

## Doutrina

## A INTERAÇÃO ENTRE O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E A ANATEL: UM ESTUDO DAS COMPETÊNCIAS

1. Introdução; 2. A Interação entre o SBDC e a ANATEL; 2.1. Da Competência Exclusiva; 2.1.1. Das Regras de Hermenêutica; 2.2. Da Competência Concorrente; 2.3. Da Matéria Afeta à Competência; 3. Controle de Estruturas de Mercado; 3.1. Consulta; 3.2. Ato de Concentração; 3.3. Compromisso de Desempenho; 4. Controle de Condutas que Configurem Infração à Ordem Econômica; 4.1. Consulta; 4.2. Averiguação Preliminar; 4.3. Processo Administrativo; 4.4. Medida Preventiva; 4.5. Compromisso de Cessão; 4.6. Acordo de Leniência; 5. Conclusão; 6. Bibliografia.



**André Melo de Abreu( 1)**

**Nota:**

(1) O artigo é uma sinopse da monografia “ *A Interação entre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e a ANATEL: Um Estudo das Competências* (mar. 2004), orientada por Ivo Teixeira Gico Júnior, Professor de Direito Público da Universidade de Brasília -UnB. O professor é Bacharel em Direito pela UnB (1999); Pós-graduado em Processo Civil pelo IBEP/IBDP (2000); Bolsista Fulbright e Mestre (LL.M.) com honra máxima ( *James Kent Scholar* ) pela *Columbia Law School* (2001); Doutorando em Direito Comercial pela USP. e-mail: itg@bmalaw.com.br, telefone: (55) 61 218-0300.

*Graduando em Direito pela Universidade de Brasília ( UnB); Participação no Grupo de Estudo de Direito Econômico (UnB); Participação no Grupo de Estudo de Criminologia – GECRIM ( UnB); Participação no Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Negociação e Mediação – GT Arbitragem (UnB);*

*Estágios: Xavier, Bernardes, Bragança – Sociedade de Advogados; Procurado-ria-Geral do Estado de São Paulo; Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no Gabinete do Conselheiro Roberto Pfeiffer e na Procuradoria-Geral do CADE;*

*Atualmente exercendo a função de Assessor Jurídico no Gabinete do Conselheiro Luís Fernando Vasconcellos.*

*e-mail: andre. abreu @ cade.gov. br*

### 1. INTRODUÇÃO

Hodiernamente verificamos que inúmeros problemas jurídicos, oriundos das constantes inovações legislativas, ainda não encontraram solução, já que não foram alvo de uma análise mais aprofundada. É o que se observa, por exemplo, no âmbito do Direito Econômico.

Insta observar que, com o advento das agências reguladoras, a partir de 1997, houve uma rápida e significativa mudança na disciplina legal deste campo jurídico. Neste diapasão, verifica-se que, no que atine aos problemas advindos deste novo panorama legal, muito pouco foi debatido tanto no âmbito de doutrina, como da jurisprudência.

A Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97) trouxe uma inovação importante em relação à Lei nº 8.884/94: atribuiu à ANATEL a competência de instruir a análise de atos de concentração envolvendo prestadoras de serviço de telecomunicações, bem como instaurar e instruir averiguações preliminares e processos administrativos para a apuração de infrações contra a ordem econômica atribuídas a tais empresas.

Deste modo, a Lei Geral de Telecomunicações suprimiu tais atribuições da Secretaria de Direito Econômico e da Secretaria de Acompanhamento Econômico, transferindo-as para a ANATEL. Assim, não apenas modificou, especificamente para o setor de telecomunicações, o modelo inserto na Lei de Defesa da Concorrência, como disciplinou a matéria de forma diversa da realizada pelas demais leis que criaram agências reguladoras.

Isto posto, dentre as indefinições surgidas, faz-se mister realizar um estudo, embasado em fundamentação legal e doutrinária, que tenha por escopo delimitar os limites da competência da ANATEL e do CADE, bem como da relação entre a ANATEL e os órgãos SDE e SEAE.

Este será o objetivo do presente trabalho. O segundo capítulo tem por escopo demonstrar como se dá a interação entre o SBDC e a ANATEL, buscando-se delimitar a teleologia que deve servir ao estabelecimento das respectivas competências. O terceiro capítulo terá por objetivo definir as competências do SBDC e da ANATEL para a análise de estruturas de mercado. Por fim, o quarto capítulo terá o objetivo de definir as competências do SBDC e ANATEL para a análise de condutas que configurem infração à ordem econômica.

## 2. A INTERAÇÃO ENTRE O SBDC E A ANATEL

O presente capítulo tem por escopo demonstrar como se dá a interação entre o SBDC e a ANATEL, buscando-se delimitar a teleologia que deve servir ao estabelecimento das respectivas competências. Não será, pois, por ora, realizado o cotejo entre os dispositivos legais aplicáveis aos aspectos procedimentais, o que será realizado de forma pormenorizada nos capítulos seguintes.

O advento das agências reguladoras traz à baila a necessidade e importância da manutenção de um regime de concorrência, pautado em uma estrutura legal e institucional confiável, capaz de exercer um controle eficiente sobre as atividades privatizadas. Isso deve ser obtido por meio de uma eficaz regulação pelas agências, dotadas de maior autonomia, liberdade de ação e distanciamento das pressões políticas.

O fim a ser alcançado deve ser o de coordenar e compatibilizar adequadamente a atuação das agências reguladoras com regras gerais existentes para o funcionamento do mercado e com a ação dos outros organismos estatais responsáveis pelas políticas de livre concorrência, quais sejam o CADE, a SDE e a SEAE, buscando uma esmoreita delimitação de competência dos citados órgãos, legalmente investidos de poderes para realizar essa espécie de controle em uma perspectiva ampla de mercado.

Para que se possa fazer um acurado estudo sobre a delimitação destas competências, deve-se ter como base as regras de hermenêutica aplicáveis ao caso em estudo. Inicialmente buscar-se-á definir qual a metodologia mais esmoreita para a realização desta análise. Em seguida verificar-se-á qual(is) outra(s) interpretação(ões) tem sido adotada(s) por estes órgãos e pela doutrina majoritária.

### 2.1. Da Competência Exclusiva

Inicialmente, por uma questão de coerência metodológica, deve-se fazer uma breve análise acerca do instituto da competência e sua abordagem no direito pátrio.

Neste diapasão, devemos inicialmente nos reportar à Constituição Federal, nossa lei maior, para que verifiquemos quais as modalidades de competência existentes em nosso sistema jurídico.

José Afonso da Silva<sup>(2)</sup>, analisando as modalidades de competência existentes em nossa Magna Carta, classifica as competências quanto à forma, conteúdo, extensão e origem. Ao presente estudo interessa a classificação quanto à **extensão (participação de uma ou mais entidades na esfera da normatividade ou da realização material)** que se distingue em: **exclusiva (atribuída a uma entidade com exclusão das demais)**, privativa (enumerada como própria de uma entidade, com possibilidade de delegação e de competência suplementar), comum, cumulativa ou paralela (faculdade de legislar ou praticar certos atos, em determinada esfera, juntamente e em pé de igualdade) **concorrente (possibilidade de disposição sobre o mesmo assunto ou matéria por mais de uma entidade)** e suplementar (correlativa da competência concorrente, e significar o poder de formular normas que desdobrem o conteúdo de princípios ou normas gerais ou que supram a ausência ou omissão destas).

**Nota:**

(2) SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 479.

Analisado o tratamento constitucional do instituto, importa verificar como se dá sua regência no direito administrativo. No direito administrativo não basta que o sujeito tenha capacidade (ser titular de direitos e obrigações que possa exercer, por si ou por terceiros), é necessário que tenha também competência. Quem tem capacidade para a prática de atos administrativos são as pessoas públicas políticas (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), cujas funções são distribuídas entre órgãos administrativos e, dentro destes, entre seus agentes, pessoas físicas. A distribuição de competências das pessoas jurídicas políticas está disposta na Constituição, enquanto que a dos órgãos e servidores em leis.

É o que se verifica no caso em estudo, já que em matéria de telecomunicações, a competência é privativa da União (inciso IV, artigo 22, da Constituição Federal) e em matéria de direito econômico é concorrente entre a União, Estados e Distrito Federal (inciso I, artigo 24, da Constituição vigente), sendo que as competências da SEAE (órgão vinculado ao Ministério da Fazenda), da SDE (órgão vinculado ao Ministério da Justiça) e do CADE (autarquia federal) e ANATEL (autarquia especial) estão dispostas em lei.

Maria Sylvania Zanella Di Pietro entende que:

“Aplicam-se à competência as seguintes regras:

1. **decorre sempre da lei**, não podendo o próprio órgão estabelecer, por si, as suas atribuições;

2. é **inderrogável**, seja pela vontade da Administração, seja por acordo com terceiros; isto porque a competência é conferida em benefício do interesse público;

3. pode ser objeto de **delegação ou avocação**, desde que não se trate de competência conferida a determinado órgão ou agente, com exclusividade, pela lei” (3).

**Nota:**

(3) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 196.

Em consonância com isso está o que dispõe o artigo 11 da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal:

“A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os caso de delegação e avocação legalmente admitidos”.

Verifica-se, desta forma, que, em respeito ao princípio administrativo da legalidade estrita, a competência somente surge por expressa determinação legal, sendo irrenunciável, e, no caso dos órgãos regidos pelas leis em estudo (Lei de Defesa da Concorrência e Lei Geral de Telecomunicações), não foram alvos de delegação ou avocação.

Compreendido o instituto da competência, importa delimitar o alcance de competência que a lei atribui aos órgãos do SBDC e à ANATEL. Podemos verificar dois problemas relevantes afetos à delimitação de competência destes órgãos. O primeiro surge da tênue separação entre regulação e concorrência. O segundo surge da possível sobreposição de competências entre a SDE/SEAE e ANATEL no que atine à competência instrutória para análise de questões concorrenciais.

O presente trabalho ater-se-á à análise exaustiva do segundo problema, fazendo-se tão somente breves comentários acerca do primeiro, já que está intimamente relacionado ao segundo.

Com o advento da LGT, a ANATEL passou a disciplinar os aspectos regulatórios do setor de telecomunicações, enquanto que o CADE, residualmente, reteve sua competência para a apreciação somente das questões que envolvam a defesa da concorrência. É o que nos ensina Helena Xavier:

“Na sua vertente específica de direito econômico, a LGT submete ainda a disciplina das relações econômicas do setor de telecomunicações, não só aos princípios constitucionais do art. 170 CF, determinando que a organização dos serviços seja fundada no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as operadoras (art. 6º), como também ao princípio da continuidade do serviço prestado no regime público (art. 5º), assumindo-se expressamente como **direito especial** em relação à Lei Brasileira de Defesa da Concorrência – “LBDC” (Lei nº 8.884/94, de 11.06), nos termos do art. 7º, *caput*.

Enquanto direito especial em relação à LBDC, a LGT, embora sem contrariar substancialmente os princípios naquela contidos, adapta-a às particularidades circunstâncias do setor de telecomunicações, relegando a sua aplicação para o plano da subsidiariedade.

O modelo de competição do setor de telecomunicações estabelecido pela LGT assenta, assim, no binômio regulação e concorrência (art. 6º e 7º e 71 LGT)” (4).

**Nota:**

(4) XAVIER, Helena de Araújo Lopes. *O Regime Especial da Concorrência no Direito das Telecomunicações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 31-32.

Isso porque, conforme se observa no artigo 6º da LGT, a regulação prevista não é destinada a eliminar a dinâmica do livre mercado, mas sim introduzi-la, tanto quanto possível. Ou seja, busca-se, com a paulatina extinção do monopólio legal, atingir um modelo competitivo.

Como preleciona Carlos Ari:

“Não há, portanto, contradição finalística entre a regulação de telecomunicações e o direito antitruste – pois aquela tem, tanto quanto este, compromissos com a livre concorrência

Demais disso, a LGT não quebrou a unidade do direito antitruste contido na Lei nº 8.884/94, quer em seu aspecto substancial, quer em seu aspecto adjetivo. Bem ao contrário: determinou de modo expresso a incidência, no setor, das normas gerais de proteção à ordem econômica, relativas ao controle tanto das estruturas como das condutas” (5)

**Nota:**

(5) Parecer de lavra do Prof. Carlos Ari Sunfeld acostado aos autos do Pedido de Medida Preventiva relativo ao Processo Administrativo nº

08700.001498/2002-23. p. 19-20.

Os conceitos de regulação e defesa da concorrência são distintos entre si e não se deve confundi-los, não obstante isto ocorra frequentemente na prática, tendo em vista sua imbricada relação.

Como já observado, o escopo deste estudo é estabelecer as competências em matéria de defesa da concorrência, por esta razão, insta frisar que utilizar-se-á o conceito de defesa da concorrência, como abrangendo o controle preventivo das estruturas de mercado (análise de aquisições, fusões e *joint ventures*, impedindo-se ou impondo condições àquelas que forem prejudiciais à concorrência) e o controle repressivo de condutas (iniciando investigação pública, por meio de processo administrativo, de práticas supostamente anticompetitivas e, ao final, condenando os seus agentes, se caracterizado o ilícito).

Esta é justamente a sistemática adotada pela Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 8.884/94), cujo escopo está determinado em seu artigo 1º:

**Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica**, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei. (grifou-se)

Sua atuação divide-se em controle de estruturas e controle de condutas. O controle de estruturas, disciplinado pelo artigo 54 da Lei nº 8.884/94, visa monitorar atos e contratos, enquadrados dentre as hipóteses de subsunção estabelecidas no referido artigo, tendentes a produzir concentração econômica. O controle de condutas trata da repressão de condutas anticoncorrenciais, previstas nos artigos 20 e 21 desta mesma lei, capazes de limitar ou prejudicar a livre concorrência.

Para a aplicação desta lei previu-se a competência genérica para investigar, reprimir e prevenir os atos lesivos à concorrência com interação entre três órgãos distintos: CADE, SDE e SEAE. A SDE e a SEAE são órgãos técnicos com poderes de monitoramento do mercado.

Cumprindo, portanto, verificar se, com a edição de normas substantivas de regulação e criação de um órgão regulador, a lei teria de modo explícito ou tácito afetado o modo de aplicação e incidência da norma antitruste genérica (Lei nº 8.884/94), com a conseqüente modificação da competência dos órgãos antitruste constantes na referida lei (CADE, SDE e SEAE), transferindo-a para o órgão regulador.

Para analisar se com o advento da LGT teria ocorrido a exclusão da competência da SDE e SEAE para a análise instrutória de questões concorrenciais ou, se ao revés, a ANATEL passaria a atuar em conjunto com estes órgãos, tendo em vista que a competência seria concorrente, deve-se utilizar as regras de hermenêutica aplicáveis ao direito brasileiro.

### 2.1.1. Das Regras de Hermenêutica

João Francisco(6), partindo dos ensinamentos de Karl Larenz em sua obra Metodologia da Ciência do Direito, elenca os critérios tradicionais de hermenêutica jurídica, que devem ser analisados sob uma perspectiva de complementariedade e interdependência: a interpretação literal da norma (sentido extraído da aceção direta da linguagem, em específico a técnico-jurídica), a interpretação histórica (a intenção reguladora do legislador ao tempo da formulação da norma, sempre limitado pelo teor do texto vigente), interpretação teleológica (busca concretizar os objetivos essenciais da norma) e a interpretação sistemática (a norma é analisada não isoladamente, mas em cotejo ou como parte integrante de um sistema normativo).

#### Nota:

(6) DRUMOND, João Francisco Aguiar. *Interpretação do Direito e da Constituição – Aspectos Gerais*. Dissertação de Mestrado em Direito e Estado na Universidade de Brasília, 2001. p. 33 e ss.

Deste modo devemos partir inicialmente da interpretação literal da norma, para em seguida fazermos o cotejo com as demais técnicas de hermenêutica, sendo esta modalidade também o ponto de chegada, já que os signos lingüísticos têm significados finitos, não se podendo extrair o que foge de sua possível compreensão.

Cumprindo, desta maneira, observar o que dispõe a LGT acerca da competência da ANATEL. Vejamos:

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

§ 1º **Os atos envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações**, no regime público ou privado, que visem a qualquer forma de concentração econômica, inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, **ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica**.

§ 2º Os atos de que trata o parágrafo anterior serão submetidos à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por meio do órgão regulador.

§ 3º Praticará infração da ordem econômica a prestadora de serviço de telecomunicações que, na celebração de contratos de fornecimento de bens e serviços, adotar práticas que possam limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa.

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

(...)

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

Com efeito, ao analisarmos a literalidade da norma verificaremos que se outorgou à agência reguladora, relativamente às telecomunicações, a competência exposta no inciso XIX, do artigo 19, da referida lei e não a esta em conjunto ou alternativamente ou de qualquer outra forma que se possa querer inferir em relação à SDE e à SEAE. Novamente, atendo-se à literalidade da norma, podemos observar que no que quis o sistema legal delimitar ou ressaltar determinada competência a fez de modo expresso e inequívoco, quando dispôs que as competências da agência seriam exercidas, ressalvadas as do CADE.

A análise do artigo 7º da LGT, em cotejo com o artigo 19, inciso XIX, da mesma lei, nos dá ainda mais segurança para considerar a competência exclusiva, em relação à SDE e SEAE. Isso porque, se há a ressalva, no artigo 19, da competência tão-somente do CADE e o *caput* do artigo 7º determina que são aplicáveis ao setor de telecomunicações as normas gerais, somente quando não conflitarem com a LGT, patente está que, neste setor, estão afastadas as competências instrutórias dos órgãos do SBDC, já que em evidente conflito.

Frise-se que, partindo-se do pressuposto de que não há conflito de competência, já que excluídas as referidas competências, o conflito de competência seria apenas aparente, havendo, na realidade, um conflito de normas.

Isso porque não seria tecnicamente correto utilizar o termo conflito de competência, já que somente um destes órgãos a possuiria. O termo seria aplicável e tratar-se-ia de um conflito positivo de competência, caso os dois órgãos reivindicassem para si a persecução do exercício da mesma competência.

Ainda quanto à análise do artigo 7º, deve-se frisar que o texto dos §§ 1º e 2º deste artigo deixam igualmente de forma clara que o controle estrutural será submetido ao CADE **por meio do órgão regulador**. O que novamente nos leva a concluir que não em conjunto ou alternativamente ou de qualquer outra forma que se possa querer inferir com ou pela SDE e SEAE.

Como o § 3º está inserido dentro do mesmo artigo 7º e da mesma lei e, portanto, em cotejo com o inciso XIX, do artigo 19 da referida lei, ao controle de condutas aplica-se a mesma sistemática supradefendida. Esta é a teleologia inserta pela LGT também nos artigos 6º, 71 e 97(7).

**Nota:**

*(7) Art. 6º Os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica.*

*Art. 71. Visando a propiciar competição efetiva e a impedir a concentração econômica no mercado, a Agência poderá estabelecer restrições, limites ou condições a empresas ou grupos empresariais quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações.*

*Art. 97. Dependirão de prévia aprovação da Agência a cisão, a fusão, a transformação, a incorporação, a redução do capital da empresa ou a transferência de seu controle societário.*

*Parágrafo único. A aprovação será concedida se a medida não for prejudicial à competição e não colocar em risco a execução do contrato, observado o disposto no art. 7º desta Lei. (grifou-se)*

Entendemos que se por um lado, segundo a interpretação histórica, pode-se inferir que o legislador buscou, face à especificidade da questão regulatória e concorrencial das telecomunicações, instituir um complexo normativo e institucional próprios, o mesmo se pode estender à interpretação teleológica, já que esta é a razão e o fim que se objetiva com a vigência desta lei especial.

Entendemos ser a interpretação sistemática a mais relevante, até porque a mais completa, na medida em que busca fazer a adequação da norma a todo o sistema jurídico vigente.

Neste diapasão, do ponto de vista metodológico, é mister que estabeleçamos o conceito de sistema jurídico. Juarez Freitas(8) o compreende como *uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente na Constituição.*

**Nota:**

(8) FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Malheiros, 1998. p. 46.

O mesmo autor nos orienta acerca da interpretação do Direito Administrativo:

“Com efeito, toda a interpretação publicista, mesmo diante das questões mais singelas, há de ser sistemática, principiológica e hierarquizadora, ainda quando não se explicita claramente como tal, eis que todo e qualquer diploma legislativo regente das ditas relações de administração — a despeito de aparentemente claro ou eivado de vícios e de falhas técnicas, voluntárias ou não, originárias ou supervenientes — precisa ser interpretado e, não raro, teleologicamente corrigido em estrita consonância com os altos princípios constitutivos do sistema jurídico em geral e do subsistema administrativista em particular” (9)

**Nota:**

(9) FREITAS, Juarez. *op. cit.*, p. 167.

Deve-se, pois, buscar realizar o cotejo entre as normas ora em análise e os princípios constitucionais e administrativos aplicáveis ao problema em tela.

Utilizando-se a interpretação sistemática podemos dizer que é inteiramente coerente, dentre uma sistemática legal em que haja uma norma geral com dotação institucional para atuação também genérica, e uma norma específica, também com dotação institucional própria para atuação nesta matéria, que haja um órgão competente para exercer com exclusividade a competência instrutória deste mercado. Até porque este é o órgão justamente especializado para tal. Restando, para todos os outros mercados que não lhe sejam afetos, a atuação dos órgãos de atuação genérica.

Incoerência ou incompatibilidade lógica interna do sistema haveria se, havendo um órgão instituído e dotado de estrutura e quadro de funcionários especializados para atuar especificamente em telecomunicações, fosse permitido que órgão sem o mesmo grau de especialização viesse a exercer as mesmas funções, em substituição, sob pena de evidente perda de qualidade na apreciação da matéria, ou complementarmente, sob pena de imputar ao administrado uma excessiva onerosidade e ao administrador uma duplicidade de esforços (contribuindo com uma maior morosidade do sistema, com evidente infringência ao princípio da constitucional da eficiência, que está explicitamente disposto no *caput* do artigo 37 da Constituição e consiste na permanente busca da melhor prestação e funcionamento da administração).

Partindo-se desta mesma incoerência podemos invocar os princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade. Pelo primeiro, há de se verificar que o Administrador, ao exercer a interpretação normativa, deve obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, buscando a interpretação que esteja mais próxima do lógico e razoável. Pelo segundo, insta notar que se deve observar uma proporção adequada entre os meios que se emprega e o fim que a lei deseja alcançar, ou seja, que não se trate de uma medida desproporcionada, excessiva em relação ao que se deseja alcançar, devendo realizar-se do modo mais eficiente pela Administração.

Neste sentido, o princípio do processo administrativo que se aplica especificamente a este aspecto é o da economia processual, que observa ser o instrumento para aplicação da lei, de modo que as exigências a ele pertinentes devem ser adequadas e proporcionais ao fim que se pretende atingir.

Pode-se, ainda, invocar o princípio constitucional da finalidade, segundo o qual o administrador, ao manejar as competências postas a seu encargo, deve obediência à finalidade específica abrigada na lei a que esteja dando execução. Este princípio deve ser analisado em cotejo com o princípio da especialidade, já que, havendo lei específica que venha a reger um órgão com atuação especializada, o fim da lei não é outro, senão o de que seja a matéria inteiramente regida e operacionalizada pela agência instituída para tal.

O princípio da especialidade, concernente à idéia de descentralização, decorre dos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público. Segundo este princípio, *as pessoas públicas administrativas deverão empregar o patrimônio, os meios técnicos e o pessoal de que dispõem para a consecução do fim específico, em virtude do qual foram criadas*( 10).

**Nota:**

(10) CRETELLA JÚNIOR, José. *Filosofia do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 104.

Este princípio é aplicável em especial às autarquias, sendo que o Estado cria pessoas jurídicas públicas administrativas como forma de descentralizar a prestação de serviços públicos, com vistas à especialização de função, definida em lei. Tal princípio respalda nossa interpretação, na medida em que o Estado criou uma agência reguladora especializada ao setor de

telecomunicações, em detrimento de uma estrutura genérica estabelecida em lei (Lei nº 8.884/94).

Tendo amplamente justificado a interpretação de que a modalidade de competência mais adequada seria a exclusiva, importa, por fim, esclarecermos como se dá a vigência da Lei nº 8.884/94.

Pelo princípio da continuidade do Direito Civil a lei vige até que outra a modifique ou a revogue, sendo que com o advento da nova lei esta revogação, quanto à extensão, pode denominar-se ab-rogação, quando total, e derrogação quando parcial.

Quanto à forma de atuação da revogação nos ensina Francisco Amaral(11) que a revogação por lei nova é expressa ou tácita, neste caso, quando as disposições novas forem incompatíveis com as já existentes, ou regularem inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. A incompatibilidade pode ocorrer entre lei geral e lei especial e vice-versa. No caso em tela, importa observar que, como preleciona Caio Mário(12), a incompatibilidade poderá surgir também no caso de disciplinar a lei nova, não toda, mas parte apenas da matéria, antes regulada por outra, apresentando o aspecto de uma contradição parcial.

**Nota:**

(11)AMARAL, Francisco. *Direito Civil – Introdução*. 3. ed. rev., aument. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 100.

(12) PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 19. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. v. 1, p. 84.

Ora, esta incompatibilidade é justamente o que se verifica no caso em tela, já que com base nas regras de hermenêutica e embasados nos princípios constitucionais e administrativos, vê-se uma patente incoerência entre o que dispõe o inciso XIX, do artigo 19, da LGT e a Lei nº 8.884/94, que atribui à SDE, em seu artigo 14, inciso XII, competência instrutória para receber e instruir os processos e que atribuiu à SEAE, em seu artigo 54, § 6º, competência para emitir parecer técnico.

A primeira lei atribui competência exclusiva à ANATEL e rege exaustivamente a matéria a ela afeta, senão sua redação seria diferente, para que não houvesse incoerência gramatical entre uma norma e outra, já que quando foi necessário definir a competência do CADE a lei o fez expressamente e sob pena também de se admitir sua incoerência lógica com sistema legal do direito concorrencial, já que em dissonância com toda a principiologia constitucional e administrativa aplicável à matéria.

Destarte, pode-se afirmar que houve, com o advento da lei especial, a derrogação de parte da competência legal da SDE e SEAE, exatamente no que atine à competência instrutória em matéria concorrencial no mercado de telecomunicações, vindo a LGT reger totalmente este âmbito específico, afeto anteriormente ao advento desta lei aos órgãos instrutórios do SBDC.

Frise-se, ademais, que a LGT é lei especial que veio disciplinar a Lei de Defesa da Concorrência, lei genérica, que em momento algum, salvo melhor juízo, apontou com esta incompatibilidade material, cingindo-se esta incompatibilidade tão-somente ao âmbito procedimental ou formal. Desta maneira, tratando-se de questão formal e não material, mais liberdade possui o intérprete para aplicar a hermenêutica.

Isso porque tanto no direito processual civil e ainda mais no direito processual administrativo (regido por uma maior informalidade), busca-se a instrumentalidade das formas em detrimento do excessivo formalismo. Podendo-se adequar o procedimento a uma sistemática mais coerente com o sistema jurídico como um todo, torna-se um poder-dever do Estado, ou melhor, do administrador fazê-lo.

## 2.2. Da Competência Concorrente

Não obstante a existência de entendimentos no sentido de conceber excluída as competências da SDE e SEAE, com o advento da LGT, grande parte da doutrina e o inclinamento hodierno da jurisprudência tem sido pela competência concorrente. Observemos o que entende, a este respeito, Ana Maria de Oliveira Nusdeo:

“Deve ser observado, por outro lado, que ao transferir as competências da SDE e da SEAE para a ANATEL, em momento algum fala a Lei nº 9.472, de 1997, em exclusividade. Desse modo, deve ser entendido que as competências da SDE e da SEAE foram mantidas, residualmente, com relação ao setor de telecomunicações.

(...)

A sobreposição de esferas administrativa, nesse sentido, longe de ser um mal, gerador de dificuldades burocráticas e operacionais, apresenta-se como uma vantagem do sistema, proporcionando que a intervenção dos órgãos de defesa da concorrência se coloque como uma instância revisora das decisões ou omissões no âmbito das agências reguladoras, de maneira a corrigir eventual ‘contaminação’ que as agências possam sofrer em decorrência da influência direta das empresas do setor”(13). (sublinhou-se)

**Nota:**

(13)NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Agências Reguladoras e Concorrência*. In: *Direito Administrativo Econômico*. Carlos Ari Sunfeld. Coordenador. São

Com efeito, em que pese a inegável proficiência da autora na matéria devemos discordar de seu posicionamento. A um, porque, como acima demonstrado, não precisa haver revogação expressa, podendo esta ser tácita, quando há incompatibilidade ou incoerências entre as normas, como se verifica no caso em tela.

A dois, porque entendemos que ao invés de atuar como instância revisora, estes órgãos atuariam de forma a emperrar o escorreito andamento do processo. Isso porque, na prática, veríamos 5 pareceres no mesmo processo e 6 antes se pronunciando: um da SDE, um da SEAE, um da ANATEL, um da Procuradoria-Geral do CADE e um do Ministério Público Federal. Além disso, por fim, ainda haveria a análise e julgamento do caso pelo CADE, sendo que este já exerce a reclamada função de instância revisora, já que após a instrução seria responsável pela função judicante, dando uma decisão final.

A três, porque esta eventual contaminação passaria pelo crivo da Procuradoria-Geral do CADE, no Ministério Público Federal e ainda pelo próprio CADE. Tendo em vista que a matéria seria revista ainda três vezes, isto estaria plenamente apreciado. Além do fato de que não se poderia, estendo-se este raciocínio, garantir que também a SDE e a SEAE fossem “contaminadas”, vindo na realidade tumultuar o processo e não agregar, até porque órgãos dotados de uma especialidade inferior quanto a esta matéria.

Ronaldo Porto Macedo corrobora tal entendimento, conforme se observa da leitura de despacho por ele proferido em Pedido de Medida Preventiva em que são Requerentes Embratel e Intelig:

“A lei que cria a ANATEL em momento algum revogou expressamente a competência dos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa para atuarem no setor de telecomunicações. Não houve delegação ou avocação.

(...)

É de se observar que a ressalva feita ao CADE indica que não existe competência da ANATEL para o exercício das funções judicantes próprias do CADE. A lei apenas cometeu à ANATEL competências para o exercício das atividades instrutórias e de fiscalização. Ao fazê-lo, diga-se de passagem, não estabeleceu sequer que sua competência seria privativa ou exclusiva.

O sistema jurídico brasileiro admite inúmeras hipóteses de competência (ou atribuição) concorrente de órgãos da administração para o desempenho de funções, não sendo razoável supor que a mera justaposição de competências seria ilegal e, portanto, imporia o acolhimento de que teria ocorrido a revogação tácita da competência de um órgão sempre que outro passasse a ter competência legal para o exercício de parcela das funções originalmente cometidas a apenas um deles.” (14 )

**Nota:**

(14) Pedido de Medida Preventiva relativo ao Processo Administrativo nº 08700.001498/ 2002-23. p. 8.

Como já observado, não precisa haver revogação expressa, podendo esta ser tácita, quando há incompatibilidade ou incoerências entre as normas, o que se verifica no caso em tela. Ademais, frise-se, que a revogação tácita não se dá pela mera justaposição de competências, o que poderia ocorrer, caso não implicasse uma incoerência lógica com todo o sistema jurídico correlato.

Este tem sido o entendimento jurisprudencial adotado pelo CADE em outros julgados. Cite-se, dentre eles, o Processo Administrativo nº 53500.000359/99, o Ato de Concentração nº 08012.004550/99-11 e o Ato de Concentração nº 08012.006762/2000-09.

Caso admita-se, apenas por hipótese, que a concorrência seja concorrente, não tendo havido, assim, a revogação da competência dos órgãos instrutórios da defesa da concorrência (SDE e SEAE), dever-se-ia sujeitar inicialmente e preferencialmente à ANATEL a tarefa de realizar a análise de condutas, bem como a instrução dos procedimentos de análise de estruturas de mercado.

Isso porque, não obstante se considere que, tanto a ANATEL como a SDE e SEAE, teriam competência instrutória, ilógico seria exigir que em todos os casos o processo fosse submetido à análise de ambos. Dever-se-ia invocar a manifestação dos outros (SDE e SEAE), tão-somente no caso concreto em que sua necessidade fosse suscitada e requerida, seja pela administração ou pelo administrado.

Tal interpretação estaria em perfeita sintonia com a idéia de criação das agências reguladoras e sua especificidade, além de estar em sintonia com os já citados princípios constitucionais (razoabilidade, proporcionalidade e eficiência) e administrativos (economia processual e especialidade).

Isso porque seria incoerente abrir desnecessariamente (e por isso preferencialmente, concebendo-se concorrente a competência, já que, se exclusiva, seria necessariamente e unicamente pela a ANATEL) a possibilidade para que ambos (ANATEL e órgãos instrutórios de defesa da concorrência) analisassem a mesma matéria.

### 2.3. Da Matéria Afeta à Competência

Deve-se, por fim, delimitar qual seria o campo de incidência da competência instrutória da ANATEL, concebendo a

competência como exclusiva, como concorrente.

Frise-se que a incidência de competência da ANATEL não se deve simplesmente pelo fato de as empresas envolvidas prestarem serviço de telecomunicações, mas que o mercado ou um dos mercados relevantes, a que se refira a análise do caso concreto, seja o serviço de telecomunicações.

Esta é a teleologia que se infere da leitura do artigo 1º da Lei Geral de Telecomunicações, corroborado pelos artigos 6º, 7º e 19, XIX da referida lei. Vejamos:

Art. 1º Compete à União, por intermédio do órgão regulador e nos termos das políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, organizar a exploração dos serviços de telecomunicações.

Parágrafo único. A organização inclui, entre outros aspectos, o disciplinamento e a fiscalização da execução, comercialização e uso dos serviços e da implantação e funcionamento de redes de telecomunicações, bem como da utilização dos recursos de órbita e espectro de radiofrequências. (grifou-se e sublinhou-se)

A definição legal de serviço de telecomunicações também está disciplinada na Lei Geral de Telecomunicações:

Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

§ 2º Estação de telecomunicações é o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis. ( negritou-se)

Verifica-se que as normas insertas na LGT e que aludem à ordem econômica e, em especial, à defesa da concorrência, fazem expressa e restrita alusão ao setor de telecomunicações. Destarte, embora, por exemplo, o art. 7º, § 1º da LGT faça alusão a atos de concentração envolvendo prestadoras do serviço de telecomunicações, tanto a ANATEL como o CADE vêm entendendo que, para a configuração de incidência da competência para a análise de atos ou condutas, não é condição o fato de uma das empresas envolvidas no ato ser prestadora de tal serviço, devendo estar envolvido na operação o mercado relevante de telecomunicações.

Neste sentido, inclinam-se o Ato de Concentração nº 08012.011890/99-99, o Ato de Concentração nº 08012.005536/99-25 e a Representação nº 08700.003431/2001-31.

Pode-se, ademais, ocorrer hipótese na qual se verifique que, em uma mesma análise de controle de estrutura ou conduta, estejam envolvidos tanto o mercado de telecomunicações, como um outro qualquer, que não esteja adstrito a este mercado específico definido na Lei Geral de Telecomunicações.

Com base no que fora acima exposto e escolhado principalmente nos princípios constitucionais e administrativos supracitados, havendo, no caso concreto, o envolvimento do mercado de telecomunicações, o caso deveria ser apresentado primeiramente à ANATEL, em respeito ao princípio da especialidade, para que esta possa observar e analisar tanto os aspectos regulatórios, como os concorrenciais envolvidos.

Isso porque como extensamente demonstrado, a legislação pátria dá tratamento especial a este setor. Destarte, não se pode cogitar que, em casos envolvendo o mercado de telecomunicações, esta Agência Reguladora, instituída para este fim, não se pronuncie sobre o caso, antes de julgamento pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Após o pronunciamento da ANATEL, verificando esta que o caso concreto envolve outros setores, além do setor de telecomunicações, cumpriria a ela requerer e encaminhar os autos ao pronunciamento da Secretaria de Direito Econômico e da Secretaria de Acompanhamento Econômico para que procedam à instrução do caso, quanto aos demais mercados envolvidos, para posterior parecer. Somente após esta completa análise instrutória é que os autos deveriam ser encaminhados ao CADE.

Verificando a Agência que se cinge tão-somente ao mercado de telecomunicações, após sua instrução, deveria remeter imediatamente ao CADE. Caso a Agência entendesse que não há outro mercado relevante envolvido, mas o CADE compreendesse de modo diverso, este, quando os autos estiverem sob sua apreciação, deveria encaminhá-los aos órgãos instrutórios do SBDC.

### **3. CONTROLE DE ESTRUTURAS DE MERCADO**

Realizada a interpretação de competência exclusiva do órgão regulador do mercado de telecomunicações que, salvo melhor juízo, é a mais escorreita com base nas regras de hermenêutica, escolhadas nos princípios constitucionais e administrativos aplicáveis, cumpre demonstrar qual o atual panorama legal que institui as competências do SBDC e da ANATEL para análise de controle de estruturas de mercado.

Frise-se, ainda, que será observado como seria a disposição destas competências, admitindo, por hipótese, que pudesse haver competência concorrente entre a ANATEL e os órgãos instrutórios do SBDC.

#### **3.1. Atos de Concentração**

Consoante dispõe o artigo 7º, inciso XII da Lei de Defesa da Concorrência, Lei nº 8.884/94, compete ao Plenário do CADE apreciar os atos, sob qualquer forma manifestados, sujeitos à aprovação nos termos do artigo 54(15) desta lei.

**Nota:**

(15) Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.

(...)

§ 3º Incluem-se nos atos de que trata o *caput* aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em 20% (vinte por cento) de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

§ 4º Os atos de que trata o *caput* deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à SEAE.

Destarte, os atos que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens deverão, caso subsumidos à hipótese do § 3º (resulte em 20% de participação de mercado da empresa ou grupo de empresas ou qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00), ser apresentados para apreciação do CADE (devendo no ato de apresentação dirigir-se uma via da documentação a este órgão).

Tal entendimento está corroborado pelo artigo 1º da Resolução nº 5 do CADE, que disciplina as formalidades e os procedimentos no CADE, relativos aos atos de que trata o artigo 54 da Lei nº 8.884/94.

A Lei nº 8.884/94 atribui à SDE, em seu artigo 14, inciso XII(16), competência instrutória para receber e instruir os processos.

**Nota:**

(16) Art. 14. Compete à SDE:

(...)

XII – receber e instruir os processos a serem julgados pelo CADE, inclusive consultas, e fiscalizar o cumprimento das decisões do CADE.

O parágrafo 6º do artigo 54 dispõe que a SDE manifestar-se-á em 30 dias, encaminhando o processo devidamente instruído ao Plenário do CADE para deliberação. Com efeito, este parágrafo define a competência instrutória da Secretaria de Direito Econômico para Atos de Concentração. Frise-se que, conforme se observa do parágrafo 4º do artigo 54 uma via dos documentos deve ser remetida à SDE.

Corroborar esta disciplina o artigo 1º da Resolução nº 8 do CADE, explicitando que o processo será devidamente recebido instruído pela Secretaria de Direito Econômico, nas hipóteses de Ato de Concentração.

Determina o parágrafo 6º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94 que a SEAE elaborará parecer técnico, encaminhando, após, à SDE para elaboração de sua manifestação. Assim como à SDE e ao CADE, será uma via da documentação encaminhada à SEAE.

Quanto aos processos de competência da ANATEL, a sistemática utilizada é semelhante, ou seja, o CADE é competente, após a análise instrutória, para apreciar o Ato de Concentração. É o que disciplina a Lei Geral de Telecomunicações(17) em seu artigo 7º e 97 e os artigos 2º, 61 e 64 da Norma nº 7(18) da ANATEL.

**Nota:**

(17) LGT

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

§ 1º Os atos envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações, no regime público ou privado, que visem a qualquer forma de concentração econômica, inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, ficam submetidos aos controles,

procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica.

§ 2º Os atos de que trata o parágrafo anterior serão submetidos à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por meio do órgão regulador. Art. 97. Dependerão de prévia aprovação da Agência a cisão, a fusão, a transformação, a incorporação, a redução do capital da empresa ou a transferência de seu controle societário.

Parágrafo único. A aprovação será concedida se a medida não for prejudicial à competição e não colocar em risco a execução do contrato, observado o disposto no art. 7º desta Lei.

(18) Norma nº 7 da ANATEL

Art. 2º Sem prejuízo de suas outras atribuições, é de competência da ANATEL em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica no setor de telecomunicações:

(...)

XI – receber e instruir os processos a serem julgados pelo CADE que envolvam prestadora de serviço de telecomunicações e fiscalizar o cumprimento das decisões do CADE;

XII – elaborar parecer sobre os atos e contratos de que trata o art. 54, da Lei nº 8.884/94, que envolvam prestadora de serviço de telecomunicações.

Art. 61. Os atos de que trata o artigo 54, da Lei nº 8.884/94, envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações, deverão ser submetidos à apreciação do CADE, por meio da ANATEL, nos termos e prazos estabelecidos pela Norma nº 4/98 da ANATEL.

Art. 64. O Conselho Diretor da ANATEL se manifestará em sessenta dias, contados do recebimento da documentação nos termos da Norma nº 4/98 da ANATEL, em seguida encaminhará o processo devidamente instruído ao Plenário do CADE.

Conforme se observa, a LGT determina que é aplicável ao setor de telecomunicações o disposto nesta lei, sendo aplicável as normas gerais de proteção à ordem econômica, quando não conflitarem com ela. Destarte, estabelece que os Atos de Concentração ficam submetidos ao controle estrutural das normas gerais de proteção à ordem econômica, devendo ser submetido à apreciação do CADE, após a análise do órgão regulador e a elaboração de parecer técnico.

A Norma nº 7 da ANATEL vem disciplinar esta questão mais detalhadamente em seus artigos 2º, 61 e 64. Frise-se que uma via da documentação apresentada à ANATEL será encaminhada ao CADE, consoante determina o artigo 63 da Norma nº 7 da ANATEL.

Observa-se que nos setores diversos de telecomunicações, a análise técnica deverá ser realizada pela SEAE e pela SDE, devendo ser submetido ao CADE para julgamento. No setor de telecomunicações, esta análise instrutória e a elaboração do parecer técnico serão realizado pela ANATEL.

Com efeito, caso se admita a competência concorrente, não há óbice a que a SEAE e a SDE possam exercer suas competências no setor de telecomunicações, mas tendo em vista princípios constitucionais (razoabilidade, proporcionalidade e eficiência) e administrativos (economia processual e especialidade), como já exposto, deve-se inicialmente e preferencialmente submeter-se à ANATEL.

Com base no disposto no artigo 3º da Norma nº 7(19) da ANATEL, deve-se observar que a ANATEL, em cotejo com o artigo 19, XXV, da LGT, reserva para sua competência exclusiva matéria relativa à regulação.

**Nota:**

(19) Art. 3º As condutas, atos ou contratos que implicarem descumprimento de legislação ou regulamentação específica do setor de telecomunicações, de contrato de concessão, de termo de permissão ou de ato ou termo de autorização, serão julgadas pela ANATEL que implicará as sanções correspondentes, não cabendo das suas decisões recurso ao CADE, segundo estabelecido pelo inciso XXV, do art. 19, da Lei nº 9.472/97.

§ 1º As condutas, atos e contratos mencionados neste artigo que configurem hipótese de infração à ordem econômica nos termos dos arts. 20, 21, da Lei, ou ato previsto no art. 54, da mesma Lei, serão submetidos, por meio da ANATEL, também à apreciação do CADE, para julgamento no âmbito de sua competência.

§ 2º É responsabilidade dos celebrantes do ato previsto no art. 54, da Lei nº 8.884/94, solicitar, por meio da ANATEL, a apreciação do CADE.

### 3.2. Consulta

A Lei de Defesa da Concorrência define em seu artigo 7º, inciso XVII que compete ao Plenário do CADE responder a consultas sobre matéria de sua competência. Insta observar que a parte da Lei nº 8.884/94 que disciplinava este tópico foi revogada pelo art. 83 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995 (D.O.U. de 30.06.95).

Não obstante, com base no artigo 7º, inciso XVII, ainda vigente, a matéria encontra-se disciplinada pela Resolução nº 18 do CADE. O artigo 1º da referida Resolução dispõe que qualquer interessado, inclusive os órgãos públicos federais, estaduais, municipais e demais entidades públicas, poderá consultar o CADE sobre matéria de sua competência. Deverá, ainda, a consulta versar sobre ato ou contrato em tese (artigo 5º da Resolução nº 18 do CADE).

Compete à SDE (artigo 14, XII, da Lei de Defesa da Concorrência), receber e instruir as consultas que serão julgadas pelo CADE e fiscalizar o cumprimento das decisões do órgão.

Como a legislação do setor de telecomunicações excluiu a competência dos órgãos instrutórios do SBDC para a apreciação de questões relativas ao setor, por força do princípio da legalidade estrita, aplicável à Administração Pública, não há como a ANATEL proceder à análise de consultas, já que não há previsão legal e nem infralegal deste instituto.

Caso se considere que a competência é concorrente, também por força do princípio da legalidade estrita, aplicável à Administração Pública, não poderia a ANATEL proceder à análise de consultas, devendo sua competência instrutória ser realizada pela SDE e SEAE.

No entanto, entendemos que possa haver normatização legal, bem como infralegal, superveniente, instituindo e disciplinando este instituto para o mercado de telecomunicações, já que dispõe o *caput* do artigo 7º da LGT que se aplicará a Lei Antitruste, quando não conflitar com ela (e no caso não se verifica conflito aparente e nem evidente). Criada a previsão legal ou infralegal, aplicar-se-á a norma de acordo com a sistemática de competências supradefinida.

### 3.3. Compromisso de Desempenho

O CADE possui a faculdade de celebrar e aprovar os termos da celebração compromisso de desempenho, assinado pelo Presidente dele, bem como pode determinar que a SDE fiscalize seu cumprimento, consoante dispõe o artigo 7º, VI, XII e 8º, VII, da Lei nº 8.884/94. O Compromisso de Desempenho encontra-se disciplinado pelo artigo 58 da Lei Antitruste(20).

**Nota:**

(20) Art. 58. O Plenário do CADE definirá compromissos de desempenho para os interessados que submetam atos a exame na forma do art. 54, de modo a assegurar o cumprimento das condições estabelecidas no § 1º do referido artigo. (Vide Lei nº 9.873, de 23.11.99)

A SDE possui, portanto, competência para sugerir compromisso de desempenho e fiscalizar o seu cumprimento (artigo 14, X, da Lei Antitruste).

Quanto ao setor de telecomunicações, a sistemática é muito semelhante, a ANATEL tem competência para sugerir compromisso de desempenho e fiscalizar e acompanhar o seu cumprimento (artigo 2º, IX e 67 da LGT), o CADE tem igualmente competência para celebrá-lo e aprová-lo.

Entendendo-se que haveria competência concorrente, tanto a SDE como a ANATEL teriam competência para, no setor de telecomunicações, sugerir o compromisso de desempenho e fiscalizar o seu cumprimento.

## 4. CONTROLE DE CONDUTAS QUE OCASIONEM INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA

Partindo-se igualmente da interpretação de competência exclusiva do órgão regulador do mercado de telecomunicações, cumpre demonstrar qual o atual panorama legal que institui as competências do SBDC e da ANATEL para análise de controle de condutas.

Frise-se, ainda, que será observado como seria a disposição destas competências, admitindo, por hipótese, que pudesse haver competência concorrente entre a ANATEL e os órgãos instrutórios do SBDC.

### 4.1. Consulta

A sistemática aplicável à consulta sobre prática anticoncorrencial é basicamente a mesma aplicável à consulta de ato ou contrato (art. 3º, da Resolução nº 18/98), supra-analisada, mas é importante destacar que, diferentemente daquele tipo de consulta, esta poderá versar não apenas sobre conduta em tese, mas também em andamento (art. 3º, da Resolução nº 18/98).

O artigo 7º da Lei nº 8.884/94 define a competência do CADE para responder a consultas sobre matéria de sua competência, sendo esta matéria disciplinada pela Resolução nº 18 do CADE.

Compete à SDE (artigo 14, XII, da Lei de Defesa da Concorrência) receber e instruir as consultas a serem julgadas pelo CADE e fiscalizar o cumprimento das decisões do CADE.

É importante frisar que o artigo 9º desta da Resolução nº 18 do CADE, quando verificado indício de existência de conduta e também artigo 4º, parágrafo 1º(21), quando não atendido o inciso I (a consulente for autor da prática) deste artigo, disciplina que , o *Relator, mediante despacho ad referendum do Plenário, determinará a remessa dos autos à SDE/MJ, à ANATEL ou a qualquer outro órgão competente, para a instauração de averiguação preliminar ou processo administrativo, conforme o caso .*

**Nota:**

(21)Art. 3ºA conduta objeto da consulta poderá versar sobre prática em tese ou em andamento.

Art. 4º Na hipótese de consulta sobre prática em andamento, o seu processamento deverá ser deferido liminarmente pelo Relator, mediante despacho *ad referendum* do Plenário, apenas se:

I – a consulente for o autor da prática;

II – a prática não for objeto de averiguação preliminar ou processo administrativo, em trâmite ou julgado.

§ 1º Não preenchido o requisito previsto no inciso I, o Relator, mediante despacho *ad referendum* do Plenário, determinará a remessa dos autos à SDE/MJ, à ANATEL ou a qualquer outro órgão competente, para a instauração de averiguação preliminar ou processo administrativo, conforme o caso.

§ 2º Não preenchido o requisito previsto no inciso II, o Relator, mediante despacho *ad referendum* do Plenário, determinará o arquivamento da consulta.

Podendo, ainda, no caso de terem sido tomadas providências pela SDE/MJ, pela ANATEL ou por qualquer outro órgão competente, ser firmado termo de compromisso de cessação de prática, nos termos do artigo 53 da Lei nº 8.884/94. Esta sistemática, entretanto, em nada modifica a interpretação supracitada de que não há atribuição legal de competência à ANATEL para proceder à análise de consultas.

Como a legislação do setor de telecomunicações excluiu a competência dos órgãos instrutórios do SBDC para a apreciação de questões relativas a este setor, por força do princípio da legalidade estrita, aplicável à Administração Pública, não há como a ANATEL proceder à análise de consultas, já que não há previsão legal e nem infralegal deste instituto.

Caso se considere que a competência é concorrente, também por força do princípio da legalidade estrita, aplicável à Administração Pública, não poderia a ANATEL proceder à análise de consultas, devendo sua competência instrutória ser realizada pela SDE e SEAE.

No entanto, entendemos que possa haver normatização legal, bem como infralegal, superveniente, instituindo e disciplinando este instituto para o mercado de telecomunicações, já que dispõe o *caput* do artigo 7º da LGT que se aplicará a Lei Antitruste, quando não conflitar com ela (e no caso não se verifica conflito aparente e nem evidente). Criada a previsão legal ou infralegal , aplicar-se-á a norma de acordo com a sistemática de competências supradefinidas.

## 4.2. Averiguações Preliminares

A Lei nº 8.884/94 estabelece a competência da Secretaria da Direito Econômico relativa à averiguação preliminar em seu artigo 14(22). Observa-se, pois, que a SDE terá competência para promover as averiguações preliminares. Entendendo haver indícios suficientes, promoverá a instauração do processo administrativo. Em caso contrário determinará o arquivamento das averiguações preliminares, devendo recorrer de ofício ao CADE. O CADE é competente para decidir os recursos de ofício do Secretário da SDE (artigo 7º, IV, da Lei nº 8.884/94).

**Nota:**

(22)Art. 14. Compete à SDE: (...) III – proceder, em face de indícios de infração da ordem econômica, a averiguações preliminares para instauração de processo administrativo;

IV – decidir pela insubsistência dos indícios, arquivando os autos das averiguações pré-liminares;

(...)

VII – recorrer de ofício ao CADE, quando decidir pelo arquivamento das averiguações preliminares ou do processo administrativo.

Art. 30. A SDE promoverá averiguações preliminares, de ofício ou à vista de representação escrita e fundamentada de qualquer interessado, das quais não se fará qualquer divulgação, quando os indícios de infração da ordem

econômica não forem suficientes para instauração imediata de processo administrativo.

§ 1º Nas averiguações preliminares, o Secretário da SDE poderá adotar quaisquer das providências previstas no art. 35, inclusive requerer esclarecimentos do representado.

§ 2º A representação de Comissão do Congresso Nacional, ou de qualquer de suas Casas, independe de Averiguações Preliminares, instaurando-se desde logo o processo administrativo.

Art. 31. Concluídas, dentro de sessenta dias, as averiguações preliminares, o Secretário da SDE determinará a instauração do processo administrativo ou o seu arquivamento, recorrendo de ofício ao CADE neste último caso.

A Portaria nº 849 do Ministério da Justiça reproduz a disciplina esculpida nos artigos da Lei nº 8.884/94, principalmente em seus artigos 7º e 10(23).

**Nota:**

(23) Art. 7º A SDE promoverá averiguações preliminares de ofício ou à vista de representação escrita e fundamentada de qualquer interessado, quando os indícios de infração à ordem econômica não forem suficientes para a imediata instauração do processo administrativo.

Art. 10. Concluídas, dentro de sessenta dias, as averiguações preliminares, o Secretário da SDE, em despacho fundamentado, determinará a instauração do processo administrativo ou o seu arquivamento, recorrendo de ofício ao CADE neste último caso.

O artigo 35- A(24) da Lei de Defesa da Concorrência, em seus parágrafos, abre a possibilidade da SEAE atuar conjuntamente com a SDE, não obstante ser desta precipuamente a competência instrutória.

**Nota:**

(24) Art. 35-A. A Advocacia-Geral da União, por solicitação da SDE, poderá requerer ao Poder Judiciário mandado de busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, assim como de livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresa ou pessoa física, no interesse da instrução do procedimento, das averiguações preliminares ou do processo administrativo, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 839 e seguintes do Código de Processo Civil, sendo inexigível a propositura de ação principal. (Artigo incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

§ 1º No curso de procedimento administrativo destinado a instruir representação a ser encaminhada à SDE, poderá a SEAE exercer, no que couber, as competências previstas no caput deste artigo e no art. 35 desta Lei. (Parágrafo incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

§ 2º O procedimento administrativo de que trata o parágrafo anterior poderá correr sob sigilo, no interesse das investigações, a critério da SEAE. (Parágrafo incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

No que atine ao setor de telecomunicações o artigo 19, inciso XIX, da LGT estabelece competência para exercer controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica. Entretanto, esta lei não disciplina exaustivamente o procedimento das averiguações preliminares. A disciplina procedimental encontra-se em norma infralegal, estabelecida nos artigos da Norma nº 7 da ANATEL(25).

**Nota:**

(25) Art. 2º Sem prejuízo de suas outras atribuições, é de competência da ANATEL em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica no setor de telecomunicações.

(...)

II – proceder, em face de indícios da infração da ordem econômica no setor de telecomunicações, a averiguações preliminares para instauração de processo administrativo;

III – decidir pela insubsistência dos indícios, arquivamento os autos das averiguações preliminares;

VI – recorrer de ofício ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), quando decidir pelo arquivamento das averiguações preliminares ou do processo administrativo.

Art. 11. A ANATEL promoverá averiguações preliminares, das quais não se fará qualquer divulgação, de ofício ou à vista de representação escrita e fundamentada de qualquer interessado, quando os indícios de infração não forem suficientes para instauração imediata de processo administrativo.

Art. 13. O Superintendente Executivo dará ciência da representação ao Superintendente da Superintendência que acompanha a prestação do serviço envolvido nas atividades objeto da representação que, se for pertinente, instaurará averiguações preliminares, responsabilizando-se pela sua instrução e pela designação da equipe de trabalho que o assistirá na elaboração de parecer técnico que submeterá à apreciação do Superintendente Executivo.

Art. 16. Recebido o parecer ao que faz referência o art. 13, o Superintendente Executivo, em decisão fundamentada, determinará o encerramento das averiguações preliminares e a instauração de processo administrativo de proteção à ordem econômica se presentes indícios de infração à ordem econômica ou seu arquivamento, recorrendo a ANATEL de ofício ao CADE neste último caso.

Observa-se, pois, que a sistemática definida pela Agência Reguladora é basicamente a mesma aplicável aos outros setores. A ANATEL terá competência para promover as averiguações preliminares. Entendendo haver indícios suficientes, promoverá a instauração do processo administrativo. Em caso contrário, determinará o arquivamento das averiguações preliminares, devendo recorrer de ofício ao CADE.

Não obstante o artigo 7º, IV, da Lei nº 8.884/94 determinar que o CADE é competente para decidir os recursos de ofício do Secretário da SDE, deve-se entender que tal dispositivo se estende aos recursos de ofício do Superintendente Executivo, até porque há norma infralegal (artigo 16 da Norma nº 7 da ANATEL) disciplinando desta forma a competência do CADE para apreciar tais recursos.

Com efeito, caso se admita a competência concorrente, não há óbice a que a SEAE e a SDE possam exercer suas competências no setor de telecomunicações, mas tendo em vista princípios constitucionais (razoabilidade, proporcionalidade e eficiência) e administrativos (economia processual e especialidade), como já exposto, deve-se inicialmente e preferencialmente submeter-se à ANATEL.

### 4.3. Processo Administrativo

Consoante observado acima, caso o Secretário de Direito Econômico ou Superintendente Executivo da ANATEL encontrem indícios de infração à ordem econômica suficientes ou haja representação da Comissão do Congresso Nacional, ou de qualquer de suas Casas, será instaurado o processo administrativo.

Compete ao CADE, conforme dispõe o artigo 7º, incisos II e III, decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei e decidir os processos instaurados pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. É como disciplina a Lei nº 8.884/94 em seus artigos 46 e 50(26).

**Nota:**

(26)Art. 46. A decisão do CADE, que em qualquer hipótese será fundamentada, quando for pela existência de infração da ordem econômica, conterá:

I – especificação dos fatos que constituam a infração apurada e a indicação das providências a serem tomadas pelos responsáveis para fazê-la cessar;

II – prazo dentro do qual devam ser iniciadas e concluídas as providências referidas no inciso anterior;

III – multa estipulada;

IV – multa diária em caso de continuidade da infração.

Parágrafo único. A decisão do CADE será publicada dentro de cinco dias no Diário Oficial da União.

Art. 50. As decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do

Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições.

Também, neste caso, se deve entender que tal dispositivo se estende aos processos instaurados pelo Superintendente Executivo, até porque há norma infralegal (Norma nº 7 da ANATEL) disciplinando desta forma a competência do CADE para decidir nestes processos.

A Lei Antitruste(27) e a Portaria nº 849(28) do Ministério da Justiça definem a competência instrutória da SDE no que atine ao Processo Administrativo. Após a instrução e elaboração de nota técnica o processo é remetido ao CADE para julgamento. Caso se entenda pelo arquivamento o Secretário de Direito Econômico recorrerá de ofício ao CADE.

**Nota:**

(27)Art. 14. Compete à SDE: (...) VI – instaurar processo administrativo para apuração e repressão de infrações da ordem econômica;

VII – recorrer de ofício ao CADE, quando decidir pelo arquivamento das averiguações preliminares ou do processo administrativo;

VIII – remeter ao CADE, para julgamento, os processos que instaurar, quando entender configurada infração da ordem econômica;

(...)

XII – receber e instruir os processos a serem julgados pelo CADE, inclusive consultas, e fiscalizar o cumprimento das decisões do CADE;

Art. 32. O processo administrativo será instaurado em prazo não superior a oito dias, contado do conhecimento do fato, da representação, ou do encerramento das averiguações preliminares, por despacho fundamentado do Secretário da SDE, que especificará os fatos a serem apurados.

Art. 39. Concluída a instrução processual, o representado será notificado para apresentar alegações finais, no prazo de cinco dias, após o que o Secretário de Direito Econômico, em relatório circunstanciado, decidirá pela remessa dos autos ao CADE para julgamento, ou pelo seu arquivamento, recorrendo de ofício ao CADE nesta última hipótese.

(28) Art. 25. Os interrogatórios, declarações, acareações, reconhecimentos de pessoas ou coisas, laudos, inspeções e quaisquer outras diligências, deverão ser reduzidos a termo e juntados aos autos do processo administrativo.

Art. 26. Concluída a instrução processual, será elaborado relatório sucinto dos atos do processo e indicadas as conclusões preliminares da Secretaria relativas aos fatos apurados, devendo o Secretário da SDE, acolhida nota técnica de responsabilidade do DPDE, notificar o representado para, no prazo de 5 (cinco) dias, apresentar alegações finais.

A SEAE também possui competência instrutória nos processos administrativos julgados pelo CADE, é o que dispõe os artigos 35-A e 38 da Lei de Defesa da Concorrência(29) e o artigo 24 da Portaria nº 849 do Ministério da Justiça(30).

**Nota:**

(29)Art. 24. A Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE) será informada pela autoridade da instauração do processo administrativo para, querendo, emitir parecer sobre o objeto do processo.

Parágrafo único. A SEAE será informada sobre o andamento do processo, para que a sua manifestação, se houver, seja encaminhada antes do encerramento da instrução processual.

(30)Art. 24. A Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE) será informada pela autoridade da instauração do processo administrativo para, querendo, emitir parecer sobre o objeto do processo.

Parágrafo único. A SEAE será informada sobre o andamento do processo, para que a sua manifestação, se houver, seja encaminhada antes do encerramento da instrução processual.

No setor de telecomunicações, a questão é disciplinada pela Lei nº 9.472/97, artigo 19, inciso XIX e pelo Decreto nº 2.338/97, artigo 16 que estabelecem competência à ANATEL para exercer controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica. O artigo 7º, § 3º da LGT estabelece que *praticará infração da ordem econômica a prestadora de serviço de telecomunicações que, na celebração de contratos de fornecimento de bens e serviços, adotar práticas que possam limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa.*

Em consonância com a disciplina supra, dispõe o artigo 18 do Decreto nº 2.338/97(31).

**Nota:**

(31)Art. 18. No exercício das competências em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações à ordem econômica, que lhe foram conferidas pelos art. 7º, § 2º, e 19, inciso XIX, da Lei nº 9.472, de 1997, a Agência observará as regras procedimentais estabelecidas na Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e suas alterações, cabendo ao Conselho Diretor a adoção das medidas por elas reguladas.

Parágrafo único. Os expedientes instaurados e que devam ser conhecidos pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE serão encaminhados diretamente pela Agência.

O procedimento aplicável a esta matéria é discriminado pela Norma nº 7 da ANATEL(32). É competência da ANATEL instaurar processo administrativo para a apuração e repressão de infrações da ordem econômica. Após o parecer da Agência, esta remeterá os autos ao CADE para julgamento e, se entender pelo arquivamento, recorrerá de ofício ao CADE.

**Nota:**

(32)Art. 2º Sem prejuízo de suas outras atribuições, é de competência da ANATEL em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica no setor de telecomunicações:

(...)

V – instaurar, de ofício ou mediante representação, processo administrativo para apuração e repressão de infrações da ordem econômica;

VI – recorrer de ofício ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), quando decidir pelo arquivamento das averiguações preliminares ou do processo administrativo;

VII – remeter ao CADE, para julgamento, os processos que instaurar, quando entender configurada infração da ordem econômica; (...)

XI – receber e instruir os processos a serem julgados pelo CADE que envolvam prestadora de serviço de telecomunicações e fiscalizar o cumprimento das decisões do CADE;

Art. 23. A ANATEL poderá instaurar processo administrativo destinado a apurar infração contra a ordem econômica prevista na Lei nº 8.884/94 e, em particular, a adoção de condutas colusivas ou restritivas à livre concorrência, diante da verificação, entre outros, dos seguintes indícios:

Art. 46. Concluída a instrução processual, o representado será notificado para apresentar alegações finais, no prazo de cinco dias, após o que o Conselho Diretor, com ou sem manifestação do representado, em relatório circunstanciado, decidirá pela remessa dos autos ao CADE para julgamento, ou pelo seu arquivamento, recorrendo de ofício ao CADE nesta última hipótese, considerando o disposto no art. 3º desta norma.

Com efeito, caso se admita a competência concorrente, não há óbice a que a SEAE e a SDE possam exercer suas competências no setor de telecomunicações, mas tendo em vista princípios constitucionais (razoabilidade, proporcionalidade e eficiência) e administrativos (economia processual e especialidade), como já exposto, deve-se inicialmente e preferencialmente submeter-se à ANATEL.

#### 4.4. Medida Preventiva

Compete ao Conselheiro-Relator do CADE adotar medidas preventivas, fixando o valor de multa diária pelo seu descumprimento, competindo ao Plenário do CADE apreciar em grau de recurso (recurso voluntário) as medidas preventivas adotadas pela SDE ou pelo Conselheiro-Relator, adotando medida preventiva e fixando também o valor da multa (artigo 7º,

VII e 9º, IV, Lei nº 8.884/94). A medida preventiva encontra-se disciplinado pelo artigo 52 da Lei Antitruste(33).

**Nota:**

(33)Art. 52. Em qualquer fase do processo administrativo poderá o Secretário da SDE ou o Conselheiro-Relator, por iniciativa própria ou mediante provocação do Procurador-Geral do CADE, adotar medida preventiva, quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo.

§ 1º Na medida preventiva, o Secretário da SDE ou o Conselheiro-Relator determinará a imediata cessação da prática e ordenará, quando materialmente possível, a reversão à situação anterior, fixando multa diária nos termos do art. 25.

§ 2º Da decisão do Secretário da SDE ou do Conselheiro-Relator do CADE que adotar medida preventiva caberá recurso voluntário, no prazo de cinco dias, ao Plenário do CADE, sem efeito suspensivo.

Compete, portanto, à SDE adotar medidas preventivas que conduzam à cessação de prática que constitua infração da ordem econômica, fixando prazo para seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada, no caso de descumprimento (artigo 14, XI, da Lei Antitruste). Corrobora e disciplina esta sistemática a Portaria nº 849 do Ministério da Justiça(34).

**Nota:**

(34)Art. 37. Em qualquer fase do processo administrativo, poderá o Secretário da SDE, em despacho fundamentado, adotar medida preventiva, quando houver indício ou fundado receio de que o representado direta ou indiretamente cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo.

§ 1º Na medida preventiva, o Secretário da SDE determinará a imediata cessação da prática e ordenará, quando materialmente possível, a reversão à situação anterior, fixando multa diária nos termos do art. 25 da Lei nº 8.884, de 1994.

Art. 38. Se o representado não cumprir a ordem de cessação, o Secretário da SDE poderá requerer à Advocacia-Geral da União que pleiteie ordem judicial para a efetivação da medida.

Art. 39. O Secretário da SDE poderá revogar a medida preventiva se, no curso das investigações, revelarem-se insubsistentes os pressupostos que lhe serviram de fundamento.

No setor de telecomunicações a questão está disciplinada somente por norma infralegal, não tendo a Lei Geral de Telecomunicações ou outra lei ou decreto previsto esta medida. Insta, pois, observar o que dispõe os artigos 2º, X, 49, 50 e 54 da Norma nº 7 da ANATEL(35).

**Nota:**

(35)Art. 2º Sem prejuízo de suas outras atribuições, é de competência da ANATEL em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica no setor de telecomunicações:

(...)

X – adotar medidas preventivas que conduzam à cessação de prática que constitua infração da ordem econômica, fixando prazo para seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada, no caso de descumprimento;

Art. 49. Em qualquer fase do processo administrativo, a ANATEL poderá, por decisão do Conselho Diretor, adotar medida preventiva, quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo.

Parágrafo único. Em caso de risco iminente, a medida preventiva poderá ser adotada sem a prévia manifestação do representado.

Art. 50. Na medida preventiva, o Conselho Diretor determinará a imediata

cessação da prática e ordenará, quando materialmente possível, a reversão à situação anterior, fixando multa diária, pelo descumprimento da medida preventiva, nos termos do art. 25, da Lei nº 8.884/94.

§ 1º A ordem deverá ser fundamentada e comunicada imediatamente ao representado e a seu advogado, se for o caso, feita pelo correio, com aviso de recebimento em nome próprio, ou, não tendo êxito a notificação postal, por edital publicado no Diário Oficial da União.

§ 2º A decisão de aplicação da medida preventiva será publicada no Diário Oficial e comunicada ao CADE.

§ 3º Determinada a medida preventiva, os autos do processo administrativo permanecerão na ANATEL, assegurando ao representado o direito de vista aos autos nas dependências da ANATEL.

Art. 54. O Conselho Diretor da ANATEL poderá revogar a medida preventiva se, no curso das investigações, revelaram-se insubsistentes os pressupostos que serviram de fundamento à ordem, comunicando ao CADE a providência tomada.

A adoção de medida preventiva possui algumas peculiaridades, face à possibilidade de poder ser concedida ou revogada em qualquer fase do processo seja pelo CADE, seja pela SDE ou ANATEL (quanto tratar do setor de telecomunicações).

Carlos Ari Sunfeld nos aponta os caminhos que melhor norteiam a possibilidade de adoção de medida preventiva no setor de telecomunicações. Ademais, insta frisar que suas conclusões amoldam-se com perfeição à norma geral da concorrência, face à similitude da disciplina legal destes sistemas jurídicos (conforme se pode verificar na análise acima).

Responde o professor ao problema de que se na hipótese da negativa de medida preventiva à ANATEL, em representação por infração das normas da Lei nº 8.884/94, ocorre preclusão ou a medida poder ser adotada posteriormente por outra forma:

“Existe a possibilidade de adoção de medida preventiva por infração das normas da Lei nº 8.884/94, mesmo após esta ter sido negada pela ANATEL. A viabilidade da adoção de medida preventiva não se esgota numa única análise, ainda mais quando realizada por órgãos que exerce função instrutória nos processo (papel desempenhado, no caso, pela ANATEL). As medidas preventivas admitidas no processo de proteção da concorrência da Lei nº 8.884/94, a exemplo do que ocorre com as medidas acautelatórias do processo judicial, podem ser tomadas a qualquer tempo durante o curso do processo, dependendo da análise que, no momento, o aplicador da regra tiver a respeito da situação a ser protegida.

Assim, referida medida, mesmo após ter sido rejeitada pela ANATEL, pode ser adotada posteriormente por ela própria (ANATEL, como órgãos de instrução) ou pelo CADE (por decisão do Conselheiro-relator do processo). A adoção da medida preventiva pelo CADE, conforme se extrai da interpretação do art. 52 da Lei nº 8.884/94, pode ocorrer a qualquer tempo durante o processo; vale salientar, portanto, que a competência do CADE nesta matéria pode ser exercida desde a fase instrutória (quando o processo tramita pela ANATEL) como na fase final (decisória), momento em que os autos são encaminhados ao CADE para proferir decisão definitiva no âmbito administrativo de proteção da concorrência”(36)

**Nota:**

(36) Parecer de lavra do Prof. Carlos Ari Sunfeld acostado aos autos do Pedido de Medida Preventiva relativo ao Processo Administrativo nº 08700.001498/2002-23. p. 31.

Com efeito, caso se admita a competência concorrente, não há óbice a que a SEAE e a SDE possam exercer suas competências no setor de telecomunicações, mas tendo em vista princípios constitucionais (razoabilidade, proporcionalidade e eficiência) e administrativos (economia processual e especialidade), como já exposto, deve-se inicialmente e preferencialmente submeter-se à ANATEL.

#### 4.5. Compromisso de Cessação

O CADE possui a faculdade de celebrar e aprovar os termos da celebração compromisso de cessação, assinado pelo Presidente do CADE, bem como pode determinar que a SDE fiscalize seu cumprimento, consoante dispõe o artigo 7º, VI e 8º, VII, da Lei nº 8.884/94. O Compromisso de Cessação encontra-se disciplinado pelo artigo 53 da Lei Antitruste(37).

**Nota:**

(37) Art. 53. Em qualquer fase do processo administrativo poderá ser

*celebrado, pelo CADE ou pela SDE ad referendum do CADE, compromisso de cessação de prática sob investigação, que não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada. (Vide Lei nº 9.873, de 23.11.99)*

A SDE possui, portanto, competência para celebrar, *ad referendum* do CADE, compromisso de desempenho e fiscalizar o seu cumprimento (artigo 14, IX, da Lei Antitruste). A Portaria nº 849 do Ministério da Justiça(38) corrobora esta sistemática.

**Nota:**

(38)Art. 40. Em qualquer fase do processo administrativo, a SDE poderá celebrar compromisso de cessação de prática sob investigação, na forma do art. 53 da Lei nº 8.884, de 1994.

Parágrafo único. O compromisso de cessação não poderá ser celebrado se a SDE dispuser de provas suficientes para assegurar a condenação do representado, relativamente à prática sob investigação, no momento de assinatura do respectivo instrumento.

Art. 42. Suspenso o processo administrativo com a assinatura do termo de compromisso, o mesmo será encaminhado ao CADE para que adote as providências legais de sua alçada.

Quanto ao setor de telecomunicações, a sistemática é muito semelhante, tendo a ANATEL competência para celebrar, *ad referendum* do CADE, compromisso de desempenho e fiscalizar e acompanhar o seu cumprimento (artigo 2º, VIII, 55 e 58 da LGT), tendo o CADE igualmente competência para celebrá-lo e aprová-lo.

Entendendo-se que haveria competência concorrente, tanto a SDE como a ANATEL teriam competência para, no setor de telecomunicações, sugerir o compromisso de desempenho e fiscalizar o seu cumprimento.

#### 4.6. Acordo de Leniência

O acordo de leniência é um instrumento importante que a Lei Antitruste veio disciplinar. Não obstante, somente em 8 de outubro de 2003 foi celebrado o primeiro acordo de leniência entre o Secretário de Direito Econômico, a empresa Anteres, seu proprietário e um funcionário.

Assinaram também, como intervenientes a SEAE, o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. O acordo deu ensejo à instauração em 29 de outubro de 2003 de processo administrativo contra 21 empresas, três entidades e 30 pessoas físicas do setor de segurança privada, por formação de cartel para fraude de diversas licitações no Rio Grande do Sul.

O acordo de leniência encontra-se disciplinado no artigo 35-B da Lei de Defesa da Concorrência(39), tendo sido regulamentado, por força do § 11 deste artigo, pela Portaria nº 849 do Ministério da Justiça(40) (cuja disciplina reproduz os termos do artigo 35-B e traz novos parâmetros).

**Nota:**

(39)Art. 35-B. A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: *(Artigo incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)*

I – a identificação dos demais co-autores da infração; e *(Inciso incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)*

II – a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação. *(Inciso incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)*

(...)

§ 4ºA celebração de acordo de leniência não se sujeita à aprovação do CADE, competindo-lhe, no entanto, quando do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo: *(Parágrafo incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)*

(...)

§ 10. Não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, a proposta de acordo de leniência rejeitada pelo Secretário da SDE, da qual não se fará qualquer divulgação. *(Parágrafo incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)*

§ 11. A aplicação do disposto neste artigo observará a regulamentação a ser editada pelo Ministro de Estado da Justiça. *(Parágrafo incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)*

(40)Art. 30. Se a infração noticiada ou sob investigação constituir crime de ação penal pública, a SDE, a pedido do proponente, consultará o órgão competente do Ministério Público acerca da possibilidade de seu enquadramento nos regimes de delação previstos na legislação penal, notadamente no art. 13 da Lei nº 9.807, de 1999, ou ainda naquele estabelecido no parágrafo único do art. 16 da Lei nº 8.137, de 1990.

Art. 32. O Diretor do DPDE deverá submeter ao Secretário de Direito Econômico, em até cinco dias úteis da data de protocolo da proposta, parecer sobre sua juridicidade e legalidade, podendo, inclusive, intimar o proponente para prestar esclarecimentos, por escrito ou pessoalmente.

(...)

§ 2º O Secretário da SDE, à vista do parecer de que trata este artigo e por meio de despacho fundamentado, decidirá, em até três dias úteis, se o proponente está habilitado a celebrar o acordo de leniência, não cabendo qualquer recurso dessa decisão.

Como a legislação do setor de telecomunicações excluiu a competência dos órgãos instrutórios do SBDC para a apreciação de questões relativas a este setor, por força do princípio da legalidade estrita, aplicável à Administração Pública, não há como a ANATEL proceder à adoção de acordos de leniência, já que não há previsão legal e nem infralegal deste instituto.

Caso se considere que a competência é concorrente, também por força do princípio da legalidade estrita, aplicável à Administração Pública, não poderia a ANATEL proceder à análise de consultas, devendo sua competência instrutória ser realizada pela SDE e SEAE.

No entanto, entendemos que possa haver normatização legal, bem como infralegal, superveniente, instituindo e disciplinando este instituto para o mercado de telecomunicações, já que dispõe o *caput* do artigo 7º da LGT que se aplicará a Lei Antitruste, quando não conflitar com ela (e no caso não se verifica conflito aparente e nem evidente). Criada a previsão legal ou infralegal, aplicar-se-á a norma de acordo com a sistemática de competências supradefinidas.

## 5. CONCLUSÃO

A evolução legislativa referente ao direito concorrencial tem ocorrido de forma espantosamente rápida nos últimos anos. Isto implica o surgimento de novas questões e indecisões acerca desta parte do sistema jurídico. O presente trabalho teve por escopo buscar elucidar especificamente uma questão: a competência para análise concorrencial. Face à disciplina especial do setor de telecomunicações, em contraposição ao regime geral aplicável à concorrência, buscou-se delimitar as competências definidas por um e pelo outro.

Da interpretação do conjunto de regras da LGT, deduz-se que o legislador outorgou à ANATEL a tarefa de realizar a análise de condutas, bem como a instrução dos procedimentos de análise de estruturas. Isto significou que se excluiu a competência da SDE e da SEAE.

Tal conclusão pôde ser alcançada através de uma análise dos métodos tradicionais de hermenêutica jurídica (a interpretação literal da norma, a interpretação histórica, a interpretação teleológica e a interpretação sistemática), que foram analisados sob uma perspectiva de complementaridade e interdependência.

Partindo-se da concepção sistêmica do direito, tais regras de hermenêutica foram ainda cotejadas com os princípios constitucionais (razoabilidade, proporcionalidade e eficiência) e administrativos (economia processual e especialidade) aplicáveis ao caso em ora em análise.

Face à patente incoerência e incompatibilidade surgidas, pode-se dizer que houve derrogação da Lei nº 8.884/94, no que tange à competência instrutória da SDE e da SEAE, quanto ao que diz respeito à análise concorrencial no mercado de telecomunicações.

Frise-se que para a configuração de incidência da competência para a análise de atos ou condutas, não é condição o fato de uma das empresas envolvidas no ato ser prestadora de tal serviço, devendo estar envolvido na operação o mercado relevante de telecomunicações.

Ocorrendo a hipótese de, no caso concreto analisado, envolver tanto o mercado relevante de telecomunicações, como outro qualquer, deveria a ANATEL pronunciar-se sobre a matéria de sua competência e, após, a SDE e a SEAE, quanto ao resto, remetendo, por fim, ao julgamento do CADE

Apontou-se, ainda, que, em contraposição à concepção de que a competência seria exclusiva, há a concepção de que a competência seria concorrente. Por hipótese, ao se admitir este modo de competência, não obstante se considere que, tanto a ANATEL como a SDE e SEAE, teriam competência instrutória, ilógico seria exigir que em todos os casos o processo fosse

submetido à análise de todos.

Dever-se-ia invocar a manifestação da SDE e SEAE, tão somente no caso concreto em que sua necessidade fosse suscitada e requerida, seja pela administração ou pelo administrado. Deste modo, respeitar-se-ia os princípios constitucionais (razoabilidade, proporcionalidade e eficiência) e administrativos (economia processual e especialidade) que norteiam a matéria.

Verifica-se, da análise de cada procedimento aplicável, que nos setores diversos do de telecomunicações, a análise instrutória deverá ser realizada pela SEAE e pela SDE, devendo ser submetido ao CADE para julgamento. No setor de telecomunicações, esta análise instrutória e a elaboração de parecer técnico será realizada pela ANATEL.

Como a legislação do setor de telecomunicações excluiu a competência dos órgãos instrutórios do SBDC para a apreciação de questões relativas ao setor de telecomunicações, por força do princípio da legalidade estrita, aplicável à Administração Pública, não há como a ANATEL atuar quando não houver previsão legal e nem infralegal deste instituto.

Entretanto, entendemos que possa haver normatização legal, bem como infralegal, superveniente, instituindo e disciplinando o instituto que se busca analisar quanto ao mercado de telecomunicações, desde que previsto pela Lei nº 8.884/94. Isso porque dispõe o *caput* do artigo 7º da LGT que se aplicará a Lei Antitruste, quando não conflitar com ela. Criada a previsão legal ou infralegal, aplicar-se-á a norma de acordo com a sistemática de competências supradefinidas.

## 6. BIBLIOGRAFIA

- AMARAL, Francisco. *Direito Civil – Introdução*. 3. ed. rev., aument. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 640 p.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*.  
 \_\_\_\_\_. *Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994*. Transforma o CADE em Autarquia, dispõe sobre prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito Antitruste Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Filosofia do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 254 p.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.  
 \_\_\_\_\_. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999. 328 p.
- ESCOBAR, J. C. Mariense. *O Novo Direito de Telecomunicações*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1999. 250 p.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 382 p.
- FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. 435 p.
- FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Malheiros, 1998. 215 p.
- GRAU, Eros R. *A Ordem Econômica na Constituição de 1998*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. 383 p.
- MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. 870 p.
- NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Agências Reguladoras e Concorrência. In: *Direito Administrativo Econômico*. Carlos Ari Sundfeld. Coordenador. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. 406 p.
- OLIVEIRA, Gesner. *Concorrência: Panorama no Brasil e no Mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001. 218 p.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 19. ed. rev. e atual. Editora Forense: Rio de Janeiro, 1998. v. 1, 463 p.
- SALOMÃO FILHO, C. *Direito Concorrencial – As estruturas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. 304 p.  
 \_\_\_\_\_. *Direito Concorrencial – As Condutas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.  
 \_\_\_\_\_. *Regulação da Atividade Econômica*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização: Privatização, Concessões, Terceirizações e Regulação*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. 870 p.
- SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.) et al. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: \_\_\_\_\_. Parecer de lavra do Prof. Carlos Ari Sundfeld acostado aos autos do Pedido de Medida Preventiva relativo ao Processo Administrativo nº 08700.001498/2002-23.
- VAZ, Isabel. O Poder Judiciário e a Aplicação da Lei Antitruste. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Estudos em homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 297-314.
- WALD, Arnoldo; RANGEL DE MORAES, Luíza. Agências reguladoras. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, ano 36, n. 141, jan./mar. 1999.
- XAVIER, Helena de Araújo Lopes. *O regime especial da concorrência no direito das telecomunicações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 158 p.