**TEORIA DA REGULAÇÃO ECONÔMICA E ORGANIZAÇÃO INDUSTRIAL**

Prof.: Dra. Juliana Oliveira

Dr. Gabriel L. Lochagin

Sala: C22

09/03/2017

**Ementa**

- Esta disciplina visa fornecer, sob a perspectiva jurídica, os conceitos básicos e as principais características e particularidades da Regulação Econômica.

**Objetivo geral**

- Com base na doutrina, legislação e jurisprudência, preparar o acadêmico para a preensão do conhecimento e capacidade para resolução de questões jurídicas, bem como relacionas a teoria geral da regulação econômica e organização industrial e os diversos ramos do Direito, através do estudo de temas clássicos e dos novos institutos incorporados no ordenamento jurídico.

**Objetivo específico**

- Possibilitar o estudo, do ponto de vista da intervenção do Estado sobre o domínio econômico, das formas de regulação;

- Desenvolvimento da capacidade crítica e analítica dos mercados regulados com as particularidades de cada setor.

**Metodologia**

- As atividades serão desenvolvidas por meio de: i) aulas expositivas, ii) análise e discussão da bibliografia indicada; iii) estudos de casos, sem prejuízo de outras atividades que atendam ao conteúdo programático da disciplina.

**Avaliação**

- Nota 1:

• 2,0 pontos – Atividade a ser realizada em sala de aula (28 de abril);

• 4,0 pontos – Atividade a ser realizada em sala de aula;

• 4,0 pontos – Avaliação correspondendo ao conteúdo programático.

- Nota 2: Prova final a ser agendada pela Comissão de Graduação da FDRP/USP, abrangendo todo o conteúdo apresentado em aula durante o semestre.

**\*** Nota 1 + Nota 2 ÷ 2 = Média final.

10/03/2017

(Prof.: Gabriel)

**FUNDAMENTOS DA ORGANIZAÇÃO INDUSTRIAL E DA REGULAÇÃO ECONÔMICA**

**1. Definição da regulação**

- A regulação constitui-se dos mecanismos de intervenção governamental destinados a alterar o comportamento dos mercados de forma a atingir o interesse público.

• Teoria do interesse público: Resposta às falhas de mercado;

• Teoria da alocação da coerção legal: Incentivos políticos à intervenção estatal.

**1.1. Provisão direta e atuação no domínio econômico x Regulação**

- Agentes econômicos: Agem em interesse próprio (racional = lucro).

⮱ Acabam gerando bem-estar social ao oferecer bens e serviços.

- Os agentes políticos também acabam se influenciando pelo interesse próprio

⮱ Intervenção: Interesse político em regular o mercado.

**1.2. O interesse público**

• Concepção neoclássica: Bem-estar social.

- O interesse público é o bem-estar social. Quando os agentes privados participam do mercado, pode-se chegar ao interesse público não necessariamente pela via regulatória do Estado. É possível que isso ocorre espontaneamente.

- Em um mercado competitivo, o preço é capaz de mandar sinais se deve produzir mais ou menos. É possível que novos agentes entrem onde os preços do mercado estão mais elevados, levando a uma maior concorrência, que acaba beneficiando os consumidores.

⮱ Mecanismos de preço – O que produzir; quanto produzir; bem-estar dos consumidores.

- A divisão do trabalho, o incentivo do lucro, apropriação do excedente, permite que os agentes econômicos se especializem para aumentar a produção e a competição.

- Portanto, os mecanismos de competição podem levar a graus elevados de bem-estar.

Ex.: Uber – Quando chove e há um alagamento, o preço do Uber dispara.

- Tudo isso pressupõe a competição, livre acesso dos produtores e dos consumidores ao mercado, informação sob o bem disponibilizado no mercado e um grau de substituição de produtos.

• Influência de fatores políticos: A percepção do interesse público pelos atores políticos.

- A necessidade de considerar a estrutura do mercado antes de cogitar quais são os instrumentos governamentais que devem ser postos no mercado.

⮱ Estrutura de mercado = Organização do mercado.

⮱ Diferentes estruturas levam a diferentes respostas do Estado frente à regulação.

Estrutura de mercado elevada (apta à competição) → Intervenção estatal mínima.

Estrutura baixa (menor competição) → Maior intervenção estatal.

- A existência de estruturas diferentes no mercado, conduz a respostas diferentes no mercado, frente a sua função da correção dessas falhas e o interesse do bem-estar público.

**Teoria da Captura**

Os agentes do mercado regulado capturando os agentes reguladores de forma que estes atendam aos interesses privados ao invés do público.

**2. Características da organização industrial**

**-** O organização industrial pode se dar de diversas formas. A importância dessa diferenciação se dá pelo fato de que o mecanismo de regulação do Estado será diferente para cada situação, variando conforma a forma de organização.

**2.1. Fronteiras da firma**

- Os setores econômicos apresentam graus variado de integração na cadeia de produção (campo de ação da empresa).

- Dentro da mesma empresa, há diferentes etapas de produção.

- O campo de ação da empresa, o limite, quais as atividades produtivas em que envolve as empresas é relevante para a organização industrial. Algumas empresas apresentam estrutura integrada, ou seja, dentro de uma mesma empresa há diversas atividades produtivas sendo realizadas. Se envolve em mais de uma etapa de produção de um bem, tendo assim um poder de mercado. Quando a mesma empresa controla, ela tem uma maior autonomia para determinar os preços.

- Controle da cadeia de produção = Maior poder de determinação do preço.

Ex.1: Fazendo de gado que também produz o milho para a ração.

Ex.2: Empresa de energia elétrica que detém geração, transmissão e distribuição da energia elétrica. Na transmissão, não é possível ter vários concorrentes, isso se chama de monopólio natural, que ocorre também com a rede de esgoto.

- Integração vertical da produção: A mesma empresa tem fronteiras muito amplas, dominando várias etapas.

- Custos são incorporados no produto final: Não há grande concorrência.

⮱ Grande concentração de mercado nesses casos.

- Empresas com fronteiras amplas: Maios poder de determinação de preço

⮱ Mercado leva o Estado a adotar medidas para regular esse preço e criar requisitos de qualidade.

⮱ Quando só uma empresa controla determinado mercado, poderão haver vários problemas. No mesmo exemplo, a empresa de energia elétrica poderia querer levar a energia em lugares mais lucrativos, como centros urbanos, deixando de lado as zonas rurais. Assim, o Estado deve utilizar instrumentos que possam quebrar essa verticalização.

**2.2. Concentração empresarial**

- Número e tamanho das empresas atuantes em um mesmo mercado.

- Determinados setores econômicos em uma dada região geográfica são dominados por uma empresa ou por muitas

Ex.: Vários produtores de pasta de dente e poucos de caminhões.

- A presença de concentração pode levar a respostas de intervenção do Estado, como a legislação antitruste.

**2.3. Diferenciação de produtos**

- Um mercado competitivo (o ideal) funciona melhor se os produtos são substituíveis e se o consumidor tem as informações do produto, de modo que possa escolher pelo melhor preço.

- Outros mercados permitem a diferenciação do produto – produtos com características únicas –, seja pela tecnologia, marketing, ou mesmo omissão ao consumidor sobre as informações do produto.

⮱ Competição não pelo preço, mas pelas qualidades do produto.

⮱ Estado pode atuar regulando alguns parâmetros da produção desses bens, como a qualidade.

Ex.: Celular – São bens que adotam design e tecnologias mais diferentes.

- Mas alguns mercados só funcionam se o preço for elevado, como a advocacia: quanto mais caro for o advogado, melhor ele é.

**2.4. Barreiras de entrada**

- Determinados setores industriais não são abertos a novos produtores.

Ex.: Energia elétrica.

- Essas barreiras podem ser naturais ou artificiais, e impedem a entrada de novos produtores no mercado. Em alguns casos, há uma regulação do Estado.

• Barreiras naturais: Se baseiam nos monopólios naturais, que são prestados mais eficientemente se houver apenas um produtor (custos de produção muito altos).

• Barreiras artificiais: Decorrem dos próprios mercados, criadas pelos agentes econômicos. Alguns produtores eliminam a concorrência com práticas predatórias.

Conclusão: Não são sempre as falhas de mercado que originam a regulação, pois a intervenção estatal é dinâmica, não estática. Muitas vezes, as próprias empresas se adaptam para gerar novos meios de concentração, o que exige também a regulação do Estado.

⮱ Via de mão-dupla:

• A estrutura do mercado afeta o comportamento das empresas: Possibilidade de competição não baseada no preço.

• O comportamento das empresas afeta a estrutura do mercado: Estratégias de eliminação da concorrência e do impedimento à entrada de novos competidores.

**3. O debate contemporâneo**

**3.1. A partir da II Guerra Mundial**

- Ampliação dos mecanismos de intervenção estatal (se deu de forma diferente em cada região do mundo).

**3.2. A partir dos anos 80**

- Movimento contrários: Desregulação

- Desconfiança da regulação do Estado = Retração da ação estatal

**4. A era da regulação (1945 – 1970)**

- Muitas vezes, o maior ativismo do Estado na economia se deu por caminhos que, hoje, seriam considerados muito radicais, como a nacionalização de empresas privadas, a transferência compulsória das empresas privadas para o Estado, o uso do orçamento com a despesa pública para gerar empregos.

**4.1. Crescimento geral dos níveis de envolvimento governamental**

- Políticas econômicas ativistas: Maior participação do Estado em mais setores econômicos e de forma mais profunda.

• Nacionalização de empresas e criação de estatais;

• Aumento das despesas públicas;

• Incremento horizontal e vertical das atividades regulatórias.

**4.2. Fatores políticos**

- Opinião pública contrária ao *laissez faire* (livre oferta e demanda) do Entreguerras.

• Políticas de pleno emprego;

• Proteção contra flutuações macroeconômicas;

• Modernização econômica e proteção contra excessos do capitalismo.

**4.3. Estados Unidos**

- Melhorar funcionamento e alocação dos mercados, respeitando a propriedade privada.

- Houve regulação de setores concentrados, mas não chegou a haver nacionalização de empresas. Houve o entendimento que deveria tornar a locação de mercados mais eficientes, mas sem deixar de ser um setor privado.

• Regulação dos monopólios naturais, transportes, setor financeiro;

• Argumentos estáticos de eficiência alocativa dos fatores de produção: Economias de escala, prevenção da concorrência predatória, melhoria da produtividade, acesso universal a serviços, reforço da legislação antitruste, etc.

**4.4. Europa Ocidental e Japão**

- Intervenção estatal foi mais forte: Maior atuação do Estado no desenvolvimento de bens e serviços.

• Ênfase na atuação direta do Estado (empresa estatais) e não na proteção da concorrência;

• Diferentes concepções continentais sobre o poder de mercado: Consequência inevitável da organização industrial e do desenvolvimento tecnológico (Marx, Schumpeter, Hayek);

• Tendência natural de concentração do capitalismo: Menor resistência à intervenção do Estado na economia.

- Racionalidade era desenvolvimentista: Necessidade de recuperar a economia depois da Segunda Guerra Mundial, para não ficar atrás dos EUA (*catch up*).

⮱ Nos EUA, havia o entendimento sobre tornar a locação de mercados mais eficientes, mas sem deixar de ser um setor privado. Na Europa, não ocorreu nesse sentido.

- França: Tentou criar grandes empresas para competir no mercado internacional (regulação estatal não se dava para estimular a concorrência interna).

**4.5. Diferentes objetivos da regulação**

- Europa Ocidental e Japão – Considerações dinâmicas: Desenvolvimentismo (*catch up*).

- EUA – Considerações estáticas: Eficiência alocativa e produtividade em uma economia já avançada.

**4.6. Desenvolvimento teórico da economia do bem-estar**

- Justificativas sistemáticas da intervenção governamental.

• Samuelson (1954) – Teoria dos bens públicos: Regulação da provisão pelos agentes privados ou pela via direta.

• Scitovsky (1954) – Externalidades (negativas ou positivas): Custos e benefícios individuais não coincidentes com os custos e benefícios sociais.

• Teoria dos monopólios naturais: Em indústrias com custos irrecuperáveis, os custos de produção são menores com um único produtor.

**Teoria da Firma**

Como uma empresa atua no modelo capitalista. Os agentes tendem a se comportar como uma organização, e não tanto como agentes econômicos, adotando, sempre que possível, atos de concentração.

Objetivos da regulação: interesse público e corrigir distorções do mercado.

**O estado pode atuar sobre o mercado (regulação ou INDUZINDO), no mercado (empresas públicas)**

**4.7. Formas de intervenção governamental**

• Provisão direta;

• Incentivos fiscais para estimular ou desestimular decisões econômicas;

• Restrições ao poder de mercado pela regulação econômica.

17/03/2017

(Prof.ª: Juliana)

**DIREITO ANTITRUSTE/CONCORRENCIAL**

- Relação com o Direito Constitucional.

**1. Princípios da livre iniciativa e da livre concorrência**

- Existe uma tensão desses dois princípios que vai levar ao direito antitruste/concorrencial.

- CF estabelece que deve haver a livre iniciativa e livre concorrência, mas há casos em que a livre iniciativa vai esbarrar em outros critérios, estabelecidos pela própria CF, em que não somos tão livres assim (monopólios naturais).

- Monopólio é ruim? Monopólio é vedado? O governo deve fazer algo contra o monopólio?

⮱ Nem sempre, as vezes ele é necessário. Sempre que ele não é necessário, o Estado deve promover a concorrência, mas existem situações em que isso é possível. O monopólio em si não é combatido pela legislação, mas sim o abuso econômico decorrente do monopólio.

- O Direito antitruste em si não trata do consumidor.

- Há limitações para a livre iniciativa e para a livre concorrência.

- Para falar desses princípios, deve-se ter a noção de mercado.

⮱ Mercado relevante é o ambiente onde ocorre a concorrência.

Ex.: Chocolate – Nem todo chocolate é “chocolate”. Geralmente, o mercado relevante é o chocolate em pó ou em barra. Para ter concorrência, deve-se ter a substitutividade entre os produtos.

- A análise do mercado depende da compreensão do produto, para entender quais produtos se relacionam e servem para a mesma finalidade.

- Elementos do produto:

a) Definição do mercado relevante geográfico: O mercado relevante, geograficamente, pode ser nacional, internacional, ou até um bairro. Corresponde ao espaço que o consumidor está disposto a se deslocar para obter um produto. Geralmente ele é mais restrito a pequenos espaços.

⮱ No mercado internacional, um fator relevante é a entrada via importações. Se 25% de um mercado for abastecido por produtos internacionais, provavelmente ele pode ser considerado um mercado internacional, pois de acordo com as variações de preços nacionais, pode-se aumentar o facilmente o número de importações

b) Mercado relevante do produto (material)

**2. Legislação concorrencial no Brasil**

- Primeiras tentativas brasileiras de ter uma legislação concorrencial frustradas.

- Lei 8.884/94: Legislação que realmente impulsionou a proteção da concorrência, primeira lei antitruste realmente efetiva.

- Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: Foi criado por essa lei, sendo composto por uma tríade: SEAE/MT, responsável pelo "coração" da análise, o mercado relevante, emitindo parecer não vinculativo; SDE/MI; e CADE, que é um conselho, onde há um julgamento que pegará a instrução dada pela SEAE e pela SDE sobre o mercado relevante, onde seria analisado sob um aspecto mais jurídico.

⮱ A autoridade concorrencial não deve proteger o concorrente, pois, se ele é incompetente, isso não vem ao caso. Irá ser analisado o mercado relevante, e a partir da localização do mercado é que serão estabelecidos os parâmetros de restrição da lei antitruste. Não se pode colocar uma restrição em uma área em que aquela parte nem concorre.

⮱ Tinha-se 15 dias para notificar acerca de um primeiro contrato (memorando de entendimentos) realizado entre os concorrentes. No entanto, o mercado internacional concluiu que essa notificação deveria ser prévia a assinatura do contrato.

⮱ CADE: não ficava vinculado ao parecer emitido aos demais órgãos. Ao chegar no CADE, poderia ter um parecer da Procuradoria do CADE e do MPF (casos de crime). A partir desses pareceres, o relator do caso prepara o voto, sendo que o conselho pode decidir no mesmo sentido ou não (mesma lógica dos Tribunais). Três situações: aprovação da operação (90% dos casos); aprovação com restrições (geralmente com relação a cláusulas concorrenciais); e casos de veto (0,01% dos casos).

\* Conclusão: O Estado só vai intervir na restrição concorrencial quando realmente achar necessário.

Esse sistema não funciona rápido, o que não é interessante ao empresário. Esse fato motivou a mudança da legislação que ocorreu em 2012.

23/03/2017

(Prof.: Gabriel)

**REGULAÇÃO ECONÔMICA POR MEIO DA INTERVENÇÃO ESTATAL**

- Regulação econômica: uma das técnicas de intervenção do Estado no domínio econômico.

- Modelos de análise:

• Direta: Estado agindo diretamente como agente econômico, colocando os bens e serviços em circulação

• Há outras linhas, em que o Estado permitiria que os particulares o fizessem, desde que sujeitos a medidas de controle de atuação. Não necessariamente o Estado controla o mercado por meio da ação regulatória, passando essa função aos particulares.

**1. Falhas na estrutura de mercado**

- Justificação sistemática para a eventual presença dessa regulação estatal

- O mercado possui falhas em suas estruturas de funcionamento.

- Explicação que surge no período posterior à 2ª guerra mundial.

- São elas:

**1.1. Bens públicos**

- Indicam um funcionamento inadequado do mercado porque alguns bens, ao contrário da maioria, não são individualmente apropriáveis por cada consumidor. Alguns bens colocados à disposição pelos produtores não são facilmente consumidos individualmente, sendo que os consumidores não podem ser apropriar em caráter exclusivo desses bens, de modo que o preço reflete mal à preferência dos consumidores.

- Características dos bens públicos:

• Inexcluibilidade: Impossibilidade de exclusão de um consumidor do mercado;

• Irrivalidade: Quando um consumidor se apropria de parte desse bem, ele não diminui a parte do bem disponível para os demais.

- É inviável estabelecer um mercado de concorrência de preço nesses bens com essas características.

Ex1: Iluminação pública – Desde que o produtor coloca à disposição esse bem, é muito difícil que exista um controle adequado e individualizado de seu consumo por cada consumidor. Disposto na economia, esse serviço não exclui consumidores do mercado, ele beneficia um número indeterminado de consumidores. Então, porque alguém pagaria pelo consumo desse bem? Podem até ter um grande número de pessoas que pague, mas como beneficia um número indeterminado, é difícil que haja uma correlação exata entre o uso do bem com o pagamento do bem (relação de pagamento e fornecimento). Muitos que se beneficiam do serviço acabam não pagando por ele.

Ex2: Segurança Nacional – Se cada beneficiado tivesse que pagar exatamente a medida em que se beneficia do serviço, seria inviável.

- Resposta tradicional: A solução é a provisão direta pelo Estado e o financiamento dos bens públicos pelos sistemas de arrecadação do Estado (tributação, mecanismos compulsórios de financiamento).

- Quando esses bens são prestados por particulares, o Estado deve regular esse mercado, por meio de um controle mais rígido do comportamento dos fornecedores, procurando equacionar essa difícil questão (caminho da regulação – atuando em determinadas estruturas, mas não controlando diretamente).

**1.2. Externalidades**

- A ação de alguns agentes no mercado produz custos que não são arcados/atendidos pelo produtor daquele bem. Há custos de produção do bem que são transferidos a indivíduos que muitas vezes não estão interessados por ele, são terceiros que arcam com os custos. Existem efeitos externos da relação de produtor e consumidor que provocam uma percepção distorcida dos preços e dos custos em um determinado mercado. Um produtor pode ter incentivo o bastante para cobrar preços baratos sobre seu produto, dentro de um mercado competitivo; muitas vezes, esses preços são mais baixos porque alguns custos da produção do bem são excluídos da determinação de seu preço ótimo de produção.

Ex.: Uma empresa localizada à beira de um rio fabrica roupas de couro, utilizando um processo de tratamento do couro de polui o rio. A poluição é o custo gerado pela produção, mas ele dificilmente será arcado pela empresa produtora. Os custos da poluição ambiental vão recair sobre terceiros, externos àquela relação econômica. Não é, portanto, só quem consome a jaqueta de couro que vão pagar sobre os custos dessa produção.

- Na existência de externalidades, o Estado pode adotar características de regulação, ou até absorver completamente a produção de determinado produto. A via regulatória é mais comum, de modo que o Estado tenta modificar a forma de composição dos custos de empresa, fazendo com que ela arque com os custos passados para terceiros.

⮱ Uma solução para o exemplo, seria a empresa passar a produzir as jaquetas vendendo por um preço mais caro, incluindo os custos gerados para evitar a poluição do rio.

⮱ Poderia o Estado também adotar medidas de proteção ambiental, como a criação de tributos sobre as atividades econômicas poluidoras (poluidor-pagador), ou seja, estratégias de atuação para corrigir essa falha.

- As externalidades também podem ser positivas, mas mesmo nelas haveria incentivo para que o Estado atue nesses setores que geram efeitos externos positivos.

⮱ Noção ligada ao interesse público de justificar a atuação do Estado.

Ex.: Educação – Quando uma escola/universidade oferece a educação, acaba beneficiando mais do que apenas os alunos que estudam nelas. Há ganho cultural, tecnológico e até econômico, mesmo para aquelas que não a frequentam efetivamente. Muitas vezes, o interesse público nesse serviço leva o Estado a alterar as regras de funcionamento do mercado. Não seria o caso de permitir que os agentes econômicos instalassem escolas em uma região muito pobre, pois os consumidores dessa área não poderiam pagar pelo serviço; de modo que o Estado instalaria as instituições de ensino nesses locais, determinando em quais locais o ensino particular poderia se instalar.

- A intervenção do Estado ocorre não apenas por ação altruísta, mas porque há varias pressões externas para corrigir essas externalidades.

**1.3. Monopólios naturais**

- Quando um setor possui apenas um produtor para determinados bens e serviços.

- Geralmente, são setores que, por suas próprias características, não permitiriam a participação de mais de um fornecedor, inviabilizando a concorrência em decorrência de sua própria forma de organização.

- Mercados que se estruturam de forma mais eficiente com um único produtor do que com mais de um produtor.

\* Porque ocorrem esses monopólios naturais?

- Há atividades que exigem um investimento muito alto até que comecem a fornecer um retorno econômico; o investimento em infraestrutura e rede de fornecimento é tão alto que inviabiliza a produção do bem ou serviço por mais de um fornecedor (barreira tecnológica).

Ex.: Rede de água e construção de ferrovias.

- Há uma necessidade quase que natural de que o serviço seja prestado por um único produtor, pois, assim, a eficiência será maior.

- Consequência: Poder de mercado na mão desse produtor faz com que ele possa até abdicar de determinada parte dos consumidores, com o objetivo é diminuir a produção para aumentar o preço, já que, ao dominar a produção, pode colocar os preços muito acima dos custos que ele realmente apresenta no processo produtivo.

Ex.: Setor do petróleo – Quando os produtores querem aumentar o preço, passam a extrair menos barris de petróleo.

\* É eficiente que o monopolista natural pratique preços acima de seu custo para viabilizar o lucro?

- O consumidor pode ser levado a tomar decisões em frente a esses preços que não condizem com sua vontade, o que não é eficiente nesse ponto de vista. Por conta do alto preço, ele pode deixar de consumir o bem, mesmo que estivesse disposto a tal, desde que por um preço mais baixo; ou ser levado a substituir o bem por outras alternativas ruins, encontrando substitutos no mercado que substituem mal. O consumo deixa de refletir as preferências do consumidor. - Da parte do monopolista, isso representa a possibilidade de um aumento desproporcional do preço em relação aos custos.

- No monopólio natural, os custos de produção são decrescentes conforme aumenta a produção. Se torna mais barato produzir em maior quantidade, e fornecer esse bem a um número maior de pessoas, numa tendência a controlar o mercado. Mas esse poder pode gerar condições desfavoráveis ao consumidor. Os mercados mais propensos são os setores que tem economia de escala, pois, como é mais barato produzir mais, essas empresas que conseguem isso absorvem quase que uma totalidade da produção daquele serviço. Existem retornos crescentes de produtividade com cada unidade adicional de trabalho, tecnologia, terra, espaço, etc., ficando os custos de produção cada vez menores.

- No monopólio, a demanda dos consumidores varia pouco, por isso o preço do equilíbrio é muito alto.

⮱ Gera dificuldade de regulação do Estado, que é levado a adotar mecanismos como o teto de preço.

- Às vezes, o interesse que leva o Estado a regular os monopólios é a necessidade de uniformização do fornecimento do bem ou serviço, para que o atendimento seja de qualidade. O monopolista natural age em determinada região (mercado relevante geograficamente delimitado), de modo que o fornecimento de serviços diferentes traria problemas ao mercado.

Ex.: Caso empresas ferroviárias instalassem, nas regiões em que atuam, cada uma um tipo de trilhos para trem, isso traria problemas ao mercado.

**1.4. Assimetria de informações**

**-** Geralmente, o produtor tem muito mais informações sobre o que produz do que o consumidor. Em mercados mais simples, isso pode não sem um grande problema, pois os consumidores têm algumas informações sobre produtos básicos para poder orientar seu consumo. Mas há mercados em que o controle dessa assimetria é muito relevante, pois o consumidor teria muitas dificuldades em obter as informações nesse consumo, e muito provavelmente seria enganado.

Ex.1: Medicamentos – Como se sabe quando ele está sendo produzido de forma correta, para tratar corretamente e efetivamente a doença que se pretende melhorar? O consumidor teria que contratar um laboratório especialmente para isso, ou até mesmo descobrir por erro e tentativa?

Ex.2: Mercado financeiro – Como saber se as informações que a empresa fornece sobre seus lucros e investimento são verdadeiras? Se pairasse sempre uma desconfiança nesse sentido, haveria um grande afastamento dos consumidores. Por isso existe uma regulação muito específica sobre as informações quando há o oferecimento de ações para a venda na empresa brasileira.

- Há um entendimento acerca de que a empresa que mente, uma hora ou outra, seria excluída do mercado. Porém, a flutuação econômica seria tão grande e demoraria tanto, que é mais eficiente a intervenção do Estado nesse sentido.

- O falseamento das informações é uma vantagem indevida para o agente econômico, de modo que esses institutos regulatórios muitas vezes são apoiados pelos próprios concorrentes, que teriam dificuldade em fiscalizar eles próprios as informações dos demais agente econômicos, exigindo que o Estado intervenha para adequar a própria concorrência leal.

24/03/2017

(Prof.ª: Juliana)

**CONTROLE ANTITRUSTRE**

**1. Teorias**

- Algumas escolas que vão trazer elementos importantes sobre o controle do mercado.

**1.1. Escola de Harvard**

- Também chamada de Escola Estruturalista

- ↓ concorrência econômica, ↑ poder de mercado

- Preocupação com a aumento do poder de mercado: era contrária à concentração econômica, por entender que ela geraria mais fatores negativos do que positivos

- Antes de 1930

**1.2. Escola de Chicago**

- Análise econômica – Eficiência

⮱ *Per se* ≠ Regras da razão

⮱ Na Escola de Chicago, a concentração econômica por si era negativa; mas a escola de Chicago não considerava assim, devendo antes fazer uma análise racional, porque ela pode vir a ser benéfica para o consumidor.

⮱ Cartel – por si, é uma conduta ilícita, do ponto de vista administrativo, ainda que não gere efeitos negativos (ilícito *per se*).

- Preocupação com a análise econômica, essencial para entender o ambiente da concorrência, porque cada mercado é único e tem suas próprias características.

**1.3. Escola de Freiburg**

- Teoria Ortoliberal – “Estado forte”

- Traz uma análise muito diferente dos EUA, pois favorece um Estado muito mais forte e interventor, que iria atingir os objetivos regultários por i.

\*O Brasil veio muito depois dessas escolas para o quesito concorrencial, então absorveu os pontos positivos de cada uma dela.

**2. Mercado relevante**

- Primeira coisa que precisa ser analisada na economia, porque vai estabelecer o ambiente em que vai ocorrer a concorrência.

- Parcela substancial de mercado: A partir de 20% de concentração de mercado, “acende a luz amarela do CADE”.

⮱ Abaixo disso, chamamos até de mercados pulverizados.

Ex.: Setor sucroalcooleiro.

- Porque há mercados que são mais importantes que outros, e têm uma maior regulação do Estado?

⮱ São setores de serviços essenciais, que são mais importantes para a sociedade.

- Quando um mercado é regulado setorialmente, ele não escapa da análise concorrencial, além da regulação exercida pelas agências, a não ser que não atinja os critérios de notificação ao CADE.(750 milhões e 75 milhões).

- Pela Lei 8.884 (antiga legislação), tínhamos 2 critérios de análise pelo CADE. Não é tudo que será analisado.

a) Quando uma empresa A, ou seus grupos econômicos, numa operação com B, gerasse uma concentração de mais de 20% do mercado relevante, isso deveria ser notificado ao CADE.

b) Faturamento – Se uma das empresas fizesse parte de um grupo econômico, ou sozinha, faturasse mais de 400 milhões no ano anterior, tinha que ser notificado ao CADE.

⮱ Hoje, isso mudou para 750 ou 75 milhões.

\* Isso foi bom ou ruim? A CF fala em preocupação com o mercado em si, não apenas com mercados grandes ou relevantes. Assim, os mercados que afetam regiões pequenas muitas vezes são prejudicados, pois as empresas pequenas regionais não conseguem competir com as grandes empresas, mesmo que isso não signifique uma concentração do ponto de vista da regulação econômica do CADE.

\* O CADE (autoridade antitruste) pode permitir concentrações, se considerar que as operações vão gerar mais externalidade positivas que negativas, como no caso na Ambev, mas isso não significa que ela poderá agir livremente; será fiscalizada pelo CADE, que poderá impor multas e sanções caso ela abuse desse poder gerado pela concentração de mercado que lhe foi permitida.

Ex.: Mercado de pistão automotivo – O pistão produzido para um modelo de carro (Gol, por exemplo), só servirá para aquele modelo específico. Assim, as montadoras (Wolksvagem, por exemplo), vão cotar em escala mundial as empresas automotivas para a produção dessa peça (mercado global). Uma operação de uma empresa dessas então, que gerava 90% da concentração do mercado numa região, foi aprovada pelo CADE, pois, por conta da amplitude do mercado, não conseguiria ter controle dos preços. Se aumentasse 10 centavos, a montadora já poderia buscar outros fornecedores em qualquer lugar do mundo por um preço mais barato, pois ela é quem detém o poder econômico.

- Por conta da livre iniciativa e livre concorrência, princípios constitucionais, o Estado não pode sair vetando todas as operações econômicas.

- Se não tiver indícios de que as operações entre empresas são problemáticas, elas são aprovadas rapidamente, em 30 dias.

⮱ Só as operações que esbarram no índice de concentração de mercado serão analisadas mais profundamente.

⮱ Por isso é que a análise do mercado relevante é tão importante para a economia.

31/03/2017 - *continuação*

(Prof.ª Juliana)

**3. Concentração de mercado**

- Todo agente econômico que controle 20% ou mais do mercado? Não!

- A autoridade identifica, podendo autorizar ou não as transações.

**3.1. “Gun jumping”**

- Efetivamente realizar qualquer ato de concentração empresarial sem antes ter a aprovação do CADE. Trocas mínimas já podem ser consideradas informações concorrencialmente relevantes e, pela legislação vigente, deve ter notificação prévia.

⮱ Antes, a legislação estabelecia que as partes podiam notificar em até 15 dias úteis do primeiro documento vinculativo da negociação (geralmente, memorando de entendimentos, anterior ao contrato). Com a legislação de 2011, o ato passou a ter que ser notificado antes de qualquer negociação, não podendo existir nenhum tipo de troca concorrencialmente sensível. A lei foi alterada pensando no que aconteceu, por exemplo, no caso Nestle-Garoto: Já tinham sido realizadas as integrações entre suas atividades empresariais e, após a notificação ao CADE, a transação não foi aprovada. O grande problema é que, com isso, é praticamente impossível voltar ao status *quo ante.*

\* *Insider*: Pessoa que se apropria de uma informação e passa para alguém, visando obtenção de lucro (é algo totalmente diferente). Quem cuida de analisar é a CVM, porque diz respeito geralmente à abertura de ações no mercado.

- Se as operações forem realizadas sem a prévia notificação ao CADE, ele irá oficiar as empresas pedindo suas informações. As empresas terão um espaço para exercer o contraditório e explicar sua situação. Ao final, o CADE vai dizer que precisa notificar a operação; as empresas devem notificar, e o CADE pode autorizar se não identificar nenhum problema, mas irá incidir uma multa justamente por não ter aguardado o tempo da autoridade concorrencial (ocorre isso na maioria dos casos). O CADE só irá vetar se realmente houveram problema de concentração gerado pela operação.

- Art. 2º da Lei nº 12.529: “Aplica-se esta Lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos”.

⮱ Territorialidade – Práticas que ocorrem no país ou que nele podem produzir efeitos. Um cartel internacional pode ser investigado no Brasil, mesmo sem ter subsidiária aqui, se seus efeitos se produzem aqui. EUA é mais razoável: todo ano mudam os *trash-holds*. Mas, no geral, é parecido no Brasil.

**3.2. Perda do objeto**

- As partes desistiram da operação. Após a notificação, decidem não seguir o negócio

- A média do tempo de analise antes era de 184 dias, hoje, é de 30 dias, e nas operações de rito sumario, 12 dias. Foram retirados muitos critérios e aumentando o critério do faturamento, foram afuniladas as empresas que precisavam notificar suas operações, contrataram mais servidores, e com a notificação prévia as empresas exigem mais celeridade.

**4. Teoria dos efeitos**

- O conceito de grupos econômicos é diferente no direito societário e no direito concorrencial.

- Do ponto de vista concorrencial, mesmo acordo (*joint venture*) com pequenas empresas que não efetivamente integram o grupo econômico no âmbito de legislação empresarial, será considerado passível de análise do órgão concorrencial, porque geralmente isso é uma estratégia empresarial para atingir concentração de mercados.

**5. Acordos com a autoridade antitruste**

- Nas operações entre empresas, podem ser realizados acordos com a autoridade concorrencial, antes de ser estabelecido o negócio e de ser vetado caso de operação problemática. Isso é bom no sentido em que os limites acordados entre as partes têm um índice muito mais alto de cumprimento (análises empíricas).

- Quando realizado o acordo, as empresas precisam apresentar relatórios ao longo do tempo para comprovar o cumprimento do acordo, porque a autoridade não tem estrutura para fiscalizar pessoalmente.

**5.1. Decisões relacionadas – Caso Sadia-Perdigão**

- A operação foi vetada pelo relator: Decisões motivadas. A autoridade identifica que há mais malefícios que benefícios.

- Acordo em ato de concentração: Apenas após o veto é que as empresas foram procurar a autoridade para fazer um acordo (só pode porque o conselheiro pediu vista aos autos).

- Se em 30 dias não conseguissem vender 30% das ações, seria vetado.

- Era interessante fazer antes, porque o índice de cumprimento seria maior, já que as obrigações não seriam todas impostas. A *BR Foods* quis tentar.

\* Colinos-Colgate: Conseguiram fazer com que o CADE fosse enganado, pois, para aprovar a operação, foi criada a marca “Sorriso”, mas com as mesmas configurações da embalagem da antiga Colinos. Assim, o consumidor associou e continuou comprando, de modo que a Colgate ficou com um domínio de boa parte do mercado.

06/04/2017

(Prof.: Gabriel)

*Panorama geral da matéria até agora*

- Finalidade da regulação econômica através da intervenção estatal:

Preservar no mercado os mecanismos eficientes de alocação de recursos (preservar o mercado competitivo);

Procurando diminuir o custo elevado que a produção gera para agentes externos à essa relação (regulação social).

- Atividade regulatória é exercício de uma atividade externa ao mercado; **Estado realiza uma hétero-regulação, pois assume o papel de agente econômico, mesmo não sendo, para corrigir as estruturas de mercado.**

- Teoria do interesse público para justificar a intervenção estatal por meio da regulação econômica.

- Espera-se que haja um aparato jurídico para que isso ocorra de forma efetiva.

**OPOSIÇÃO A TEORIA DO INTERESSE PÚBLICO NA REGULAÇÃO**

- Todas essas ideias que parecem bastante intuitiva a respeito do funcionamento dos mercados passaram por questionamentos mais sérios sobre os mecanismos de regulação da atividade econômica.

⮱ A partir dos anos 60: Desconfiança do exercício da regulação econômica do Estado – a partir dos anos.

⮱ Consequências mais graves para a formação dos organismos que se ocupam com a regulação da atividade econômica.

- Nos anos 60, essa desconfiança se concentra na ideia de que ao regular o setor econômico, o Estado substitui as falhas de mercado, com intuito de manter a esfera competitiva, pelas falhas de governo, produzindo efeitos indesejados, ou mesmo quando desejado, não os declarados pelos agentes responsáveis pela regulação

- Estudos empíricos nos EUA: De um lado, a regulação de alguns setores não entregava aquilo que prometia; a diminuição dos preços da tarifa de energia elétrica não se deu conforme a regulação queria, e o preço continuava elevado. Assim, a atividade regulatória do Estado não havia representado ganho satisfatório para a população. Conclui-se que o Estado regulava muitas atividades e setores que nem se enquadravam nas categorias de falhas do mercado e que não representavam monopólios naturais.

⮱ A tentativa desses novos estudos foi mostrar que a motivação p regulação se dava de maneira opostas do que realmente eram justificadas, do que servia como base para justificar a atuação do Estado com base nas falhas de mercado.

- Passaram a ser apresentadas posições contrarias à regulação, pautadas em argumento econômicos, mesmo em setores concentrados, e argumento de economia política que exibiam que o comportamento do regulador atendia outros interesses, não tão altruístas, do interventor.

**1. Teoria dos mercados contestáveis**

- Argumentos de origem econômica

- Nem todo mercado concentrado se torna melhor ou mais eficiente a partir da intervenção estatal.

- Não é porque há concentração de poder do mercado de um agente econômico que a intervenção estatal tornara aquela atividade mais eficiente.

- Mesmo que um agente monopolista detendo o poder que permitia preços mais altos, muitas vezes ele não abusa desse poder.

⮱ Por que ele não manipularia a produção de modo a aumentar muitos os preços? Em circunstancias ideias, é possível que a elevação do preço, criação de um preço de monopólio, poderia induzir a entrada de outros participantes no mercado, que explorariam essa alta lucratividade; mas isso seria temporário, porque a presença de mais competidores diminuiriam o preço, de modo que haveria incentivos para que esses agentes se retirem do mercado e o monopólio retorne.

- Pressupostos: Poucas barreiras de entrada e baixo custo para a retirada do mercado (como não há custos de saída, assim que o preço se equilibra, os novos produtores se retiram) – *“bit-and-run”*: Por meio desse mecanismo, seria possível que o mercado atingisse um equilíbrio sem que houvesse a intervenção estatal.

⮱ Algumas atividades têm custo tão alto que é muito difícil para o produtor se retirar do mercado.

⮱ Esses pressupostos são numa situação ideal; é muito difícil ocorrer na pratica.

- A intervenção estatal, então, deveria ocorrer efetivamente só nas situações que realmente há um monopólio natural.

- Diante de um monopólio natural, haveria 3 alternativas

▫ Manter o monopólio sem nenhuma regulação;

▫ Manter com regulação;

▫ Estado absorve a produção, tornando o setor estatal

\* Não há uma solução técnica ideal; sempre haveria um poder do agente econômico ou do estado.

- Nos outros setores, isso não ocorreria dessa forma.

**2. Escola neoclássica (\*teoria da captura)**

- Análise política

- A regulação do Estados não surge para atender o interesse público; mas sim para entender interesses políticos estatais ou mesmo dos agentes econômicos.

- Pressuposto metodológico que em competição, a regulação do mercado se daria de maneira eficiente sem regulação.

▫ Ação econômica racional;

▫ Agir para maximizar a utilidade, obtendo o maior benefício possível, ou seja, o maior lucro a partir dos menores custos.

- Os agentes políticos, ao agirem para exercer a regulação, agem movidos pelos mesmo interesses que regem os agentes econômicos, ou seja, a maximização da utilidade.

**Benefícios políticos que procurariam maximizar: Dinheiro e votos** (interesses que movem qualquer político).

- Não há uma relação direta entre interesse social e regulação do Estado, e sim a permeabilidade dos grupos de interesses nas decisões do sistema politico

- Diversas formas de atingir esse sistema

- Objetivos:

*a) Transferência de recursos do setor público para o privado:* Todos os setores minimamente organizados pressionam o sistema de decisões do Estado para que decidam a seu favor, para obter do Estado o retorno financeiro direito, para se manter no mercado, mesmo que de forma ineficiente, ou mesmo eliminar a concorrência. Nem sempre são a estratégia mais adotada, porque há algumas limitações jurídicas, como o princípio da igualdade (ex.: outras empresas não beneficiadas contestariam essa transferência para uma única empresa), o que geraria um efeito limitado dessa transferência, anulando o efeito de concentração de mercado, porque um grande número de empresas se beneficiam. Por isso, geralmente os agentes políticos tentam se valer de outro poder do estado, o de regulação jurídica por meio de normas, que serão citados a seguir.

*b) Criação de barreiras artificiais de entrada:* Estado conceda apenas um número determinado de autorização para o funcionamento de instituições financeiras, por exemplo, o que causaria uma concentração de mercada. Isso é um instrumento de ação política em nome dos interesses privados.

*c) Fixação de preços:* Fixando preços abaixo do nível de competição do mercado, quando não há flutuação de preços, isso diminui a competitividade, pois não há estimulo a entrada de novos agentes no mercado.

*d) Influência à produção de bens complementares/suplementares:* Organização de determinados interesses para obter uma organização jurídica adequada para atingir o interesse de determinados grupos.

- Porque o Estado atenderia os interesses dos produtores econômicos e não dos consumidores?

⮱ Os agentes econômicos são mais articulados, de modo que são capazes de exercer uma maior pressão política frente ao Estado, buscando um geralmente o lucro; alinhado ao interesse do Estado em preservar o seu poder.

- Assim, conclui-se que nem sempre a intervenção do Estado vem do interesse público.

- Na escola neoclássica, conclui-se que a desregulamentação seria a solução para as falhas de governo, em vez das falhas de mercado, deixando o mercado agir livremente sem atuação estatal.

\* Na prática, não se vê uma atuação tão radical dessa ideia. Busca-se uma desregulamentação do mercado, na medida do possível; e quando não é possível, uma atuação planejada por meio de agências reguladoras independentes, tanto dos regulados quanto do Estado.

07/04/2017

(Prof.ª: Juliana)

**CONTROLE DE CONDUTAS**

- Dedica-se à análise do comportamento dos agentes econômicos.

- O CADE atua em casos em que existem indícios de prática de condutas ilícitas previstas na Lei de Defesa da Concorrência.

- Direito antitruste:Controle de condutas, controle de estruturas e advocacia de concorrência.

- A prática de cartel é a mais combativa. Crescimento econômico implica a economia que mais se destaca, mas esse conceito não se confunde com desenvolvimento econômico (relacionada com direitos humanos, políticos, etc.). Grande exemplo disso é a China.

- Indicação: Desenvolvimento como liberdade. 2011.

f**1. Autoridades e seus papéis**

▫ CADE e SEAE

▫ Atuação do MP e da AGU

▫ Interações com Judiciário

- De acordo como o setor, pode haver duas regulações, tanto do ponto de vista concorrencial (CADE) quanto do setor específico (ex.: Anatel). Assim, uma mesma empresa pode ter duas responsabilizações distintas.

**2. Infração à ordem nos termos da Lei Antitruste**

• Art. 36, Lei nº 12.529/2011 – “Constituem infração da ordem econômica, **independentemente de culpa**, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, **ainda que não sejam alcançados**:

I – Limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II – Dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III – Aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV – Exercer de forma abusiva posição dominante”.

\* O Rol da LDC (Lei de Defesa da Concorrência) é exemplificativo.

- Ex.: Receber tabela de preços por e-mail.

- Especialmente:

▫ Acordo entra concorrentes;

▫ Abuso de posição dominante;

▫ Concentração de empresas.

- Quando não conseguimos externalidades boas, somente ruins.

**2.1. Abuso de posição dominante**

- Presunção: A partir de 20% do mercado.

- Exemplos:

▫ Preços predatórios: Estratégia de empresa dominante que consiga com seus preços muito abaixo para quebrar seus concorrentes e, em um segundo momento, exercer monopólio;

▫ Preços excessivos;

▫ Discriminações de rivais;

▫ Recusa de venda/ fornecimento (a autoridade analisa diante do mercado);

Ex.: Empresa tem 50 % do mercado no Brasil e 50% na China. No Brasil, ela abastece outras três empresas (X, Y, Z). O produto chinês aumentou 20%; então, as três empresas então sendo abastecidas pelo Brasil. Em dado momento, a empresa brasileira decide não vender mais para o Y. Y, por sua vez, recorre ao fornecedor chinês, mas isso surte efeitos, porque os custos de Y aumentam, enquanto de X e Z continuam os mesmos. Y procura o CADE, alegando que a empresa fez um acordo com X e Z para que Y seja excluído do mercado. Isso não é um ilícito *per se.* Nessa situação, o CADE questiona a empresa que não quetr vender, qual a razão da recusa de venda para Y. Isso pode se dar por *n* razões, ex. Z compra mais, então não compensa vender para Y. Assim, a autoridade regulatória deve analisar cada caso.

▫ Venda casada.

**6. Cartel: quando ocorre?**

**-** O cartel é um acordo ou prática concertada entre concorrentes que podem fixar preços, dividir mercado, estabelecer cotas, restringir produção, ou adotas posturas pré-combinada em licitação pública.

- É um ilícito *per se*.

- Os cartéis “clássicos” implicam em aumento de preço e diminuição da oferta.

- Cartel é um ilícito pelo objeto, ou seja, é um ilícito *per se*: Não importa se não gerou efeitos, basta ter combinado, basta a potencialidade de produzir efeitos.

**7. Controle de condutas anticompetitivas pelo CADE**

- Além do preço igual, tem que existir o elemento da combinação.

- Coleta de provas: Lei 12.529/2011

▫ Inspeções em empresas de busca e apreensão: Realização a qualquer momento, com notificação prévia obrigatória;

▫ Acordo de leniência: É uma espécie de delação premiada. Grandes acordos decorrentes de obrigações internacionais. O leniente tem que ser o primeiro, e trazer provas e informações que a autoridade não tinha;

▫ Requisição de informações;

▫ Utilização de procedimentos de inteligência para detectar cartéis em licitações;

- Para o cartel ser possível, o acorde entre os agentes deve alcançar 20% do mercado.

- O CADE pode ter conhecimento de um ato ilícitos entre concorrentes por outras fontes, como: representação de clientes ou terceiros; notícias ou informações da mídia; cooperação com autoridades setoriais no Brasil; cooperação entre autoridades antitruste sobre investigações em curso em outras jurisdições; ou investigação *ex oficio*.

\* Paralelismo: Não prova que é cartel (preços iguais); precisa ter outro elemento.

\* Colaboração sobre concorrentes – explica a diferença de acordo e conluio

- O rol da LDC é exemplificativo.

- Independe de culpa.

- Ações judiciais: Garantia oferecida para suspensão de efeitos da decisão do CADE em sede liminar; pode ser em dinheiro ou outro bem, ou título em valor igual ou superior ao valor da multa questionada.

27/04/2017

(Prof. Gabriel)

**PRINCÍPIOS REGULATÓRIOS**

- Quando o Estado regula setores, ele cria regras específicas para cada setor. Mas essas regras se submetem a princípios gerais, ou seguem características próprias para cada setor?

- É possível falar em princípios regulatórios?

⮱ Setorialização do direito econômico – Generalidade de instrumentos de intervenção do Estado *vs.* Excessiva especificidade dos regramentos jurídicos aplicáveis.

- Debate muito forte na doutrina alemã: Crítica a setorialização do D. econômicos – Cria regras tão especificas para cada setor econômico que muitas vezes perde a organização geral do conjunto da atividade interventiva do Estado.

- Devem ser atendidos alguns princípios de ordem constitucional: Regulação da ordem econômicas – Princípios tradicionais da ordem econômica, mas também vinculados a outros objetivos de origem valorativa

⮱ Art. 170, *caput*, CF: Formas de ação do Estado no setor econômico em sentido amplo.

» *Regulação como forma de atuação sobre o domínio econômico*

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

⮱ Regulação econômica *vs.* Intervenção direto

- Fundamento jurídico: Procedimentalização da atividade econômica (nos setores reguláveis).

- Conteúdo da *due process clause* em matéria econômica: Garantia institucional de igualdade jurídica material entre os agentes econômicos.

- Princípios constitucionais: Livre iniciativa e justiça social (art. 170, CF).

**1. Princípio da igualdade**

- Igualdade, de fato, muitas vezes é vista na perspectiva subjetiva, relação de indivíduos.

- No direito regulatório, busca alcançar um jogo justo e equilibrado dos agentes no mercado: Evitar posições de abuso e desigualdade entre os agentes do mercado

- Diversas posições dos agentes permitem que cheguem a resultados desequilibrados e injustos no equilíbrio do mercado, por exemplo, monopólios.

- Do ponto de vista jurídico, esse poder de mercado causa um desequilíbrio, com abuso de fixação do preço de monopólio, de assimetria de informação, de custos gerados a terceiros por externalidades – objetivo das instituições jurídicas é equilibrar essas relações.

- Assim, em sentido amplo, esse princípio orienta a ação de regulação do Estado.

- Para atender como a regulação aplica este princípio da igualdade, deve-se verificar como algumas regras em sentido especifico buscas efetivamente esse resultado, pelo equilíbrio para evitar o abuso do poder econômico.

- Funções:

▫ Concretizar o efetivo conhecimento econômico entre os agentes de mercado – importância grande para a teoria econômica: Como o produtor define como, quanto, o que produzir; quais as oportunidades de mercado e investimentos, etc. são todas questões de conhecimentos. Quanto maior o conhecimento, maior a probabilidade do agente econômico de oferecer uma resposta adequada e eficiente às exigências do mercado. Do ponto de vista do consumidor, é preciso saber as características e finalidade dos produtos, se o preço é justo e vantajoso em relação a outros produtos; tudo isso são questões de conhecimento econômico.

▫ Teoria de Hayek sobre o conhecimento econômico: Ponto fundamental é que o conhecimento econômico é empírico, pratico; obtido a partir da ação, não é uma pura reflexão intelectual do agente econômico, pois não tem informações suficientes do mercado antes de participar do mercado. Só terá conhecimento sobre o mercado após se inserir nesse mercado. O mesmo vale para o consumidor, em relação aos produtos que consome. Função das instituições diante disso – o conhecimento econômico não é uma mera abstração, os agentes econômicos só poderão saber das coisas se participarem do mercado, de modo que se deve assegurar condições plenas de acesso e participação, dos produtores e consumidores, nos mercados ou produtos que desejam, com objetivo de promover a profusão do conhecimento e econômico. Um mercado fechado, ao proibir o acesso, limita o conhecimento, de modo que consegue um abuso de poder nesse mercado específico. Conclui-se que participação e conhecimento não são duas coisas diferentes.

- Diferenciar a regulação do direito antitruste: Se a regulação busca promover a participação efetivas nos mercados, o direito regulatório não se mostra suficiente para isso, na medida de veda operações e condutas, mas tem dificuldade para estabelecer obrigações de fazer; só cria de não fazer, proibindo condutas e desfazendo operações, mas não tem mecanismos para que concretize as ações de participação.

- Doutrina da *essential facility*: Casos em que o D. Antitruste admitiria uma intervenção do Estado, exigindo condutas ativas dos agentes econômicos. Mas os casos de aplicação são muito restritivos, de modo que não tem uma participação geral no âmbito do Direito antitruste. É preciso que haja negativa, que o mercado seja de um bem considerado essencial (discussão grande acerca do que é considerado essencial) e que haja uma discriminação não razoável (também é vaga para permitir aplicação em casos muito pouco generalizado).

*\* Em síntese, a igualdade material no processo econômico prescinde:*

- Difusão forçada do conhecimento econômico, possível pela garantia da concorrência;

- Efetividade de políticas ativas de promoção da concorrência (direito regulatório), em contraste com normas reativas (direito antitruste) – Criação de utilidade pública pela regulação;

- O conhecimento econômico é prático (Hayek): Advém do processo de escolha, adquirido individualmente, e daí a importância da concorrência.

- Regulação estrutural *vs.* Regulação neoclássica: Pela via das instituições e dos procedimentos, **o objetivo da regulação é assegurar o devido processo econômico com igualdade material entre os agentes, e não apena a auto-regulação pelos mercados;**

- Regulação e desenvolvimento econômico: Desconcentração de poder econômico e crescimento da demanda interna como instrumentos de destravas o desenvolvimento.

**2. Princípio da difusão do conhecimento econômico**

- Já o direito econômico possui mais mecanismos para que haja essa difusão, com o princípio do acesso necessário.

- Justifica a ação interventiva do Estado regulando os agentes econômicos, promovendo formas iguais de acesso ao mercado e de concorrência – Igualdade material no Direito Econômico.

- É um desdobramento do princípio da igualdade.

- Há determinados serviço que permitem abuso de posição, principalmente nos que há uma dominância de rede; estrutura controlada por um único agente em uma região geográfica, este agente cria restrições ao acesso de outros agentes no mercado, ou estabelecendo preços desequilibrados e discriminatórios que impedem o acesso da maioria dos consumidores ao serviço, podendo também se recusar a contratar agente econômicos para participar do serviço como gerador (ilícito concorrencial).

- O direito antitruste só poderia sancionar estas condutas, mas não conseguiria efetivar este acesso ao mercado.

- Já o direito econômico, quando visa assegurar esse acesso, pode restringir a propriedade da infraestrutura (uso, gozo e fruição): Função social da propriedade dos bens de infraestrutura (forma especifica de manifestação)

⮱ Obrigações ativas impostas aos agentes econômicos

▫ Setor de telecomunicações: Obrigação de contratação entre o que tem domínio da rede e os agentes que tem permissão para atuar neste mercado, que dependem do acesso à infraestrutura específica para a prestação do serviço – O proprietário da infraestrutura deve permitir o acesso ao agente que deseja atuar fornecendo o serviço, também por meio do preço justo.

▫ Setor de petróleo (Lei 9478/97): Na mesma lógica estabelece uma faculdade de acesso aos grupos de transportes e terminais marítimos, se estes forem necessários aos agentes econômicos para realizar a atividade, acarretando a obrigação de contratar (princípio do amplo acesso).

- Conflito entre o princípio da livre iniciativa e da livre concorrência: a livre concorrência pode significar uma limitação ao princípio da livre iniciativa, pois o primeiro visa estabelecer uma participação equitativa de todos os agentes econômicos no mercado, com ampla difusão de conhecimento econômico, ainda que isso signifique restringir a livre iniciativa de alguns agentes.

- Ao criar essa igualdade material nesse processo econômico, o direito estende à atividade econômica algo que já existe no plano humano: Cria “regras do jogo” para regular conflitos, litígios, processos – Pode-se falar em devido processo econômico, que visa impedir esse abuso de poder econômico. É preciso que estas regras sejam estáveis, mesmo que acabem gerando resultados que sejam considerados desnecessários pelos economistas. É necessário que as regras sejam aplicadas de forma igual para todos os agentes econômicos, de modo que o peso criado pelo Estado deve incidir de forma não discriminatória para todos os setores. Igualdade se relaciona muito com a segurança jurídica nas regras de regulação econômica.

⮱ Controvérsia dos incentivos fiscais: Desde que sejam os mesmo para todos os agentes econômicos, se evitam as distorções.

- Princípio do acesso necessário: Contenção da dominação dos mercados em que há controle de redes.

▫ Instabilidade da “preguiça tecnológica” como instrumento de erosão espontânea do poder de mercado;

▫ Dependência da rede: Os retornos crescentes de escala tornam mais útil a rede para o consumidor;

▫ Entrada e permanência controlados: Integridade física e econômica dos mercados propiciam posições dominantes (ex.: setor aéreo e bancário).

**▫ Ferramentas do direito antitruste: Enfrentamento de ilícitos concorrenciais (recusa de contratar ou discriminação entre concorrentes);**

⮱ Insuficiência de sanções reativas: Não se gera daí o dever de contratar

⮱ Extensão para obrigação efetiva de contratar pela *essential facility doctrine*: a) bem fundamental para a concorrência; b) impossibilidade prática de duplicação da rede; c) negativa do uso do bem fundamental; e d) possibilidade física e técnica de interconexão;

▫ Intervenção regulamentar ativa:

⮱ Rede como bem público – Todos têm acesso;

⮱ Rede como bem privado – Amplo acesso. Normas limitadoras do direito de propriedade em obediência ao princípio da função social da propriedade dos bens de acesso;

▫ Direito posto – Obrigatoriedade ativas de interconexão: Caráter quase-público das redes (art. 28 do Regulamento Geral de Interconexão, Anatel)

⮱ As redes são “vias integrais de livre circulação”;

⮱ “**O direito de propriedade sobre as redes é condicionado pelo dever de cumprimento de sua função social”.**

**3. Princípio do desenvolvimento**

- Se relaciona com o p. da difusão do conhecimento econômico

- Objetivo e vetor da ordem econômica, e da própria República.

- Utilidade para a regulação: Particularidade do desenvolvimento das teorias no Brasil e na américa latina – 2 fatores para o subdesenvolvimento: Estruturas econômicas concentradas, com pouca difusão do conhecimento entre os agentes econômicos, capital fica concentrado em poucas empresas, gerando excedente enorme apenas para elas e não circulando na economia, sem que o lucro obtido saia deste setor concentrado e beneficie outros setores econômicos, são também economias pouco diversificadas. Capital chega ao proprietário e lhe gera poupança, mas não gera investimento em outros setores, e as vezes nem no próprio setor. O grande exemplo é a economia cafeeira, que só começou a mostrar defeitos quando se tornou extremamente saturado, inviabilizando a concentração do capital de modo que os produtores precisaram investir na indústria, pois não havia outra opção; e pouca concorrência no mercado global pelo fato de produzir bens do setor primário.

- Regulação visa desconcentra mercados: Quebra de estruturas concentradas – inspira este princípio do desenvolvimento.

- Há setores que precisam ser concentrados, como por exemplo o setor bancário, porque os donos precisam de certo anteparo diante de um choque, ou seja, precisam ter uma presença muito grande de capital para que facilite o setor econômico (mas isso não é regra absoluta).

⮱ Pulverização do setor financeiro ofereceria riscos de estabilidade, pois não se conseguiria aplicar grandes quantias em bancos de porte pequeno, por exemplo.

- Outro exemplo é o setor aéreo, que em tese funcionaria melhor com concentração. Mas nesse caso, há má aplicação da intervenção que deveria ser imposta pelo Estado, para que estas barreiras do mercado não sejam prejudiciais à qualidade e oferecimento do serviço.

- Falta de competitividade do Brasil no mercado externo: Commodities visam aumentar o mercado interno, diminuindo a dependência do externo; políticas de desestimulo e substituição da importação, com proteções tarifarias, para que se desenvolve-se a indústria nacional; objetivo de fazer o Brasil participar de mercados dos quais não fazia parte porque atuava principalmente no setor primário – o Estado foi essencial para fornecer as condições para que a indústria se desenvolve-se, por meio de mecanismo de intervenção.

- A CF reflete alguns princípios do desenvolvimento: Art. 202, por exemplo – Desenvolvimento de estruturas tecnológicas nacionais (o direito econômico também pode ajudar nesse sentido).

- Participação do capital nacional nas indústrias nacionais também poderia ser um meio de promover o desenvolvimento – Mas acabou não dando muito certo no BR

⮱ Afinal, isto também se trata de uma ciência empírica, de modo que a aplicação correta só vem através da experiência.

**4. Princípio da função social da propriedade**

- Obrigatoriedade de compartilhamento dos bens de acesso

▫ Co-propriedade dos bens de acesso (redução dos custos de transação ao diminuir as negociações de acesso etc.);

▫ Compartilhamento: Propriedade de um agente, mas o bem torna-se compartilhado com os demais. Limitações ao uso, gozo e fruição (o preço de acesso não pode ser determinado pelo monopolista).

- Direito posto:

a) Modelo de compartilhamento: O titular da rede deve permitir o livre acesso (art. 71 da LG de Telecomunicações).

b) Dirigismo contratual: Toda a infraestrutura deve ser compartilhada. Ex.: Lei do petróleo (art. 58) – faculdade de utilização de dutos de transportes e terminais marítimos. Contraste entre livre iniciativa e livre concorrência.

11/05/2017

(Prof. Gabriel)

**AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL**

**1. Questões conceituais**

- Nome “agência”: Importação do direito norte-americano

- Órgãos públicos, e não apenas “*independence regulatory agencies*”*.*

- Referencias constitucionais a órgão regulador – Art. 21, XI (competências da união para definir órgãos reguladores) e Art. 177, §2º, III, ambos da CF.

- Como parte da Administração Pública voltada a tomar determinadas decisões no exercício da função reguladora – estruturas cm competências para regular a atividade econômica – a agencia econômica se comporta como instituição.

- Funções institucionais: a instituição é uma estrutura social cm finalidade de resolver problemas recorrente. Quanto mais complexa a sociedade, mais problemas surgem; a as pessoas não conseguem resolvê-los criando soluções a toda hora. De modo que é preciso equilibrar as expectativas de modo a criar uma base de solução estável para problemas recorrentes.

- Quando o estado se relaciona com o mercado para disciplina sua estrutura, é natural que surjam muito conflitos, típico e usuais.

- Necessidade de criar condições de acesso ao mercado e às informações – são problemas recorrentes na relação de Estado e mercado.

- Falta a seguinte constatação: É preciso que alguém realize essas funções de intervenção não basta apenas que se diga que precisa intervir.

- Brasil: Estrutura especifica peculiar relacionada a nossa tradição, que é a da Agência Reguladora.

- Assim, as agências reguladoras são estruturas da Administração Pública para resolver conflitos no mercado, dotada de um feixe de competências (poderes) voltadas à uma função, colocadas em relação a um dever, que é o da agencia realizar suas funções de forma técnica, objetiva, neutra, com relação a diversos fatores de influência que poderiam leva-la a uma solução não conveniente dos conflitos entre Estado e mercado.

⮱ Seria aquele que, em vez de estabilizar a expectativas, desestabilizasse. Soluções casuística que se rompe o vínculo de confiança que deve haver entre a sociedade e a agencia, pois este vinculo pressupõe uma certa estabilidade por parte das decisões. Poderia ser que estas decisões atendessem a pressões de origem política que não atendessem efetivamente ao bem comum.

- **Portanto, é necessário que haja regras para balizar a ação dessas agências reguladoras. A opção de regular a ação econômica, é uma decisão política. Mas ao considerar as agencias como instituições, a atuação deve ser voltada a atingir a função de efetivamente regular as necessidades do mercado, e não certos interesses particulares ou políticos.**

- O termo “agência” se assemelha ao termo americano *independente regulatory agency* – mas nos EUA, o termo *agency* é muito amplo, significando órgão público.

\* Definição: Órgãos públicos, dotados de autoridade, voltados ao exercício da função da regulação, caracterizados pela independência (Floriano Marques neto)

**2. Aspectos**

- Autoridade – Poderes das agências reguladoras.

- Independência das agências reguladoras – De que forma o direito cria condições que essa independência ocorra.

**3. Autoridade das agências**

- Definição de poder: É sua capacidade de fazer com que outras pessoas hajam conforme sua vontade, mesmo que elas não queiram (Max Weber).

- Quando se diz que um órgão público tem poder, quer dizer que ele é capaz de criar obrigações e deveres, imposição de condutas para diversos agentes de mercado, no caso da regulação.

- Autoridade da agencia reguladora consiste na capacidade de impor deveres de prestação da atividade, de modo a controlar as empresas que atuam no setor regulado.

- Capacidade de exercer coercitivamente suas atribuições – A agencia reguladora é dotada de algum poder normativo, podendo criar obrigações e deveres não tão claramente previstos na lei, de modo que vai contra a tradição do Direito Administrativos (princípio da estrita legalidade). A doutrina é bastante controversa nessa questão.

⮱ Existe determinada abertura da lei que institui competência para regular, preenchida por atos específicos e completo que não estavam previstos no momento em que se criou a agencia regulatória. Ao ver do professor, não viola a segurança jurídica, desde que sejam editados dentro do que é permitido.

- Autarquias de regime especial: Execução de atividades típicas (Art. 5º, I, Dec. Lei 200/67)

- Poder extroverso: Funçoes normativas e quase-judiciais

⮱ Em vez de um poder de criar obrigações para si próprio, como na administração pública (introverso), criar obrigações a terceiros.

⮱ Na atuação do órgão administrativo, o objetivo é garantir determinado grau de pluralidade na atuação da agencia, para que o setor regulado e o poder político possam se manifestar no produto final daquela vontade, que é o ato administrativo. Mas a agencia reguladora é livre para editar este ato da forma que quiser, de modo que é necessário seguir procedimentos para que esta seja dotado de legitimidade.

⮱ Estrutura da agência reguladora que não é unipessoal – A Administração Pública é personalizada pelo “chefe dos setores”, tem uma colegialidade na direção dos órgãos. Os diretores têm diversas origens.

- Além da função normativa das agências reguladoras, que é acompanhada dessa certa colegialidade, há também algumas funções quase judiciais – Poder de solução de controvérsias no âmbito administrativo, entre o Estado e os setores regulados, ou entre os setores regulados e os consumidores.

- Poderes típicos da Administração – Funçoes executivas de aplicação da lei, típicas do Estado.

⮱ Vinculação estrita da aplicação administrativa da lei (art. 174).

- **A administração costuma assegurar as condições técnicas para o exercício da atividade administrativa e burocrática: que o faça de modo efetivo, que não ceda a pressões, instrumentos para assegurar autonomia e independência da atuação do agente público**.

- ADI 2.310-1/DF: Afastamento do regime celetista para exercício das funções de regulação

⮱ Os funcionários das agências reguladoras, exercendo função típica reguladora do estado, cuja para competência técnica é requisito indispensável, seria anulada a lógica caso o funcionário pudesse ser demitido a qualquer hora, de modo que é necessário garantir a estabilidade que é conferida aos servidores públicos.

**3.1. Poderes das agências**

- Competências que se traduzem em poder, decorrentes de um dever.

- Parâmetros de controle quanto ao exercício da agencia reguladora

▫ Poder normativo – Capacidade de criar comandos gerias ao setor regular;

▫ Poder de outorga – Controle de acesso ou bloqueio (permitir ou proibir) aos particulares ao mercado regulado

▫ Poder de fiscalização – Necessário para efetividade da atividade regulatória, controle propriamente dito das atividades do setor regulado, naquilo que efetivamente for necessário fiscalizar, evitando parâmetros excessivos da atividade fiscalizatória.

▫ Poder sancionatório – Decorre da fiscalização; pode criar determinadas consequências, que pode inclusiva executar a sanções impostas. A típica é a multa.

⮱ É possível instituir multa de caráter confiscatório? Nas multas, não há o mesmo controle jurídico do que em relação aos tributos. A falta de controle no volume das multas, muitas vezes as multas instituídas são muitos elevadas, e o comportamento da empresa é não cumprir a sanção, e ainda judicializar a questão, de modo que o Estado não arrecada a multa, e as agências reguladoras não conseguem colocar esse dinheiro em seus cofres (o nível de captação das multas nesse âmbito é muito baixa).

▫ Poder conciliatório – Decorre do poder quase judicial

▫ Poder de recomendação – Controverso: Sendo mera recomendação, qual seria o poder? Mas consiste na capacidade das agencias econômicas de orientação da sociedade em relação ao setor regulado. O poder propriamente dito se dá no âmbito interno da agencia, para que possam agir de maneira independente, de modo que podem exercer livremente as recomendações em relação da política econômica, dos agentes privados e dos consumidores.

**4. Órgão de atuação especifica**

- Os setores regulados possuem características muito particulares, de modo que é muito difícil criar regras gerais que atinjam todos os setores.

- As regras são muito especificas para cada setor regulado: Necessidade de grande capacitação técnica dos funcionários que vão atuar em cada agencia reguladora. É preciso ter conhecimento de todas as especificidades intrínsecas a cada setor para que se possa regulá-lo com propriedade.

- Requisitos de capacitação técnica

▫ Decorrência da especialidade da intervenção;

▫ Regulação de assimetria de informações entre regulador e regulado – As empresas sempre vão conhecer mais o setor do que o governo, porque atuam nele. Assim, é necessário que o governo tenha esses funcionários qualificados atuando na agencia reguladora.

\* Momentos: Recrutamento dos agentes e condições do exercício das funções.

**5. Independência das agências**

- Visa garantir o caráter técnico da regulação: Impermeabilidade diante de outros interesses que não o controle das estruturas de mercado

- Neutralidade: Regulação deve ser técnica, atuando diante dos padrões estabelecidos pela norma.

- Visa assegurar uma equidistância de todas as partes, que se coloque em posição independente aos diversos grupos – Estado, agentes privados e consumidores.

⮱ Irá atuar de modo diferente, em favor de cada grupo, atendendo a pleitos diferentes, de acordo com a situação.

*a) Em relação aos agentes regulados:* Um dos instrumentos para conter a influência é criar intervalos de tempo para que um agente de mercado possa trabalhar no setor público, ou vice e versa (quarentena). Forma de redução dos riscos de captura, de que a agência haja para atender as necessidades do agente econômico.

\* Período de 4 meses para que a pessoa saia do setor privado e comece a atuar no setor de regulação, e vice e versa.

*b) Em relação aos consumidores:* Evitar o risco do populismo regulatório – com interesse político, a agencia regulatória poderia atender a anseios do consumidor que viessem a prejudicar os agentes econômicos e o poder público. Possibilidade da agencia reguladora atender pedidos indenizatórios dos consumidores, concedendo-as de maneira indiscriminada, poderia causar prejuízos ao poder público.

*c) Independência do poder político:* As agências reguladoras não são mera extensão de uma estrutura da administração, suas decisões devem ser tomadas com autonomia

**6. Independência**

- Orgânica (atividade fim da agência reguladora – cumprimento técnico, neutro, da atividade das agências reguladoras) e administrativa (funcionamento da estrutura, da máquina, da Administração Pública – condições operacionais)

*a) Orgânica*

***-* Autonomia no manejo dos instrumentos regulatórios.**

- Requisitos para a estabilidade dos dirigentes: Mandato de 5 anos e inamovibilidade (com exceção dos casos específicos em que é necessária a remoção do servidor).

- Ausência de controle hierárquico sobre os atos administrativos: O órgão ao qual a agencia se subordinada não pode anular ou rever os atos da agencia reguladora.

Obs.: A possibilidade seria o controle de legalidade apenas pela via judicial, e não pela via administrativa.

*b) Administrativa*

**- Garantia de meios de exercício da função administrativa;**

- Autonomia de gestão;

- Autonomia financeira;

- Liberdade de organização dos serviços;

- Regime de pessoa compatível cm a natureza da atividade (proibição do regime celetista).852

19/05/2017 – *continuação Controle de Condutas*

(Prof.ª Juliana)

**8. Cartel em licitações**

- A apresentação de propostas em conluio ocorre quando **os proponentes, em vez de competiram, conspiram secretamente para aumentar os preços ou baixar a qualidade de bens e serviços para compradores que desejem adquiri-los por meio de concursos, licitações ou leiloes.** Os organismos públicos e privados contam muitas vezes com um processo de concursos e leiloes competitivos para realizar bons negócios

- O conluio entre concorrente é uma pratica ilegal em todos os países da OCDE e pode ser investigado e punido ao abrigo das leis e regras da concorrência. Em alguns países, pode constituir ainda infração penal.

- O grande desafio dos países é realmente identificar onde está o cartel, pois muitas vezes os próprios agentes públicos estão envolvidos.

- Parâmetros para identificar:

▫ Fixação de preços;

▫ Direcionamento de licitações;

▫ Divisão de mercado;

▫ Não apresentação de propostas por licitantes habilitados;

▫ Apresentação de propostas “pré-forma” por licitantes habilitados;

▫ Rodízio de vencedores;

▫ Subcontratação, pela vencedora, de outras licitantes para executar o objeto licitado;

▫ Apresentação de propostas com preços de execução impossíveis.

- Não precisa gerar efeitos para ser considerado cartel (art. 36, LDC).

- Não existe cartel insignificante pelo CADE, todos são ilícitos.

- Podem combinar a proposta, quem vai fazer etc.; e em cada licitação, um ganha.

- Mercados oligopolizados – Maximizar preços, baixa qualidade dos serviços = Perda para o consumidor.

**8.1. Coleta de provas**

- Busca e apreensão na sede das empresas, com autorização judicial (o cartel é feito para não ser descoberto, assim é muito difícil provar) – Inspeções das empresas (notificação previa obrigatória);

\* O mero paralelismo de preços não é suficiente para a condenação por cartel.

- Requisição de informações;

- Utilização de procedimentos de inteligência para detectar cartéis em licitações;

- Acordo de leniência;

- O CADE pode ter conhecimento de um acordo ilícito entre concorrentes por outras fontes, como:

▫ Representações de clientes ou de terceiros;

▫ Notícias e informações da mídia;

▫ Cooperação com autoridades setoriais no Brasil;

▫ Cooperação com autoridade antitruste sobre investigações em curso em outras jurisdições;

▫ Investigação *ex officio*;

\* Em primeiro momento, geralmente se suspeita de cartel por meio de denúncias feitas pelos próprios clientes. O CADE tem um disk denúncia anônimo. Se já são apresentadas provas factíveis, já pode ser aberto um processo contra as empresas. Com indícios suficientes, poderá ser aberta uma investigação para conseguir provas. Mas se não tiver nenhuma prova/indícios, não há como o CADE regular.

- Ações judiciais: Garantia oferecida para suspensão de efeitos da decisão do CADE em sede liminar; pode ser em dinheiro ou qualquer outro bem, ou título em valor igual ou superior ao valor da multa questionada.

- Multas aplicáveis pela Lei de Concorrência que não decorrem da condenação:

\* Clássica – 0,2 a 20% do faturamento

▫ Descumprimento de obrigação ou continuidade de conduta anticompetitiva – R$5mil ao dia, podendo ser aumentada em até 50 vezes;

▫ Recusa, omissão ou retardamento injustificado de dados – R$5mil/dia, podendo ser aumentada em até 20 vezes;

▫ Falta injustificada para prestar esclarecimento – R$500 a R$15 mil;

▫ Impedir, obstruir ou dificultar inspeção – R$20 mil a R$400 mil;

▫ Enganosidade/falsidade de informações e documentos – R$5 mil a R$5 milhões;

▫ Divulgação de informação sigilosa (pelo servidor público) – R$1 mil a R$20 mil;

▫ Litigância de má-fé – R$5 mil a R$5 milhões.

OBS.: Subsidiária – Se provar que agiu de modo independente, o grupo econômico não é responsabilizado.

**8.2. Programa de leniência antitruste**

- Quem? – Empresas e pessoas físicas participantes do cartel ou de outra prática anticonvencional coletiva podem negociar, observado o sigilo.

- Requisitos para celebrar o acordo: Art. 86, LDC.

♦ Art. 86, LDC: “O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (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:

**I – A identificação dos demais envolvidos na infração; e**

**II – A obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.**

§ 1o – O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I – A empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação;

II – A empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo;

III – A Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; e

IV – A empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

§ 2o – Com relação às pessoas físicas, elas poderão celebrar acordos de leniência desde que cumpridos os requisitos II, III e IV do § 1o deste artigo.

§ 3o – O acordo de leniência firmado com o Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

§ 4o – Compete ao Tribunal, por ocasião do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo:

I – Decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à Superintendência-Geral sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou

II – Nas demais hipóteses, reduzir de 1 (um) a 2/3 (dois terços) as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 45 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência.

§ 5o – Na hipótese do inciso II do § 4o deste artigo, a pena sobre a qual incidirá o fator redutor não será superior à menor das penas aplicadas aos demais coautores da infração, relativamente aos percentuais fixados para a aplicação das multas de que trata o inciso I do art. 37 desta Lei.

§ 6o – Serão estendidos às empresas do mesmo grupo, de fato ou de direito, e aos seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração os efeitos do acordo de leniência, desde que o firmem em conjunto, respeitadas as condições impostas.

§ 7o – A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de inquérito ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a Superintendência-Geral, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual o Cade não tenha qualquer conhecimento prévio.

*§ 8o – Na hipótese do § 7o deste artigo, o infrator se beneficiará da redução de 1/3 (um terço) da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o inciso I do § 4o deste artigo em relação à nova infração denunciada.*

§ 9o – Considera-se sigilosa a proposta de acordo de que trata este artigo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.

§ 10 – Não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, a proposta de acordo de leniência rejeitada, da qual não se fará qualquer divulgação.

§ 11 – A aplicação do disposto neste artigo observará as normas a serem editadas pelo Tribunal.

§ 12 – Em caso de descumprimento do acordo de leniência, o beneficiário ficará impedido de celebrar novo acordo de leniência pelo prazo de 3 (três) anos, contado da data de seu julgamento. 

♦ Art. 87:  “Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na [Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L8137.htm), e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na [Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L8666cons.htm), e os tipificados no [art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940  -](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del2848.htm#art288)Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.

Parágrafo único – Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo”.

25/05/2017

(Prof. Gabriel)

**EVOLUÇÃO DO SETOR DE ENERGIA**

**1. Surgimento da indústria de energia no Brasil**

» *1º Período – Expansão pelo capital estrangeiro*

- Uma característica aqui é que a expansão se deu como capital estrangeiro. Além disso, não havia uma legislação da União sobre o tema, os Estados por si só acabavam legislando sobre isso. A base energética dá-se em aproveitamento dos nossos recursos hídricos. Não havia uma rede de indústria completamente independente.

- A energia na república velha: A CF de 1891 procurou repartir as competências, mas não contribuiu para a nacionalização do setor. Em termos institucionais, surgiram os primeiros mecanismos regulatórios nesse período.

- Alterações significativas do setor começaram a se efetivar na década de 1920 – houve expansão dos centros urbanos e da demanda por energia elétrica

» *2º Período – A intervenção do Estado*

- Contexto econômico da década de 30: Havia dificuldade de cambio, que prejudicava a importação de maquinário (a moeda brasileira era muito desvalorizada para favorecer a exportação de café). Quando o setor cafeeiro se tornou saturado se começou a investir o excedente do café em outros setores, como ferrovias. No governo provisório de Vargas, o Estado passou a regular o sistema o que envolveu a nacionalização do setor de energia com uma regularização mais intensa. Transferiu-se a competência dos Estados para legislar sobre isso para a União. A CF/34 nacionalizou bens do subsolo, como recursos minerais. O principal documento é o Código de Águas (1934) que estabeleceu regime de autorizações e concessões para o aproveitamento hidrelétrico. O Código de Águas nacionaliza o setor de energia.

» *3º Período – Expansão e crise no regime militar*

- Um ponto importante: Desde que foi nacionalizado o tema, preocupava-se em expandir o fornecimento de energia até naqueles lugares em que não havia meios ou condições energéticas (necessidade de interligação do setor de energia). Isso se mostrou como um grande desafio, como seriam divididos esses custos?

- Ainda nos anos 30, passou-se por momentos de crise, em que a república passou por momentos conturbados (o que fazia o que os investidores estrangeiros não investissem capital aqui) e o aparato estatal não era suficiente para interver na regulação de energia.

- No período Juscelino Kubitschek, houve uma ênfase ao setor de energia no plano de metas por ele instituído. Procurou-se estabelecer formas diversas de fontes de energia, começou-se a discutir um plano de energia nuclear.

- 1962 – O governo João Goulart efetiva a criação da Eletrobrás (que era um plano do governo Juscelino). Houve ainda a criação de Comissões e Consórcios.

- 1964 a 1985 – Houve uma consolidação do setor elétrico e maior regulação. Há uma maior participação do petróleo, novas usinas passam a ser construídas. O sistema ia bem no sentido de ter expandido sua capacidade, chegando ao nível adequado de distribuição de energia. Mas acabam surgindo problemas, o governo Gaisel adota políticas que trouxeram problemas. Tais políticas voltadas ao setor de energia buscavam repercutir em outros setores, por exemplo tarifação diferenciada com tarifas mais baixas para aqueles que não poderiam pagar. Isso gerou um déficit que deveria ter sido suprido pelo setor público, mas não foi! Assim, não se conseguiu compensar e o repasse de recursos ficou comprometido. Outra dificuldade foi em decorrência do uso das tarifas para controlar a inflação. Gaisel também estabeleceu um limite de reajuste tarifário; assim a indústria energética tornou-se obsoleta.

» *4º Período: Reestruturações na Nova República*

- 1996 – Criação da ANEEL, que tinha competência para regular e fiscalizar a produção e transmissão da energia elétrica.

- A abertura do setor de energia se torna um dos eixos da política energética no país.

- Até os anos 90, o setor de energia era uma cadeia integrada; agora, a política era preservar atores únicos apenas nas fases de monopólio natural (transmissão e distribuição).

26/05/2017

(Prof.ª Juliana)

**ANATEL**

**1. Histórico**

- A Anatel regula o setor de comunicações. Este, por sua vez, passou por três períodos no Brasil:

1 – Até década de 60: Não era muito desenvolvido e organizado.

2 – Década de 1960 até 1980: Foi um período de centralização. Criação da Telebrás que tinha natureza de regulação e execução. Era uma prestadora de serviço do Estado, o serviço não era de fácil acesso.

3 – Com o avento da EC nº 8: Incluiu-se na lei constitucional os incisos XI e XII do art. 21, que passaram a prever a competência para legislar sobre isso. Abertura para entes privados.

**2. Lei Nacional de Telecomunicações – Lei nº 9.472/1997**

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

§ 1° – 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.

§ 2° – 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”.

♦ Art. 2º: “O Poder Público tem o dever de:

I – Garantir, a toda a população, o acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas;

II – Estimular a expansão do uso de redes e serviços de telecomunicações pelos serviços de interesse público em benefício da população brasileira;

III – Adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários;

IV - Fortalecer o papel regulador do Estado;

V – Criar oportunidades de investimento e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em ambiente competitivo;

VI – Criar condições para que o desenvolvimento do setor seja harmônico com as metas de desenvolvimento social do País”.

**3. Natureza**

♦ Art. 8º: “Fica criada a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais.

§ 2º – A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.

- A Anatel é uma autarquia especial, tem independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica etc.; mas possui algumas prerrogativas que outras não tem para que possa exercer seu papel regulador.

**4. Competência**

♦ Art. 19 – Tenta atuar com os mesmos princípios da Administração Pública: Atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade.

⮱ Traz um rol com muitos incisos, dentre os quais destaca-se:

- Inc. 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”.

\* **A Anatel atua onde o CADE não atuar. É subsidiária**. Quando há situação de empresa dominante no mercado, quando há questão de operações relacionada a essas empresas passam pelo controle regulatório concorrencial, pela Lei Antitruste. Ainda que a Anatel aprove determinada condutas dos agentes, se aquela questão levantar uma restrição concorrencial relevante para o CADE, este comunica a Anatel, que irá atuar para que a concorrência permaneça normal naquele mercado. A atuação dos dois órgãos geralmente se dá de forma coordenada, não havendo choque*.* Se estamos diante de uma conduta abusiva nas telecomunicações, aí serão impostas medidas pelo CADE.

- Poderes: Fiscalizador, mediador e regulador.

**5. Organização**

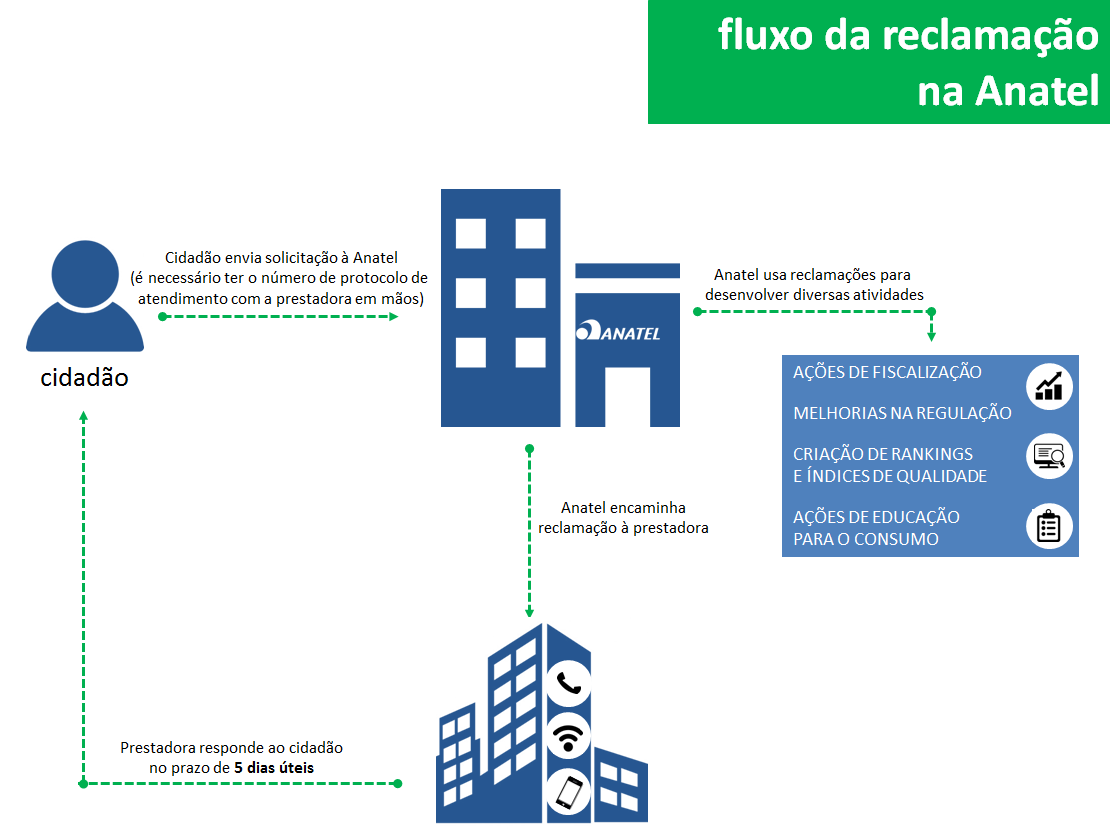
♦ Art. 8º, §1º: “A Agência terá como órgão máximo o Conselho Diretor, devendo contar, também, com um Conselho Consultivo, uma Procuradoria, um Corregedoria, uma Biblioteca e uma Ouvidoria, além das unidades especializadas incumbidas de diferentes funções”.

- Mais importantes – Conselho diretor (5 conselheiros, votações sempre maioria absoluta) e Conselho consultivo.

**6. Formas de atuação**

- Usuário com a Anatel: Pode reclamar de qualquer serviço na Anatel. Primeiro, deve tentar com a operadora. Se não resolver, a Anatel entra em contato e dá 5 dias para resolver o problema. E se não for resolvido, poderá até sofrer sanções.

- A Anatel cria rankings a partir das reclamações dos usuários.



**7. Sanções administrativas**

**♦** Art. 173: “A infração desta Lei ou das demais normas aplicáveis, bem como a inobservância dos deveres decorrentes dos contratos de concessão ou dos atos de permissão, autorização de serviço ou autorização de uso de radiofrequência, sujeitará os infratores às seguintes sanções, aplicáveis pela Agência, sem prejuízo das de natureza civil e penal:

I – Advertência;

II – Multa;

III – Suspensão temporária;

IV – Caducidade;

V – Declaração de inidoneidade.

- São infrações administrativas, podendo ser cumuladas com sanções civis e penais. São assegurados o contraditório e ampla defesa.

- Multas Arts. 176, 177, 179, §§1º e 2º.

- Sobre o valor das multas no direito antitruste, é importante contextualizar no valor do faturamento da empresa, para ver se realmente surte o efeito pretendido. Uma multa de R$50 milhões parece um valor absurdo para o homem médio, mas para as grandes empresas, que faturam muito, pode ser um valor que não representa uma sanção tão pesada.

**8. Críticas**

- Por mais que tenha independência, sua vinculação ao Ministério das Telecomunicações traz algumas decisões políticas.

Falta de transparência nas ações.

**9. Caso**

Vivo ia colocar internet fixa por franquia, que consiste em cobrar pela quantidade de dados que efetivamente usa, igual ocorre na internet móvel. Assim, os usuários que usam mais pagariam mais, e os que usam menos pagariam menos (argumento de que é mais isonômico). Não há nenhuma lei que proíba isso, e em primeiro momento a Anatel aprovou. Mas com muita pressão da sociedade, a Anatel suspendeu a prestação desse serviço por tempo indefinido. O presidente da Anatel até pediu demissão por conta desse caso.

- Art. 7º, do Marco Civil da Internet: Proíbe que o uso da internet seja suspenso para o usuário, de modo que entra em choque com o serviço de franquia de dados.

- Já tem um projeto de lei tramitando para proibir essa prática.

- Anatel abriu uma consulta para a sociedade, que ainda não teve resultado. Mas os dados preliminares é que não há aprovação.

- No entanto, o Ministério das Telecomunicações se manifestou favorável. Aqui, há um problema, porque a Anatel é vinculada a ele, de modo que poderia haver um choque de opiniões, colocando em cheque a autonomia da Anatel, que, em tese, deve prevalecer.

**ANCINE**

- Agência Nacional do Cinema

- Vem para quebrar o histórico “tenebroso” do cinema brasileiro. Até a década de 80, a produção era basicamente filmes como Xuxa, Didi e Pornochanchada.

- A realidade era uma produção sucateada, que precisava de incentivo para que pudesse se desenvolver.

**- É uma agência de fomento, para incentivar a indústria do cinema, o que a difere de todas as demais agências.**

- As séries e o Netflix, que não eram esperados na época da criação, também são abrangidos pela Ancine.

- Criação – Medida Provisória

- O papel dela tem sido observado de forma bastante positiva, porque na última década a produção de cinema, desenhos, televisão tem aumentado muito.

- Dentre as agencias, é a que tem nível da transparência mais elevado.

- Participação social, na qual o consumidor pode entrar em contado diretamente com a agencia para realizar reclamações (também ocorre na Anatel).

- No começo da atuação da propria agencia, havia uma dificuldade nessa questão do fomento.

- Lei 12.485/2011 – Art. 16: Estabelece para os canais abertos um horário mínimo para que sejam exibidas produções nacionais.

29/05/2017

(Prof. Gabriel)

**REGULAÇÃO DO SETOR DE PETRÓLEO**

**1. Formação do mercado de combustíveis no Brasil**

- Regulação do petróleo: Semelhante à regulação da energia, no sentido de que são bens e serviços com finalidade semelhante. Do ponto de vista jurídico, a semelhança é que há uma transferência de competência do setor público, em primeiro momento; e em segundo momento, uma devolução de competência para as empresas privadas exploradoras.

- Soberania do Estado sobre bens públicos: Concorrência de poderes no plano federal. A partir dos anos 90, houve um flexibilização, abertura do mercado.

- Particularidades do setor: Intensidade da regulação bastante forte. Mesmo com a abertura e o princípio da livre concorrência, ainda há uma mitigação da extensão da livre concorrência, por ser um setor fortemente regulado.

-Também inclui biocombustíveis e gás natural.

**1.1. Após a I Guerra Mundial**

- A partir dos anos 20: Ideia de que o setor de petróleo se liga ao interesse público.

⮱Percepção de natureza militar e estratégica: Países prestes a entrar em conflito; Brasil temia que poderiam almejar o petróleo brasileiro, de modo que enxergou a necessidade de estabelecer o domínio público por atos da União, nacionalizando a indústria do petróleo;

⮱ De outro lado: Razões puramente econômicas, pois boa parte das importações brasileiras era de petróleo, mas possuímos um volume razoável no subsolo; a balança nos preços nesse setor é muito variável, assim, queríamos diminuir a importação para garantir a auto suficiência.

- Afirmação da soberania, do ponto de vista econômico, em que o poder público assume a o domínio destes bens.

- Até essa época, havia o domínio por grandes empresas privadas inglesas, que importavam ao Brasil, que importavam de refinarias do Golfo do México e de Aruba. Qualquer problema que ocorresse na produção nessas regiões afetaria seriamente os preços no Brasil.

- Assim, a alternativa brasileira foi diminuir a dependência das importações e flutuações internacionais.

**1.2. Decreto-Lei nº 395 de 1938**

- Código de Minas: Primeira regulamentação sobre o domínio dos bens do subsolo.

- Abastecimento nacional de petróleo – Declaração de utilidade pública: Produção, importação, exportação, transporte, distribuição, comercio e refinação de petróleo e derivados.

⮱ Legitimou a intervenção do estado nessas etapas, pois, com a lei, passaram a estar sujeitas ao interesse público, e não das agências privadas.

- Ainda não é o controle total pelo setor público, isso dura até a criação da Petrobrás.

- Competência exclusiva da união para atuar no setor.

- Criou o Conselho Nacional do Petróleo – CNP(durou até 1953 – criação da Petrobrás): Órgão responsável; disciplinava diversas questões relacionadas ao petróleo.

**1.3. Decreto-Lei nº 3.236 de 1941**

- Retirou o regime legal das jazidas de petróleo e gás natural do corpo do Código de Minas.

- Domínio exclusivo da União sobre as jazidas em território nacional, em caráter imprescritível, tornando nulo qualquer registro privado.

- Fiscalização de pesquisa e lava pelo CNP.

**2. O Monopólio estatal e a distribuição de combustíveis**

- Lei nº 2.004/1953 **–** Criação da Petrobrás: Monopólio estatal do petróleo

⮱ Todas as etapas da cadeia econômica não estão sujeitas ao domínio privado, e são exclusivas da iniciativa pública.

- Saiu do padrão de intervenção indireta do Estado para uma exploração direita.

⮱ A União não vai atuar só sobre o domínio econômico, mas cria suas próprias ferramentas para atuar diretamente na produção e exploração desses bens (afirmação do domínio público).

- Decreto 53.337 de 1963 – Monopólio da Petrobrás sobre as importações de petróleo e derivados.

⮱ Os interesse sobre o petróleo foram se afirmando ao longo do tempo

- Esses monopólios não são naturais, e sim jurídicos, criados pela legislação.

- Distribuição de derivados: Apenas o setor de distribuição de derivados não foi incluído na Lei nº s2.004 como monopólio estatal. Continuou sujeita à livre-iniciativa, embora regulado pela lei.

⮱Atuação da Petrobrás nesse setor por meio do Escritório de Distribuição de Produtos de Petróleo (EDIPE) até 1972, ganhando benefícios competitivos. Ela criou subsidiárias para competir nesse setor com as empresas privadas e, dessa forma, ganhou certo poder de mercado.

- 1972: Criação da BR-Distribuidora

- A mesma situação ocorre nos correios, há livre iniciativa no setor, mas ele é monopolizado pelo Estado.

- CF/88 manteve esse monopólio estatal baseado no interesse público

♦ Art. 177, §1º (redação original): Proibia a concessão de qualquer tipo de participação do setor privado na exploração do petróleo ou gás natural. A única exceção é a participação dos Estados e Município, por meio de compensação ou partilha – os *royalties* (participação nas receitas da União, de modo que não é uma participação meramente econômica; empresas pública estatais e municipais atuando nesse setor).

- Repartição de recursos entre os entes federados: Critérios – Art. 20, §1º da CF: Dois modelos de divisão da receita petrolífera da União: Regime de participação (participam da renda) ou compensação (são compensados pela exploração).

- Essa exploração no território de um Estado ou Município vem associado aos altos custos para o ente federado: Há muitos custos ambientais, econômicos, necessidade de aumento da infraestrutura geral etc., modificando o ambiente econômico. Assim, essa receita transferida é associada a ideia de indenização por conta dos gastos dispendidos.

- A compensação se dá pela fixação de valores para ressarcir eventuais prejuízos em razão do volume econômico, por meio da lei (isso é muito difícil de se aplicar no caso concreto).

- A lei então costuma adotar mais a participação, definida por um percentual ligado à remuneração obtida pela exploração da atividade econômica. Esse percentual da renda repassado aso estados e municípios serão os *royalties*.

- A confusão está na lei que determinou esse sistema de *royalties*, pois estabeleceu que houvesse essa compensação; mas o critério é estabelecido em percentuais do lucro das empresas que serão repassados à união. Muitos Estados afirmam inconstitucionalidade, pois ao definir um percentual dobre faturamento, não adotou critério de compensação, e sim de participação. O STF reconheceu que houve erro do legislador ao denominar, mas é adequado a constituição, porque apesar de chamar de compensação sendo que materialmente é participação, ela é prevista na CF.

- Esse dispositivo (art. 177, §1º, CF) foi revogado pela EC nº 9/95, que o reescreveu, mudando a política do setor público com relação ao petróleo: Autorizou a União a contratar com empresas públicas ou privadas

⮱ Abertura do setor econômico à exploração por essas empresas.

⮱ Monopólio estatal com “quebra de reserva”: Se preservou o domínio público sobre os bens, mas com a possiblidade de que sua exploração se dê por outros agentes econômicos. Extinção do monopólio do exercício direto, com permanência da titularidade da União sobre estas atividades.

♦ Art. 238, CF: “A lei ordenará a venda e a revenda de combustíveis de petróleo, álcool carburante e revenda de combustíveis derivados de matérias-primas renováveis”.

- A partir de 1995: O setor público como titular pode fixar requisitos e limites para essa exploração, fazendo-o mais por uma via regulatória do que por uma intervenção direta.

- A Petrobrás continua existindo e também pode atuar no setor, mas há uma concorrência que faz com que ela fique numa situação de igualdade como as demais empresas.

⮱ A concorrência se dá pelo direito de participar de licitações, em que os agente podem fazer ofertas, em que a mais vantajosa ganha o direito de explorar (processo competitivo d acesso aos mercados).

\* Diferente da abertura que ocorreu no setor de eletricidade, onde a abertura foi mais ampla.

**3. Marcos regulatórios**

- Quais instrumentos jurídicos passaram a regular o setor?

- Complexidade: vários modelos regulatórios simultâneos. A criação das agências reguladoras e das leis criou possibilidade de abertura para as empresas privadas.

**3.1. Lei nº 9.478/1997**

- Fim do monopólio da Petrobrás.

- Conselho Nacional de Política Energética (CNPE)

- Agência Nacional do Petróleo (ANP) – Agência reguladora que absorveu competências da administração direta (Ministério da Minas e Energias).

⮱ Regulação da cadeia produtiva da indústria de petróleo, gás natural e biocombustíveis.

⮱ Desempenha as funções normativas, fiscalizadoras, consultivas, sancionadoras comuns as agências reguladoras.

⮱ Objetivos da ANP:

▫ Proteção dos interesses do consumidor;

▫ Qualidade e manutenção da reserva nacional;

▫ Proteção da livre concorrência;

▫ Oferta de derivados para atender à demanda social;

▫ Implementação da política setorial;

▫ Ampliação da competitividade do país no cenário internacional.

**3.2. Modelos de exploração**

- Exploração por empresas públicas ou privadas – São basicamente 3 modelos:

▫ Concessão;

▫ Partilha de produção;

▫ Cessão onerosa.

***a) Modelo de concessão***

- Regra geral – Consiste na outorga de uma parcela da produção para empresas, que remuneram o setor público a partir dos termos fixados no edital da licitação.

- Risco exploratório médio ou alto.

- O concessionário assume todos os riscos e investimento da exploração e produção.

- Processo licitatório: Bônus de assinatura, percentual de conteúdo local e programa exploratório mínimo definem o vencedor.

- Em caso de descoberta comercial, o concessionário deverá pagar à União, em dinheiro, tributos incidentes sobre a renda, além da participações governamentais aplicáveis (*royalties*, participações especiais e pagamento pela ocupação ou retenção da área).

- Depois de efetuados os pagamentos, o petróleo e o gás natural extraídos de um bloco são propriedade exclusiva do concessionário.

- No Brasil, é aplicado a todas as bacias sedimentares brasileiras, com exceção das áreas do Pré-Sal e das áreas estratégicas.

\* Áreas de Pré-Sal licitadas antes da vigência do regime de partilha: Continuam a atuar perante o modelo de concessão.

- Entre as áreas reguladas pelo modelo de concessão estão, por exemplo, Marlim, Roncador, Lula e Jubarte.

» Na concessão, o concessionário paga à União basicamente o bônus de assinatura, de modo que, geralmente, o maior bônus oferecido ganha a licitação. Isso independe do desempenho da atividade de exploração que será desenvolvida posteriormente, sendo ele positivo ou negativo.

Assim, se o resultado econômico fosse muito grande, o lucro da União ficaria restrito apenas ao bônus da licitação. Isso só faz sentido se não houver certeza sobre a lucratividade do lugar explorado.

Com a descoberta das áreas do Pré-Sal, onde já se tem certeza de que a exploração será lucrativa, esse modelo não é vantajoso para a União, pois o potencial do lucro ficaria restrito a um valor fixo, mesmo que os ganhos do concessionário fossem absurdo. Em decorrência disso, a Lei nº 12.351/2010 criou o modelo de partilha e da cessão onerosa (menos usual), para essas áreas de baixo risco exploratório e grande lucratividade

***b) Modelo de Partilha***

- Surgiu a partir de 2010: Interesse em disciplinar a exploração da bacia do Pré-Sal, após a percepção das desvantagens do modelo de concessão ao interesse público nas atividade de baixo risco exploratório (não oferecia todas as vantagens que ele poderia obter, de modo que foi criado o modelo de partilha).

- Assim, no Brasil, é adotado o modelo de partilha para as atividades de exploração e produção em áreas do Pré-Sal que não se encontravam sob o modelo de concessão antes da Lei nº 12.351/2010 e em áreas estratégicas.

- Baixo risco exploratório.

- O contratado exerce, por sua conta e risco, as atividade de exploração e produção.

- A companhia ou o consórcio que executa as atividades assume o risco exploratório.

- Processo licitatório: Critério de julgamento é o percentual e excedente em óleo (óleo-lucro). O bônus de assinatura também é fixado no edital.

⮱ Aqui, há a definição de um percentual, fixado geralmente em barris de petróleo, que deve ser pago a união sobre o domínio desses bens. Nesse caso, quem ganha a licitação é quem oferece o maior direito de participação (maior percentual de barris), apesar de ainda ter que apresentar o bônus de assinatura na proposta.

- Se houver alguma descoberta comercial, a companhia ou o consórcio recebe, como ressarcimento, os volumes da produção correspondentes a suas despesas na exploração (o chamado óleo-custo).

⮱ Além do óleo-custo, recebe também os volumes de produção correspondente aos *royalties* devidos e o óleo-lucro. O valor dos *royalties* é repassado à União, que o distribui aos Estados e Municípios.

- A Petrobrás continuou com presença forte, apesar da participação das empresas privadas: Por determinação da Lei, necessariamente tem participação no óleo-lucro (garantia dos 30% ou mais, quando perde a licitação), pois é operadora obrigatória. Já se a Petrobrás ganhar a licitação, tem direito à 100%.

- O bloco de Libra, no Pré-Sal da bacia de Santos, foi a primeira área a ser licitada sob o regime de partilha de produção. A Petrobrás tem 40% de participação nesse bloco.

***c) Modelo de cessão onerosa***

*-* A União, após autorização legal expressa, cede à companhia o direito de exerce, por meio de contratação direto, atividades de exploração e produção em áreas do Pré-Sal (que não estavam sob o modelo de concessão), limitadas ao volume máximo de 5 bilhões de barris de petróleo e gás natural.

- Nessas áreas, a Petrobrás arca com todos os custos e assume os riscos de produção.

- Os critérios para definir o valor dos direitos de produção da cessão onerosa foram estabelecidos por meio de negociações entre a União e a Petrobrás, com base em laudos técnicos emitidos por entidades certificadoras independentes.

- Blocos originalmente concedidos para cessão onerosa: Franco, Florim, Nordeste de Tupi, Sul de Tupi, Sul de Guará, Entorno de Iara e Peroba.

- Duração do contrato: 40 anos, prorrogáveis por mais 5 anos.

» A cessão onerosa também é usada no Pré-Sal: Havendo necessidade urgente de exploração em razão do interesse público (tempo mais longo de outros setores), a União pode ceder à Petrobrás o direito de exploração sobre aquela área, permitindo que, por tempo determinado, ela obtenha um volume determinado de barris (5 bilhões de barris de petróleo e gás natural, por período de 40 anos, prorrogáveis por mais 5). O risco compete à Petrobrás, não sendo dividido com a união.

- Se já tinha empresa explorando pelo regime da concessão na região do pré-sal, ela será mantida; só as novas contratações foram submetidas aos modelos de partilha (a partir de 2010).

- Assim, no geral, as bacias exploradoras são submetidas ao regime de concessão; é na região do pré-sal onde é utilizado o regime de participação.