII, X, XII, XIV, XVI do art. 19 da Lei n° 9.472/97.<sup>436</sup>

Igualmente, é sua competência, além de outras atribuições, reprimir as infrações a direitos dos consumidores ou usuários finais e atuar, no que diz respeito ao setor de telecomunicações, no controle, prevenção e repressão de infrações à ordem



econômica, observadas as competências do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.<sup>133</sup>

A respeito de sua competência em matéria concorrencial, é preciso identificar qual a esfera de competência do órgão regulador e da autoridade antitruste. Como visto, tanto o Direito da Concorrência como a regulação, no caso de setores regulados, têm por objetivo garantir a efetiva existência de concorrência. A diferença reside no fato de a regulação atuar de forma ativa, não se limitando as funções de controle e fiscalização, ao contrário do Direito da Concorrência. Por exemplo, o Direito Concorrencial age no controle e fiscalização de concentrações, não as autorizando caso prejudiquem a concorrência (art. 54, Lei n° 8.884/94), enquanto a regulação atuaria no sentido de restringir a liberdade de fixação de preços de agentes econômicos dotados de poder no mercado ou situados em mercados com poucos concorrentes, como ocorre na situação de fixação das tarifas do serviço telefônico fixo comutado.

Nesta perspectiva, é importante a delimitação da atuação da ANATEL e do CADE na tarefa de repressão de infrações à ordem econômica e de controle de atos de concentração. Quanto a primeira hipótese, a ANATEL, por força do disposto no inciso XIX do art. 19 da Lei n° 9.472/97, detem competência para exercer, em relação ao setor de telecomunicações, as funções de controle, prevenção e repressão de infrações à ordem econômica, com exceção das funções do CADE.

Assim sendo, a agência reguladora do setor de telecomunicações passa a desempenhar as funções da Secretaria de Direito Econômico, ou seja, deve atuar de forma preventiva, analisando o comportamento e práticas dos prestadores de serviços de telecomunicações, de modo a evitar a ocorrência de infrações à ordem econômica; deve, quando notar indícios de infração a ordem econômica, realizar averiguações para a sua devida apuração, podendo instaurar processo administrativo ou arquivar os seus autos por insuficiência de indícios. Se achar configurada a infração, tem o dever enviar o processo administrativo que ao CADE, a quem compete julgá-la.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

Quando se estiver diante da análise de atos de concentração, estes serão submetidos ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica por meio da ANATEL. Neste caso, a agência exerce o papel de instaurar e instruir o processo administrativo e, ao seu final, emitir parecer que deve ser enviado ao CADE, que decidirá acerca do ato em apreciação.

A atribuição dessas competências a Agência Nacional de Telecomunicações representa uma integração da regulação setorial ao Direito Concorrencial, contribuindo sobremaneira para a proteção da concorrência. Neste ponto, converge a intervenção concorrencial e a regulatória no processo de garantia institucional da concorrência no setor de telecomunicações.

Destaca-se, ainda, sua função de dirimir conflitos entre as prestadoras de serviços de telecomunicações e entre elas e os usuários. É, por conseguinte, órgão dotado de poder judicante.

O órgão máximo da agência é o Conselho Diretor, composto por cinco conselheiros, Competindo-lhe, dentre outras atribuições: i) propor o estabelecimento e alteração das políticas governamentais de telecomunicações ii) editar normas sobre matérias de competência da Agência (poder normativo) iii) aprovar editais de licitação e decidir pela prorrogação, transferência, intervenção e extinção, em relação às outorgas para prestação de serviço no regime público iv) aprovar o plano geral de autorizações de serviço prestado no regime privado v) aprovar editais de licitação e decidir pela prorrogação, transferência e extinção, das autorizações para prestação de serviço no regime privado vi) aprovar os planos estruturais das redes de telecomunicações viii) resolver sobre a aquisição e a alienação de bens (controle de estruturas). Suas decisões são tomadas por maioria absoluta.

Possui também um Conselho Consultivo que, por sua vez, permite a participação institucional da sociedade nas atividades da ANATEL. É composto por representantes, não remunerados, indicados pelo Senado Federal, pela Câmara dos Deputados, pelo Poder Executivo, pelas entidades de classe das prestadoras de serviços



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

de telecomunicações, por entidades representativas dos usuários e por entidades representativas da sociedade. Dentre suas atribuições, cumpre-se destacar a emissão de posição acerca do plano geral de outorgas, do plano geral de metas para universalização de serviços prestados no regime público e das demais políticas do governo para os serviços de telecomunicações.

Além dos conselhos, possui em sua estrutura organizacional uma Presidência, composta por uma procuradoria, uma corregedoria, uma auditoria interna, pela assessoria internacional, assessoria de relações com os usuários, assessoria técnica e pela assessoria parlamentar e de comunicação social; e seis superintendências: i) a Superintendência de serviços públicos, constituída pela Gerência Geral de Outorga, Acompanhamento e Controle das Obrigações Contratuais, pela Gerência Geral de Qualidade e pela Gerência Geral de Competição ii) a Superintendência de serviços privados, constituída pela Gerência Geral de Satélites e Serviços Globais, pela Gerência Geral de Comunicações Pessoais Terrestres e pela Gerência Geral de Serviços Privados de Telecomunicações iii) Superintendência de serviços de comunicação em massa, composta pela Gerência Geral de Administração de Planos e Autorização de Uso de Radiofrequências, pela Gerência Geral de Regulamentação, Outorga e Licenciamento de Serviços por Assinatura e pela Gerência Geral de Regime Legal e Controle de Serviços por Assinatura iv) Superintendência de radiofrequência e fiscalização, constituída pela Gerência Geral de Certificação e Engenharia do Espectro e pela Gerência Geral de Fiscalização. v) Superintendência de Universalização, composta pela Gerência Geral de Planejamento e Contratação de Obrigações e pela Gerência Geral de Acompanhamento e Controle vi) Superintendência de administração geral, composta pela Gerência Geral de Planejamento, Orçamento e Finanças, pela Gerência Geral de Administração, pela Gerência Geral de Gestão da Informação e pela Gerência Geral de Talentos e Desenvolvimento Organizacional.<sup>186</sup>

Possui, também, uma ouvidoria, que tem a função de elaborar documentos de apreciação técnica sobre a atuação e desempenho da agência, e uma biblioteca.<sup>186</sup>



### **3. Condições de concorrência no serviço telefônico fixo comutado**

Com o novo modelo institucional para o setor de telecomunicações e a conseqüente privatização do Sistema Telebrás, ocorreu a transferência da prestação dos serviços de telecomunicações à iniciativa privada, rompendo com o monopólio até então existente. Esses serviços passaram então a ser explorados em regime de competição. No entanto, pelo ao menos no que diz respeito ao serviço telefônico fixo comutado, a implementação de um ambiente propriamente competitivo encontra sérias dificuldades, principalmente devido **aos altos investimentos em infra-estruturas essenciais (redes de telecomunicações) necessárias a prestação desse serviço.**

**Com o atual marco regulatório, de enfoque concorrencial, é imperativo a superação das limitações setoriais à concorrência no STFC, que deve ser entendida como tarefa fundamental da regulação.**

Nesse contexto, o STFC é regulamentado pela Lei Geral de Telecomunicações, pelo Plano Geral de Outorgas (PGO) e pela Resolução n° 85/98 (regulamento de serviço telefônico fixo comutado). É serviço de telecomunicações de interesse coletivo devendo ser prestado, de forma não exclusiva, em regime público, admitindo, portanto, prestação em regime privado.

O serviço telefônico fixo comutado é o tradicional serviço de telefonia, definido pelo regulamento do serviço telefônico fixo comutado como o serviço de telecomunicações destinado à comunicação entre pontos fixos determinados, através de transmissão de voz e outros sinais.

Pode ser explorado na modalidade serviço local, serviço longa de distância nacional (LDN) e serviço de longa distância internacional (LDI). O serviço local tem por



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

objetivo a comunicação entre pontos determinados situados em uma mesma área local, o serviço de longa distância nacional opera em relação a comunicação entre áreas locais distintas no território nacional e o serviço de longa distância internacional e destinado à comunicação entre um ponto situado no território nacional e um ponto situado no exterior.

O PGO dividiu, ainda, o país em quatro regiões para efeitos da prestação de STFC: i) a região I é área geográfica correspondente aos Estados do Rio de Janeiro, Minas Gerais, Espírito Santo, Bahia, Sergipe, Alagoas, Pernambuco, Paraíba, Rio Grande do Norte, Ceará, Piauí, Maranhão, Pará, Amapá, Amazonas e Roraima ii) a região II corresponde ao Distrito Federal e aos Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Goiás, Tocantins, Rondônia e Acre iii) a região III correspondente ao Estado de São Paulo iv) a região IV, que corresponde a todo o território nacional.

Num primeiro momento, que se estendeu até a data limite 31 de dezembro de 2001, restringiu-se o número de concorrentes que poderiam atuar em cada região na prestação de cada uma das modalidades de STFC.<sup>487</sup>

Determinou-se, neste sentido, que somente as regiões I, II, III seriam consideradas em relação a exploração de serviço telefônico fixo comutado na modalidade serviço local. Para cada uma dessas regiões duas empresas ficaram encarregadas pela prestação dessa modalidade de STFC: A concessionária (empresa privatizada, que prestava o serviço desde antes da reforma do setor) e a empresa espelho, que detêm autorização para prestar o serviço, competindo com a concessionária. Note-se que a concessionária de STFC modalidade serviço local só pode atuar em uma das regiões, restrição essa não imposta a empresa espelho.<sup>488</sup>

A autorização das empresas espelho para a prestação dessa modalidade de STFC inclui autorização para exploração do serviço de longa distância nacional de âmbito intra-regional.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

A modalidade de serviço de longa distância nacional admitiu exploração nas quatro regiões definidas pelo Plano Geral de Outorgas. Para as regiões I, II, III a modalidade de serviço LDN foi confiada a duas operadoras para cada uma dessas regiões, uma concessionária e uma empresa espelho, cujas atividades restringir-se-iam a região de atuação (LDN de âmbito intra-regional). Na região IV, correspondente a todo território nacional, o LDN foi entregue a uma concessionária e a uma empresa espelho.<sup>100</sup>

O serviço telefônico fixo comutado na modalidade longa distância internacional foi conferido, igualmente, a uma concessionária e uma empresa espelho.<sup>100</sup>

Foi permitida, ainda, a autorização para prestação de STFC a outras empresas, em áreas onde não houvesse previsão de atuação pela concessionária e pela empresa espelho.<sup>101</sup>

Essa limitação ao número de competidores no STFC perdurou até 31 de dezembro de 2001, a partir da qual abriu-se efetivamente o mercado à concorrência. Admitiu-se, portanto, a entrada de novos prestadores de STFC, na condição de autorizatárias, desde que satisfeitas as condições previstas em regulamento da ANATEL.

Note-se que somente a prestadora privatizada, que prestava o serviço antes da reforma, é que detem concessão para a prestação do STFC, os demais participantes do mercado são simples autorizatários.

Não obstante, a existência efetiva de concorrência na prestação desse serviço vem encontrando dificuldades, principalmente na modalidade serviço local. Até o final de 2004, quatro anos após a abertura total do mercado, as concessionárias ainda detinham a quase totalidade do mercado na prestação de STFC.<sup>102</sup>

Na região I a concessionária ocupava a parcela de 95,7% do mercado, na região II ocupava 94,5% e na região III ocupava 97,1%. As concessionárias detinham, nesse contexto, cerca de 38 milhões de acessos em serviço telefônico fixo comutado na



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

modalidade local, contra 1, 18 milhão dos concorrentes. Esse problema é causado, em sua maior parte, pelas limitações tecnológicas e pela dependência das redes.<sup>144</sup>

Na modalidade de serviço de longa distância nacional o cenário competitivo apresenta-se com maior destaque. Nesse período a EMBRATEL, tradicional prestadora do serviço, perdeu cerca de 79% do mercado para os concorrentes. Antes da abertura total a competição, em 2001, detinha 41,10% do mercado, já em 2004 possuía apenas 21,18% do mercado, contra 25,92% da concorrente TELEMAR, 24,78% da Telefônica, 21,14% da Brasil Telecom e uma parcela de 6,98% representada por pequenos operadores.<sup>145</sup>

Em relação ao LDI, a EMBRATEL, até 2003, ainda detinha quase toda a parcela do mercado, correspondendo a 76,48%, contra os 21,22% da INTELIG, única concorrente significativa à época. Em 2004, a EMBRATEL, apesar de ainda deter mais da metade do mercado (58,85%), teve que enfrentar a entrada de novos competidores, que juntos passaram a possuir parte significativa do mercado (16,30% pela Telefônica, 11,84% pela TELEMAR, 11,31% pela INTELIG e 1,30% por pequenas operadoras).<sup>146</sup>

Até 2006 esses números sofreram algumas alterações, no LDN, a EMBRATEL passou a deter 23,89% do mercado, contra 24,87% da Telefônica, 21,91% da TELEMAR, 20,75% da Brasil Telecom e 8,58% de pequenos operadores. No LDI, a parcela de participação da EMBRATEL foi 56,73%, a Telefônica ficou com participação de 16,52%, a TELEMAR alcançou 10,26%, a INTELIG, por sua vez, caiu para 5,30% e a parcela representada por pequenas operadoras subiu para 11,19%.<sup>147</sup>

Nos anos de 2005 e 2006 foram concedidas autorizações para exploração de serviço telefônico fixo comutado a trinta e seis empresas (dezoito em cada ano), nas modalidades serviço local, LDN e LDI. No final de 2006 no número de autorizadas a prestar STFC totalizava 68 empresas.<sup>148</sup>



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

Em 2008 o número de prestadoras de STFC subiu para 86 empresas (concessionárias e autorizadas), estando vigentes 475 termos de autorização para prestação desse serviço.<sup>108</sup>

Apesar desse considerável aumento na quantidade de empresas prestadoras de serviço telefônico fixo comutado, o ambiente competitivo, pelo ao menos em relação à modalidade local, é bastante reduzido.

Na modalidade LDN verifica-se um razoável nível de competição, tendo em vista haver apenas um pequeno número de empresas que efetivamente concorrem entre si. Entretanto, a quantidade de concorrentes só tende a aumentar, visto o incentivo do órgão regulador neste sentido.

Quanto ao LDI, o cenário competitivo vem aos poucos tomando forma, apesar de ser a concessionária a detentora da maior parte do mercado relevante. É preciso, todavia, criar incentivos para o aumento da competição, tanto no que diz respeito ao aumento na quantidade de competidores como na diluição do poder econômico da concessionária, por meio da maior participação dos concorrentes no mercado.

Na modalidade local o que se percebe é a predominância da concessionária na prestação do serviço, com parcelas mínimas do mercado detidas pelos concorrentes, inclusive a empresa espelho. Essa situação decorre do, já analisado, problema do acesso às infra-estruturas essenciais a prestação do serviço.

É necessária, então, uma atuação incisiva da ANATEL, de forma a garantir os princípios do acesso necessário e da função social da propriedade dos meios de acesso ao mercado de telecomunicações. Esses princípios são fundamentos do princípio da difusão do conhecimento econômico, necessário a igualdade material entre os agentes econômicos do mercado.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

Somente com a difusão do conhecimento econômico é possível assegurar a concorrência no setor de telecomunicações, impondo o dever, ao titular dos direitos sobre as redes, de compartilhá-las.

Há ações, mesmo que em pequena escala, do órgão regulador nesse sentido, como o Despacho 172 da Superintendência de Serviços Públicos, que dispôs acerca do uso de elementos desagregados da rede de acesso local do STFC, que estabeleceu às concessionárias Brasil Telecom, Telemar e Telefônica a desagregação nas modalidades *Line Sharing* e *Full Unbundling*, fixando, ainda, os valores máximos de referência.<sup>499</sup>

É necessário, igualmente, não apenas garantir o acesso ao mercado (por meio do compartilhamento de redes), mas também assegurar a igualdade de participação no mercado de telecomunicações entre os operadores, que só é possível, da mesma maneira, com a difusão do conhecimento econômico, visto que, a partir desse princípio, certifica-se um mais adequado processo de decisão pelos participantes do mercado (inclusive os consumidores ou usuários finais).

Nesta perspectiva, percebe-se só através de uma política regulatória que priorize a implementação dos princípios regulatórios que é possível alcançar um nível adequado de concorrência no STFC modalidade local.

### **Considerações finais**

A proposta apresentada buscou analisar as condições de concorrência no setor regulado dos serviços de telecomunicações, com enfoque, sobretudo, no papel da regulação como garantidora da efetiva existência de concorrência. Neste sentido procurou-se superar a tradicional concepção de regulação como instrumento à correção



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

de falhas de mercado, demonstrando a insuficiência desse modelo e apresentando os fundamentos de uma regulação capaz de propiciar o desenvolvimento do setor.

Discutiu-se o contexto e as principais conseqüências da reforma regulatória no Brasil, examinando as mudanças na concepção de serviço público no decorrer desse processo que era considerado como aqueles serviços cujo objeto era a satisfação de necessidades coletivas, prestado pelo próprio Estado, em regime de Direito Público e passou a ser entendido como serviços de interesse social e coletivo que, apesar de titularizados pelo Estado, não são, necessariamente, prestados diretamente por ele, podendo, inclusive, serem prestados tanto em regime de Direito Público como em regime Privado.

Uma das principais questões que surgiram com a reforma regulatória foi a implementação de concorrência na prestação desses serviços que, até então, vinham sendo prestados, pelo menos em sua maior parte, em regime de monopólio. Neste quadro está inserido o serviço público de telecomunicações, que era prestado pelo Estado através do sistema TELEBRÁS, que detinha o controle de cerca de 90% da estrutura de telecomunicações do país.

Com a reforma regulatória, ocorreu a privatização do sistema TELEBRÁS, transferindo-se a iniciativa privada a prestação dos serviços de telecomunicações. O grande desafio do novo marco regulatório (Lei n° 9.472/97) foi a criação de um ambiente competitivo na prestação desses serviços, onde, por condições estruturais específicas do setor (a questão das redes essenciais a prestação do serviço), não é possível garantir a existência de concorrência pela simples dinâmica do mercado (especialmente no serviço telefônico fixo comutado).

Nesta perspectiva, é papel da regulação no setor de telecomunicações a garantia institucional de concorrência que deve, além de assegurar o acesso as redes de telecomunicações (essenciais a prestação do serviço), criar incentivos a implantação de



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

novas redes, de modo a criar um ambiente propriamente competitivo, onde não mais haveria uma única infra-estrutura essencial a prestação do serviço.

Não obstante, a atual estrutura do setor de telecomunicações, especialmente no que diz respeito ao serviço telefônico fixo comutado (STFC), não apresenta razoáveis níveis de competição. A dependência das infra-estruturas essenciais torna limitada a existência de concorrência, mesmo diante de um marco regulatório de caráter predominantemente concorrencial.

Nesse contexto as tradicionais políticas de fixação de tarifas e a regulação neoclássica (Escola econômica ou neoclássica de regulação), que busca recriar as condições de mercado no setor regulado, não encontram respaldo jurídico sob a ótica da teoria do desenvolvimento e da regulação econômica. Tal concepção demonstra-se insuficiente, pois só através da coordenação dos princípios da ordem econômica, garantindo igualdade material entre todos os agentes do mercado, é que é possível evitar os desequilíbrios sociais e econômicos (entre eles, o aparente conflito entre os princípios da ordem econômica) nesses setores.

Decorre desse fato a necessidade de uma atividade regulatória ativa pela Agência Nacional de telecomunicações (ANATEL), assegurando, através dos instrumentos regulatórios que dispõe, à concorrência. Essa atuação, portanto, não deve se restringir ao controle de atos e contratos (em operação conjunta com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE) tampouco a garantia de acesso ao mercado por meio de autorização para prestação do serviço telefônico fixo comutado. É preciso, realmente, que ocorra a dissipação dos focos de concentração do poder econômico no mercado, através, principalmente, da difusão do conhecimento econômico, de forma a assegurar as melhores escolhas socialmente possíveis. A difusão do conhecimento econômico pressupõe, como analisado, a concorrência.

Por fim, esta análise procurou oferecer e apresentar algumas propostas concernentes a garantia de condições de concorrência nos serviços de telecomunicações,



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

partindo do estudo do marco regulatório e do papel da agência reguladora do setor. Ocorre que, só através de um exame minucioso das principais questões do setor regulado, é que é possível orientar as futuras ações e políticas setoriais no sentido de as superar. Como a implementação de concorrência continua a ser um dos principais desafios do setor de telecomunicações, especificamente no STFC, é imprescindível que a regulação do setor encontre meios eficazes para assegurá-la.

## Referências

ALVES, Othon Moreno de Medeiros. Agências reguladoras e proteção do consumidor de serviços de telecomunicações. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 226, p. 219-229, out./dez./ 2001. p. 221.

ANATEL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Anexo à Resolução nº 460, de 19 de março de 2007**: regulamento geral de portabilidade (RGP). Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortal.do?>> Acesso em agosto de 2008.

ANATEL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Conheça a Anatel**: sobre a Anatel, histórico. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortal.do?acao=linkInt&src=http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalPaginaEspecial.do?acao=%26codItemCanal=1313%26codigoVisao=7%26nomeVisao=Imprensa%26nomeCanal=Anatel%20em%20dados%26nomeItemCanal=Cronog%20#>> Acesso em: agosto de 2008.

ANATEL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Conheça a Anatel**: Sobre a Anatel, Missão, atribuições e características. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortal.do?acao=linkInt&src=http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalPaginaEspecial.do?acao=%26codItemCanal=1313%26codigoVisao=7%26nomeVisao=Imprensa%26nomeCanal=Anatel%20em%20dados%26nomeItemCanal=Cronog%20#>> Acesso em: agosto de 2008.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

[6nomeCanal=Anatel%20em%20dados%26nomeItemCanal=Cronog%20#>](#) Acesso em: agosto de 2008.

ANATEL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Cronograma da portabilidade.** Disponível em:

<<http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortal.do?acao=linkInt&src=http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalPaginaEspecial.do?acao=%26codItemCanal=1313%26codigoVisao=7%26nomeVisao=Imprensa%26nomeCanal=Anatel%20em%20dados%26nomeItemCanal=Cronog%20>> Acesso em: agosto de 2008

ANATEL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Notícias:** Anatel fixa em R\$ 4,00 o valor máximo pela portabilidade. Disponível em:

<<http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalNoticias.do?acao=carregaNoticia&codigo=16736>> Acesso em: agosto de 2008

ANATEL. Agência Nacional de Telecomunicações. Regimento interno, de 05 de julho de 2007. Dispõe sobre a organização e o funcionamento da Agência Nacional de Telecomunicações, nos termos dos artigos 19, XXVII, e 22, X, da Lei Geral de Telecomunicações - LGT, aprovada pela Lei n° 9.472, de 16 de julho de 1997, e de seu Regulamento, aprovado pelo Decreto n° 2.338, de 7 de outubro de 1997. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 10/12/2007.

ANATEL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Relação das prestadoras do STFC.**

Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalInternet.do#>> Acesso em: setembro de 2008.

ANATEL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Relatório anual 2005.** Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalInternet.do#>

ANATEL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Relatório anual 2004.** Disponível em:



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

<[http://www.anatel.gov.br/Portal/documentos/biblioteca/Publicacao/relatorios/relatorio\\_pdf/relatorio\\_anual2004.pdf](http://www.anatel.gov.br/Portal/documentos/biblioteca/Publicacao/relatorios/relatorio_pdf/relatorio_anual2004.pdf)> Acesso em Setembro de 2008.

ANATEL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Relatório anual 2006**. Disponível em: <[http://www.anatel.gov.br/hotsites/relatorio\\_anual\\_2006/pdf/relatorio\\_2006.pdf](http://www.anatel.gov.br/hotsites/relatorio_anual_2006/pdf/relatorio_2006.pdf)> Acesso em: Setembro de 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. As agências reguladoras independentes e a separação de poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 10, maio/junho/julho, 2007. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br/redae.asp](http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp)>. Acesso em: agosto de 2008.

AZULAY NETO, Messod; LIMA, Antonio Roberto Pires de. **O novo cenário das telecomunicações no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição e ordem Econômica e Agências Reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 1, fevereiro, 2005. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)>. Acesso em: agosto de 2008.

BENTO, Leonardo Valles. **Governança e governabilidade na reforma do Estado: entre eficiência e democratização**. Barueri, São Paulo: Manole, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

BINEMBOJM, Gustavo. As agências reguladoras independentes e a democracia no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 03, ago/set/out, 2005. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br/redae.asp](http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp)>. Acesso em: agosto de 2008.

BRASIL. Ministério das Comunicações. **Exposição de motivos n° 231, de 10 de dezembro de 1996**. Versa sobre a nova organização dos serviços de telecomunicações, sobre a criação de um órgão regulador, e sobre outros aspectos institucionais desse setor, em atendimento à emenda constitucional n° 8, de 15 de agosto de 1995. Disponível em:

<[http://www.gds.nmi.unb.br:8080/xtf/data/pdf/textointegral/ato/exm/minicom\\_19961210\\_231.pdf](http://www.gds.nmi.unb.br:8080/xtf/data/pdf/textointegral/ato/exm/minicom_19961210_231.pdf)> Acesso em: agosto de 2008.

BRASIL. Presidência da República. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho Estado**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/publi\\_04/COLECAO/PLANDI9.HTM](http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/PLANDI9.HTM)> Acesso em: Agosto de 2008.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. A Reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle. In: **Revista Lua Nova**. São Paulo, CEDEC, n° 45, 1988.

\_\_\_\_\_. **Crise Econômica e Reforma do Estado no Brasil. Para uma nova interpretação da América Latina**. Trad. Ricardo Ribeiro e Martha Jalkauska. São Paulo: Editora 34, 1996.

\_\_\_\_\_; PACHECO, Regina Silvia. Instituições, Bom Estado, e Reforma da Gestão Pública. **Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado**. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n° 3, setembro/outubro/novembro, 2005. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)>. Acesso em: agosto de 2008.

CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Apresentação**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/apresentacao/cade.asp#cade>> Acesso em: Julho de 2008.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

CAL, Arianne Brito Rodrigues. **As agências reguladoras no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Guia Prático do CADE** : a defesa da concorrência no Brasil. 3. ed. rev., ampl. bilíngüe. São Paulo : CIEE, 2007.

COSTA FILHO, Vidalvo Silvino da. A Agência Nacional de Telecomunicações: natureza jurídica, delegação de poderes e poder de polícia. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 226, p. 81-118, out./dez./ 2001.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. A universalização do serviço público para o desenvolvimento como uma tarefa da regulação. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). **Regulação e Desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

\_\_\_\_\_. **Regulação e redistribuição**: a experiência brasileira de universalização das telecomunicações. Tese. Doutorado em Direito. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2003. 379f. Tese.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DUTRA, Pedro. **Livre Concorrência e Regulação de Mercados**: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ESCOBAR, João Carlos Mariense. **O novo direito de telecomunicações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Agências Reguladoras: Legalidade e Constitucionalidade**. Disponível em: <[http://www.bresserpereira.org.br/ver\\_file\\_3.asp?id=13](http://www.bresserpereira.org.br/ver_file_3.asp?id=13)>. Acesso em: agosto de 2008.

FIANI, Ronaldo. **Teoria da Regulação Econômica**: Estado atual e perspectivas futuras. Disponível em: <<http://www.ie.ufrj.br/grc/>>. Acesso em: ago. 2008.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de Proteção da Concorrência**: Comentários à Legislação Antitruste. 3. ed. rev. atual Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. **Direito Econômico**. 5. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

\_\_\_\_\_. Regime jurídico das telecomunicações: autorização, permissão e concessão. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 224, p. 183-196, abr./jun./ 2001.

\_\_\_\_\_. As agências Reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº.6, mai/jun/jul de 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: set. 2007.

HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy**: The law of competition and its practice. 3.ed. St. Paul (Minn): West Publishing, 2005.

HYLTON, Keith N. **Antitrust Law**: economic theory and common law evolution. Cambridge, Cambridge University Press, 2003

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEHFELD, Lucas de Souza. **As novas tendências na regulamentação do sistema de telecomunicações pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

\_\_\_\_\_. Direito das telecomunicações e ANATEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MARTINS, Rogério Lindenmeyer Vidal Gandra da Silva. Artigos 13 e 14. In: : COSTA, Marcos da et alli. **Direito Concorrencial**: aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

MEDAUAR, Odete. Regulação e auto regulação. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 228, p. 123-128, abr./jun./ 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENEZES, Paulo Lucena de. Artigos 1º e 2º. In: COSTA, Marcos da et alli. **Direito Concorrencial**: aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

MENEZES, Roberta Fragoso de Medeiros. As agências reguladoras no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 227, p. 47-68, jan./mar./ 2002.

MESQUITA, Karla Dominique de Araújo. **A Atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE - na regulamentação da livre concorrência**. Disponível em: <<http://www.undb.com.br/content/revista-eletronica/?curso=17>> Acesso em: Julho de 2008. p. 9.

NUNES, Edson de Oliveira. **Agências reguladoras e reforma do Estado no Brasil**: inovação e continuidade no sistema político-institucional. Rio de Janeiro: Garamond, 2007.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da Concorrência e globalização econômica**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 218.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

OCDE. Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **Relatório sobre a reforma regulatória:** Brasil, fortalecendo a governança para o crescimento. Disponível em: <[http://www.planejamento.gov.br/arquivos\\_down/noticias/080604\\_relatorio.pdf](http://www.planejamento.gov.br/arquivos_down/noticias/080604_relatorio.pdf)>  
Acesso em: setembro de 2008.

OLIVEIRA, Gesner. **Concorrência:** panorama no Brasil e no mundo. São Paulo: Saraiva, 2001.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PACHECO, Regina Silvia. Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle. **Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado**, Salvador, n° 7, setembro/outubro/novembro, 2006. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)>. Acesso em: agosto de 2008.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PORTO NETO, Benedicto. A Agência Nacional de Telecomunicações. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). **Direito Administrativo Econômico.** São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

RAMIM, Áurea Regina Sócio de Queiroz. **As instituições brasileiras de defesa da concorrência.** Brasília: Fortium, 2005.

RAMIRES, Eduardo Augusto de Oliveira. **Direito das telecomunicações:** a regulação para a competição. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial:** as estruturas. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

\_\_\_\_\_. **Regulação da atividade econômica.** princípios e fundamentos jurídicos. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008

\_\_\_\_\_. Regulação e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). **Regulação e Desenvolvimento.** São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SCHUARTZ, Luiz Fernando. **Fundamentos do Direito da Concorrência moderno.** Disponível em: <<http://www.ie.ufrj.br/grc/>> Acesso em: Julho de 2008.

SEAE. Secretaria de Acompanhamento Econômico. **Conheça a SEAE:** histórico. Disponível em:

<[http://www.seae.fazenda.gov.br/conheca\\_seae/historico](http://www.seae.fazenda.gov.br/conheca_seae/historico)> Acesso em: Julho de 2008.

SEAE. Secretaria de Acompanhamento Econômico. **Conheça a SEAE:** organização. Disponível em:

<[http://www.seae.fazenda.gov.br/conheca\\_seae/organizacao](http://www.seae.fazenda.gov.br/conheca_seae/organizacao)> Acesso em: Julho de 2008.

SEAE. Secretaria de Acompanhamento Econômico. **Conheça a SEAE:** organização, regulação econômica. Disponível em:

<[http://www.seae.fazenda.gov.br/conheca\\_seae/organizacao/regulacao\\_economica](http://www.seae.fazenda.gov.br/conheca_seae/organizacao/regulacao_economica)>

Acesso em: Julho de 2008.

SDE. Secretaria de Direito Econômico. **O que é o SBDC.** Disponível em:

<<http://www.mj.gov.br/sde/data/Pages/MJ29715BC8ITEMIDCEF35B5AB2E84F6A8CA8858B129BB4EFPTBRIE.htm>> Acesso em: Julho de 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. A regulação das telecomunicações: papel atual e tendências futuras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público. n°. 8, nov/dez – 2006/ jan – 2007. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)>. Acesso em: agosto de 2008.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

\_\_\_\_\_. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.).

**Direito Administrativo Econômico.** São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

\_\_\_\_\_. **Regulação de telecomunicações e direito da concorrência.** Disponível em: <[www.abdi.org.br/artigos.php?artigo=9](http://www.abdi.org.br/artigos.php?artigo=9)>. Acesso em: agosto de 2008.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico.** 2ª ed. rev. E atual. São Paulo: Método, 2006.

XAVIER, Helena de Araújo Lopes. **O regime especial da concorrência no direito das telecomunicações.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

± Na realidade, a primeira disposição normativa a versar sobre a proteção à concorrência foi o Act for The Prevention and Supression of Combinations Formed in Restraint of Trade, promulgado no Canadá em 1889. Esta lei considerava infração os ajustes que tivessem por finalidade limitar a concorrência de forma indevida. Entretanto, o principal marco legislativo do surgimento de uma legislação concorrencial é o Sherman Act, promulgado em 1890 nos Estados Unidos. Refere-se a esta lei como o primeiro reconhecimento legislativo ao Direito Concorrencial, pois as origens da proteção da concorrência no direito americano remetem a Commom Law, principalmente nos casos acerca de ajustes em restrição ao comércio. Um dos casos mais significativos foi Mitchel v. Reynolds, no qual foi utilizado como parâmetro de decisão a ajustes em restrição ao comércio à regra da razão, que permanece até os dias atuais como a doutrina aplicável a essas situações. A respeito, v., HYLTON, Keith N. **Antitrust Law: economic theory and common law evolution**. Cambridge, Cambridge University Press, 2003. p. 31 e seg; FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de Proteção da Concorrência: Comentários à Legislação Antitruste**. 3. ed. rev. atual Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 32-33.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

2 RAMIM, Áurea Regina Sório de Queiroz. **As instituições brasileiras de defesa da concorrência.** Brasília: Fortium, 2005. p. 18.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

3 SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**: as estruturas. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 69-70.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

4 HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy:** The law of competition and its practice. 3.ed. St. Paul (Minn): West Publishing, 2005. p. 51.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

§ Em uma dessas declarações o próprio Senador Sherman afirma que o objeto de tais combinações (referindo-se as grandes concentrações empresariais) é tornar impossível a competição, possibilitando o controle sobre os preços, que seriam estabelecidos de acordo com seus interesses, ou seja, de maneira a maximizar os lucros, desconsiderando os interesses dos consumidores. Deste modo demonstra como a preocupação com o bem-estar do consumidor foi um dos fatores que influenciou o Sherman Act. A respeito, v., SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. p. 72; HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy**. p.50.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

6 SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. p.70.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

[7](#) SCHUARTZ, Luiz Fernando. **Fundamentos do Direito da Concorrência moderno**. Disponível em: <<http://www.ie.ufrj.br/grc/>> Acesso em: Julho de 2008. p. 3.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

§ A Escola de Chicago nasce com o objetivo de abordar o Direito Concorrencial a partir de uma perspectiva econômica, e constitui, na atualidade, a principal escola teórica a influenciar esse ramo do direito nos Estados Unidos. No seu início, no século XX (anos 50), resumia-se à aplicação da “teoria do preço” no estudo do Direito Concorrencial, todavia, nos anos 60 e 70, embasada nos trabalhos de R. Bork e R. Posner, defendeu a aplicação da teoria marginalista na análise do Direito da Concorrência. Uma de suas mais relevantes características é a importância dada à eficiência produtiva, entendida como redução dos custos na produção do produto final, que, para seus defensores, tem como consequência a diminuição de preços para os consumidores (aumento do bem-estar do consumidor), objetivo final do Direito Concorrencial. Não obstante, a maioria de seus pressupostos demonstraram-se falhos, principalmente por não se verificar na prática que ganhos de eficiência implicam necessariamente aumento de benefícios para os consumidores. A respeito, v., SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. p. 22; HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy**. p. 49-50. Quanto às economias de escala, estas podem ser definidas como a redução do custo de produção de cada unidade de determinado produto, pelo aumento da quantidade produzida. A respeito, v., OLIVEIRA, Gesner. **Concorrência: panorama no Brasil e no mundo**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 217.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

9 No caso *Standard Oil Co. v. United States*, a família Rockefeller havia comprado inúmeras ações de companhias de petróleo, concentrando de tal maneira esse mercado (detinha mais de 90% do mercado), que houve a criação de um truste para administrar essas ações (Standard Oil trust). Logo depois, essas ações passaram às Standard Oil of New York e New Jersey, para a mesma função. O mercado de petróleo, então, encontrava-se monopolizado. O grande problema era a possibilidade de dissolução desse monopólio com base na seção 2 do Sherman Act, considerando que o processo que levou a criação do monopólio ocorreu antes da vigência desse diploma. Assim a dúvida, como visto, era se a existência do monopólio deveria ser punida ou somente se este fosse consequência de atos que tendessem à monopolização do mercado. A Suprema Corte entendeu ser ilícito o simples fato da existência do monopólio, dissolvendo a Standard Oil em diversas companhias. A respeito, v., SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial** p. 72 e 73; HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy**.p. 56.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

10 O Pro-regulation interest groups (Grupos de interesse pró-regulação) defendia uma abordagem antitruste mais rígida, acreditando que a adoção da regra da razão daria margem à emasculação da regulação concorrencial. Havia ainda, o Pro-business interest groups (Grupos de interesse pró-negócios) que, também insatisfeitos com a regra da razão, acreditavam estar se adotando um parâmetro ambíguo, dando ao governo ampla liberdade na interpretação da legislação antitruste. A respeito, v., HYLTON, Keith N. **Antitrust Law**. p. 39.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

± HYLTON, Keith N. **Antitrust Law**. p. 101-104.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

12 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de Proteção da Concorrência**. p 23.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

13 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de Proteção da Concorrência**. p. 24.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

14 HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy**. p. 57.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

15 HYLTON, Keith N. **Antitrust Law**. p. 30.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

16 HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy**. p. 58 e 59.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

17 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de Proteção da Concorrência**. p. 26 e 27.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

18 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de Proteção da Concorrência**. p. 48.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

19 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de Proteção da Concorrência**. p. 48.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

20 RAMIM, Áurea Regina Sório de Queiroz. **As instituições brasileiras de defesa da concorrência.** p. 20.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

21 RAMIM, Áurea Regina Sócio de Queiroz. **As instituições brasileiras de defesa da concorrência.** p. 20.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

22 NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da Concorrência e globalização econômica**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 218.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

23 O único caso em que se tem conhecimento da aplicação do Decreto-Lei 869/38 foi em um parecer do Consultor-Geral da República em consulta a Standard Oil Co. do Brasil, no qual afirmou serem ilícitas determinadas cláusulas em contratos que essa companhia celebrou com proprietários de postos de gasolina no Brasil. Com a aprovação do parecer, a Standard Oil Co. teve que modificar seus contratos para se adequarem ao referido decreto. A respeito, v., FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de Proteção da Concorrência**. p 51.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

24 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de Proteção da Concorrência**. p. 52.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

25 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de Proteção da Concorrência**. p. 52.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

26 RAMIM, Áurea Regina Sório de Queiroz. **As instituições brasileiras de defesa da concorrência.** p. 22.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

27 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de Proteção da Concorrência**. p. 53.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

28 O art. 8º do Decreto-lei 7.666/45 vedava a fusão, a incorporação, a transformação, o agrupamento ou a dissolução, sem a prévia autorização da CADE, de empresas: i) do setor bancário ii) produtoras ou distribuidoras de gêneros alimentícios iii) de seguros e capitalização iv) de transportes aéreos, ferroviários, rodoviários e de navegação v) editoras, jornalísticas, de rádio e teledifusão, de divulgação e publicidade vi) indústrias bélicas, básicas, de interesse nacional e suas respectivas distribuidoras vii) químicas, farmacêuticas ou de laboratório e de materiais odontológicos viii) indústrias de tecidos e calçados xix) de mineração x) de produção e distribuição de instrumentos de trabalho, de eletricidade, gás, telefone e transportes urbanos xi) concessionárias de serviços de utilidade pública.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

29 NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica.** p. 219.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

30 A revogação desse diploma esta intimamente ligada à queda do Estado Novo, no governo Vargas e a conseqüente promulgação da Constituição de 1946. A respeito, v., RAMIM, Áurea Regina Sócio de Queiroz. **As instituições brasileiras de defesa da concorrência.** p. 23-24.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

31 RAMIM, Áurea Regina Sócio de Queiroz. **As instituições brasileiras de defesa da concorrência.** p. 24.



32 Durante a tramitação do Projeto de Lei n° 122 surgiram as Leis n° 1.52/51 e n° 1.522/51. A primeira tratou de regular o julgamento dos crimes contra a economia popular. Já a segunda criou a Comissão Federal de Abastecimento e Preços (COFAP), órgão através do qual o Estado passaria a intervir no mercado, seja por meio de fixação de preços, pela desapropriação de bens e serviços e pelo controle do abastecimento. Essas duas leis levaram a sérias discussões no Congresso, consubstanciadas na figura do deputado Hermes Lima, sobre a necessidade de uma lei concorrencial, pois para ele o país já contava com normas jurídicas capazes de reprimir as práticas contrárias a economia popular e a concorrência, inclusive com um órgão incumbido de regular a distribuição de bens e os preços deles. Contudo, essas leis, de certa maneira, representavam um regresso na política de defesa da concorrência brasileira, pois que uma retornava à abordagem penal aos ilícitos concorrenciais e a outra permitia a fixação de preços pelo Estado. A respeito, v., FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de Proteção da Concorrência**. p. 55; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica**. p. 219-220.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

33 SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. p. 83.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

34 RAMIM, Áurea Regina Sório de Queiroz. **As instituições brasileiras de defesa da concorrência.** p. 24-26.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

35 RAMIM, Áurea Regina Sócio de Queiroz. **As instituições brasileiras de defesa da concorrência.** p. 26.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

36A Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE) foi instituída pela primeira vez pela Lei n° 8.028 de 12 de abril de 1990, que a incluía como um dos órgãos do Ministério da Justiça, o qual era responsável, de acordo com a referida lei, pela defesa da ordem econômica. Em seguida, surgiu o Decreto n° 99.244 de 10 de maio de 1990, que conferiu competência a este órgão para apurar, prevenir e reprimir os abusos do poder econômico, por meio da atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (art. 102, inc.III). A respeito, v. MARTINS, Rogério Lindenmeyer Vidal Gandra da Silva. Artigos 13 e 14. In: COSTA, Marcos da et alli. **Direito Concorrencial**: aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 188-189; FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de Proteção da Concorrência**. p 144; RAMIM, Áurea Regina Sócio de Queiroz. **As instituições brasileiras de defesa da concorrência**. p. 28.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

37 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de Proteção da Concorrência**. p. 58.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

38 MENEZES, Paulo Lucena de. Artigos 1° e 2°. In: COSTA, Marcos da et alli. **Direito Concorrencial:** aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 141.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

39 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de Proteção da Concorrência**. p. 97.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

40 MENEZES, Paulo Lucena de. Artigos 1º e 2º. In: COSTA, Marcos da et alli. **Direito Concorrencial**. p. 143.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

41 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de Proteção da Concorrência**. p. 105.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

42 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de Proteção da Concorrência**. p. 112.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

43 Esses valores estão expressamente previstos no art.170 da Constituição Federal, que trata como princípios gerais da ordem econômica, dentre outros, à defesa do consumidor e a função social da propriedade. A respeito, v., RAMIM, Áurea Regina Sócio de Queiroz. **As instituições brasileiras de defesa da concorrência**. P. 39.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

44 A doutrina em Direito Concorrencial faz severas críticas à disposição desses artigos alegando que há dificuldades em relacionar de maneira clara as condutas contidas no artigo 21 com as categorias do art. 20. Essa dificuldade decorre do fato de as condutas do art. 21 apenas configurarem infração a ordem econômica se estiverem enquadradas em quaisquer das hipóteses do art. 20, no entanto determinadas condutas do art. 21 só fazem sentido se relacionadas a determinada hipótese e não a qualquer delas. Como exemplo, pode-se citar a conduta do inc. XX do art. 21 (interromper ou reduzir em grande escala a produção, sem justa causa comprovada) que só faz sentido se relacionada com o abuso de poder econômico. A respeito, v., SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. p. 85-87.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

45 A lei brasileira dissente, neste ponto, da legislação concorrencial americana e européia, que prevêem apenas a notificação prévia dos atos de concentração, não admitindo o instituto da notificação posterior ao ato. Note-se que a possibilidade, no direito brasileiro, de notificação após a realização do ato fez com que a grande maioria dos atos de concentração fossem submetidos ao CADE após sua efetivação. A respeito, v., DUTRA, Pedro. **Livre Concorrência e Regulação de Mercados**: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 54-55; FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de Proteção da Concorrência**. p. 345.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

46 A legislação pátria abrangeu, no que diz respeito ao controle dos atos de concentração, tanto a noção de eficiência econômica, como a proteção da concorrência enquanto valor institucional e adotou, em conformidade, o princípio da distributividade. Neste aspecto representa um avanço em matéria de Direito Concorrencial, pois ultrapassa o entendimento defendido pela Escola de Chicago de que o simples ganho de eficiências econômicas seria suficiente para justificar uma restrição à concorrência, já que esses ganhos reverter-se-iam necessariamente em benefícios para o consumidor, objetivo maior deste ramo do direito. Ainda assim, o direito brasileiro não abriu mão da eficiência como valor a ser perseguido pela normativa jurídica da concorrência, somente o compatibilizou com os valores da proteção institucional da concorrência e efetiva distributividade dos benefícios. A respeito, v., SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. p. 22; HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy** . p. 49-50.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

47 MENEZES, Paulo Lucena de. Artigos 1º e 2º. In: COSTA, Marcos da et alli. **Direito Concorrencial**. p. 144.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

48 SDE. Secretaria de Direito Econômico. **O que é o SBDC.** Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sde/data/Pages/MJ29715BC8ITEMDCEF35B5AB2E84F6A8CA8858B129BB4EFTPBRIE.htm>> Acesso em: Julho de 2008.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

49 SDE. Secretaria de Direito Econômico. **O que é o SBDC.**



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

50 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de Proteção da Concorrência**. p. 145.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

51 A respeito dos antecedentes da SDE, v., supra, Nota 35. Em 1991 surgiu a Lei n° 8.158, dispondo, em seu art. 1º, que competia a SNDE apurar e propor medidas com escopo de corrigir as anomalias de comportamento, em setores econômicos, capazes de afetar os mecanismos de formação de preços, a livre concorrência, a liberdade de iniciativa ou os princípios constitucionais da ordem econômica. O disposto nesta lei foi revogado pela Lei n° 8.884/94, todavia a doutrina em matéria de Direito Concorrencial reconhece que o sentido do art. 1º foi abarcado pelo disposto no art. 14 da atual lei, que estabelece a competência da SDE. A respeito, v., MARTINS, Rogério Lindenmeyer Vidal Gandra da Silva. Artigos 13 e 14. In: COSTA, Marcos da et alli. **Direito Concorrencial**. p. 188-189; FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de Proteção da Concorrência**. p. 144; Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Guia Prático do CADE** : a defesa da concorrência no Brasil. 3. ed. rev., ampl. bilíngüe. São Paulo : CIEE, 2007. p. 13.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

52 RAMIM, Áurea Regina Sócio de Queiroz. **As instituições brasileiras de defesa da concorrência.** p.71.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

53 MARTINS, Rogério Lindenmeyer Vidal Gandra da Silva. Artigos 13 e 14. In: COSTA, Marcos da et ali. **Direito Concorrencial**. p. 190.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

54 A apuração dessas infrações pode ser iniciada de ofício pela própria SDE ou por meio de representação da SEAE, de agente econômico ou ainda de qualquer outro órgão da administração pública. Pode, da mesma forma, ocorrer representação ocorrer representação por meio do Congresso Nacional ou de qualquer de suas casas, sendo que, nesta hipótese, o processo administrativo será instaurado de plano. A respeito, v., MARTINS, Rogério Lindenmeyer Vidal Gandra da Silva. Artigos 13 e 14. In: COSTA, Marcos da et alli. **Direito Concorrencial**. p. 191.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

55 MARTINS, Rogério Lindenmeyer Vidal Gandra da Silva. Artigos 13 e 14. In: COSTA, Marcos da et ali. **Direito Concorrencial**. p. 192.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

56 Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Guia Prático do CADE**. p. 14.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

57 O Procedimento Sumário foi estabelecido pela Portaria SDE-SEAE nº 01/2003, podendo ser adotado pelas secretarias em casos cujas operações sejam mais simples, onde não se percebe danos em potencial à concorrência. Observa-se que a adoção por esse procedimento é decisão discricionária das secretarias, que, nesse caso, têm o prazo para a emissão do parecer reduzido. A respeito, v., Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Guia Prático do CADE**. p. 14.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

58 A despeito de ser a SEAE a responsável pelo acompanhamento econômico do mercado, essa questão antecede a sua criação, remetendo as políticas de estabilização de preços. Assim, competia a Comissão Nacional de Estímulo à Estabilização de Preços (CONEP) intervir no domínio econômico, com vistas a assegurar a estabilidade de preços. Criada em 23 de fevereiro de 1965 na esfera da Superintendência Nacional de Abastecimento (SUNAB), que por sua vez foi criada pela Lei delegada n° 5 para substituir a COFAP (vide nota 31). Em 1968 foi instituído o Conselho Interministerial de Preços (CIP), a quem cabia executar as medidas que implementassem a sistemática reguladora de preços. Em 1979 foi criada a Secretaria Especial de Abastecimento e Preços (SEAP), vinculada diretamente a Presidência da República, sendo substituída em 1990, pelo Departamento de Abastecimento e Preços do hoje inexistente Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento. Em 1992, no próprio Ministério da Fazenda, foi fundada a Secretaria de Política Econômica que foi dividida em 1994, dando origem a atual SEAE. A respeito, v., SEAE. Secretaria de Acompanhamento Econômico. **Conheça a SEAE: histórico.** Disponível em:

<~~<http://www.seae.fazenda.gov.br/conheca-seae/historico>~~> Acesso em: Julho de 2008; Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Guia Prático do CADE.** p. 15.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

59 Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Guia Prático do CADE**. p. 15-16.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

60 RAMIM, Áurea Regina Sócio de Queiroz. **As instituições brasileiras de defesa da concorrência.** p. 72.



61 Além dessas competências, que são diretamente relacionadas à Lei n° 8.884/94, estabelece ainda o referido artigo que compete a SEAE, dentre outras atribuições: i) acompanhar a implantação dos modelos de regulação e gestão desenvolvidos pelas agências reguladoras, pelos ministérios setoriais e pelos demais órgãos afins, opinando, a seu juízo ou quando provocada, dentre outros aspectos, acerca dos reajustes e as revisões de tarifas de serviços públicos e de preços públicos; dos processos licitatórios que envolvam a privatização de empresas pertencentes à União, com o objetivo de garantir condições máximas de concorrência, analisando as regras de fixação das tarifas de serviços públicos e preços públicos iniciais, bem como as fórmulas paramétricas de reajustes e as condicionantes que afetam os processos de revisão; e da evolução dos mercados, especialmente no caso de serviços públicos sujeitos aos processos de privatização e de descentralização administrativa, para recomendar a adoção de medidas que estimulem a concorrência e a eficiência econômica na produção dos bens e na prestação dos serviços ii) promover o desenvolvimento econômico e o funcionamento adequado do mercado, nos setores agrícola, industrial, de comércio e serviços e de infra-estrutura através: a) do acompanhamento e análise da evolução de variáveis de mercado relativas a produtos, ou a grupo de produtos b) da execução da política nacional de tarifas de importação e exportação, interagindo com órgãos envolvidos com a política de comércio exterior c) da adoção, quando cabível, medidas normativas sobre condições de concorrência para assegurar a livre concorrência na produção, comercialização e distribuição de bens e serviços d) da compatibilização as práticas internas de defesa da concorrência e de defesa comercial com as práticas internacionais, visando à integração econômica e à consolidação dos blocos econômicos regionais e) da avaliação e manifestação acerca dos atos e instrumentos legais que afetem as condições de concorrência e eficiência na prestação de serviços regulados e de livre comercialização, produção e distribuição de bens e serviços. A respeito, v., SEAE. Secretaria de Acompanhamento Econômico. **Conheça a SEAE:** organização. Disponível em:

<<http://www.seae.fazenda.gov.br/conheca-seae/organizacao>> Acesso em: Julho de 2008.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

62 Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Guia Prático do CADE**. p. 16.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

63 Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Guia Prático do CADE**. p. 16.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

64 SEAE. Secretaria de Acompanhamento Econômico. **Conheça a SEAE:** organização, regulação econômica. Disponível em:

<[http://www.seae.fazenda.gov.br/conheca\\_seae/organizacao/regulacao\\_economica](http://www.seae.fazenda.gov.br/conheca_seae/organizacao/regulacao_economica)> Acesso em: Julho de 2008.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

65 MESQUITA, Karla Dominique de Araújo. **A Atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE - na regulamentação da livre concorrência.** Disponível em: <<http://www.undb.com.br/content/revista-eletronica/?curso=17>> Acesso em: Julho de 2008. p. 9.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

66 João Bosco Leopoldino da. **Lei de Proteção da Concorrência.** p. 111.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

67 Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Guia Prático do CADE**. p. 16-17.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

68 O CADE é a última instância na esfera administrativa em questões de Direito Concorrencial, não cabendo recurso a qualquer outro órgão. O Judiciário, a despeito, poderá rever suas decisões por força do inc. XXXV da Constituição, pelo qual não poderá ser afastado da apreciação do Poder Judiciário qualquer ameaça ou lesão a direito. A respeito, v., Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Guia Prático do CADE**. p. 17-20. João Bosco Leopoldino da. **Lei de Proteção da Concorrência**. p. 114; CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Apresentação**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/apresentacao/cade.asp#cade>> Acesso em: Julho de 2008.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

69 João Bosco Leopoldino da. **Lei de Proteção da Concorrência.** p. 113-114.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

70 Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Guia Prático do CADE**. p. 17.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

71O CADE também desempenha, em conformidade com o disposto no inc.XVIII do art. 7° da Lei n° 8.884/94, papel educativo, que se manifesta na difusão da cultura da concorrência na sociedade. A respeito, v., CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Apresentação.**



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

72 Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Guia Prático do CADE**. p. 17-18.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

73 Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Guia Prático do CADE**. p. 20-21.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

74 BOSCO, João Bosco Leopoldino da. **Lei de Proteção da Concorrência**. p. 365-366.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

75 COSTA FILHO, Vidalvo Silvino da. A Agência Nacional de Telecomunicações: natureza jurídica, delegação de poderes e poder de polícia. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 226, p. 81-118, out./dez./ 2001. p. 81.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

76 MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 72-73.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

77 No Brasil esse modelo foi vivenciado sob a ótica do nacional-desenvolvimentismo, que condicionava o crescimento econômico do país ao protecionismo da indústria nacional em face do mercado internacional. A respeito, v., COSTA FILHO, Vidalvo Silvino da. A Agência Nacional de Telecomunicações: natureza jurídica, delegação de poderes e poder de polícia. **Revista de Direito Administrativo**, p. 81; BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Crise Econômica e Reforma do Estado no Brasil. Para uma nova interpretação da América Latina**. Trad. Ricardo Ribeiro e Martha Jalkauska. São Paulo: Editora 34, 1996. p. 31.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

78 MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. p. 72-73.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

79 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. p. 42.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

80 BARROSO, Luís Roberto. Constituição e ordem Econômica e Agências Reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 1, fevereiro, 2005. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)>. Acesso em: agosto de 2008. p 3.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

81 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 43.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

82 Esses fatores causaram a insuficiência do Estado na execução dessas atividades, o que levou a deteriorização do serviço público, que era, muitas vezes, considerado ineficaz, deficiente e de baixa qualidade. A respeito, v., COSTA FILHO, Vidalvo Silvino da. A Agência Nacional de Telecomunicações: natureza jurídica, delegação de poderes e poder de polícia. **Revista de Direito Administrativo**. p. 81; FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 5. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 289.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

83 BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. A Reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle. In: **Revista Lua Nova**. São Paulo, CEDEC, n° 45, 1988. p. 54.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

84 BARROSO, Luís Roberto. Constituição e ordem Econômica e Agências Reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. p. 4.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

85 BARROSO, Luís Roberto. Constituição e ordem Econômica e Agências Reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. p. 4.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

86 BARROSO, Luís Roberto. Constituição e ordem Econômica e Agências Reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. p. 4.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

87 BARROSO, Luís Roberto. Constituição e ordem Econômica e Agências Reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. p. 4 -5.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

 BRASIL. Presidência da República. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho Estado**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/publi\\_04/COLECAO/PLANDI9.HTM](http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/PLANDI9.HTM)> Acesso em: Agosto de 2008. p. 01.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

89 BRASIL. Presidência da República. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho Estado.** p. 18.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

90 BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos;PACHECO, Regina Silvia. Instituições, Bom Estado, e Reforma da Gestão Pública. **Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado**. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n° 3, setembro/outubro/novembro, 2005. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)>. Acesso em: agosto de 2008. p. 8-9.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

91 MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. p. 74 -75.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

92 COUTINHO, Diogo Rosenthal. A universalização do serviço público para o desenvolvimento como uma tarefa da regulação. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.). **Regulação e Desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 70-71.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

93 SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. p. 32.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

94 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico**. p. 45.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

95 SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. p. 33.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

96 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos.** p. 243.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

97 Há divergência na doutrina pátria acerca do conceito de serviço público. Os convencionalistas-legalistas, representados por, entre outros, Fernando Herren Aguillar, afirmam que apenas pode haver serviço público por determinação constitucional (ex: Telecomunicações) ou legal (ex: serviço de distribuição de água e coleta de esgoto dos usuários finais na região metropolitana do Rio de Janeiro, instituído pela Lei Complementar n° 87/97, que também criou a região metropolitana). Os essencialistas, representados por Eros Roberto Grau, defendem ser serviço público qualquer atividade voltada a satisfação de relevante necessidade social, desde que não haja possibilidade de ser realizada adequadamente pelo setor privado. A respeito, v., GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. p.47-48; ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. p.157.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

98 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 124.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

99 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. p. 123.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

100 SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. p.34.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

101 SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**. princípios e fundamentos jurídicos. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 20.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

102 SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica.** p. 16



103 A respeito da concepção de regulação, parte da doutrina se posiciona no sentido de entendê-la como mecanismo de correção de falhas de mercado, que podem derivar, dentre outras razões, do poder de mercado ou de assimetrias de informação. Esta definição é própria da Escola Econômica (ou Neoclássica) da regulação, cujo representante mais importante é G. Stigler, autor da famosa obra “ The theory of economic regulation”. Todo o entendimento dessa Escola acerca da regulação é orientado pela dinâmica do mercado, todavia, a experiência histórica demonstrou que não é possível reproduzir as condições de mercado, o que levou essa Escola a proposta teórica de desregulação. Esta concepção, deste modo, demonstra-se insuficiente, pois só através da coordenação dos princípios da ordem econômica, garantindo igualdade material entre todos os agentes do mercado, é que é possível evitar os desequilíbrios sociais e econômicos (entre eles, as mencionadas falhas de mercado) nesses setores. Em consequência, é a concorrência, como analisado, que a regulação deve assegurar, pois através dela é possível a difusão do conhecimento econômico, a participação de todos os agentes do mercado e um adequado processo de escolha (que necessariamente evita a concentração do poder econômico no mercado e as assimetrias de informação). respeito, v., SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. p. 27-29-40; SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). **Regulação e Desenvolvimento**. p. 45-47; OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 137-138.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

104SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). **Regulação e Desenvolvimento**. p. 47.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

105 Essa definição de concorrência é desenvolvida por Friedrich von Hayek, representante da Escola ordo-liberal, que vê no processo de escolha um valor em si mesmo. Essa liberdade possibilita a todos os agentes do mercado a decisão das melhores opções possíveis, com base em critérios como o preço e qualidade. A Escola ordo-liberal ou Escola de Freiburg surge nos anos 30 na Alemanha, dedicando-se à análise econômica do Direito e se insurgindo contra a concepção econômica nazista que começava a ser aplicada, pois identificava nos cartéis e monopólios existentes à época a razão do desastre econômico da República de Weimar. A respeito, v. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. p. 27-28.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

106 SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica.** p.37.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

107 SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica.** p. 40 e 41.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

108 SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). **Regulação e Desenvolvimento**. p. 46.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

109 SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica.** p. 65-70.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

110 SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica.** p. 16-17.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

+++ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica.** p. 71.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

112 BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 146-147.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

113 SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica.** p.71.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

114 SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica.** p. 71.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

115 SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica.** p. 81.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

116 SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). **Regulação e Desenvolvimento**. p. 41.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

117 SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. p. 205.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

118 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. p. 55.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

119 SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). **Regulação e Desenvolvimento**. p. 44.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

120 SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). **Regulação e Desenvolvimento**. p. 50-53.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

121 SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.). **Regulação e Desenvolvimento**. p. 53.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

122 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As agências Reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n°.6, mai/jun/jul de 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: set. 2007. p. 03



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

123 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 223.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

124 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico.** p. 222-223.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

125 A esse respeito, em 1897, no famoso caso *United States v. Trans Missouri Freight Assn*, no qual 18 companhias ferroviárias criaram uma associação para fixação dos preços das tarifas, de forma a evitar guerra de tarifas entre elas, foi levantada a questão da imunidade à legislação concorrencial quando se tratar de setores sujeitos a regulação estatal, no caso era aplicada pela ICC. A Suprema Corte Norte-americana entendeu que a regulação não necessariamente implica imunidade às normas concorrenciais. A respeito, v., HYLTON, Keith N. **Antitrust Law**. p. 90-91; ARAGÃO, Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes e a separação de poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 10, maio/junho/julho, 2007. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br/redae.asp](http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp)>. Acesso em: agosto de 2008. p. 7.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

126 BINEMBOJM, Gustavo. As agências reguladoras independentes e a democracia no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 03, ago/set/out, 2005. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br/redae.asp](http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp)>. Acesso em: agosto de 2008. p. 2.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

127 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As agências Reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo**. p. 3.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

128 BINEMBOJM, Gustavo. As agências reguladoras independentes e a democracia no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**. p. 2.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

129 FIANI, Ronaldo. **Teoria da Regulação Econômica**: Estado atual e perspectivas futuras. Disponível em: <<http://www.ie.ufrj.br/grc/>>. Acesso em: ago. 2008. p. 6.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

130 COSTA FILHO, Vidalvo Silvino da. A Agência Nacional de Telecomunicações: natureza jurídica, delegação de poderes e poder de polícia. **Revista de direito administrativo**. p. 83.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

131 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico.** p. 235.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

132 COSTA FILHO, Vidalvo Silvino da. A Agência Nacional de Telecomunicações: natureza jurídica, delegação de poderes e poder de polícia. **Revista de direito administrativo**. p. 85.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

133 CAL, Arianne Brito Rodrigues. **As agências reguladoras no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 71.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

134 A instituição desses poderes às agências fez com elas passassem a ser consideradas como uma quarta esfera de governo, além dos tradicionais três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário). Seu alto grau de autonomia veio ser questionado, fazendo com que hoje, por meio dos Executive Orders n° 12.291, 12.498 e 12.886/93, essa independência tenha diminuído significativamente. Quanto aos seus poderes, atualmente entende-se que constituem, na verdade, um poder administrativo em sentido amplo, pouco se utilizando a classificação de quase-judiciais e quase-legislativos. A respeito, v., ALVES, Othon Moreno de Medeiros. Agências reguladoras e proteção do consumidor de serviços de telecomunicações. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 226, p. 219-229, out./dez./ 2001. p. 221; ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. p. 226-232.



135 Apesar da tradicional associação entre o surgimento das agências reguladoras no Brasil e os movimentos de privatização, foram criados órgãos com funções reguladoras em período anterior. No entanto, não possuíam todos os traços fundamentais das atuais agências. Dentre eles pode-se destacar o Conselho Monetário Nacional (CMN), o Banco Central (BACEN) e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Apesar do equívoco dessa associação, não se pode deixar de perceber que, somente a partir da eclosão dos processos de privatização é que as agências reguladoras se tornaram elementos característicos do modelo de administração pública brasileiro. Nota-se, não obstante, que atualmente estão sendo criadas agências inclusive para atividades econômicas em sentido estrito, como, por exemplo, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), responsável pela regulação do setor de planos de saúde privados. A respeito, v., ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. p. 265-267; NUNES, Edson de Oliveira. **Agências reguladoras e reforma do Estado no Brasil: inovação e continuidade no sistema político-institucional**. Rio de Janeiro: Garamond, 2007; PACHECO, Regina Silvia. **Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle**. **Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado**, Salvador, n° 7, setembro/outubro/novembro, 2006. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)>. Acesso em: agosto de 2008. p. 4.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

136 TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 2ª ed. rev. E atual. São Paulo: Método, 2006. p. 306.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

137 A atuação do Estado por meio da regulação tornou-se necessária com a sua retirada do modelo intervencionista, pois estes serviços não podem sujeitar-se apenas ao controle do mercado, visto serem de grande relevância e interesse social. A respeito, v., BENTO, Leonardo Valles. **Governança e governabilidade na reforma do Estado**: entre eficiência e democratização. Barueri, São Paulo: Manole, 2003. p. 108; MENEZES, Roberta Fragoso de Medeiros. As agências reguladoras no direito brasileiro. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 227, p. 47-68, jan./mar./ 2002. p. 52.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

138 CAL, Arianne Brito Rodrigues. **As agências reguladoras no direito brasileiro.** p. 85.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

139 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 153-154.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

140 Há posicionamento no sentido de não reconhecer a natureza de autarquia especial das agências reguladoras, entendendo que a autonomia administrativa, funcional, financeira, patrimonial, de gestão de recursos humanos e ausência de subordinação hierárquica, são características de toda autarquia, logo, não há que se falar em regime especial. Neste sentido, o único traço que diferenciaria as autarquias das agências seriam os mandatos fixos dos seus dirigentes. A respeito, v., MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. p. 166-167.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

141 A Lei n° 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), que instituiu a ANATEL, estabelece, no parágrafo 2° do art. 8°, que a natureza de autarquia especial é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes, e autonomia financeira. Todavia, como já visto, esses fatores são próprios das tradicionais autarquias, com exceção do mandato fixo dos dirigentes. Trata-se, na verdade, de uma impropriedade legislativa. A qualificação de especial decorre dos poderes e atribuições conferidos às agências, bem como do mandato fixo dos diretores, que as diferenciam das autarquias comuns.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

142 CAL, Arianne Brito Rodrigues. **As agências reguladoras no direito brasileiro.** p. 87.



143 Há críticas, por parte da doutrina, ao mandato fixo dos dirigentes das agências reguladoras. Afirma-se que existem, por força do disposto no art. 37, inc. II da Constituição, apenas duas espécies de cargos públicos (em sentido amplo), os cargos cuja investidura depende de aprovação em concurso público e os cargos de comissão, que admitem livre nomeação e exoneração. Deste modo, não seria admissível cargo comissionado com limitações a livre exoneração, como vem ocorrendo com os cargos de direção das agências reguladoras. Levanta-se ainda a questão dos mandatos não serem coincidentes com o mandato presidencial (já que os gestores são indicados pelo Chefe do Executivo), o que seria um entrave ao modelo democrático, pois vincularia o governo a dirigentes setoriais indicados pelo Presidente anterior. Apesar dessas críticas, já foi firmado entendimento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na direção da constitucionalidade das restrições, impostas ao Chefe do Executivo, à exoneração dos diretores das agências. A respeito, v., JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 477-478; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. p. 168-169; ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. p. 313.



144 Há relevante divergência acerca da legitimidade do poder normativo das agências. Diz-se que corresponde a verdadeira assunção de função própria do poder legislativo, violando, como resultado, o princípio da separação dos poderes. Por esse raciocínio não é admissível a delegação de poder normativo as agências, com exceção da competência para regular, no âmbito interno, sua própria atividade e para interpretar e definir os conceitos jurídicos indeterminados contidos em lei. Nessas duas hipóteses não haveria inovações na ordem jurídica, por isso seriam legítimas. Reconhece-se, contudo, que a ANEEL E a ANATEL são dotadas de poder normativo de maior extensão, fundamentado na previsão constitucional das próprias agências. Não obstante, entende-se que o poder normativo das agências reguladoras encontra seu fundamento e legitimidade no princípio constitucional da eficiência da administração (art. 37, CF), tendo em vista a necessidade de normas técnicas para lidar com a complexidade das atividades econômicas reguladas, diante do objetivo de garantir o interesse coletivo na prestação do serviço público exercido pelo setor privado. Neste sentido, O princípio da eficiência legitima a delegação do legislativo de competência normativa às agências, necessária às exigências da ordem constitucional à luz do princípio da eficiência. Note-se, entretanto, que essa delegação não é abdicatória e nem implica assumir função legislativa, é, na verdade, de cunho estritamente técnico, cujo escopo é a implementação de diretrizes e princípios estabelecidos em lei, ou seja, seu poder de expedir normas é limitado à regulamentação de políticas previamente estabelecidas pelo legislativo, assegurando sua aplicabilidade por meio da observância das exigências técnicas específicas do setor. A respeito, v., FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Agências Reguladoras: Legalidade e Constitucionalidade.** Disponível em: <[http://www.bresserpereira.org.br/ver\\_file\\_3.asp?id=13](http://www.bresserpereira.org.br/ver_file_3.asp?id=13)>. Acesso em: agosto de 2008. p. 09-11.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

145 Com exceção da Agência Nacional de Águas (ANA), todas as agências reguladoras até agora instituídas possuem, em suas leis, previsão de sua competência sancionatória. A respeito, v., ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. p. 317.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

146 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico.** p. 318.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

147 SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. p. 30-31.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

148 MEDAUAR, Odete. Regulação e auto regulação. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 228, p. 123-128, abr./jun./ 2002. p. 127.



149 Os serviços de telecomunicações no Brasil tiveram início com a criação do serviço de telégrafos no Rio de Janeiro e Petrópolis, em 1855. Teve considerável expansão à época, levando-se em conta as condições específicas brasileiras, sendo instalado em Porto Alegre, em 1866; em Recife e São Luís, em 1874; e em Belém, em 1886. Até 1932, esse serviço foi realizado pela Repartição Geral dos Telégrafos, quando houve sua fusão com os Correios. Surgiu então o Departamento de Correios e Telégrafos (a hoje Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos). O serviço de telefonia, por sua vez, foi instituído, em 1877, no Rio de Janeiro, pelo Imperador D. Pedro II. Esse serviço só ganhou relevante expressão com a sua concessão à *Brasilianische Elektrizitäts Gesellschaft*, em 1889. Essa empresa foi adquirida, em 1907, pela *The Rio de Janeiro Telephone Company*, que, em seguida, foi comprada pela canadense *Brazilian Traction Light and Power*. Com a expansão do serviço de telefonia ao Estado de São Paulo essa empresa passou a denominar-se, em 1916, *The Rio de Janeiro and São Paulo Telephone Company*. Mudou seu nome para *Companhia Telefônica Brasileira (CTB)*, em 1923. A CTB conseguiu relativo êxito na prestação de serviços de telefonia nas áreas em que atuava, todavia, com a crise ocasionada pela II Guerra Mundial, a telefonia brasileira chegou aos anos 60 em total ineficiência, prestada por mais de 1.000 operadoras, em sua maior parte de atuação municipal, sem nenhuma coordenação. Já o serviço de telefonia internacional era prestado por empresas estrangeiras. A respeito, v., ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. p. 267; LEHFELD, Lucas de Souza. **As novas tendências na regulamentação do sistema de telecomunicações pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 12; AZULAY NETO, Messod; LIMA, Antonio Roberto Pires de. **O novo cenário das telecomunicações no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 195-196; PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 293.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

150 AZULAY NETO, Messod; LIMA, Antonio Roberto Pires de. **O novo cenário das telecomunicações no direito brasileiro.** p. 108.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

151 PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. p. 294.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

152 LEHFELD, Lucas de Souza. **As novas tendências na regulamentação do sistema de telecomunicações pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL.** p. 13.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

153 AZULAY NETO, Messod; LIMA, Antonio Roberto Pires de. **O novo cenário das telecomunicações no direito brasileiro.** p. 196-197.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

154 LEHFELD, Lucas de Souza. **As novas tendências na regulamentação do sistema de telecomunicações pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL.** p. 12-13.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

155 LEHFELD, Lucas de Souza. **As novas tendências na regulamentação do sistema de telecomunicações pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL.** p. 13.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

156 BRASIL. Ministério das Comunicações. **Exposição de motivos n° 231, de 10 de dezembro de 1996.** Versa sobre a nova organização dos serviços de telecomunicações, sobre a criação de um órgão regulador, e sobre outros aspectos institucionais desse setor, em atendimento à emenda constitucional n° 8, de 15 de agosto de 1995. Disponível em:

<~~<http://www.gds.nmi.unb.br:8080/xtf/data/pdf/textointegral/ato/exm/minicom-19961210-231.pdf>~~> Acesso em: agosto de 2008. p. 6.



157 Havia, ainda, quatro empresas independentes prestadoras de serviços de telecomunicações, que constituíram a exceção ao controle absoluto da TELEBRÁS: i) a Companhia Riograndense de Telecomunicações (CRT), controlada pelo Governo do Estado do Rio Grande do Sul ii) a SERCOMTEL, controlada pela Prefeitura de Londrina iii) as Centrais Telefônicas de Ribeirão Preto (CETERP), controlada pela Prefeitura de Ribeirão Preto iv) a Companhia de Telecomunicações do Brasil Central (CTBC), sediada em Uberlândia e atuante no Triângulo Mineiro, no nordeste de São Paulo, no sul de Goiás e no sudeste do Mato Grosso do Sul. Três dessas empresas eram estatais e, a última, privada. A respeito, v., AZULAY NETO, Messod; LIMA, Antonio Roberto Pires de. **O novo cenário das telecomunicações no direito brasileiro**. p. 110; SUNDFELD, Carlos Ari. A regulação das telecomunicações: papel atual e tendências futuras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público. n°. 8, nov/dez – 2006/ jan – 2007. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)>. Acesso em: agosto de 2008. p. 2.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

158 BRASIL. Ministério das Comunicações. **Exposição de motivos n° 231, de 10 de dezembro de 1996.**  
p. 6.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

159 SUNDFELD, Carlos Ari. **Regulação de telecomunicações e direito da concorrência**. Disponível em: <[www.abdi.org.br/artigos.php?artigo=9](http://www.abdi.org.br/artigos.php?artigo=9)>. Acesso em: agosto de 2008. p. 1.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

160 Excetuum-se dessa exigência as empresas independentes supramencionadas, por força do art. 66 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, pelo qual mantinham-se as concessões vigentes. A respeito, v., SUNDFELD, Carlos Ari. A regulação das telecomunicações: papel atual e tendências futuras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. p. 2-3.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

161 LEHFELD, Lucas de Souza. **As novas tendências na regulamentação do sistema de telecomunicações pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL.** p. 15.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

162 BRASIL. Ministério das Comunicações. **Exposição de motivos n° 231, de 10 de dezembro de 1996.**  
p. 7-8.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

163A reforma do setor de telecomunicações ocorreu dentro do contexto da **reforma regulatória brasileira da década de 90, que instituiu um novo perfil de organização estatal, o Estado Regulador, no qual a atividade da administração concentra-se em tomar as decisões estratégicas e a regular os setores que funcionavam em regime de monopólio estatal.** A respeito, v., COUTINHO, Diogo Rosenthal. A universalização do serviço público para o desenvolvimento como uma tarefa da regulação. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). **Regulação e Desenvolvimento**. p. 70-71.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

164 A reforma no setor de telecomunicações foi implementada em etapas, cujo marco inicial foi o advento da Emenda n° 8. Todavia, no mesmo ano, em período anterior a Emenda, foi promulgada a Lei n° 8.977 (Lei do serviço de TV a cabo), que estabeleceu que a prestação do serviço de TV a cabo ocorreria em regime de competição. A respeito, v., GROTTI, Dinorá Mussetti. Regime jurídico das telecomunicações: autorização, permissão e concessão. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 224, p. 183-196, abr./jun./ 2001. p. 183-184.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

165 MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Direito das telecomunicações e ANATEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. p. 302-303.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

166 Apesar da mudança no aparato regulatório, a privatização do Sistema TELEBRÁS ocorreu somente alguns anos depois, em 1998, quando já tinham sido editadas as Diretrizes Gerais para Abertura das Telecomunicações no Brasil (DGAT) e a Lei Geral de Telecomunicações (LGT) e, do mesmo modo, o órgão regulador, a ANATEL, já estava instalado. A respeito, v., OCDE. Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **Relatório sobre a reforma regulatória:** Brasil, fortalecendo a governança para o crescimento. Disponível em: <~~[http://www.planejamento.gov.br/arquivos\\_down/noticias/080604\\_relatorio.pdf](http://www.planejamento.gov.br/arquivos_down/noticias/080604_relatorio.pdf)~~> Acesso em: setembro de 2008. p. 151.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

167 XAVIER, Helena de Araújo Lopes. **O regime especial da concorrência no direito das telecomunicações**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 38.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

168 SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). **Regulação e Desenvolvimento**. p. 47.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

169 RAMIRES, Eduardo Augusto de Oliveira. **Direito das telecomunicações**: a regulação para a competição. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 25-30.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

170 RAMIRES, Eduardo Augusto de Oliveira. **Direito das telecomunicações**. p. 28.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

171 Há três modalidades de desagregação de redes ou unbundling: i) *full unbundling*, pelo qual a empresa concorrente tem acesso (direto e exclusivo) ao par de cobre do assinante ii) *line sharing*, pelo qual vários serviços de telecomunicações são prestados por diversas prestadoras com acesso ao par iii) *bit stream*, pelo qual a concessionária gerencia todo o sistema, de forma a evitar interferência pelo uso do par. DUTRA, Pedro. **Livre concorrência e regulação de mercados**. p. 169-177.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

172 RAMIRES, Eduardo Augusto de Oliveira. **Direito das telecomunicações**, p. 241.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

173 XAVIER, Helena de Araújo Lopes. **O regime especial da concorrência no direito das telecomunicações.** p. 45-46.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

174 Apesar de prevista como direito do usuário desde 1998, pela Resolução n° 85/98 (regulamento de serviço telefônico fixo comutado), a implementação da portabilidade numérica teve início apenas no dia 1° de setembro de 2008, nas áreas com códigos nacionais 14 (São Paulo), 17 (São Paulo), 27 (Espírito Santo), 37 (Minas Gerais), 43 (Paraná), 62 (Goiás), 67 (Mato Grosso do Sul) e 86 (Piauí). Nesse primeiro momento alcança a quantidade de 17,5 milhões de assinantes, que corresponde a parcela de 10% dos usuários desses serviços. De acordo com o cronograma para expansão dessa medida, a portabilidade deve estar disponível em todo o território nacional a partir de março de 2009. A respeito, v., ANATEL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Notícias:** Anatel fixa em R\$ 4,00 o valor máximo pela portabilidade. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalNoticias.do?acao=carregaNoticia&codigo=16736>> Acesso em: agosto de 2008; ANATEL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Cronograma da portabilidade.** Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortal.do?acao=linkInt&src=http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalPaginaEspecial.do?acao=%26codItemCanal=1313%26codigoVisao=7%26nomeVisao=Imprensa%26nomeCanal=Anatel%20em%20dados%26nomeItemCanal=Cronog%20>> Acesso em: agosto de 2008; ANATEL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Anexo à Resolução n° 460, de 19 de março de 2007:** regulamento geral de portabilidade (RGP). Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortal.do?>> Acesso em agosto de 2008.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

175 COUTINHO, Diogo Rosenthal. **Regulação e redistribuição:** a experiência brasileira de universalização das telecomunicações. Tese. Doutorado em Direito. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2003. 379f. Tese. p. 219-220



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

176 A respeito, v., COUTINHO, Diogo Rosenthal. A universalização do serviço público para o desenvolvimento como uma tarefa da regulação. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). **Regulação e Desenvolvimento**. p. 65-66; RAMIRES, Eduardo Augusto de Oliveira. **Direito das telecomunicações**. p. 221.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

177 PORTO NETO, Benedicto. A Agência Nacional de Telecomunicações. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). **Direito Administrativo Econômico**. p. 286.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

178 ANATEL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Conheça a Anatel:** sobre a Anatel, histórico. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortal.do?acao=linkInt&src=http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalPaginaEspecial.do?acao=%26codItemCanal=1313%26codigoVisao=7%26nomeVisao=Imprensa%26nomeCanal=Anatel%20em%20dados%26nomeItemCanal=Cronog%20#>> Acesso em: agosto de 2008.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

179 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. p. 166-167.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

180 LEHFELD, Lucas de Souza. **As novas tendências na regulamentação do sistema de telecomunicações pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL.** p. 90.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

181 ANATEL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Conheça a Anatel:** Sobre a Anatel, Missão, atribuições e características. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortal.do?acao=linkInt&src=http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalPaginaEspecial.do?acao=%26codItemCanal=1313%26codigoVisao=7%26nomeVisao=Imprensa%26nomeCanal=Anatel%20em%20dados%26nomeItemCanal=Cronog%20#>> Acesso em: agosto de 2008.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

182 ANATEL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Conheça a Anatel:** Sobre a Anatel, Missão, atribuições e características.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

183 O art. 19, no inc. XV, prevê a possibilidade de a ANATEL realizar busca e apreensão de bens no âmbito de sua competência. Essa competência foi julgada inconstitucional pelo STF, que entendeu ser uma ofensa ao inci. LIV do art. 5° da CF, que estabelece que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. ESCOBAR, João Carlos Mariense. **O novo direito de telecomunicações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 55-56.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

184 ANATEL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Conheça a Anatel:** Sobre a Anatel, Missão, atribuições e características.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

185 ANATEL. Agência Nacional de Telecomunicações. Regimento interno, de 05 de julho de 2007. Dispõe sobre a organização e o funcionamento da Agência Nacional de Telecomunicações, nos termos dos artigos 19, XXVII, e 22, X, da Lei Geral de Telecomunicações - LGT, aprovada pela Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, e de seu Regulamento, aprovado pelo Decreto nº 2.338, de 7 de outubro de 1997. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 10/12/2007.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

186 ANATEL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Relatório anual 2005**. Disponível em:  
<<http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalInternet.do#>>



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

187 XAVIER, Helena de Araújo Lopes. **O regime especial da concorrência no direito das telecomunicações.** p. 57.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

188 XAVIER, Helena de Araújo Lopes. **O regime especial da concorrência no direito das telecomunicações.** p. 59.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

189 XAVIER, Helena de Araújo Lopes. **O regime especial da concorrência no direito das telecomunicações.** p. 59.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

190 XAVIER, Helena de Araújo Lopes. **O regime especial da concorrência no direito das telecomunicações.** p. 60.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

191 RAMIRES, Eduardo Augusto de Oliveira. **Direito das telecomunicações**, p. 143.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

192 Após a abertura do mercado de STFC à competição, a ANATEL, entre 2001 e 2003, concedeu 111 autorizações para 46 empresas prestarem o STFC. Em 2004, 46 autorizações para 17 empresas. A respeito, v., ANATEL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Relatório anual 2004**. Disponível em: <[http://www.anatel.gov.br/Portal/documentos/biblioteca/Publicacao/relatorios/relatorio\\_pdf/relatorio\\_anual\\_2004.pdf](http://www.anatel.gov.br/Portal/documentos/biblioteca/Publicacao/relatorios/relatorio_pdf/relatorio_anual_2004.pdf)> Acesso em Setembro de 2008. p. 10.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

193 ANATEL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Relatório anual 2004**. p. 10.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

194 ANATEL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Relatório anual 2004**. p. 9.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

195 ANATEL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Relatório anual 2004**. p. 10.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

196 ANATEL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Relatório anual 2006**. Disponível em: <~~<http://www.anatel.gov.br/hotsites/relatorio-anual-2006/pdf/relatorio-2006.pdf>~~> Acesso em: Setembro de 2008. p. 10.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

197 ANATEL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Relatório anual 2006**. p. 18.



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

198 ANATEL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Relação das prestadoras do STFC**. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalInternet.do#>>



Caderno Virtual N° 21, v. 1 – Jan-Jun/2010

199 ANATEL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Relatório anual 2004**. p. 10 -11.