

DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO SETOR ELÉTRICO¹

Maria Tereza Leopardi Mello²

Introdução; 1. O Papel da ANEEL na Defesa da Concorrência no Setor Elétrico; 1.1. *As atribuições legais da ANEEL em matéria antitruste;* 1.2. *A importância das ações preventivas;* 1.3. *As condutas anticompetitivas;* 1.4. *O controle das condições estruturais dos mercados;* **2. Os Conflitos Possíveis e seus Critérios de Solução;** 2.1. *As hipóteses de conflito;* 2.2. *Outros critérios baseados na jurisprudência americana;* **3. Considerações Finais.**

Introdução

A relação entre regulação setorial e lei antitruste tem sido problemática em praticamente todos os países que as adotam simultaneamente.

A convivência entre normas de controle destinadas a setores específicos aplicadas por uma agência reguladora e normas gerais de defesa da concorrência carrega um potencial de conflitos, pela natural diversidade de objetivos visados por uma e outra legislação bem como pelo fato de serem aplicados por autoridades distintas: uma - a agência reguladora - encarregada de cuidar de vários assuntos num só setor; outra - a agência antitruste - encarregada de um só assunto em todos os setores. Temos, portanto, não só problemas de coerência entre diferentes sistemas normativos aplicáveis à mesma situação, mas também possibilidades de soluções diferentes aplicadas pelos órgãos da administração pública envolvidos.

A própria existência de regulação específica setorial já indica que, pelo menos em algum grau, esse setor não está totalmente sujeito às *forças de mercado*. Num caso extremo, se a atuação do Estado sobre um setor da economia for totalmente interventiva - *i.e.*, se o Estado controla e determina absoluta-

¹ Este texto é uma versão ligeiramente modificada de um trabalho preparado para o Projeto *As Participações Acionárias de Concessionárias do Setor Elétrico e o Controle das Condições de Concorrência*- FIPE/ANEEL, março de 1999. Agradeço ao pessoal tanto da ANEEL quanto da FIPE, pelos comentários, críticas e sugestões feitas a versões anteriores deste estudo.

² Advogada e Doutora em Economia pelo Instituto de Economia da UNICAMP. Atualmente é Professora do Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

mente todas as decisões dos agentes do setor em questão - seria um contrassenso falar em aplicação da lei antitruste, visto que esta supõe a existência de pelo menos algum grau de liberdade de iniciativa para que o poder econômico possa ser exercido.

As situações mais freqüentes nos serviços públicos, entretanto, (inclusive a nossa) colocam-se num ponto intermediário, entre a regulação total e a ausência de regulação, em que a agência reguladora controla algumas decisões dos agentes privados participantes do setor regulado, deixando um espaço - ou mesmo segmentos inteiros desse setor - livre para o funcionamento do mercado.

Esse é o caso do setor elétrico no Brasil, que transita de um modelo baseado na atuação de empresas estatais para outro com participação de agentes privados por contratos de concessão, momento em que é fundamental que se discutam os potenciais problemas de concorrência que virão a ser enfrentados no novo ambiente competitivo que vem se conformando. Tais problemas devem ser enfrentados não só pelo conhecimento das prováveis práticas anticompetitivas potenciais no setor - importante para propiciar a adoção de medidas adequadas para preveni-las - mas também pelo estudo mais aprofundado das relações institucionais necessárias para uma eficaz implementação das normas de defesa da concorrência.

Pelas disposições legais vigentes, a promoção das condições de concorrência no setor elétrico deverá efetuar-se por meio de um sistema de competências compartilhadas entre a Agência setorial - a ANEEL - e as autoridades responsáveis pela aplicação da lei antitruste no Brasil - CADE/SDE. Tal repartição de competências, entretanto, ainda observa algumas indefinições: por um lado, mudanças recentes na Lei 9.427/96 atribuíram algumas tarefas à ANEEL no sentido do controle repressivo das condutas anticompetitivas e no controle preventivo das estruturas de segmentos de mercado do setor elétrico. Por outro lado, tais disposições da legislação setorial não substituíram claramente nem a Lei 8.884/94 (Lei antitruste) nem as atribuições legais das autoridades encarregadas de implementá-la.

Este texto pretende analisar e discutir o papel que a ANEEL pode ter no controle das condições de concorrência no setor elétrico. Para isso, apresentamos, na primeira seção, as competências legais atribuídas à agência nesse âmbito, analisando-as *vis-à-vis* aquelas atribuídas às autoridades antitruste - CADE/SDE. Na segunda seção, apontamos as possíveis situações conflitivas que podem surgir entre diferentes decisões das agências ou entre diferentes

sistemas legais aplicáveis ao mesmo caso, apontando, também, as possibilidades de evitá-las e os critérios para solucioná-las.

A seção 3 sintetiza as principais questões referentes à participação da ANEEL no controle antitruste, e reúne, a partir das análises anteriores, um conjunto de sugestões de medidas preventivas de conflitos e de formas de articulação institucional entre a agência setorial e as autoridades antitruste.

1. O Papel da ANEEL na Defesa da Concorrência no Setor Elétrico

O objetivo desta seção é analisar algumas questões decorrentes das atribuições da ANEEL no controle das condições de concorrência entre os agentes que atuam no setor elétrico.

Para isso, analisam-se as atribuições legais da ANEEL relativas à defesa da concorrência (seção 1.1) e, a partir delas, as possibilidades de atuação da agência tanto no que diz respeito à repressão às práticas restritivas (condutas) quanto no controle de caráter estrutural (pelo qual busca-se evitar o surgimento de estruturas de mercado mais propícias ao abuso de poder econômico), o que é feito nas seções 1.3 e 1.4, respectivamente. Destacamos, ainda, a importância do papel preventivo da Agência no sentido de, ao incorporar a preocupação com os efeitos concorrenciais de suas decisões, evitar o surgimento de comportamentos anticompetitivos bem como de conflitos com as orientações dos órgãos de defesa da concorrência (seção 1.2).

1.1. As Atribuições Legais da ANEEL em Matéria Antitruste

A lei de criação da ANEEL, em sua versão original, não mencionava qualquer atribuição da agência relativa a questões de defesa da concorrência. Tal preocupação só foi incorporada entre suas competências a partir da Medida Provisória 1.531, posteriormente aprovada como Lei nº 9.648 em 27/05/98, prevendo-se que:

- compete à ANEEL estabelecer restrições e limites para obtenção e transferência de concessões, permissões ou autorizações, para a concentração societária e para a realização de negócios entre empresas, com vistas a propiciar condições de concorrência e impedir a concentração nos serviços de energia elétrica;

- compete-lhe também zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência e, para tanto, monitorar e acompanhar as práticas dos agentes do setor³.

A lei prevê, ainda, que para exercer essas duas atribuições, a ANEEL deve “*articular-se com a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça.*”⁴

A Estrutura Regimental da ANEEL, aprovada como Anexo do Decreto 2.335/97, dá continuidade a essas preocupações relativas ao direito antitruste, nas seguintes disposições:

- no exercício de suas atribuições legais, a agência deve observar, entre outras diretrizes, a “*adoção de critérios que evitem práticas anticompetitivas e de impedimento ao livre acesso aos sistemas elétricos*”, devendo suas atividades regulatórias e fiscalizatórias serem pautadas pelo princípio da livre concorrência entre os agentes⁵; ademais, “*o exercício da livre competição deve ser estimulado pelas ações da ANEEL.*”⁶
- elenca-se, dentre suas competências detalhadas no art. 4º, o incentivo à competição e a supervisão de suas condições em todos os segmentos do setor elétrico (inciso II);
- o exercício do poder normativo da agência visará, entre outros parâmetros, a “*manutenção da livre competição no mercado de energia elétrica*” (Anexo, art.12, IV)

Como decorrência dessas disposições mais gerais, pode-se concluir que a ANEEL pode (e/ou deve):

- a) ao exercer seu poder normativo-regulamentar estabelecer critérios que incentivem e/ou mantenham a livre concorrência no mercado de energia elétrica; isso é possível mesmo que tais normas impliquem limitar as atuações dos agentes do setor (Lei 9.427, art. 3º, VIII, c/c/ Anexo do Decreto 2.335, art. 4º, IV, e art. 12, IV);
- b) incluir, no exercício de seu poder fiscalizatório, o acompanhamento das práticas de mercado dos agentes, no sentido de verificar a ocorrência de condutas anticompetitivas (Lei 9.427, art. 3º, IX, c/c/ Anexo do Decreto 2.335, art. 4º, XIV);

³ Respectivamente, incisos VIII e IX acrescentados ao art. 3º da Lei 9.427/96 pela Lei 9.648/98.

⁴ Cf. parágrafo único do art. 3º da Lei 9.427, também acrescentado pela referida Lei 9.648.

⁵ Cf. Anexo do Decreto 2.335, art. 3º, III e II, respectivamente.

⁶ Decreto 2.335, Anexo, art. 13.

- c) no mesmo sentido, ao gerir os contratos sob sua jurisdição, a ANEEL deve estar atenta às eventuais práticas anticoncorrenciais por parte dos agentes concessionários ou permissionários (Lei 9.427, art. 3º, IX c/c/ Anexo, art. 4º, XXXII e XV);
- d) ao elaborar editais de licitação, definir o objeto licitado e estabelecer os critérios de julgamento das propostas, a ANEEL pode adotar medidas que promovam uma efetiva competição pelo mercado e favoreçam a entrada de novas empresas no setor (Lei 9.427, art.3º, IX, c/c/ Anexo, art. 4º XXX);
- e) no exercício da sua atribuição para solução de divergências entre agentes do setor ou entre estes e consumidores, a ANEEL pode vir a analisar conflitos motivados por práticas anticompetitivas dos agentes (aquelas tipificadas no art. 21 e/ou que provoquem os efeitos do art. 20 da Lei 8.884); na busca de soluções, a agência deve pautar sua análise do problema pelos critérios da lei antitruste, por exemplo, usando-os como parâmetro para identificar condutas anticompetitivas (Lei 9.427, art. 3º, V e IX c/c/ Anexo do Decreto 2.335, art. 3º, III, art. 4º, XIX e art. 18);
- f) finalmente, a ANEEL pode estabelecer restrições ou condições para autorizar a transferência e alteração do controle acionário de empresa atuantes no setor, e de autorizar cisões, fusões e transferências de concessões, visando a evitar o aumento do grau de concentração nos mercados de energia elétrica (Lei 9.427, art. 3º, VIII, c/c/ Anexo do Decreto 2.335, art. 4º, XI e XII).

1.2. A Importância das Ações Preventivas

Como se pode observar, as atribuições descritas acima nos itens “a” a “d” apontam para um importante papel preventivo que a ANEEL pode desempenhar. Ao executar essas ações - de normatização, licitação, gestão de contratos e fiscalização -, a agência estará determinando as condutas obrigatórias, proibidas ou permitidas para os agentes do setor. Portanto, se a elas se incorporam os princípios de defesa da concorrência - e particularmente se o pessoal encarregado aplica conjuntamente critérios da lei antitruste em suas rotinas de trabalho - evita-se que, no futuro, empresas processadas por comportamentos anticompetitivos se defendam alegando que seus atos tenham sido autorizados ou obrigados pela agência reguladora.

Assim, por exemplo, pautando-se pelas condutas anticompetitivas tipificadas nos art. 21 da Lei 8.884 e das práticas mais comuns analisadas pela literatura especializada, a ANEEL pode desenvolver estudos que identifiquem as práticas restritivas potenciais entre os agentes do setor elétrico, de modo a orientar a elaboração de normas que visem a preveni-las. Deve-se observar,

ainda, que as condutas tipificadas no citado art. 21 só são consideradas infra-tivas **se** forem hábeis para provocar os efeitos listados no art. 20 da mesma lei - é por isso que se diz que a lei antitruste caracteriza o ilícito não pela descrição de atos em si, mas pelos efeitos que possam produzir. Nesse sentido, à indentificação dessas práticas no setor elétrico deve se agregar também a análise de seus **efeitos**, conforme descritos genericamente na lei.

É importante também que os agentes encarregados da **fiscalização** e da gestão dos contratos de concessão tenham alguma formação básica nos princípios da lei antitruste, a fim de que possam aplicá-los nas suas rotinas de trabalho (v. itens **b** e **c**).

A elaboração e condução dos **processos licitatórios** constituem uma instância crucial para o controle preventivo das condições de concorrência (v. item **d**), à medida que a definição do objeto licitado⁷ e os critérios de julgamento estabelecidos no edital sejam pautados pela finalidade de evitar o aumento da concentração de mercado nas áreas concedidas, facilitando a entrada de novos competidores. Isso pode ser feito tanto pela imposição de limites à participação de empresas já estabelecidas na licitação para novas concessões, quanto pelo uso de fórmulas para atribuir vantagens a entrantes, em detrimento dos que já detenham outras concessões⁸.

Deve-se notar, entretanto, que para efetivar esse tipo de ação requer-se, da agência reguladora, o uso dos conceitos, parâmetros e técnicas de análise próprios da legislação antitruste - tais como posição dominante, mercado rele-

⁷ A definição da abrangência do objeto da licitação pode ser feita com base em estudos sobre a viabilidade de exploração em que se analise a possibilidade de, subdividindo a área licitada, prever a entrada de mais de um concessionário na sua exploração, o que permitiria a participação do máximo de competidores em cada atividade, quando economicamente viável. Deve-se notar que a Lei 8.987/95 estabelece como regra geral que as concessões ou permissões não devam ter caráter de exclusividade, abrindo exceção para situações nas quais a não exclusividade seja inviável por razões técnicas ou econômicas (art. 16). É, pois, praticamente uma obrigação legal das autoridades responsáveis basear-se em estudos técnicos - que permitam identificar aquelas situações de monopólio "natural" e os segmentos potencialmente competitivos - para justificar a concessão de exclusividade naquelas. A adequada e clara delimitação do objeto licitado é importante também para evitar que a concessionária tente estender seu eventual monopólio a outras áreas ou atividades relacionadas com sua atividade principal.

⁸ Há algum tempo atrás, por exemplo, os editais de licitação para concessões de rádio, de televisão e de TV a cabo previam um sistema de atribuição de pontos às concorrentes, pelo qual as empresas com um certo número de concessões de qualquer serviço de telecomunicações perdiam pontos em relação às que ainda não tinham nenhuma concessão no setor, permitindo, desse modo, uma vantagem às entrantes. A medida se enquadra perfeitamente no escopo das atribuições legais que dizem respeito ao exercício, pela agência setorial, do controle preventivo das condições de concorrência nos mercados por ela administrados.

vante, *rule of reason*⁹ - e a discussão aprofundada de como eles podem se aplicar ao setor regulado.

1.3. *As Condutas Anticompetitivas*

O tratamento das condutas anticompetitivas pode, em algumas circunstâncias, suscitar o risco da sobreposição de funções.

Por exemplo, no exercício da atribuição descrita no item “e” acima (solução de divergências) a ANEEL pode vir a ter que apreciar conflitos oriundos de práticas restritivas por parte dos agentes do setor. Neste caso, uma decisão da ANEEL não exclui a competência do CADE, uma vez que a lei específica não excepcionou o setor elétrico da aplicação das normas antitruste e tampouco substituiu o CADE pela ANEEL na atribuição de julgar e punir as infrações à ordem econômica¹⁰.

As regras sobre o poder disciplinar da ANEEL e sobre as penalidades que ela pode aplicar (Anexo ao Decreto 2.335, art. 17) não contemplam hipótese específica de aplicação de multas por práticas anticompetitivas, a não ser na categoria genérica de “*inobservância a determinações da fiscalização ou de normas legais*”, puníveis com advertência escrita. É o CADE que detém o poder de mandar cessar a prática e aplicar multas e, por isso, a atuação da ANEEL deve cessar onde começa a competência das autoridades antitruste.

Ademais, é preciso estar atento para diferenciar casos antitruste daqueles que envolvam *apenas* aspectos relacionados à concorrência desleal, a contra-

⁹ Tais conceitos são *básicos* a qualquer ação em defesa da concorrência, inclusive aquela de caráter preventivo implementada por uma agência reguladora, porque: a) a existência de **posição dominante** é condição para se saber se um caso é relevante do ponto de vista antitruste, à medida que quem não a detém não é capaz de prejudicar o processo competitivo; b) a delimitação de **mercado relevante**, por sua vez, é condição logicamente prévia para se analisar a existência de posição dominante, pois é neste *espaço* que o exercício do poder de mercado (abusivo ou não) tem lugar; é por relação a esse mercado que se efetuam os cálculos de *market share* e todas as demais análises necessárias à caracterização daquela posição; c) a lei não pune o poder econômico em si, mas apenas o seu exercício abusivo, admitindo-se, ademais, que mesmo práticas restritivas possam ter seus efeitos negativos contrabalançados por ganhos de eficiência, razões pelas quais é necessário analisá-las caso a caso, aplicando a *rule of reason* (método de análise que consiste em avaliar efeitos **líquidos** das práticas anticompetitivas).

¹⁰ Note-se que, embora a lei atribua a competência à ANEEL de “*zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência*” no setor elétrico, essa competência deve ser exercida “*monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes...*”; monitorar e acompanhar não é a mesma coisa que **aplicar a lei de defesa da concorrência**, tarefa que continua atribuída ao CADE (art. 3º, IX da Lei 9.427/96).

tos ou aos direitos do consumidor. A ANEEL, como já mencionado, tem a competência legal de analisar outros assuntos referentes ao setor elétrico e, nesse sentido, pode e deve analisar a questão sob outros ângulos que não o da concorrência. Não deve, entretanto, confundir os sistemas legais aplicáveis - aplicar regras de defesa da concorrência a casos que devam ser solucionados por outras regras, ou vice versa - uma vez que a finalidade da defesa da concorrência¹¹ é diferente das finalidades visadas pelos sistemas legais que regem contratos (inclusive aquelas normas referentes à proteção da parte mais fraca da relação contratual), direitos do consumidor e concorrência desleal.

Nesse sentido, deve-se notar que, por um lado, o fato de haver, por exemplo, um crime de concorrência desleal não implica que necessariamente haja um prejuízo ao processo competitivo que deva ser analisado pelas autoridades antitruste¹². Do mesmo modo, problemas decorrentes de desrespeito aos direitos de consumidores não se confundem com prejuízos à concorrência, embora devam ser analisados pela ANEEL, já que a ela cabe dirimir conflitos entre empresas do setor elétrico e consumidores.

Por outro lado, uma mesma conduta pode constituir ilícito sob diferentes sistemas legais - a punição de um não excluindo a de outros¹³. Nesses casos, teríamos diferentes autoridades atuando no mesmo caso, mas com a função de avaliá-lo por diferentes ângulos.

Em qualquer caso, seja porque as duas agências avaliam o mesmo caso sob ângulos diferentes, seja porque também a ANEEL possui alguma competência para tratar de condutas anticompetitivas¹⁴, é preciso estar atento ao risco de ocorrerem conflitos entre normas de diferentes sistemas legais e/ou contraditoriedade entre decisões das duas agências. Voltaremos a este ponto na seção 2.

1.4. O Controle das Condições Estruturais dos Mercados

Quanto à atribuição da ANEEL descrita acima no item “f”, trata-se, como é óbvio, de uma forma de controle das condições estruturais dos mercados

¹¹ Costuma-se dizer que a lei antitruste protege o processo concorrencial e não os concorrentes. Assim, eventuais prejuízos individuais sofridos em decorrência dos atos de um agente não podem ser motivo de ação com base na lei antitruste, salvo se a eles se associarem *também* prejuízos à concorrência.

¹² Deve-se alertar que não estamos com isso querendo dizer que à ANEEL cabe apreciar crimes de concorrência desleal, à medida em que estes, quando envolvem apenas interesses privados, devem ser levados ao Judiciário.

¹³ Essa regra é explícita, por exemplo, na Lei 8.884, art. 19.

¹⁴ Ainda que não venha a julgá-las, como observado anteriormente.

do setor elétrico.

Originalmente, a atribuição de aprovar alterações de controle acionário, exercida por todo poder concedente, tem em vista apenas o cumprimento da norma estabelecida no art. 27 da Lei 8.987/95, de acordo com a qual, a autorização seria dada desde que o novo agente demonstrasse capacidade técnica, idoneidade financeira, regularidade jurídica e fiscal, e se comprometesse com o cumprimento das cláusulas contratuais da concessão, o que não leva em conta os efeitos potencialmente anticompetitivos do ato autorizado. Com as mudanças introduzidas pela Lei 9.648/98, a aprovação da ANEEL passa a ter mais uma finalidade, compatibilizando o controle da capacitação técnica e idoneidade com o controle das condições de concorrência.

Num primeiro passo para promover esse controle, a ANEEL baixou a Resolução 94/98 estabelecendo limites à participação de mercado de empresas atuantes nos segmentos de geração e distribuição de energia elétrica. Tais restrições consistem, basicamente, em proibir que um mesmo agente detenha a propriedade acima de um certo percentual da capacidade instalada, variável por segmento e conforme se trate dos mercados nacional ou regionais. Assim, um agente não pode deter:

- mais de 20% da capacidade instalada nacional de **geração**;
- mais de 25% da capacidade instalada de **geração** no sistema interligado das regiões Sul, Sudeste e Centro-Oeste;
- mais de 35% da capacidade instalada de **geração** no sistema interligado das regiões Norte e Nordeste;
- mais de 20% do mercado nacional de **distribuição**;
- mais de 25% do mercado de **distribuição** no sistema interligado das regiões Sul, Sudeste e Centro-Oeste;
- mais de 35% do mercado de **distribuição** no sistema interligado das regiões Norte e Nordeste.

A Resolução também limita as participações cruzadas nos segmentos de geração e distribuição: um agente que atue nos dois segmentos não pode ter a soma aritmética de sua participação na capacidade instalada nacional de geração com sua participação no mercado nacional de distribuição superior a 30%. Ademais, limita-se a 30% a aquisição de energia por parte de uma distribuidora de empresas de geração a ela vinculadas.

Analisando-se comparativamente os critérios da Resolução 94 com aqueles do controle antitruste preventivo estabelecido no art. 54 da Lei 8.884, surgem algumas questões.

Esse artigo obriga a submissão ao CADE de quaisquer atos ou contratos

(como fusões, incorporações, formação de Grupos de sociedades ou Holdings, contratos de cooperação etc.): a) dos quais possam resultar danos à concorrência; b) dos quais possa resultar a dominação do mercado relevante. Considera-se que podem produzir tais resultados os atos dos quais resulte dominação de mercado relevante superior a 20%, ou aqueles em que algum participante apresente faturamento anual bruto de R\$ 400 milhões (art.54, §3º).

Em primeiro lugar, deve-se notar que os percentuais a que se refere a Resolução são relativos à capacidade instalada dos sistemas de geração e mercado de distribuição. Já a Lei 8.884 estabelece o percentual de 20% de um mercado relevante como aquele acima do qual os atos de concentração devem se submeter à apreciação do CADE (art. 54, § 3º), sendo este percentual calculado em relação à produção ou ao faturamento. Trata-se, portanto, de medidas distintas de poder de mercado.

Em segundo lugar, os 20% mencionados na Lei 8.884 são apenas indicativos de posição dominante¹⁵ (art. 20, §3º) e, por isso mesmo, a lei não proíbe que empresas detenham maior fatia de mercado; apenas obriga que atos de concentração dos quais resulte um *market share* superior sejam previamente submetidos à apreciação do CADE, que pode aprová-los caso se demonstre que: a) apesar da parcela de mercado elevada, outras variáveis fazem com que o agente não exerça posição dominante, não provocando, pois, os efeitos previstos no *caput* do art. 54; ou b) que seus efeitos potencialmente anticompetitivos podem ser contrabalançados por ganhos de eficiência e outros requisitos (art. 54, §1º). Vê-se, pois, que não se trata de uma proibição *per se*, mas sim de um ponto de referência para que o caso seja analisado a partir do princípio da razoabilidade (*rule of reason*). Já na Resolução 94, os limites estabelecidos são proibições *per se*, que não se submetem à análise de possíveis eficiências decorrentes das concentrações.

Em terceiro lugar, pela lei antitruste, calcula-se os 20% de *market share* tendo por referência o *mercado relevante*, um conceito híbrido jurídico-econômico que busca operacionalizar a definição de um mercado concreto que deve servir de base para toda a análise dos efeitos anticompetitivos de um ato de concentração. Já a Resolução 94 define os mercados como o nacional e os regionais, não levando em conta esse conceito oriundo da literatura antitruste e previsto na lei 8.884/94.

¹⁵ Como nota Bruna (1997:116), a presunção de posição dominante a partir de 20% de *market share* tem como principal efeito prático apenas estabelecer a inversão do ônus da prova - a obrigação de provar o contrário da presunção legal. Assim, mesmo num ato de concentração que ultrapasse esses limites, admite-se a prova, pelas requerentes, de que o ato não provoca os efeitos previstos no *caput* do art. 54.

Em quarto lugar, os limites da Resolução 94 são aplicáveis apenas a situações que envolvam a propriedade de ativos, atingindo casos de fusões e aquisições de controle acionário e formação de consórcios ou grupos societários. Já o controle previsto no art. 54 abarca, além dos atos de concentração horizontais e verticais, também quaisquer outros tipos de atos como acordos, contratos, joint-ventures etc., que - mesmo sem configurarem transferência de propriedade - possam prejudicar a concorrência ou resultar na dominação de um mercado de bens ou serviços. Assim, os atos abrangidos pelo controle antitruste preventivo abarcam maior gama de hipóteses.

Ao apontar essas diferenças, não estamos afirmando que as disposições da Resolução 94 sejam necessariamente incompatíveis com a Lei 8.884; nem sequer que essas disposições estabeleçam limites mais rigorosos que a lei¹⁶. Apenas queremos chamar atenção para o fato de que se trata de tipos de controles diferentes.

Assim, por exemplo:

a) uma fusão horizontal, se analisada com base no mercado relevante¹⁷ envolvido na operação, pode resultar num controle superior a 20% e, portanto, ser obrigatoriamente submetida à apreciação do CADE, com base no art. 54, § 3º da Lei 8.884; entretanto, tal fusão pode não alcançar os limites de 20%, 25% ou 35% dos mercados nacional ou regionais do setor elétrico, de modo que ela não será limitada pela Resolução 94;

b) uma fusão vertical - entre geradora e distribuidora - pode não alcançar o limite de 30% do mercado nacional estabelecido na Resolução 94, mas, mesmo assim, implicar um alto índice de concentração no(s) mercado(s) relevante(s) e/ou apresentar efeitos potencialmente anticompetitivos - entre outros motivos, porque prejudica a concorrência em um dos mercados envolvidos - ou em ambos - ou ainda porque dificulta a entrada de novas empresas¹⁸. Isso justifica que o ato seja submetido ao controle antitruste do CADE;

c) um contrato entre duas empresas - de natureza horizontal ou vertical - que não configure fusão nem aquisição de controle acionário, não será limitado pela Resolução 94; mesmo assim, pode apresentar efeitos anticompetitivos,

¹⁶ Por exemplo, se duas concessionárias se fundem, sem alcançar os limites estabelecidos na Resolução, elas pode se constituir num monopolista num mercado local

¹⁷ Supondo que se possa delimitar geograficamente um mercado relevante num âmbito menor que o nacional ou os regionais.

¹⁸ A maior dificuldade de entrada se deve ao fato de que novas entrantes ficam compelidas a entrar nos dois segmentos, se, por exemplo, a integração vertical promover vantagens de custos.

devendo ser submetido à apreciação das autoridades antitruste;

d) uma fusão ou um contrato - horizontal ou vertical - pode ser submetido ao controle do CADE simplesmente porque uma das empresas envolvidas - ou ambas - atinge o limite de R\$ 400 milhões de faturamento;

e) finalmente, vale notar que são possíveis hipóteses que se enquadrem tanto nos limites da lei antitruste quanto nos limites da Resolução 94 (quando um mesmo caso será avaliado por critérios distintos).

O Quadro abaixo sintetiza essas diferenças.

	Resolução 94	Lei 8.884, art. 54
atos abrangidos pelas limitações/controles	<p>fusões ou aquisições de controle acionário; formação de grupos e de consórcios</p> <ul style="list-style-type: none"> • concentrações horizontais (nos segmentos de geração e de distribuição); • concentrações verticais (limites a participação nos dois segmentos - geração e distribuição - no mercado nacional). 	<p>fusões, aquisições e qualquer outro tipo de ato - contratos, acordos etc. - que possam prejudicar a concorrência ou levar a posição dominante;</p> <ul style="list-style-type: none"> • atos de natureza horizontal; • atos de natureza vertical.
mercados de referência	<ul style="list-style-type: none"> • mercado nacional de geração; • mercado nacional de distribuição; • mercado regional S/SE/CO (sistema interligado) de geração; • mercado regional S/SE/CO (sistema interligado) de distribuição; • mercado regional N/NE (sistema interligado) de geração; • mercado regional N/NE (sistema interligado) de distribuição; 	<p>mercado relevante delimitado geograficamente e por produto, segundo critérios econômicos;</p>
critérios para submissão do ato ao controle	<p>20%, 25% ou 30% da capacidade produtiva;</p>	<p>possibilidade de prejudicar a concorrência ou resultar na dominação de mercados; inclui os atos de concentração: a) de que resulte domínio de 20% (do faturamento ou produção) do mercado relevante; b) em que algum participante tenha faturamento de R\$ 400</p>

		milhões;
critérios de avaliação	proibição (<i>per se</i>) de deter mais do que os percentuais acima.	sujeito à discussão das eficiências; análise caso a caso, c/ base no princípio da razoabilidade.

Como se pode observar, algumas dessas diferenças decorrem de que os limites estabelecidos pela Resolução não tomam por base o(s) mercado(s) relevante(s) do setor elétrico.

O controle previsto pela Resolução 94 não substitui aquele estabelecido na Lei 8.884 e tampouco este, necessariamente, substitui aquele; ambos podem conviver. Na verdade, o controle pela ANEEL é um tipo diferente de controle de poder econômico, relacionado com o tamanho e a abrangência da área de atuação da empresa, que afetam seu poder de barganha *vis à vis* a agência reguladora¹⁹.

Tal controle é importante também à medida que estimula a entrada de um maior número de empresas no setor. A existência de várias e distintas empresas, ainda que atuando em diferentes mercados relevantes geográficos, propicia o uso complementar de uma regulação de desempenho²⁰: a utilização dos níveis de eficiência e desempenho de algumas empresas como parâmetros de referência para a cobrança, pela agência, de melhoria de desempenho das demais empresas.

Deve-se observar, no entanto, que a convivência de dois tipos diferentes de controle - que, se bem é certo não têm exatamente as mesmas finalidades, apresentam vários objetivos comuns - pode provocar os já mencionados riscos de sobreposição de funções e de decisões contraditórias entre as agências. Tais riscos serão tanto maiores quanto maior for a probabilidade de ocorrerem situações que se enquadrem nas proibições da Resolução 94 e no *caput* do art. 54, ao mesmo tempo. Em casos assim, uma apreciação pela ANEEL, em princípio, não exclui a competência do CADE.

Imaginemos, como exemplo, que a ANEEL vete, com base na Resolução

¹⁹No sentido de que se uma só empresa detiver muitas concessões, o poder da agência de estabelecer-lhe limites de atuação pode ficar comprometido.

²⁰Segundo Pires & Piccinini (1998), a regulação de desempenho (*yardstick competition*) consiste em estabelecer padrões de avaliação do desempenho das firmas reguladas, de modo comparativo: “A remuneração de uma firma é definida de acordo com o seu desempenho em relação às outras empresas do setor, observando-se os padrões estabelecidos, o que faz com que ela seja sensível aos custos e comportamento de suas congêneres”. Assim, “um aumento do número de firmas melhora a eficácia da ‘yardstick competition’, já que possibilita a expansão da base comparativa à disposição do regulador” (Pires & Piccinini, 1998:164).

94, uma aquisição de uma empresa por outra e, ao mesmo tempo, as envolvidas dêem entrada com um requerimento junto ao CADE de aprovação do ato de concentração, alegando as eficiências previstas no § 1º do art. 54 da Lei 8.884. Num caso como esse, o CADE não pode se recusar a apreciar o ato, visto que não há nada na lei que explicita a substituição de sua atribuição pela ANEEL, ao mesmo tempo em que nada garante que a decisão do Conselho será no mesmo sentido (até porque as regras aplicáveis apresentam diferenças).

2. Os Conflitos Possíveis e seus Critérios de Solução

Visto haver possibilidade de ocorrerem conflitos - entre normas de diferentes sistemas legais aplicáveis ao mesmo caso ou entre decisões das diferentes agências -, é preciso localizá-los e analisar tanto os critérios para sua solução quanto as ações que possam evitá-los.

Com essa finalidade, apresentaremos primeiramente (na seção 2.1) todas as combinações possíveis de decisões de duas agências - CADE e ANEEL - como situações estilizadas, analisando o potencial conflitivo de cada uma, as probabilidades de que ocorram na prática, e os critérios tradicionalmente aceitos - em nosso sistema jurídico - para solucioná-las. O critério básico, nesse caso, é o da *especialidade* - pelo qual a norma mais específica deve prevalecer sobre a mais geral - considerando, no caso, que a norma específica é a setorial, sendo a norma antitruste a mais geral²¹.

A aplicação desses critérios pode ser bastante enriquecida se aproveitarmos algumas disposições da jurisprudência americana no sentido de definir em que circunstâncias uma regulamentação específica setorial pode desconsiderar os princípios concorrenciais e eximir os agentes do setor das proibições das leis antitruste. Como veremos na seção 2.2, são orientações normativas que podem ser compatibilizadas com o nosso sistema jurídico e incorporadas à análise da defesa da concorrência em setores regulados no Brasil.

2.1. As hipóteses de conflito

Tomemos, inicialmente, uma versão estilizada das decisões possíveis das duas agências envolvidas; tais decisões podem ser de *proibir*, *permitir* ou

²¹ Pontualmente também pode ser utilizado o critério *hierárquico* - pelo qual a *norma* hierarquicamente superior prevalece sobre a inferior. Note-se, aqui, que a hierarquia se refere à **norma**, e não às agências setorial e antitruste, uma vez que estas não apresentam relações hierárquicas entre si.

obrigar um determinado comportamento para os agentes destinatários. Podem-se apresentar, assim, decisões com os seguintes conteúdos:

Proibições:

- O CADE proíbe (impõe uma obrigação de não fazer) um determinado comportamento por julgar que ele, efetiva ou potencialmente, provoca danos à concorrência (porque constitui uma infração antitruste ou porque cria condições estruturais para que elas ocorram).
- Do mesmo modo, a ANEEL pode proibir um comportamento - por meio de normas ou outras decisões - seja porque ele traz riscos para a concorrência seja porque ele fere alguma outra disposição normativa aplicável ao sistema elétrico.

Permissões:

- O significado de uma *permissão*, desde o ponto de vista do CADE, é o de que o comportamento em questão não constitui uma infração à ordem econômica.
- Do ponto de vista da agência reguladora, significa que se trata de um comportamento *não regulado*, *i.e.*, daquele espaço de liberdade e autonomia decisória dos agentes privados dentro do setor regulado; pode significar também uma possibilidade ou alternativa de comportamento *expressamente* prevista nas normas setoriais (esta diferença pode ser relevante na consideração de algumas hipóteses).

Obrigações:

- A ANEEL tem o poder de impor obrigações (aqui no sentido de obrigações de fazer) aos agentes sob sua jurisdição, em virtude de lei, regulamentos ou contratos.
- Já quanto ao CADE, pela natureza das regras que aplica, pode-se dizer que, num plano mais geral, não lhe cabe impor obrigações de fazer positivas; isso porque a obrigação impingida aos agentes econômicos pela norma de defesa da concorrência é uma *obrigação de não fazer*²². Portanto, o conteúdo possível das decisões do Conselho diz respeito a ordens para cessar práticas anticompetitivas (uma obrigação de não fazer, equivalente a uma proibição, portanto) ou para desconstituir um ato de concentração (também uma proibição). Não se pode esquecer, no entanto, que os Compromissos de Desempenho celebrados em casos de atos de concentração podem impor obrigações positivas para o cumprimento de metas quantita-

²² É mediante a imposição de limites negativos que a lei antitruste procura canalizar o exercício do poder econômico para a produção de resultados positivos associados à concorrência. Nesse sentido, pode-se considerar que um agente cumpre as disposições legais quando **não provoca** efeitos anticoncorrenciais: nos termos do sistema brasileiro, sua obrigação é a de não provocar os efeitos listados no art. 20 da lei 8.884.

tivas ou qualitativas que garantam a produção das eficiências justificadoras do ato - o que pode conter obrigações de fazer: por exemplo, uma decisão de investimento.

Combinando as decisões possíveis de cada uma das agências, temos o seguinte Quadro, com nove situações estilizadas:

CADE	proíbe	permite	obriga
ANEEL			
proíbe	A	D	G
permite	B	E	H
obriga	C	F	I

Verifiquemos, agora, quais dessas situações apresentam potencial conflitivo. Analisando o quadro acima, podemos constatar:

- as situações da última coluna à direita - **G**, **H** e **I** - não se verificam, em princípio, em casos de condutas (visto que o CADE impõe apenas obrigações de não fazer); podem se verificar apenas em casos de Compromissos de Desempenho firmados para autorização de atos de concentração;
- as situações **A**, **E** e **I** não apresentam problemas, pois nelas as agências estão tomando decisões no mesmo sentido;
- as situações **F** e **H**, apesar de apresentarem decisões diferentes das agências, não são conflitivas; denotam apenas um processo natural de exercício das diferentes funções de ambas as agências. Nada impede que a ANEEL imponha uma obrigação positiva de um comportamento que não constitui infração à ordem econômica, que, portanto, é irrelevante para a análise antitruste (como na situação **F**). Por outro lado, tampouco será problemática a imposição pelo CADE de uma obrigação - num Compromisso de Desempenho - se o comportamento obrigado pelo Conselho for permitido pela ANEEL (como na situação **H**);
- a situação **D** apresenta-se, em princípio, como contraditória, devendo-se buscar um critério para decidir qual decisão prevalece. Essa situação comporta duas hipóteses:
 - **D(1)** - um comportamento permitido pelo CADE (porque não infrativo às normas antitruste) pode ser proibido pela ANEEL simplesmente porque a agência setorial está agindo por razões outras que não a defesa da concor-

rência (já que a ANEEL possui outras funções, como vimos). Neste caso, deve prevalecer a proibição da ANEEL, ainda que o comportamento não constitua infração à ordem econômica;

- **D(2)** - a hipótese, contudo, pode implicar um conflito de competência se a ANEEL estiver proibindo o comportamento em questão com a finalidade de zelar pela defesa da concorrência (como visto, uma de suas atribuições, estabelecida no art. 3º, IX da Lei 9.427). Nesse caso teríamos dois órgãos declarando-se competentes para decidir sobre a mesma questão sob as mesmas regras (provavelmente haverá aí duas interpretações divergentes da mesma norma). Aqui deve prevalecer a decisão do órgão competente para aplicar a lei - *i.e.*, se se trata de aplicação da norma antitruste, deve prevalecer a decisão do CADE;
- A situação **B** é a inversa da anterior, apresentando-se igualmente como contraditória. Também aqui temos duas hipóteses de contradição:
 - B(1)** - se considerarmos que a *permissão* da ANEEL é simplesmente uma conduta não regulada (*i.e.*, permitida porque não proibida): um comportamento pode ser proibido pelo CADE (porque caracteriza infração antitruste) e permitido pela ANEEL. Neste caso deve prevalecer a proibição²³, lembrando-se, todavia, que tal situação pode ser evitada pela ação preventiva da ANEEL, como discutido anteriormente na seção 1.2;
 - B(2)** - se considerarmos, entretanto, que a *permissão* da ANEEL é *expressa*, a situação comporta outra solução, aplicando-se o critério da especialidade: a de que, dentro da proibição geral estabelecida a partir da norma antitruste (aqui considerada a norma mais geral), abre-se exceção para um comportamento de agente de um setor (aplicando-se a norma setorial mais específica). Tal solução supõe que há apenas uma contraditoriedade parcial entre as normas, mas não é desejável, se se pensa que o objetivo da legislação do

²³ Vale observar, nesse sentido, que num julgamento do CADE no Processo Administrativo no 08000.002605/97, tratando de uma questão de tarifas de ônibus no município de Belo Horizonte onde se discutiu a aplicabilidade da lei antitruste a setores regulados, o Conselheiro-Relator Marcelo Calliari referiu-se expressamente a uma hipótese desse tipo, apontando uma solução no mesmo sentido: “*De fato, mesmo dentro de um regime regulatório adequadamente instituído e aplicado, é possível que empresas, naquelas condutas não reguladas, pratiquem infrações à concorrência. Seria o caso, por exemplo, de empresas sujeitas a um regime de tarifas máximas que decidem, em cartel, fixar todas o mesmo preço para seus produtos, reduzindo o nível de bem estar dos consumidores. Da mesma forma, quando o arcabouço regulatório dá às empresas uma margem de opção quanto à sua atuação, é possível que uma ou mais dessas opções, permitidas mas não impostas pela regulação, configurem num caso concreto infrações à ordem econômica, não se encontrando aqui fora do alcance dos órgãos de defesa da concorrência.*”

- setor elétrico não foi o de isentá-lo da aplicação da lei antitruste, mas o contrário, *i.e.*, de garantir a concorrência entre os agentes²⁴;
- as situações **C** e **G** são aquelas em que mais se verifica o potencial conflitivo; apresentam-se como proposições contrárias que colocam um dilema para o agente destinatário - se obedecer a uma das ordens, estará necessariamente desobedecendo à outra (em termos jurídicos, trata-se de uma *antinomia*); analisemos as possibilidades de solução para cada uma delas:
 - a hipótese **G** só ocorreria num caso de Compromisso de Desempenho celebrado pelo CADE para autorizar um Ato de Concentração e denotaria uma total desarticulação entre as Agências; o CADE, ao impor tal obrigação, não estaria levando em conta a regulação setorial. Em outras palavras: num sistema que propicie um mínimo de articulação institucional entre agências setoriais e autoridades antitruste, em que a ANEEL seja ouvida nos processos e participe fornecendo informações, tal situação dificilmente se concretizaria. De qualquer modo, admitindo-o meramente como hipótese, tal conflito deve ser resolvido pelo critério da especialidade: a norma específica setorial (no caso, a proibição da ANEEL) deve prevalecer sobre a mais geral;
 - na situação **C** - hipótese em que as agências estão aplicando normas distintas (*i.e.*, o CADE decidindo com base na lei antitruste e a ANEEL aplicando outras normas de sua competência) - teríamos uma proibição pelo CADE de um comportamento considerado infração à ordem econômica, por um lado, e por outro, uma obrigação do mesmo comportamento pela ANEEL (por razões de ordem técnica ou outras específicas setoriais). Essa situação pode ser solucionada pelo *critério da especialidade* - norma especial prevalece sobre a geral -, adotando-se, pois, a decisão da ANEEL^{25 e 26}.

²⁴ Mesmo assim, pode ser usada para solucionar a seguinte situação: a ANEEL autoriza uma fusão entre empresas que é negada pelo CADE; mesmo comportando riscos para o processo competitivo, tal fusão pode ser desejável para o setor por razões de outra ordem técnica ou econômica. Entretanto, o risco de isso se verificar é pequeno, pois a análise antitruste contempla argumentos de ganhos de eficiência como motivos que contrabalançam o potencial anticompetitivo dos atos de concentração.

²⁵ Note-se, contudo, que essa solução pressupõe tratar-se de um conflito entre a lei antitruste e normas de mesma hierarquia; se o conflito ocorre entre normas de hierarquia diferentes (entre a lei antitruste e Resoluções ou regras contratuais, por exemplo), poderíamos aplicar o critério hierárquico, obtendo uma solução diferente. Haveria, neste caso, um conflito entre diferentes critérios e não há consenso, na teoria do Direito, sobre qual deles deva prevalecer.

²⁶ Essa hipótese também já foi veiculada perante o CADE, no mesmo Processo Administrativo acima citado, em que o Relator Marcelo Calliari ponderou que “... não faria sentido, nem seria juridicamente possível, pretender punir uma empresa regulada por infração à concorrência se ela estivesse obedecendo estritamente a um comando da regulação emanado pela

A análise acima permite localizar melhor as hipóteses de conflitos entre lei de defesa da concorrência e legislação setorial ou entre autoridades de defesa da concorrência e agência reguladora setorial, ao mesmo tempo em que auxilia a proposição de medidas para prevenir a ocorrência desses conflitos ou, se inviável a ação preventiva, de critérios para solucioná-los.

Dessa análise pode-se concluir, em suma, que os conflitos mais problemáticos são encontráveis:

- na hipótese **D(2)**, que caracteriza um conflito positivo de competência entre as agências - ambas julgando-se competentes para decidir uma mesma questão sob as mesmas regras. Para evitá-la, é importante ter sempre em conta as diferenças de atribuições legais e desenvolver mecanismos institucionais que promovam a cooperação entre os órgãos envolvidos ao mesmo tempo em que permitam promover ações complementares entre eles;
- na hipótese **B(1)** que, apesar de não se caracterizar propriamente como conflitiva, pode perfeitamente ser evitada, se a ANEEL incorporar os conceitos e parâmetros da ação antitruste no exercício de suas funções normativas, fiscalizatórias, de gestão de contratos e licitações, como já discutido na seção 1.2;
- na hipótese **C**, provavelmente a mais conflitiva de todas, em que se verifica, em última análise, uma contrariedade entre duas normas diferentes, o que pode ser solucionado mediante a aplicação do critério da especialidade ou da hierarquia, conforme o caso;
- na hipótese **B(2)**, em que uma permissão expressa da ANEEL conflita com uma proibição do CADE, devendo-se aplicar o critério da especialidade, destacando-se que ela é, em certo sentido, parecida com a anterior.

2.2. *Outros critérios baseados na jurisprudência americana*

Vimos na seção anterior que as hipóteses de conflito que não puderem ser evitadas devem ser solucionadas, em princípio, pela aplicação do critério da *especialidade*. Esta aplicação, entretanto, pode ser bastante enriquecida se a ela incorporarmos algumas considerações elaboradas pela jurisprudência americana por ocasião da análise de casos envolvendo a questão da chamada *imunidade implícita*: até que ponto uma decisão de um órgão de fiscalização e controle, aprovando determinada conduta, seria apta a torná-la imune à aplicação da lei antitruste? pode a agência, ao regular determinada atividade, des-

autoridade competente. Imaginar diferente seria colocar uma empresa na opção de obedecer à regulação específica e violar a lei da concorrência ou o contrário.”

respeitar os dispositivos da lei antitruste?

Salomão F^o (1998) analisa as tendências da jurisprudência americana no tratamento dessas questões, classificando-as em duas grandes correntes: a *State Action Doctrine* e a *Pervasive Power Doctrine*.

A *State Action Doctrine* foi desenvolvida a propósito de conflitos entre regulamentação setorial (que, no caso, era de âmbito estadual) e a aplicação da lei antitruste (federal), visando a determinar se a existência dessa regulamentação isentava os regulados do controle pela *Federal Trade Commission* (FTC). Desenvolveram-se dois critérios para determinar se há ou não isenção: **a)** para admiti-la não basta que a lei conceda poderes a determinada agência para determinar variáveis econômicas básicas (como preços e quantidades produzidas), mas é também necessário que as decisões e regulamentos sejam adotados “*em consequência de uma política claramente expressa e definida de substituição da competição pela regulamentação*”; **b)** também é necessário que as agências supervisionem ativa e constantemente o cumprimento das obrigações impostas pela regulamentação (Salomão F^o, 1998:202).

A *Pervasive Power Doctrine* argumenta que a atribuição das competências regulamentares às agências reguladoras setoriais afasta a possibilidade de aplicação do direito antitruste em duas hipóteses, desde que o poder conferido à agência seja **amplo** (*pervasive*) o suficiente, para afastar a competência de qualquer outra autoridade²⁷. Tal amplitude pode se verificar ou porque o poder é extenso ou porque é profundo; daí as duas hipóteses de imunidade acima mencionadas:

a) o poder da agência reguladora é **extenso**, conferido com intuito de substituir o sistema concorrencial, de forma expressa ou presumida. Pode-se presumir a determinação das variáveis econômicas fundamentais (quantidades e preços) for posta a cargo do órgão regulamentar, caracterizando-se uma situação na qual “...há atribuição ao órgão de poder para controlar decisões empresariais fundamentais normalmente controladas exclusivamente pelas forças de mercado”. Salomão F^o (1998:210);

²⁷ Tal característica - *pervasiveness* - é assim descrita pelo Judiciário: “... na ausência de imunidade antitruste expressamente conferida pelo Congresso, tal imunidade pode ser deduzida apenas se o Congresso claramente suplantou a lei antitruste e seu modelo de competição com um regime diferenciado de concorrência, definido por padrões competitivos particularizados e aplicado por uma agência administrativa...”. Definição da Suprema Corte americana no caso *United States v. National Assotiation of Securities Dealers, Inc.* (1975), *apud* Salomão F^o (1998:204).

b) o poder é *profundo*, *i. e.*, já inclui a competência para aplicar a lei antitruste, devendo-se levar em conta as regras antitruste quando da regulamentação ou decisões da agência. Para caracterizar a profundidade requerem-se, adicionalmente, dois requisitos: que a atuação efetiva da agência tenha efetivamente levado em consideração os efeitos de seus atos e decisões sobre a concorrência no mercado regulado; e que o órgão regulador seja dotado de capacidade técnica e conhecimento do mercado superiores aos das autoridades antitruste (que aquele mercado em particular demande conhecimentos especiais que se podem presumir encontráveis no órgão regulador setorial e insuficientes na agência antitruste) (Salomão F^o, 1998:204/210/211).

Vejamos se e como esses critérios se aplicariam aos serviços públicos no sistema brasileiro e, particularmente, ao setor elétrico.

Pode-se verificar, em primeiro lugar, que os critérios da *State Action Doctrine* são bastante semelhantes àqueles da *extensão*. Ambos supõe uma situação na qual a regulação substitui a concorrência porque a agência reguladora determina as decisões fundamentais dos agentes - quantidades e preços - que, em outras circunstâncias, seriam determinadas pelas *forças de mercado*. Note-se também que ambas atribuem imunidade a setores no âmbito dos quais **todas** as decisões dos agentes são reguladas - *i.e.*, não há graus de liberdade para a tomada de decisões à medida em que não há condutas não reguladas (ou simplesmente permitidas porque não proibidas).

Sendo assim, poderíamos concluir que as hipóteses da *State Action* e da *extensão* não se aplicariam àqueles serviços públicos - entre eles Telecomunicações e Energia Elétrica - nos quais a regulação não visa à substituição completa do sistema de mercado, antes o contrário: busca criar um ambiente institucional que propicie não só a participação de empresas privadas mas também o aumento da concorrência onde possível. Em outras palavras, nesses setores, o serviço público não é incompatível com o sistema de mercado. No caso do setor elétrico, parece claro que a legislação setorial não conferiu poderes à ANEEL com objetivo de substituir a concorrência pela regulamentação.

Entretanto, se considerarmos a possibilidade de que aquelas circunstâncias imunizadoras possam se verificar **parcialmente** em setores regulados - *i.e.*, que haja, ao lado das condutas reguladas, alguns graus de liberdade para a tomada de decisões pelos agentes -, poderíamos tirar outras duas conclusões da aplicação dos critérios da *State Action* ou da *extensão*.

A primeira, e mais óbvia, é de que às condutas reguladas não se aplica o controle antitruste; assim, se a agência reguladora obriga ou permite expres-

samente um certo comportamento, este não poderá ser condenado pelas autoridades antitruste, ainda que constitua uma infração à concorrência. Em outras palavras, equivale a dizer que, em situações como as descritas nas hipóteses **B(2)** e **C** do Quadro analisado na seção anterior, prevalece a decisão da agência setorial, chegando-se, portanto, a um resultado semelhante ao obtido pela aplicação do critério da especialidade.

Uma segunda conclusão é a de que, contrariamente, se há ações possíveis dos agentes (não reguladas) ou falhas na supervisão, não há que se falar em imunidade antitruste. Assim, admitindo-se que, mesmo sob regulação, possa sobrar uma margem de ações não reguladas na qual possa haver concorrência, deve se admitir também que aí possa haver condutas anticompetitivas, aplicando-se a elas a lei antitruste. Essa situação corresponde à hipótese **B(1)** contemplada na seção anterior, e comporta a mesma solução lá apontada - ou seja, a da prevalência da proibição, com base na lei de concorrência.

É interessante observar que os critérios da *State Action Doctrine* já foram adotados pelo CADE em diversos casos. Num deles, o CADE entendeu não haver a imunidade em virtude da falta de um dos requisitos, afirmando ser a “*Doutrina americana da ‘state action’ ajustável ao direito brasileiro, a qual reconhece um papel da agência da concorrência em circunstâncias nas quais o órgão regulador não supervisiona adequadamente a aplicação ou a observância do regulamento ou o mesmo órgão não estabelece um regulamento adequado, abrindo-se espaço a uma falha de mercado*” (Processo Administrativo 0.8000.021660/96-05, em que o CADE se declarou competente para conhecer questão de prática cartelizada e aumento excessivo de preços com auxílio do Poder Municipal).

No âmbito da *Pervasive Power Doctrine* temos ainda a hipótese da *profundidade* do poder, que é caracterizada, como vimos, por três requisitos: 1) que as regras antitruste devam ser levadas em conta quando do exercício do poder regulamentar ou em outras decisões da agência; 2) que a atuação da agência efetivamente leve em consideração os efeitos de seus atos sobre a concorrência; 3) que a agência reguladora apresente conhecimentos técnicos e de mercado privilegiados. Verificando-se estes elementos, afasta-se a competência de qualquer outra autoridade.

O interessante nessa hipótese, e que a distingue das anteriores, é que não há, propriamente, uma imunidade da aplicação das normas e princípios da defesa da concorrência, mas simplesmente uma atribuição à agência setorial para aplicá-los preventivamente, em substituição às autoridades antitruste. O

que se cogita, aqui, seria uma espécie de aplicação setorializada do direito da concorrência, justificada com base no maior conhecimento técnico-especializado da agência reguladora.

Vejamos se os requisitos apontados estão presentes na configuração institucional do setor elétrico.

O terceiro deles parece estar claramente configurado no caso da ANEEL. O segundo refere-se à verificação da prática efetiva do órgão em cada caso concreto, sobre o que não é possível dizer nada a priori, a não ser que os efeitos sobre a concorrência devam, por imposição da lei, ser levados em conta. Vejamos se se configura o primeiro requisito.

A ANEEL incorpora em sua atuação algumas preocupações referentes à defesa da concorrência no setor elétrico, o que pode se dar tanto no exercício daquele *papel preventivo* discutido na seção 1.2., como no controle de condutas e das condições estruturais dos mercados. No entanto, deve-se ressaltar que a lei específica setorial não concedeu à ANEEL o poder de aplicar a lei antitruste, em todos os seus aspectos. A agência não pode, por exemplo, julgar infrações à ordem econômica e aplicar multas por isso; nesse sentido, não se pode subtrair um caso de ilícito concorrencial da apreciação das autoridades antitruste. Ao que tudo indica, a lei brasileira não permite *afastar* a competência da autoridade antitruste, embora se possa dizer que a ANEEL tenha o dever legal de *zelar pela aplicação da legislação de defesa da concorrência* e, portanto, levá-la em conta no seu processo decisório.

Mesmo assim, apesar de não se poder aplicar totalmente a hipótese da *profundidade* e suas conseqüências, é possível usar seus parâmetros como subsídios para análise das situações de conflitos entre as agências reguladora e antitruste.

Como foi discutido na seção 2.1., as situações de contrariedade entre normas - quando o CADE proíbe e a ANEEL obriga uma mesma conduta (ou a permite expressamente), hipóteses **B(2)** e **C** - devem ser solucionadas pelo critério da especialidade, prevalecendo, assim, a decisão da ANEEL. Este resultado é, *grosso modo*, o mesmo que seria alcançado pela aplicação dos parâmetros da *Pervasive Power Doctrine/ profundidade*.

Todavia, é preciso notar que a incorporação dos parâmetros decisórios dessa *doutrina* permite qualificar melhor a adoção daquele critério da especialidade, à medida em que pressupõe um elemento a mais, que justifica a opção pela prevalência da norma setorial: não basta a lei ser mais específica; a especificidade deve prevalecer **porque** a decisão da agência setorial, **levando em conta os efeitos anticompetitivos**, pondera que ainda assim, por razões de

outra natureza (que se sobrepõem à defesa da concorrência), uma determinada medida deve ser adotada. Em outras palavras, não se justifica que uma obrigação imposta pela ANEEL (ou uma permissão expressa) fira o direito da concorrência, se essa decisão tiver sido tomada sem consciência de seus efeitos anticompetitivos. É nesse sentido que dissemos, acima, que o referencial de análise da jurisprudência americana pode enriquecer as considerações sobre a solução de conflitos.

3. *Considerações Finais*

Da análise empreendida ao longo deste trabalho fica claro que a legislação setorial não pretendeu isentar os agentes do setor elétrico da aplicação da lei antitruste, tanto que as normas fazem referência expressa à incorporação de seus princípios à atuação do órgão regulador.

Pode-se concluir também que a defesa da concorrência no setor elétrico - no que diz respeito tanto ao controle de condutas quanto ao de estrutura - será implementada por um sistema de competências compartilhadas entre agências reguladora setorial e antitruste, o que coloca a necessidade de esclarecer e separar as diversas atribuições entre as agências envolvidas para se evitarem futuros problemas de conflitos entre diferentes normas e de competência. Particularmente, é preciso evitar, por um lado, a sobreposição de funções e, por outro, os riscos de se apresentarem decisões divergentes das duas agências.

À ANEEL cabem várias atribuições relativas à defesa da concorrência, que podem ser agrupadas em:

- a) exercício do *papel preventivo*: ao exercer seu poder normativo-regulamentar e fiscalizatório; na gestão dos contratos de concessão, das permissões e autorizações; no processo licitatório a agência claramente deve levar em conta os princípios e normas de defesa da concorrência. Não há que se falar, aqui, em sobreposição de funções nem em conflito com as atribuições das autoridades antitruste, visto que essas são competências apenas da ANEEL;
- b) **controle de condutas**: mesmo que a ANEEL possa tentar preveni-las e/ou delas tome conhecimento ao ter que solucionar conflitos envolvendo condutas anticompetitivas, vimos que a lei específica setorial não concedeu à ANEEL o poder de aplicar as penalidades por infrações antitruste, não substituindo, pois, o CADE;
- c) **controle das condições estruturais** dos mercados: a ANEEL possui atribuições legais de estabelecer restrições, limites e condições a diferentes tipos de negócios das empresas do setor elétrico, com vistas a propiciar a concorrência

e impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica. A lei, no entanto, não permite inferir a substituição do controle tradicional, com base no art. 54 da lei antitruste, por esse controle específico da ANEEL. Note-se, ademais, que o tipo de controle estabelecido pela Resolução 94 da ANEEL pode servir a outras finalidades específicas setoriais, podendo-se dizer que um não substitui o outro.

Em suma, pode-se dizer que as atribuições concedidas à ANEEL por lei não contemplam a competência para aplicar a lei antitruste em todos os seus aspectos; daí a competência compartilhada.

Diante disso, três grupos de questões relativas à defesa da concorrência no setor elétrico devem ser abordados: **a)** em primeiro lugar, é necessário discutir uma série de temas que dizem respeito à aplicação da lei antitruste no setor, considerando suas especificidades; **b)** em segundo, é preciso admitir que existe um potencial de conflitos que deve ser bem conhecido e analisado para se implementarem medidas que os previnam ou, pelo menos, ter claro quais os critérios para solucioná-los; **c)** em terceiro, é preciso propor, a partir das disposições legais vigentes, o desenvolvimento de mecanismos institucionais de relacionamento entre as agências, de modo a estabelecer uma divisão de tarefas entre elas, promovendo complementariedades e cooperação em suas ações de modo a evitar aqueles mencionados riscos de sobreposição de funções ou de decisões divergentes.

3.1. *Controle Antitruste e Especificidades do Setor Elétrico*

Neste grupo de questões apontamos para a necessidade de analisar como a disciplina antitruste se aplica às especificidades do setor elétrico e se, eventualmente, se requerem adaptações. Colocam-se, para discussão, as seguintes proposições:

- a) as atribuições da ANEEL em prol da promoção de condições de concorrência envolvem não só a diretoria, mas implicam também uma série de ações a serem implementadas por diversas superintendências e em diferentes níveis da hierarquia da agência. Nesse sentido, é importante que se promova uma ampla difusão da ***cultura da concorrência*** na ANEEL, particularmente entre o pessoal encarregado de: fiscalização; elaboração de normas; gestão dos contratos de concessão, permissão e de atos de autorização; elaboração dos editais de licitação e dos contratos a serem assinados; solução de divergências; avaliação das concentrações no setor. Tal difusão é necessária não só para que o pessoal fique atento às questões anti-

- truste em seus respectivos âmbitos de atuação, mas também para que sejam criadas rotinas e procedimentos para adequado encaminhamento dos casos;
- b) dado o caráter predominantemente preventivo de várias dessas ações, é necessário **identificar os tipos de condutas anticompetitivas potencialmente presentes no setor elétrico**, de modo a embasar o exercício do poder normativo e orientar as atividades de fiscalização e gestão dos contratos; essa identificação deve ser feita de acordo com os parâmetros da lei antitruste, utilizando-se, particularmente, as condutas tipificadas no art. 21 da Lei 8.884 e seus efeitos prováveis, descritos no art. 20 da mesma lei;
 - c) deve-se lembrar, ainda, que o ilícito antitruste - efetivo ou potencial - supõe **posição dominante** por parte do agente, para cuja análise requer-se, como condição logicamente prévia, que se delimite o **mercado relevante** no qual essa posição é exercida. Assim, aplicando esses conceitos ao setor, é preciso saber quais são os mercados relevantes do setor elétrico e quais os agentes que nele detêm poder de mercado;
 - d) é necessário também discutir a aplicabilidade de alguns princípios da análise antitruste às especificidades setoriais. Tendo em vista que a lei antitruste caracteriza o ilícito pelos efeitos, é bom estudar como aqueles efeitos descritos genericamente no art. 20 da lei podem se concretizar no setor elétrico e caracterizar, então, um **abuso de posição dominante**. Mas não é só: não se pode esquecer que um aspecto central da análise antitruste diz respeito à consideração dos **ganhos de eficiência** que podem estar associados mesmo a uma conduta restritiva da concorrência (já que as práticas anticompetitivas podem apresentar efeitos positivos e negativos ao mesmo tempo); nesse sentido, é útil desenvolver técnicas para avaliação dessas eficiências, de modo a se poderem analisar os **efeitos líquidos** das condutas restritivas;
 - e) no âmbito do controle de estrutura, acrescentaríamos às questões do parágrafo anterior a seguinte pergunta: o controle das concentrações entre agentes do setor deve ser feito por **proibições *per se*** ou pode-se observar o **princípio da razoabilidade**? como considerar os possíveis ganhos de **eficiência** decorrentes de atos de concentração no setor? quais as adaptações normativas que se requerem para tal?
 - f) finalmente, é necessário estar atento para diferenciar os sistemas legais aplicáveis: por exemplo, distinguir as situações que envolvam apenas questões relativas a direitos do consumidor, a contratos ou outros assuntos de competência da ANEEL; esta agência pode e deve analisar os casos que se lhe apresentem sob outros ângulos que não o da concorrência, mas não se deve confundir as normas aplicáveis a uns e outros.

Deve-se observar que tais estudos e análise propostos acima serviriam não só para embasar a ação preventiva da própria ANEEL - que se relaciona à normatização, fiscalização etc. - mas também para fornecer subsídios às autoridades antitruste quando vierem a apreciar casos do setor elétrico, uma vez que a agência reguladora apresenta conhecimentos técnicos e de mercado privilegiados, não encontráveis naquelas autoridades.

3.2. *A Necessária Prevenção de Conflitos*

Como já discutido, os conflitos potenciais entre atividade regulatória e controle antitruste existem e podem ser de duas naturezas: **a)** conflitos entre normas de diferentes sistemas legais aplicáveis ao mesmo caso, situação na qual as agências tomam decisões divergentes porque uma aplica a lei antitruste (o CADE) e outra (a ANEEL) aplica alguma outra norma de sua competência; **b)** conflitos motivados pelo fato de as duas agências tomarem decisões aplicando a lei antitruste, caso em que teremos um conflito de competência entre o CADE e a ANEEL.

Na seção 2.1. foram analisadas as possibilidades de conflitos a partir de situações estilizadas que combinavam decisões divergentes das agências. Viuse que muitas delas ou não apresentavam problemas ou podiam ser solucionadas facilmente ou ainda eram improváveis. Restam algumas, entretanto, que podem ser evitadas basicamente por dois tipos de medidas:

- a) as situações nas quais uma conduta infrativa da concorrência é permitida pela ANEEL²⁸ podem ser evitadas por aquela **ação preventiva** da agência setorial já mencionada há pouco; esta, se levar em conta as normas de defesa da concorrência ao normatizar, fiscalizar, gerir contratos etc., pode precaver-se de permitir práticas que venham a ser condenadas pelo CADE, evitando também a desagradável situação na qual uma permissão da ANEEL venha a ser alegada como defesa no âmbito antitruste;
- b) aquelas situações que caracterizam **conflito de competência**²⁹ podem ser evitadas se se diferenciam as tarefas atribuídas legalmente a cada agência, tendo em vista que: 1) a ANEEL não tem a competência para aplicar a lei antitruste em todos os seus aspectos; 2) a lei setorial não substituiu nem a SDE nem o CADE pela ANEEL; 3) e, portanto, a competência da ANEEL deve cessar onde começam as atribuições das autoridades antitruste. Nesse

²⁸ Situação caracterizada como a hipótese **B** no quadro apresentado na seção 2.1. (CADE proíbe/ ANEEL permite - expressamente ou não).

²⁹ Referentes à hipótese **D(2)** do citado quadro, em que a ANEEL proíbe um determinado comportamento baseando-se na defesa da concorrência, enquanto o CADE toma a decisão contrária.

sentido, as ações de todas devem ser complementares, e não superpostas. Isso não exclui, obviamente, que a ANEEL desempenhe um importante papel nos processos - de condutas e de atos de concentração - que correm perante o CADE/SDE, no sentido de municiá-los com informações, documentos, dados, perícias técnicas, pareceres etc.

Vale observar, finalmente, que há ainda duas hipóteses (**B(2)** e **C**) - nas quais um mesmo comportamento é proibido pelo CADE e permitido expressamente ou obrigado pela ANEEL - que podem perfeitamente ser solucionadas pelo critério da especialidade, prevalecendo a norma específica setorial. A consideração de tal critério, no entanto, pode ser enriquecida se recorrermos à experiência da jurisprudência americana, verificando se a agência reguladora efetivamente leva em conta os efeitos de seu comando sobre a concorrência no mercado regulado. Em outras palavras, podem ocorrer circunstâncias nas quais a ANEEL, consciente das implicações anticoncorrenciais da obrigação imposta, ainda assim considere-a necessária por imperativos de natureza técnica/setorial (o que implica que a agência considerou que ao risco de produzir efeitos anticoncorrenciais se contrapõem/sobrepõem outras razões de ordem técnica).

3.3. *As Relações Institucionais*

O último grupo de questões a serem discutidas diz respeito à desejada relação institucional entre a agência setorial e as encarregadas do controle antitruste - SDE e CADE.

Na sua configuração atual, como visto, a legislação suscita uma série de dúvidas quanto à repartição de competências entre as agências, com riscos de duplicação de funções e de decisões divergentes entre as entidades envolvidas. Isso ocorre porque, por um lado, a legislação do setor elétrico não isentou as empresas do setor da aplicação da lei antitruste (ou, em outras palavras, não substituiu a competição pela regulação), e, por outro lado, não atribuiu à ANEEL a totalidade das competências necessárias para aplicação das normas antitruste.

Apesar desses riscos, um sistema de competências compartilhadas é uma boa forma de aproveitar melhor as diferentes capacitações das agências envolvidas: o conhecimento técnico-específico setorial da ANEEL, por um lado e, por outro, a experiência do CADE e da SDE na análise das questões de concorrência em geral.

O bom funcionamento desse sistema supõe uma efetiva articulação entre esses órgãos, de modo a: **a)** evitar duplicação de esforços; **b)** evitar conflitos

de competência; **c)** explorar as possibilidades de desenvolvimento de ações complementares. Para isso, é necessário institucionalizar as relações entre ANEEL e SDE/CADE.

Para explorarmos as possibilidades de estabelecer esses canais institucionais, é preciso ter em conta os procedimentos já adotados pela SDE e pelo CADE na análise de casos tanto de conduta como de estrutura. A partir deles, podemos destacar os seguintes passos nos quais a ANEEL pode complementar e/ou colaborar com as autoridades antitruste:

Em casos de CONDUTAS:

1. Representação: ao tomar conhecimento de indícios de infração à ordem econômica, a ANEEL pode representar perante a SDE, mas deve fazê-lo de modo a apresentar mais do que uma simples denúncia:

- a) instruindo a representação com as informações básicas (previstas na Portaria 753, art. 4º) e
- b) demonstrando haver poder de mercado dos agentes envolvidos e possibilidade de produção de efeitos anticompetitivos.

Estes são requisitos não só de admissibilidade da Representação (Portaria, art. 5º) mas também suficientes para caracterizar a existência de indícios de infração necessários para instauração de Processo Administrativo (cf. arts. 4º, § 2º e 10, § 1º).

Fazendo isso, a ANEEL permite que a tramitação do caso possa prescindir da fase inicial de Averiguações Preliminares, instaurando-se imediatamente o Processo Administrativo.

2. Durante o Processo Administrativo na SDE, a ANEEL pode colaborar com a Secretaria na sua instrução:

- a) prestando informações bem como fornecendo documentos, dados e outras provas necessárias à instrução do processo;
- b) auxiliando a SDE na realização de levantamentos contábeis, perícias técnicas e auditorias eventualmente necessárias;
- c) sugerindo, à SDE, outras diligências a serem promovidas para adequada apuração dos fatos;
- d) opinando sobre Medidas Preventivas que eventualmente sejam tomadas pelo Secretário (avaliando, particularmente, se a conduta investigada pode provocar *lesão irreparável ou de difícil reparação* ao mercado);
- e) sugerindo a adoção dessas Medidas, quando julgá-las necessárias.

3. Durante o Processo Administrativo no CADE: nos mesmos moldes da colaboração com a SDE, a ANEEL pode também colaborar com o Conselheiro-Relator numa instrução complementar que eventualmente venha a ser necessária para formação de sua convicção.

A ANEEL pode, ainda, se comprometer a colaborar para fazer cumprir as decisões do CADE em seu âmbito de atuação.

4. Consultas: a ANEEL pode se valer do procedimento de consulta ao CADE, previsto no art. 7º, XVII da Lei 8.884 e regulamentado por Resolução desse Conselho, sempre que sentir necessidade de se avaliarem os possíveis efeitos sobre a concorrência de suas decisões normativas ou outras.

5. Compromissos de Cessação: sempre que a SDE ou o CADE forem celebrar Compromissos de Cessação de prática, devem ouvir a ANEEL que emitirá parecer sobre as propostas de compromissos, podendo ainda sugerir itens a serem neles incluídos.

A ANEEL pode, ainda, comprometer-se a zelar pelo cumprimento de compromissos firmados em seu âmbito de atuação (ou colaborar com a fiscalização do cumprimento desses compromissos), comunicando ao CADE toda e qualquer conduta da compromissada que possa caracterizar seu descumprimento.

Em casos de CONTROLE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO

1. A ANEEL deve **opinar sobre os potenciais efeitos anticompetitivos** dos Atos e Contratos celebrados entre agentes do setor elétrico que venham a ser submetidos à autorização do CADE, na forma do art. 54 da Lei 8.884. Particularmente, é importante ter a avaliação da agência reguladora sobre: a) se o ato apresenta ou não potencial de provocar danos à concorrência nos mercados do setor elétrico; b) as eficiências alegadas como justificadoras da aprovação do ato.

Esse parecer pode ser apresentado pela ANEEL por ocasião da *Consulta ao Mercado*, que é promovida pela SDE ou pelo CADE (este, nos termos previstos na Resolução nº 15, art. 5º).

2. A ANEEL pode também **colaborar com a instrução** dos processos, provendo o CADE com dados e outras informações necessárias à análise do caso.

3. A ANEEL pode, se for o caso, propor a celebração de **Compromisso de Desempenho**, apontando as obrigações que dele devam constar de modo a assegurar o cumprimento das eficiências justificadoras do ato. Deve, ainda, emitir parecer sobre propostas de Compromisso eventualmente apresentadas.

4. Deve-se discutir, finalmente, a oportunidade e conveniência de se institucionalizarem procedimentos conjuntos para processamento dos atos de concentração, utilizando a possibilidade explicitada no art. 15 da Resolução nº 15 do CADE³⁰.

Considerando que muitos atos se sujeitarão tanto ao controle sob a Resolução 94 da ANEEL, quanto àquele do art. 54 da lei antitruste, faz-se necessário discutir a possibilidade de unificar procedimentos instrutórios por meio de uma Resolução conjunta entre Conselho e Agência, ou uma Resolução-espelho, em que a ANEEL, por exemplo, estabeleça os documentos e informações necessários à semelhança daqueles requeridos pela Resolução 15 do CADE.

Para isso, no entanto, é preciso antes verificar o que há de comum entre os dois tipos de análises - pela Resolução 94/ANEEL e pelo art. 54/CADE³¹ - a cargo dos dois órgãos.

Bibliografia

- BRUNA, S. V. (1997). *O Poder Econômico*. São Paulo, Revista dos Tribunais.
- COHEN, W.E. (1997). *Per Se* Illegality and Truncated Rule of Reason: the search for a foreshortened antitrust analysis. <http://www.ftc.gov/opp/jointvent/persepap.htm>.
- FERRAZ Jr. (1995). Da Abusividade do Poder Econômico. *In Revista de Direito Econômico*, 21:23-30, out/dez.
- FORGIONI, P. (1998). *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo, Revista dos Tribunais

³⁰ Esse artigo prevê a possibilidade de serem utilizados procedimentos desenvolvidos em conjunto com cada órgão, sempre que houver atos cuja análise envolva a participação de agências reguladoras.

³¹ Ambas, como visto, não são necessariamente incompatíveis, à medida em que a Resolução não substitui o controle dos atos de concentração tal como previsto na Lei 8.884. Em princípio, elas podem conviver, pois dizem respeito a tipos diversos de controle.

- MORAES, M.L.R. de (1997). Aspectos Jurídicos da Regulação. Relatório Parcial do Projeto SEST/IPEA: Definição e Implementação dos Novos Marcos Regulatórios nas Áreas de Infraestrutura - características gerais e perspectivas.
- PIRES, J.C.L. & PICCININI, M.S. (1998). Modelos de Regulação Tarifária do Setor Elétrico. *In Revista do BNDES*, 5(9):147-168, junho.
- ROCHA, B.M. (1997). Articulação entre Regulação de Infra-Estrutura e Defesa da Concorrência, *in Revista do IBRAC*, 5(7):47:58.
- SALGADO, L.H. (1997). O Conceito de Mercado Relevante. *In Revista de Direito Econômico*, no 26, agosto/dezembro.
- SALOMÃO Filho, C. (1998). *Direito Concorrencial - as estruturas*. São Paulo, Malheiros Eds.
- SCHUARTZ, L.F. (1997). Dogmática Jurídica e Lei 8.884/94. (Mimeo, 34 p.)

JURISPRUDÊNCIA

