

A DIFERENCIAÇÃO DE TARIFAS NOS SERVIÇOS PÚBLICOS E A POSSIBILIDADE DE CARACTERIZAÇÃO DE INFRAÇÃO DA OR- DEM ECONÔMICA

Daniela Ramos Marques

Introdução

O presente texto tem como objetivo um breve estudo sobre uma das implicações decorrente de um eventual conflito entre regulação e concorrência. Mais especificamente, pretendemos analisar se a diferenciação de tarifas em serviços públicos poderia caracterizar uma infração à Ordem Econômica e, em caso positivo, qual seria a forma encontrada para se adequar a regulação às regras concorrenciais.

Para iniciar o trabalho caberá uma breve análise da Ordem Econômica Brasileira sob a luz da Constituição Federal de 1988. Após, estudaremos separadamente aspectos regulatórios e concorrenciais para, na seqüência, analisarmos mais detidamente o conflito de competências entre regulação e concorrência e as possíveis formas de solucionar esses conflitos, principalmente através da contribuição do direito norte-americano. Passaremos então à análise da possibilidade da diferenciação tarifária acabar por caracterizar discriminação sob o ponto de vista da legislação concorrencial.

Finalmente, tentaremos esclarecer de que forma seria possível adequar as regras regulatórias às regras concorrenciais caso a diferenciação tarifária caracterizasse discriminação.

Os Princípios da Ordem Econômica e a Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 em seu “Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira” consagra diversas princípios e regras a serem observados, dentre eles a livre concorrência e a prestação de serviços públicos. Ocorre que, ao serem aplicados em nossa realidade, tais regras e princípios podem eventualmente colidir por possuírem objetivos antagônicos. Decorre daí uma certa perplexidade com relação ao conflito já que, usualmente, partimos do pressuposto de que as regras e princípios constitucionais constituem um corpo harmônico. Surge então a necessidade de entender o conflito e solucioná-lo.

O mestre José Joaquim Gomes Canotilho¹ ensina que, apesar da Constituição possuir uma “função estabilizante e integradora”, isso não implica necessariamente a não existência de conflitos e antagonismos dentro dela. Isso ocorre porque a realidade que deu origem à Constituição é antagônica e possui diversos conflitos, nas suas palavras:

“A unidade é uma tarefa conexcionada com a ideia de compromisso e tensão inerente a uma lei fundamental, criada por forças político-sociais, plurais e antagônicas. Daí que a constituição, ao aspirar transformar-se em projecto normativo do Estado e da sociedade, aceite as contradições dessa mesma realidade. Esta radical conflitualidade ou permanência de contradições não exclui ou não tem de excluir uma intenção de justiça e verdade na proposta normativo-constitucional.”

Ao analisar a Ordem Econômica na Constituição de 1988 o professor Eros Roberto Grau² ressalta o caráter dinâmico das regras e princípios, pois, segundo o autor, “a Constituição é um dinamismo”.

Acrescenta ainda que o nosso modelo econômico está inacabado e é por essa razão que nossa ordem econômica é aberta; ou seja, a realidade não é estática, e não haveria razão para nossa Constituição assim o ser³. Dessa forma, a partir das regras e princípios genéricos contidos na Constituição há um amplo campo para interpretação e aplicação das regras aos casos concretos a ser enfrentada pelo legislador ordinário e pelos operadores do direito em geral.

Corroborando o mesmo entendimento, Celso Ribeiro Bastos⁴ afirma que o nosso sistema econômico é bastante complexo, com a consagração da livre iniciativa e, ao mesmo tempo, estabelecendo a ingerência do Estado em setores específicos, devido a preocupação com outros objetivos que não apenas a livre circulação de bens e mercadorias.

¹ Direito Constitucional, Coimbra:Livraria Almedina, 5ª ed., 1992, p. 83

² A Ordem Econômica na Constituição de 1988, São Paulo: Malheiros Editores, 5ª ed, 2000, p. 314

³ Para justificar sua teoria o autor cita o entendimento de von Ihering sobre a matéria: “Diz Von Ihering (O espírito do Direito Romano, v. III, trad. de Rafael Benaion, Alba Editora, Rio, 1943, p. 17): ‘ Não é, pois, o conteúdo abstrato das leis, nem a justiça escrita no papel, nem a moralidade das palavras, que decidem o valor dum direito; a sua realização objetiva na vida, a energia, por meio da qual o que é conhecido e proclamado, como necessário, se atinge e executa – eis o que consagra ao direito o seu verdadeiro valor’.” Eros Roberto Grau, ob. cit., p. 186.

⁴ Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Celso Bastos Editora, 1ª ed., 2002, p. 732.

Assim, não há como se negar que ao consagrar diversos princípios, os quais, por sua vez, têm em vista vários objetivos a serem alcançados pela sociedade, é inevitável que acabem ocorrendo conflitos, como é o caso dos conflitos decorrentes da atividade regulatória vs. regras concorrenciais. Cabe então ao legislador ordinário e aos operadores do direito interpretar e adequar essas regras e princípios sem deixar de levar em consideração que devem conformá-los ao dinamismo da nossa realidade para alcançar o desenvolvimento da nossa sociedade, objetivo consagrado no Preâmbulo da nossa Constituição⁵.

A Regulação

De acordo com Hely Lopes Meirelles⁶, “Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado.”⁷

No momento em que o Estado opta por uma política de transferência da execução desses serviços ao setor privado, considerando o seu caráter de essencialidade, fica reservado ao agente público a regulamentação, o controle e a fiscalização, através das Agências Regulatórias (“Agências”) criadas para esse fim.

⁵ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida na ordem interna e internacional, com a solução pacífica de controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.” (grifo nosso)

⁶ Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Malheiros Editores, 24^a ed., 1990, p. 297

⁷ Faz-se necessária aqui uma observação acerca do conceito de serviço público no direito brasileiro, dividindo-se a doutrina basicamente entre formalistas, dentre eles Hely Lopes Meirelles, e materialistas como Celso Antônio Bandeira de Mello que define serviço público como “toda atividade de oferecimento de utilidade ou comunidade material fruível diretamente pelos administrados, prestados pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definidos como próprios no sistema normativo”. Apesar das diferenças, ambas as correntes reconhecem a essencialidade e o caráter diferenciado dessa espécie de serviços.

Nos Estados Unidos da América, onde a experiência regulatória é mais antiga, a maior preocupação, a princípio, era a regulação de monopólios. Não havia a preocupação em desfazê-los ou criar ambiente propício à concorrência mas, tão somente, disciplinar os monopólios, pois acreditavam que a concorrência seria impossível e que o interesse público deveria ser protegido.

A partir dos anos 80, esse entendimento é modificado e passa a haver uma preocupação das Agências em chegar à desregulação (caso das telecomunicações) ou criar condições propícias para o desenvolvimento da concorrência.

No Brasil, a experiência regulatória é bastante recente, uma vez que o Estado concentrava a prestação de serviços públicos nas suas empresas. É a partir da década de 90, com a privatização nos setores de telecomunicações, energia e petróleo e a criação das respectivas agências (ANATEL, ANEEL e ANP) que passa a se desenvolver a regulação.

Os artigos 174 e 175 da Constituição Federal de 1988 determinam que:

“Art. 174: Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

(...)

Art. 175: Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo Único. A lei disporá sobre:

I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

(...)

III – a política tarifária.” (grifo nosso)

Dessa forma, está expresso o papel do Estado na regulação dos serviços públicos e, mais especificamente, no estabelecimento da política tarifá-

ria. Ao comentar o artigo 175 José Cretella Júnior⁸ define os principais elementos da tarifa e sua relevância no âmbito da regulação ao garantir amplo acesso aos usuários:

“Na tarifa há elementos essenciais, que devem estar presentes, caracterizando-a, e que ausentes, lhe desnaturam a essência.

Por sua importância, estão incluídas entre estas a igualdade, a certeza e a equidade.

A igualdade do quanto que cada usuário pagará fundamenta-se no pressuposto jurídico da igualdade impositiva e seu corolário prático, a uniformidade. A certeza dá estabilidade ao instituto, devendo para isso revestir-se de publicidade e da autorização legal. Mediante lei ou regulamento delegado procede-se à fixação das tarifas. A equidade de sua determinação é, enfim, o terceiro elemento da tarifa, incluindo-se aqui, a conveniência, a oportunidade, a razoabilidade, a justiça e a modicidade da remuneração devida pelo usuário.”

No entanto, apesar de caber às Agências a regulação das tarifas, mantendo o controle estatal inerente à relevância do serviço prestado, esse poder é limitado à sua finalidade. Francisco Campos⁹ ao analisar o poder regulamentar já entendia que:

“A lei condiciona estritamente a produção administrativa de preceitos ou de regras de caráter jurídico, limitada a sua atividade, no que toca às medidas regulamentares destinadas à execução da lei, a tão somente editar aqueles preceitos e as regras legais, mediante dispositivos que, por serem de caráter meramente administrativo, o legislador deixou e podia deixar à prudente discricção do administrador.”

Dessa forma, claro está que o Estado, através das Agências, possui competência, fundada na Constituição Federal de 1988, para a determinação de políticas tarifárias. No entanto, esse poder regulador deve sempre estar inserido dentro de uma “moldura legal” respeitando-se, assim, os princípios contidos nessas normas e a sua finalidade que é a proteção dos usuários de serviços públicos.

A Concorrência

⁸ Comentários à Constituição de 1988, vol. VIII, São Paulo: Forense Universitária, 1ª ed., 1993, p. 4135.

⁹ Lei e Regulamento, in Revista Forense, mar/abr., 1953, p. 71 apud in Pedro Dutra, O Poder Regulamentar dos Órgãos Reguladores, in Revista do Ibrac, p. 9.

Ao discorrer sobre o conceito de Constituição Econômica, o professor Calixto Salomão Filho¹⁰ explica que:

“...todo agrupamento social, por mais simples que seja, organizado ou não sob a forma de Estado, que queira ter como fundamento básico da organização econômica a economia de mercado deve contar com um corpo de regras mínimas que garantam ao menos o funcionamento desse mercado, ou seja, que garantam um nível mínimo de controle das relações econômicas.”

A natureza das normas concorrenciais está exatamente nas regras contidas nas Constituições Econômicas. Primeiramente, essas normas visavam assegurar a proteção dos consumidores contra o monopólios e oligopólios, pois o poder econômico era visto como um mal em si mesmo. Mais tarde, porém, com a noção de eficiência¹¹ passou a ser admitida a existência de monopólios ou de restrições à concorrência.

No Brasil a concentração econômica foi a regra durante um longo período, somente a partir da década de 90 com a abertura ao capital estrangeiro e com as privatizações passa então a existir uma maior preocupação com o direito antitruste.

A Constituição Federal de 1988 consolida a necessidade de proteção das relações econômicas ao dispor que:

“Art. 170: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;”

Art. 173: (...)

§ 4º: A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

¹⁰ Direito Concorrencial – as estruturas, São Paulo: Malheiros Editores, 1ª ed., 1998, p. 15

¹¹ “A eficiência é o princípio fundamental do direito antitruste na teoria neoclássica. Para os neoclássicos mais exaltados, mais do que um dos elementos a eficiência é o fator central a definir ou não a licitude de um poder de mercado.” Calixto Salomão Filho, ob. cit. nota 10, p. 167. Ainda de acordo com a Portaria nº 39 de 29.06.1999 da Secretaria de Acompanhamento Econômico, as eficiências ou benefícios do ato correspondem a “incrementos do bem-estar econômico gerados pelo ato de concentração que não podem ser gerados de outra forma (eficiências específicas da concentração).”

Assim, é dado ao Estado poder para interferir na atividade econômica através do direito da concorrência empresarial, fundamentado em Princípios da Ordem Econômica quais sejam, a defesa do consumidor e a livre concorrência.

Conflito de Competências : Regulação vs. Concorrência

Tanto os princípios que fundamentam a regulação quanto a concorrência estão contidos na Constituição Federal de 1988. Ocorre que, atualmente, com transformação ocorrida nos serviços públicos, há dificuldades em se estabelecer uma nova estrutura que compatibilize todos esses princípios. O professor Carlos Ari Sundfeld¹² expôs de maneira clara esse conflito:

“O Poder Executivo é que define a estrutura de mercado para a introdução da competição e nós temos uma agência reguladora que está lá para fazer a realidade a esta norma e ela vem procurando fazer com as dificuldades que evidentemente existem; e ao lado disso nós temos as agências da concorrência e que evidentemente têm que cumprir um papel em todos os momentos dessa imensa evolução, em todos os momentos.”

Em estudo sobre as relações entre regulação e concorrência, Gesner de Oliveira¹³ utilizou o seguinte quadro, adaptado de estudo realizado pela OCDE, para comparar as principais características e objetivos da regulação e da concorrência:

Agências	Política de concorrência	Regulação Tradicional
Dimensões		

¹² Debate sobre Sistema Brasileiro de Concorrência e Regulação – Política Industrial e Política da Concorrência – Agências Regulatórias e Política de Defesa da Concorrência CADE, SDE e SEAE – Competências e Atribuições in Revista do IBRAC.

¹³ Concorrência – panorama no Brasil e no mundo, São Paulo: Editora Saraiva, 1ª ed., 2001, p. 61.

Objetivos	mais restritiva: eficiência alocati- va	mais abrangente: universalização de serviços, integração regional e meio ambiente
Método	utilização de me- canismos de mer- cado	substituição de mecanismos de mercado
“Timing” e frequência de intervenção	ex-post	ex-ante
Tipos de reco- mendação	medidas estrutu- rais	medidas comportamentais

Fonte: adaptado de OCDE, 1998.

Mais adiante, Gesner de Oliveira explica que, a despeito das diferentes características entre os objetivos da regulação e os das regras concorrenciais, a tendência é de que sejam cada vez mais desenvolvidos mecanismos de convergência entre ambos. Um exemplo disso está na análise dos atos relacionados ao Sistema Financeiro Nacional; após um período de controvérsia e “embate” entre Banco Central do Brasil e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) a respeito da competência para análise e aprovação de atos nesse setor, neste momento ambas as instituições estão trabalhando juntas para estabelecer um convênio para apreciação dos atos, cabendo a cada órgão a análise do ato sob o seu prisma.

Ao estudar caso específico da distribuição de gás natural, Floriano de Azevedo Marques Neto¹⁴ alerta para duas ordens de desafios:

“Primeiro descontaminar a cadeia produtiva da atividade econômica para tornar efetiva a competição. Segundo, dotar o segmento específico de mecanismos regulatórios aptos a permitir que, inobstante o regime de competição, seja assegurado que a atividade siga sendo oferecida aos consumidores e usuários. Ou seja, a superação do monopólio sempre envolverá uma forte calibração entre medidas pró-competição e medidas de preservação da estrutura de produção anterior,...” (grifo nosso)

No mesmo estudo o professor tece considerações em relação à estrutura tarifária citando o estudo de Luiza Rangel de Moraes¹⁵:

¹⁴ “Universalização de Serviços Públicos e Competição: O Caso da Distribuição do Gás Natural”, in Revista do IBRAC.

¹⁵ “A Reestruturação dos Setores de Infra-Estrutura e a Definição dos Marcos Regulatórios” in Fernando Rezende e Tomás Bruginski de Paula – “Infra Estrutura – pers-

“Dentro dessa premissa básica, de desenvolvimento auto-sustentado, a estrutura tarifária deve ser concebida com vistas à definição de modelos para cada setor específico, de forma a estabelecer um ritmo para que os programas de investimentos, ampliação e modernização acompanhe, o fluxo das receitas, adotando a fórmula de subsídios apenas excepcionalmente.”

Constata-se que o processo de desestatização trouxe consigo a necessidade de articulação entre regulação setorial e a defesa da concorrência, visando a harmonia dos princípios constitucionais protegidos por essas duas espécies de regras. Porém, no caso específico das tarifas há ainda a preocupação de garantir o acesso dos usuários dos serviços públicos e permitir que o valor pago permita investimentos para sua expansão.

Ademais, muitas vezes existe ainda a necessidade de aplicar tarifas diferenciadas com o objetivo de redistribuição, ou seja, o pagamento de tarifas maiores por determinados usuários para garantir que possam ser cobradas tarifas menores dos usuários que, de outra forma, não conseguiriam ter acesso ao serviço público. Esses objetivos a serem alcançados por regras regulatórias tornam ainda mais difícil a aplicação das regras concorrenciais, decorrendo daí inevitavelmente um conflito entre regras.

A Contribuição da Doutrina da Norte-Americana – As Teorias da Ação Política (“State Action Doctrine”) e do Poder Amplo (“Pervasive Power Doctrine”)

Conforme mencionado no item acima, a interação entre princípios jurídicos e econômicos acaba por gerar um conflito entre as regras expedidas pelas Agências e as regras concorrenciais, devido aos seus objetivos diversos.

Especificamente no caso do controle de condutas (como na hipótese de discriminação decorrente de diferenciação tarifária), cabe verificar se a conduta permitida e/ou incentivada por um regulamento é legítima ou legal, ainda que implique violação de regras concorrenciais.

A Lei 8884 de 11.06.1994 (“Lei 8884”) traz as seguintes previsões bastante abrangentes a respeito de sua competência, o que torna difícil excluir a aplicação de suas regras:

Art. 7º. Compete ao Plenário do CADE:

(...)

II – decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas na lei;

pectivas e reorganização”, apud in “Universalização de Serviços Públicos e Competição: O Caso da Distribuição do Gás Natural”, in Revista do IBRAC.

(...)

X – requisitar dos órgãos do Poder Executivo Federal e solicitar das autoridades dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios as medidas necessárias ao cumprimento desta Lei.

(...)

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

A doutrina norte-americana nos apresenta duas teorias para solução dessa espécie de conflitos: a Teoria da Ação Política e a Teoria do Poder Amplo. Essas doutrinas são resultado de conflitos entre regras concorrenciais e regulação setorial ocorridos nos Estados Unidos da América. Calixto Salomão Júnior¹⁶ em texto sobre regulação da atividade econômica discorreu a respeito das duas teorias e suas diferentes origens e aplicações.

A Teoria da Ação Política teve sua origem no conflito decorrente da autonomia de regulamentação estadual face a legislação antitruste¹⁷. De acordo com a teoria há dois critérios para aferir se há imunidade à aplicação do direito antitruste em relação à uma norma de regulação setorial:

“(i) Regulamentação expedida em conseqüência de uma política claramente expressa e definida de substituição da competição pela regulamentação; e

(ii) Supervisão ativa e constante do cumprimento das obrigações impostas pela regulação.”

A lei deve determinar expressamente que a regulação deve substituir o sistema de concorrência ou então deve outorgar ao titular do poder regulamentar poderes para influir em variáveis fundamentais da orientação da vida empresa (e.g., preço e quantidade produzida), o que permite presumir a existência de intenção de substituição. De acordo com a legislação brasileira, o único caso em que se afastaria a aplicação da concorrência, portanto, seria no regime de concessões e permissões, incluindo a determinação de tarifas. No entanto, essa atividade deveria ser fiscalizada a todo tempo para que se constatasse se os seus objetivos estariam sendo alcançados ou não.

¹⁶ Regulação da Atividade Econômica (princípios e fundamentos jurídicos), São Paulo: Malheiros Editores, 1ª ed., 2001, p. 136 a 153.

¹⁷ De acordo com o professor Calixto Salomão Júnior a melhor e mais recente formulação da Teoria da Ação Política está na decisão da Suprema Corte Americana no caso California Retail Liquor Dealers Association vs. Midcal Aluminum Inc.(1980)

A Teoria do Poder Amplo¹⁸, por sua vez, tem sua origem no conflito de competências entre regras concorrência e regulação no âmbito das agências governamentais federais norte-americanas. De acordo com Calixto Salomão Filho o raciocínio é bastante semelhante ao aplicado na doutrina da ação política. Em apenas duas hipóteses seria possível afastar a aplicação do direito antitruste, através da análise da competência dos órgãos envolvidos:

(i) no caso do poder do órgão regulatório ser extenso o suficiente para afastar qualquer outra competência (hipótese de expressa substituição das regras concorrenciais, mesmo raciocínio aplicado à Teoria da Ação Política); ou

(ii) no caso em que, apesar do órgão não possuir poder extenso o suficiente para afastar a aplicação do direito concorrencial, esse poder é profundo o bastante para aplicá-lo (assim, infere-se que o órgão regulatório já aplicou regras concorrenciais na elaboração de suas regras).

O professor ressalta que, no caso da Agência possuir competência para aplicação do direito antitruste, mas não aplicá-lo na elaboração de suas regras, estas poderiam ser consideradas ilegais porque o poder, apesar de profundo, não foi exercido devidamente.¹⁹

No caso de ser constatado o desrespeito às regras concorrenciais nos setores regulados brasileiros e, mais especificamente, com relação aos atos normativos e fiscalizadores das agências brasileiras, Calixto Salomão Filho entende que estes não podem ser discutidos pelos órgãos da concorrência, mas sim, deverão ser revistos pelo poder judiciário, por meio de ação direta de inconstitucionalidade.

Mesmo entendimento expressou Ana Maria de Oliveira Nusdeo²⁰ ao analisar a possibilidade de revisão de normas expedidas pelas agências reguladoras pelos órgãos concorrenciais. De acordo com a autora a legislação brasileira não confere ao CADE essa competência, mas permite que como autarquia o

¹⁸ Já com relação à Teoria do Poder Amplo a melhor definição, segundo Calixto Salomão Júnior, foi dada pela Suprema Corte Americana em *United States vs. National Association of Securities Dealers, Inc.* (1975)

¹⁹ Neste ponto vale ressaltarmos o posicionamento de Floriano de Azevedo Marques. Entende o autor que a doutrina norte-americana, baseada na casuística, não se aplica no direito nacional pois no sistema brasileiro “a articulação entre os órgãos de regulação geral e setorial deve ser buscada na lei” (Regulação Setorial e Autoridade Antitruste – A Importância da Independência do Regulador in *Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro*, São Paulo: Max Limonad, 1ª ed., p. 105)

²⁰ *A Regulação e o Direito da Concorrência – Agências Reguladoras e Concorrência in Direito Administrativo Econômico*, São Paulo: Malheiros Editores, 1ª ed., 2000, p. 184 e 185.

CADE ingresse em juízo para “defender as condições de desempenho das funções a ele atribuídas na lei de sua instituição e na legislação em geral”. No entanto, essa seria uma possibilidade remota dispensada às hipóteses em que não foi possível estabelecer outros mecanismos para harmonização das regras.

A jurisprudência do CADE sobre conflitos entre regras de regulação e concorrência e a possibilidade de aplicação da doutrina norte-americana é bastante restrita. Na decisão proferida no julgamento do Processo Administrativo²¹ n° 08000.002605/97-52, de 20.01.1999, ocorreu manifestação a respeito dessa hipótese.

Referido processo versava sobre a regulamentação do serviço de transporte coletivo na Região Metropolitana de Belo Horizonte, onde a AMBEL (Assembléia Metropolitana da Região Metropolitana de Belo Horizonte) era o órgão estadual encarregado de estabelecer diretrizes de política tarifária. Apesar da regulamentação seguir política claramente expressa e definida de substituição da competição pela regulamentação e dispor de supervisão ativa e constante, entendeu o Conselheiro Relator Marcelo Calliari que:

“Diante desse quadro, a jurisprudência atual do CADE é no sentido de que existe uma competência residual da agência da concorrência, sempre que o regulamento é inexistente ou falho e/ou a autoridade fiscalizadora se revele inerte ou relapsa na supervisão e aplicação (enforcement) do regulamento. ...A atuação dos órgãos da concorrência tem um duplo propósito: punir os agentes que eventualmente, se beneficiando do caos regulamentar, se vejam envolvidos em práticas restritivas de concorrência e pressionar o órgão regulador para adotar as medidas adequadas a fim de sanar os vícios da regulamentação.” (grifo nosso)

Mais adiante o Conselheiro Relator expressou entendimento no sentido de que, ainda que haja expressa substituição de concorrência pela regulação o CADE poderia atuar:

“É importante, porém, deixar claro que a aplicação da State Action Doctrine no Brasil deve respeitar especificidades do nosso ordenamento jurídico. Assim, mesmo quando exista regulamentação de Estados ou Municípios sobre serviço público, ou mesmo da União, pode o órgão de defesa da concorrência, em face de competência própria, atuar. Essa competência deriva, em primeiro lugar da própria Constituição Federal, que erigiu a livre concorrência como princípio da Ordem Econômica. Em segundo lugar, pode o CADE atuar em questões que envolvem regulamentação estatal, devido a expresse dispositivo da Lei 8.884/94 (art. 7º).” (grifo nosso)

²¹ D.O.U. de 31 de março de 1999.

O Conselheiro Relator ainda deixa claro no mesmo voto o entendimento com relação às empresas privadas sujeitas ao regime regulatório, ao explicar que não faria sentido puni-las por cumprirem a regulação expedida por autoridade competente.

Dessa forma, ainda que haja previsão expressa de substituição de competição pela regulação, especificamente no que concerne à diferenciação de tarifas, caso não haja qualquer fundamento para a diferenciação estaria caracterizado um regulamento falho. Nesse caso, seria possível a atuação do órgão concorrencial, uma vez que, ainda que exista competência expressa das Agências não se poderia afastar a aplicação dos dispositivos da Lei 8884.²²

A Diferenciação de Tarifas

Após discussão acerca da competência do CADE para interferir no setor regulatório, cabem breves considerações sobre a diferenciação de tarifas e a possibilidade de enquadrá-la em uma das hipóteses de infração à Ordem Econômica previstas na Lei 8884.

Dispõem os artigos 20 e 21 da Lei 8884 que:

Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

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.

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

²² Cumpre mencionarmos aqui o entendimento do professor Calixto Salomão Filho consignado em seu livro *Regulação da Atividade Econômica* de que os atos fiscalizatórios ou normativos de agências (autarquias) não podem ser objeto de discussão nos órgãos concorrenciais (como seria o caso das tarifas da CSPE determinadas via portarias), nas palavras do professor: “...os atos normativos e de fiscalização das agências podem/devem ser objeto de revisão judicial. Imagine-se uma regulação que cria condições anticoncorrenciais em setor em que a Constituição não afastou a disciplina concorrencial. A constitucionalidade de uma tal regra pode e deve ser contestada com base nos princípios constitucionais (art. 170), através de uma ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, “a”, da Constituição Federal).” (grifo nosso)

(...)

XII – discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços...”

De acordo com Anexo I da Resolução nº 20 do CADE, a discriminação de preços consiste na utilização do poder de mercado pelo produtor para fixar preços diferentes para o mesmo produto/serviço, discriminando entre compradores, individualmente ou em grupos, de forma a se apropriar de parcela do excedente do consumidor e assim elevar seus lucros.

O Conselheiro do CADE Thompson Andrade²³ ao analisar a diferenciação de tarifas explica que: “a discriminação de preços pode ser usada, como de fato tem ocorrido, por empresas estatais de serviços públicos nos países em desenvolvimento com um objetivo não orientado para o lucro, como se dá com as empresas brasileiras de serviços públicos....Neste caso, a discriminação de preços é usada para satisfazer um objetivo social diferente da maximização de lucros”. Porém, ao final de seu estudo, o Conselheiro conclui que esta forma de diferenciação dificilmente atinge sua finalidade redistributiva, pois todos os recursos que se consegue com aqueles que pagam mais acabam não sendo dirigidos a quem paga menos para que ocorra um reequilíbrio.

Portanto, ainda que haja justificativa para diferenciação, baseada na redistribuição e incentivo, dificilmente se alcançaria essa finalidade já que, conforme constatou Thompson Andrade, ocorre o prejuízo dos usuários que pagam as tarifas mais elevadas, sem que haja em contrapartida um benefício que o justifique.

Ao estudar a diferenciação de preços Ary Solon²⁴ comenta os seguintes aspectos a serem considerados na discriminação de preços:

- (i) Contemporaneidade: vendas ocorrerem em épocas diversas;
- (ii) Similaridade: a diferenciação de produtos;
- (iii) Categoria de compradores: diferenciação das espécies de compradores;
- (iv) Localização geográfica: custo do transporte;
- (v) Quantidade adquirida: desconto quantitativo; ou,
- (vi) Serviços prestados pelo adquirente na promoção dos produtos.

²³ Aspectos Distributivos na Determinação de Preços Públicos, Rio de Janeiro: IPEA, 1ª ed., 1998, p. 39

²⁴ “Diferenciação de Preços”, in Revista do IBRAC.

Para justificar a diferenciação de tarifas, sob o ponto de vista econômico, esta deveria ter como motivação qualquer uma das hipóteses acima relacionadas.

Com relação ao caráter discriminatório Werter R. Faria²⁵ explica que praticar discriminação consiste em se adotar uma dessas três condutas:

- (i) Aplicar tratamento desigual a pessoas em situação comparável;
- (ii) aplicar tratamento igual a pessoas que não se encontram em situações comparáveis; ou
- (iii) tratar desigualmente pessoas em situações diferentes sem que essa diferença justifique o tratamento desigual.

Entendimento semelhante acerca da discriminação foi dado pelo professor Tércio Sampaio Ferraz²⁶:

“...ferir a igualdade equivale não só a aplicar ou induzir à aplicação de tratamento desigual a pessoas que se encontram em situação comparável, mas fazê-lo também em relação a pessoas que se achem em situações diferentes quando o tratamento desigual não seja justificável por aquela diferença.”

Ainda de acordo com o professor Tércio a isonomia está resguardada em alguns dispositivos da lei 8884, dentre eles o inciso XII do artigo 21 acima transcrito, que veda a conduta discriminatória.

No que diz respeito à jurisprudência sobre discriminação, o CADE vem entendendo que a diferenciação por si só não pode ser considerada de plano uma infração da Ordem Econômica, mas sim devem ser constatados os requisitos do artigo 20 para sua caracterização.

Da análise da hipótese de diferenciação de tarifas esta poderia ser caracterizada como conduta discriminatória, desde que empregado o seguinte raciocínio:

(i) analisar se diferenciação não seria justificável por um dos aspectos considerados como fatores determinantes na diferenciação dos preços (contemporaneidade, similaridade, categoria de compradores, localização geográfica, quantidade adquirida ou serviços prestados pelo adquirente na promoção dos produtos);

(ii) ainda que não fosse justificável por um aspecto meramente econômico relacionados no item acima, considerar se a diferenciação poderia ter outros objetivos como a redistribuição, permitir o acesso amplo aos usuá-

²⁵ Direito da Concorrência e Contrato de Distribuição, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1ª ed., 1992, p. 127

²⁶ “Conduta discriminatória e cláusula de exclusividade dirigida”, in Revista do IBRAC.

rios ou expansão dos serviços públicos (objetivos de política econômica do Estado), verificando se esses objetivos estão realmente sendo alcançados através da diferenciação;

(iii) caso estejam excluídas as duas hipóteses acima, caberia ainda analisar se a diferenciação não se justifica pela aplicação do princípio da isonomia, ou seja tratamento desigual dispensado devido à natureza diferenciada dos usuários;

(iv) por fim, caso se constatasse que não há quaisquer fatores que justifiquem a diferenciação, e ainda presentes os requisitos ao artigo 20 da Lei 8884 caracterizada estaria a conduta discriminatória²⁷.

Conclusão

Considerando os seguintes aspectos abordados:

(i) as Agências possuem competência para estabelecer políticas tarifárias, competência esta inserida dentro de uma “moldura legal” que deve ser respeitada;

(ii) o Estado, a princípio, poderá também intervir na atividade econômica para proteger os Princípios da Ordem Econômica previstos na Constituição, através da legislação concorrencial;

(iii) a regulação e concorrência por protegerem diferentes princípios constitucionais podem acabar gerando um conflito entre essas regras no momento de sua aplicação, cabendo então estabelecer até que ponto uma regra de regulação pode afastar a aplicação de regras concorrenciais;

(iv) a doutrina norte-americana nos fornece critérios para solução de conflitos entre Agências e órgãos de concorrência. Ao analisarmos a jurisprudência mais recente do CADE, entendemos que, ainda que haja substituição pela regulação, não se pode afastar totalmente a aplicação da Lei 8884;

(v) a determinação de tarifas diferenciadas pode ser considerada prática de discriminação, configurando uma infração à Ordem Econômica nos termos dos artigos 20 e 21 da Lei 8884; e

²⁷ No mesmo texto sobre conduta discriminatória, o professor Tércio explica que a posição dominante não é uma situação estática no interior de uma estrutura, mas depende fortemente do fator temporal, o qual deve ser ligado ao estágio de desenvolvimento de um mercado. No caso dos setores regulados não há como se negar que as empresas que atuam nesse setor possuem um elevado poder devido à relevância e essencialidade dos serviços prestados, mais ainda muitas vezes, devido a sua estrutura os consumidores não possuem alternativa para prestação dos serviços e para ter acesso a eles paga a tarifa estipulada.

(vi) no caso de infração à Ordem Econômica cabe ao prejudicado a possibilidade de apresentar uma representação à SDE, a qual poderá ou não instaurar um Processo Administrativo no âmbito da concorrência.

Portanto, na hipótese em análise um dos usuários prejudicados pela diferenciação de tarifas, poderia encaminhar uma representação à SDE fundamentada nos artigos 20 e 21 da Lei 8884 para que fosse instaurado um Processo Administrativo e encaminhada a decisão à Agência recomendando que a falha em seu regulamento fosse sanada, reconhecendo-se assim a importância em se calibrar as duas espécies de regras, pois ambas possuem fundamento nos princípios consagrados na Constituição Federal de 1988.

Ainda que se entenda que o CADE não possa interferir no âmbito regulatório isso não impede que se possa então através do Judiciário tutelar o interesse dos usuários dos serviços públicos e aplicando-se os princípios consagrados na Lei 8884.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Thompson. Aspectos Distributivos na Determinação de Preços Públicos, IPEA, 1ª edição, Rio de Janeiro, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional, Celso Bastos Editora, 1ª edição, São Paulo, 2002.

_____. Direito Econômico Brasileiro, Celso Bastos Editora, 1ª edição, São Paulo, 2000.

CAMPILONGO, Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coordenadores). Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro, Max Limonad, 1ª edição, São Paulo, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional, Livraria Almedina, 5ª edição, Coimbra, 1992.

DIVERSOS, Debate sobre Sistema Brasileiro de Concorrência e Regulação – Política Industrial e Política da Concorrência CADE, SDE e SEAE – Competências e Atribuições in Revista do Ibrac, vol.

DUTRA, Pedro. O Poder Regulamentar dos Órgãos Reguladores in Revista do Ibrac, vol.

_____. Novos Órgãos Reguladores: Energia, Petróleo e Telecomunicações in Revista do Ibrac, vol.

_____. Órgãos Reguladores: futuro e passado in Revista de Direito Econômico, julho/dezembro de 1996.

FARIA, Werter R. Direito da Concorrência e Distribuição, Sergio Antonio Fabris Editor, 1ª edição, Porto Alegre, 1992.

FERRAZ, Tércio Sampaio. Conduta Discriminatória e Cláusula de Exclusividade Dirigida, in Revista do Ibrac, vol.

FILHO, Calixto Salomão. Regulação da Atividade Econômica (Princípios e Fundamentos Jurídicos), Malheiros Editores, 1ª edição, São Paulo, 2001.

_____. Direito Concorrencial – As Estruturas, Malheiros Editores, 1ª edição, São Paulo, 1998.

_____. Atuação Estatal e ilícito antitruste in Revista de Direito Econômico, julho/dezembro de 1996.

FREIRE, Marusa Vasconcelos. A atuação do CADE diante da desestatização, in Revista do Ibrac, vol.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988, Malheiros Editores, 5ª edição, São Paulo, 2000.

GRIMBERG, Mauro. O Estado, suas empresas e o direito da concorrência, in Revista do Ibrac, vol.

JUNIOR, José Cretella. Comentários à Constituição de 1988, vol. VIII, Editora Forense Universitária, 1ª edição, São Paulo, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros Editores, 24ª edição, São Paulo, 1990.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 13ª edição, São Paulo, 2001.

NETO, Floriano de Azevedo Marques Neto. Universalização de Serviços Públicos e Competição: O Caso da Distribuição do Gás Natural in Revista do Ibrac, vol.

NUSDEO, Fábio. Curso de Economia, Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, São Paulo, 1998.

OLIVEIRA, Gesner. Concorrência – Panorama no Brasil e no mundo, Editora Saraiva, 1ª edição, São Paulo, 2001.

ROCHA, Bolívar Moura. Articulação entre Regulação de Infra-Estrutura e Defesa da Concorrência in Revista do Ibrac, vol.

SOLON, Ary. Diferenciação de Preços in Revista do Ibrac, vol.

SUNDFELD, Carlos Ari (coordenador). Direito Administrativo Econômico, Malheiros Editores, 1ª edição, São Paulo, 2000.