

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE DE DIREITO

AGÊNCIAS REGULADORAS E CONCORRÊNCIA:  
UMA VISÃO DESENVOLVIMENTISTA

JULIANA GOMES BAPTISTA

RIO DE JANEIRO

2008

JULIANA GOMES BAPTISTA

AGÊNCIAS REGULADORAS E CONCORRÊNCIA:  
UMA VISÃO DESENVOLVIMENTISTA

Trabalho de conclusão de curso  
apresentado à Faculdade de Nacional de  
Direito da Universidade Federal do Rio de  
Janeiro, como requisito parcial para  
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Dr. Afonso de Albuquerque Reis e Silva Neto

RIO DE JANEIRO

2008

Baptista, Juliana Gomes.

Agências reguladoras e concorrência: uma visão desenvolvimentista./ Juliana Gomes Baptista – 2008.

65 f.

Orientador: Afonso de Albuquerque Reis e Silva Neto

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 64-65

1. Agências Reguladoras – Monografias. I. Silva Neto, Afonso de Albuquerque Reis e. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD 341.3221

JULIANA GOMES BAPTISTA

AGÊNCIAS REGULADORAS E CONCORRÊNCIA:  
UMA VISÃO DESENVOLVIMENTISTA

Trabalho de conclusão de curso  
apresentado à Faculdade de Nacional de  
Direito da Universidade Federal do Rio de  
Janeiro, como requisito parcial para  
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data da Aprovação: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_

Banca Examinadora:

\_\_\_\_\_  
Afonso de Albuquerque Reis e Silva Neto – Presidente da Banca Examinadora  
Prof. Titular da Universidade Federal do Rio de Janeiro – Orientador

\_\_\_\_\_  
Prof.

\_\_\_\_\_  
Prof.

## DEDICATÓRIA

Dedico aos meus pais Luiz Antonio e Maria Cláudia, por toda a inspiração; e ao meu irmão Rodrigo, pelo apoio e debates econômicos.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, gostaria de agradecer a toda minha família: pais, irmão, primos, tios, avós, madrinha e padrinho por acreditarem em mim, em meu esforço e dedicação.

Agradeço ao meu namorado Renan pelo apoio, carinho e compreensão, e ainda pela contribuição nesse trabalho.

Agradeço aos meus queridos amigos Rafael, Bruno, Marcio, Hugo, Ademir, Leandro e Thadeu pela companhia, amizade e por compartilharem esse momento “monográfico”.

Em seguida, agradeço a todos os meus amigos e amigas pelas palavras de apoio e momentos de descontração.

Por fim, agradeço ao meu Orientador Professor Afonso de Albuquerque pelo tempo e atenção dispendido em sua orientação.

## RESUMO

BAPTISTA, Juliana Gomes. *Agências Reguladoras e Concorrência: uma visão desenvolvimentista*. 2008. 65 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2008.

O presente estudo tem por escopo analisar o efetivo papel que as Agência Reguladoras exercem na defesa da concorrência nos setores de energia elétrica, telecomunicações e petróleo e gás brasileiro. Para tanto, inicialmente é procedida uma breve abordagem histórica da evolução da atuação do Estado no âmbito econômico, mostrando o panorama onde foram inseridas as agências reguladoras. Em seguida, passamos a discorrer sobre a natureza das agências e suas características, especialmente a sua autonomia frente ao Poder Executivo. Após, apresenta-se o papel das agências como instrumento de desenvolvimento econômico. Dessa forma, faz-se necessário demonstrar a estrutura e os elementos do Direito Concorrencial brasileiro, para posteriormente analisar os órgãos integrantes desse sistema que atuam na prevenção e repressão às praticas consideradas anticoncorreciais. Por fim, adentramos na análise da competência fiscalizatória e regulatória da ANATEL, ANEEL e ANP nessa área.

Palavras-Chave: agências reguladoras, desenvolvimento, concorrência, regulação, energia, telecomunicações, petróleo.

## ABSTRACT

BAPTISTA, Juliana Gomes. *Agências Reguladoras e Concorrência: uma visão desenvolvimentista*. 2008. 65 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2008.

This paper studies the effective role that the Regulatory Agencies have in the free market defense on the Brazilian electric energy, telecommunication and oil and gas sectors. For in such a way, initially it is proceeded one brief historical boarding from the State evolution at its way to act in economics. After that, we begin to discourse on the agencies nature and characters, especially their autonomy. After, presents the role of these agencies as an instrument to economic development. In this way, it's necessary to demonstrate the Brazilian Competition Law structure and elements, to, at once, analyze the organs, which are part of this system, acting in the prevention and repression to trust practices. Finally, we briefly come in the analysis of the ANEEL, ANATEL and ANP regulatory competencies.

Keywords: regulatory agencies, development, competition, regulation, energy, telecommunication, oil and gas.



## LISTA DE SIGLAS

ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações

ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica

ANP – Agência Nacional do Petróleo

ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil

Art. - Artigo

CADE – Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

ed. - Edição

nº. - Número

PND – Plano Nacional de Desestatizações

p. – Página

Op. Cit. – *opus citatus* (obra citada)

SDE – Secretaria de Direito Econômico

SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico

v. - Volume

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>2 A EVOLUÇÃO DAS FUNÇÕES DO ESTADO.....</b>	<b>14</b>
2.1 O estado liberal.....	14
2.2 O intervencionismo estatal.....	15
<b>2.3 O novo papel do estado: o surgimento do estado regulador e a Constituição brasileira de 1988.....</b>	<b>17</b>
2.4.1 <u>Programa Nacional de Desestatização</u> .....	19
2.4.1.1 <i>A garantia do estado em determinados domínios econômicos</i> .....	21
<b>3 AS AGÊNCIAS REGULADORAS.....</b>	<b>21</b>
3.1 Natureza jurídica.....	22
3.2 Independência das agências reguladoras.....	23
3.2.1 <u>Teoria da captura</u> .....	26
3.3 Poder normativo.....	28
3.4 Controle dos atos regulatórios.....	30
3.4.1 <u>Controle político</u> .....	31
3.4.2 <u>Controle social</u> .....	32
3.4.3 <u>Controle administrativo</u> .....	33
3.4.4 <u>Controle legislativo</u> .....	34
3.4.5 <u>Controle judicial</u> .....	35
3.4.5.1 <i>Função judicante das agências reguladoras</i> .....	38
<b>4 AS AGÊNCIAS COMO INSTRUMENTO DE DESENVOLVIMENTO E FOMENTO ECONÔMICO.....</b>	<b>39</b>
4.1 Desenvolvimento e política econômica.....	39

4.2 Princípios regulatórios desenvolvimentistas.....	40
5 DIREITO CONCORRENCIAL.....	42
5.1 A Lei 8.894/94.....	46
5.2 Elementos da concorrência.....	47
6 AGÊNCIAS REGULADORAS E CONCORRÊNCIA.....	49
6.1 Introdução da concorrência nos setores regulados: energia elétrica, telecomunicações e petróleo.....	52
6.1.1 <u>Monopólios naturais e abuso de poder dominante</u> .....	52
6.1.2 <u>Fases de livre competição e a concorrência horizontal</u> .....	55
6.1.2.1 <i>Energia elétrica</i> .....	55
6.1.2.2 <i>Telecomunicações</i> .....	56
6.1.2.3 <i>Petróleo e gás</i> .....	57
6.2 Competências das agências e dos órgãos de proteção à concorrência.....	57
7 CONCLUSÃO.....	61
REFERÊNCIAS.....	64

## 1 INTRODUÇÃO

Por um longo período da história, o intervencionismo estatal esteve presente na economia, caracterizada pela assunção do controle das atividades econômicas pelo aparato estatal, sob o discurso de soberania estatal e fragilidade do setor privado.

No entanto, o chamado Estado do Bem-Estar (Welfare State) não correspondeu às necessidades das sociedades, bem como não acompanhou os avanços tecnológicos empreendidos pelos diversos setores econômicos. Dessa forma, o Estado tornou-se extremamente ineficiente, uma vez que os financiamentos do setor público se esgotam e uma nova fase de organização da produção inicia-se.

Por conseguinte, nota-se um novo sistema de atuação do Estado, ou seja, a intensa intervenção estatal no âmbito das atividades econômicas é substituída pela regulação e normatização das mesmas, surgindo então o chamado Estado Gerencial ou Neoliberal.

Vale ressaltar, que não há um retorno do liberalismo de Adam Smith em que o Estado é mínimo. Do contrário, o que se vê é um Estado presente, porém com a função, anteriormente citada, de fiscalização dos setores antes exercidos por ele.

Acompanhando todas essas transformações estruturais, o Brasil também começou a implementar suas mudanças, através da Constituição de 1988 que passou a estabelecer os limites do Estado brasileiro na atuação das atividades econômicas, bem como elegeu a livre iniciativa como princípio constitucional.

Dessa maneira, encetam-se os programas de privatizações e desestatizações em diversos setores econômicos, dentre eles os de telecomunicações, energia elétrica, petróleo e gás, entre outros.

Justifica-se, assim, o capítulo 2 do presente trabalho, que aprofundará o tema para que se compreenda o contexto histórico, especialmente o brasileiro, no qual se inseriu o plano de desestatizações, e, por conseguinte, as agências reguladoras.

Essas Agências Reguladoras, que são autarquias dotadas de maior autonomia e atuam na fiscalização e regulação da prestação dos serviços delegados, de forma independente e técnica, terão suas características esmiuçadas no capítulo 3.

A partir das explicações que serão devidamente dispendidas às agências, perceber-se-á a importância da atuação dessas agências no âmbito dos serviços públicos, uma vez que o modelo econômico anterior baseava-se nos monopólios estatais e na intervenção direta do Estado na realização das atividades econômicas, e que, atualmente, esses mesmos serviços públicos tentam se adequar ao novo regime de concorrência e livre iniciativa promovida pela Constituição da República de 1988.

Corroborando a importância das atividades das agências, passamos ao capítulo 4 que justificará a presença regulatória das agências nos serviços públicos com o fim de promover os preceitos constitucionais, entre eles a livre concorrência, com vistas ao desenvolvimento econômico.

Tendo em vista que a competição passa a ser elemento considerável das atividades pertinentes aos serviços públicos, o capítulo 5 vem para explicar de forma sintética os fundamentos e estrutura do Direito Antitruste. Ainda, analisa as condutas e práticas abusivas, como abuso de poder dominante, que deverão ser coibidas pelas agências reguladoras.

Nesse contexto, o último capítulo visa demonstrar, de fato, o alcance da aplicabilidade da Lei nº 8.884/94 pelas agências reguladoras, buscando saber como está sendo implementada a concorrência nos três principais setores regulados: energia elétrica, telecomunicações e petróleo; bem como, os limites de competência ente as agências e os órgãos de proteção à concorrência.

Por fim, o estudo a ser realizada seguirá o método de pesquisa bibliográfica, através de livros doutrinários, artigos, textos legais e análise de casos concretos.



## 2 A EVOLUÇÃO DAS FUNÇÕES DO ESTADO

Nas diversas fases do processo histórico, inúmeras doutrinas são utilizadas, em que suas máximas ajustam os poderes de direção do Estado com os interesses econômicos. Nota-se, pois, uma ligação íntima entre fatores políticos e a ordem econômica, porquanto qualquer mudança na estrutura política ou econômica de um Estado haverá repercussões em diversos setores.

Dessa forma, o presente capítulo será de suma importância na medida em que explanará de forma sintética e objetiva o panorama histórico e econômico mundial o qual influenciaram as formas de atuação do Estado em suas atividades financeira, econômica, social e política ao longo do século, para que seja fácil a compreensão do surgimento do atual Estado Regulador. Não obstante, todo esse cenário será contextualizado com a realidade brasileira, tema central desse trabalho.

### 2.1 O estado liberal

Em um primeiro momento, o modelo liberal está fortemente enraizado nas estruturas do Estado, a partir da Revolução Francesa de 1789. Porém, vale mencionar que a teoria do liberalismo econômico de Adam Smith, através de sua obra “A Riqueza das Nações” (1776) já era predominante.

Essa doutrina preconizava que cada indivíduo deveria ter liberdade de promover seus interesses. Assim, não caberia ao Estado qualquer tipo de interferência ou regulação da economia; pelo contrário, competia a ele o papel de mero observador dos fenômenos econômicos e sociais.

No entanto, ao final do século XIX, os frutos desse modelo começam a demonstrar seus efeitos, os quais se mostram calamitosos, na medida em que os grandes monopólios, que começaram a surgir, passam a impor à sociedade, aos trabalhadores e ao próprio Estado uma dependência social, política e econômica.

Essa dependência gerou certa temeridade social, uma vez que persistiam as condições desumanas de trabalho e baixos salários. Além disso, o poder político dos conglomerados urbanos era uma ameaça ao Estado, que firmava e fixava suas políticas conforme os humores das grandes empresas; e ainda, em adição, os dismantelamentos acarretariam uma perda econômica irreparável pelo excesso de poder econômico dessas empresas.

Diante desse panorama, o Estado, pouco a pouco, foi assumindo um novo papel, em que foi angariando novas atribuições a fim de compor os conflitos de interesses oriundos dos problemas, já expostos em linhas acima, visto que não poderia permanecer inerte e indiferente ao crescimento das desigualdades sociais.

## 2.2 O intervencionismo estatal

A partir do enfraquecimento das idéias liberais por meio dos movimentos sociais que eclodiam, como também da infiltração de novas doutrinas<sup>1</sup>, desponta o chamado Estado Intervencionista.

Além das razões já suscitadas, importante considerar que os acontecimentos do início do século XX foram de suma importância para que o Estado tomasse as rédeas das dificuldades sociais e econômicas enfrentadas, principalmente, após o pós-guerra e a quebra da bolsa de valores de Nova York<sup>2</sup>.

Com isso, fez-se mister que o Estado adotasse novas funções no âmbito econômico, entre as principais: combater as crises de mercado, suprindo suas deficiências; e interferir no funcionamento dos mercados, alterando os resultados produzidos não se contentando com os ajustes do *laissez fair, laissez passer*.

---

<sup>1</sup> Dentre as doutrinas opositoras ao sistema liberal vigente até então, pode-se citar a obra do *Manifesto do Partido Comunista* de *Karl Marx* e *Friedrich Engels* de 1847. Esses autores sustentavam que a burguesia concentrou a riqueza nas mãos de poucos, bem como dispersou os meio de produção, da propriedade e da população.

<sup>2</sup> Corroborando o exposto, “a primeira metade do Século XX trouxe acontecimentos que desbancaram essa teoria de alheamento do Estado. Sucessivamente, a 1ª Grande Guerra Mundial, a quebra da Bolsa de Nova York e a 2ª Grande Guerra Mundial, todos com graves conseqüências, deixaram clara a necessidade de modificação nessa política, tornando imperiosa a presença do Estado, tanto na economia quanto na área social”. SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Destatizações: privatizações, concessões, terceirizações e regulação**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.21.



Ainda, a intervenção do Estado permitiu a inauguração da fase conhecida como dirigismo econômico, ou seja, o Poder Público cria mecanismos e estratégias a fim de participar de forma contundente nos fatos da vida econômica.

Do mesmo modo, nasce o fenômeno da constitucionalização normativa, que consiste num conjunto de regras jurídicas sistemáticas com o intuito de regular a ordem econômica em várias Constituições, dentre as primeiras que passaram em ter no corpo de suas Cartas regras destinadas à ordem econômica foram: a Constituição mexicana de 1917 e a de Weimar em 1919, esta de maior notoriedade. Para fins de ilustração cabe citar as doudas palavras do Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho acerca das aludidas Constituições:

Foi a Constituição alemã de 11 de agosto de 1919, conhecida como a Constituição de Weimar, que fixou o modelo. Esta, de fato, contém uma seção intitulada “Da Vida Econômica”, na qual estão as grandes linhas de uma regulação sistemática da economia, de uma Constituição “econômica”. Há quem conteste essa primazia, apontando a anterioridade da Constituição mexicana de 1917. Esse documento, sem dúvida, antecipa-se no reconhecimento dos direitos sociais, como educação (art. 3º); na previsão de uma reforma da estrutura agrária (art. 27) etc. Todavia, nela inexistem sequer um esboço de tratamento sistemático da atividade econômica. *Por outro lado, seu reflexo imediato foi reduzido, enquanto a repercussão da Constituição germânica foi instantânea e profunda, na Europa e fora dela. E foi ela e não a mexicana que serviu de inspiração, e foi copiada, às vezes, pelas Constituições da Europa central e báltica, da Espanha (1931), e pela brasileira de 1934*<sup>3</sup> (grifo nosso).

Assinala-se que estas Constituições vieram para garantir efetivamente a liberdade econômica das empresas, e não como se pode concluir, equivocadamente, em coibi-la. Ademais, ressalte-se a atitude brasileira em adotar tais pressupostos em sua Constituição de 1934 .

Entretanto, o Estado Intervencionista, do mesmo modo denominado Estado de Bem-Estar, acaba por sofrer com o esgotamento dos financiamentos públicos em virtude do considerável aumento do aparelho estatal, já que este criou inúmeras e custosas empresas, justamente para promover a aproximação do Estado à iniciativa privada. Em outras simples palavras: o Estado “inchou”, tornando-se extremamente ineficiente, inoperante e obsoleto, não mais atendendo às demandas sociais.

Insta salientar, inclusive, que tal sistema implementado no Brasil entrou em colapso da mesma forma. Haja vista as inúmeras atividades que o país exercia até meados de 1990, em

---

<sup>3</sup> FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 346 e p. 347.

que ocorreu a abertura econômica. Até então, atividades como energia, telecomunicações, mineração, petróleo, entre outras se encontravam nas mãos estatais, as quais em determinado momento, com a escassez de recursos provenientes do Estado, não mais conseguiam atender as necessidades básicas da população, oferecendo serviços precários aos seus usuários (como não recordar da dificuldade na obtenção de uma linha telefônica a preços exorbitantes).

Dessa maneira, uma transformação na concepção de atuação do Estado se faz, mais uma vez imperiosa, nas atividades econômicas, sobretudo na realidade brasileira.

### **2.3 O novo papel do estado: o surgimento do estado regulador e a Constituição brasileira de 1988**

Conforme verificado em item anterior, a falência do modelo anterior faz com que se pense na necessidade de recriar a economia. Constata-se que a presença maciça do Estado o prejudica à medida que ao ter a crescente responsabilidade na consecução de diferentes atividades faz apelo a recursos e investimentos financeiros, qualidade técnica e profissional e competências os quais se encontram fora do aparelho estatal.

Por isso, esse novo modelo se manifesta com extrema força na Europa nos anos 80<sup>4</sup>, e se estabelece no Brasil com a Constituição da República de 1988 por meio do Artigo 174 que institui: *“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”* (grifos nossos).

Aclarando o exposto acima, assevera o Professor José dos Santos Carvalho Filho, que o “Estado Regulador é aquele que, através de regime interventivo, se incumbe de estabelecer as regras disciplinadoras da ordem econômica com o objetivo de ajustá-la aos ditames da justiça social<sup>5</sup>”. Afirma ainda o mesmo Autor, que nesse novo modelo, o Estado não se dissocia completamente do intervencionismo estatal. Pelo contrário, o que muda é a forma de

---

<sup>4</sup>Com relação aos Estados Unidos e Inglaterra, esses passaram a implantar novamente a teoria do Estado Mínimo, destacando-se as ações de Ronald Reagan e Margareth Thatcher: as empresas estatais são privatizadas, a economia é desregulamentada e os direitos sociais, bem como os serviços públicos e os gastos estatais são diminuídos.

<sup>5</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 730.

intervenção, que nesse momento passa a ser direta no domínio econômico<sup>6</sup>, ou seja, sem intermediação de outra agente, onde se verifica a participação do Estado através do regramento de normas reguladoras, fiscalizadoras e fomentadoras, bem como mecanismos jurídicos a favor da prevenção e repressão de abusos na economia.

Nesse contexto, há autores, como José Alfredo de Oliveira Baracho e Marçal Justen Filho, que inserem a idéia de subsidiariedade no papel do Estado Regulador, uma vez que há uma redução da intervenção estatal nas atividades econômicas. Na verdade, o que ocorre é que as funções do Estado encontram uma zona intermediária de atuação, um meio termo para suas ações, pois para alcançar seus objetivos o Estado harmoniza a livre iniciativa com a valorização do trabalho humano visando o bem estar social, convergindo regras protetivas e repressivas com as de incentivo e fomento.

Não obstante, importante destacar que a CR mudou de modo expressivo a posição do Estado no campo da atividade econômica. Pois bem se vê em seu artigo 170<sup>7</sup>, que aquele privilegiou a livre iniciativa a qual limita a intervenção estatal no domínio econômico<sup>8</sup>. Seguindo o mesmo raciocínio, o artigo 173 da Carta Magna enfatiza e estabelece:

Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica **só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo**, conforme definidos em lei (grifos nossos).

E assim conclui João Bosco Leopoldino da Fonseca que “Pelo conjunto dos elementos significativos utilizados pelo legislador Constituinte, conclui-se que sua intenção foi, e é, a de *vedar, proibir que o Estado aja como empresário*.”<sup>9</sup>, mesmo que a atividade seja lucrativa aos cofres públicos, porquanto a Administração não deve buscar o lucro, e sim

---

<sup>6</sup> A intervenção indireta consiste em que o Estado assume a forma de empresas públicas e sociedades de economia mista. E através dessa atuação, o Estado passa a exercer uma função empresarial, sob um regime concorrencial, em que se equipara com as empresas do setor privado, ou em regime de monopólio. Exemplo do primeiro da equiparação são a Caixa Econômica Federal (empresa pública federal) e o Banco do Brasil (sociedade de economia mista); como monopólios temos a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (empresa pública federal) e a Petróleo Brasileiro S.A. (sociedade de economia mista). Pode, ainda, ocorrer a chamada intervenção direta quando o Estado assume a gestão da empresa privada, quando assuntos de ordem social assim exijam. LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. **Direito Econômico**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 281.

<sup>7</sup> Artigo 170, CR. “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:”.

<sup>8</sup> LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. Op. cit. p.138.

<sup>9</sup> Loc. cit.

atender aos fins e valores a que está submetido<sup>10</sup>. Nessa mesma linha, concorre o pensamento de Celso Antonio Bandeira de Mello:

[...] a interferência estatal terá que estar volvida à satisfação dos fins dantes aludidos como sendo os caracterizadores do Estado brasileiro; jamais – sob pena de nulidade – poderá expressar tendência ou diretriz antinômica ou gravosa àqueles valores<sup>11</sup>.

Ante esse quadro constitucional, o Brasil passa por um período de abertura de mercados, e, por conseguinte um intenso programa de desestatizações e privatizações.

#### 2.4.1 Plano Nacional de Desestatizações<sup>12</sup>

O referido plano, à época de sua implantação, foi cercado por inúmeras polêmicas, que persistem até os dias atuais. Discutia-se, por exemplo, o que deveria ser privatizado, as implicações do processo e as conseqüências que seriam trazidas à tona, e até mesmo se tudo isso era realmente necessário<sup>13</sup>. Após esse breve comentário, partiremos para a visualização de como se processou as etapas das desestatizações e seus posteriores efeitos.

Com a introdução do Estado Gerencial e a dissociação da atuação do Estado nas atividades econômicas pela CR/88, e, pois este se encontrava completamente engessado, foi

---

<sup>10</sup> Com efeito, “Comece-se por dizer que a função pública, no Estado Democrático de Direito, é a atividade exercida no cumprimento do **dever de alcançar o interesse público**, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica” (grifo nosso). BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 29. E ainda, “Seja qual for a hipótese da administração da coisa pública (**res publica**), é inafastável a conclusão de que a destinatária última dessa gestão há de ser a própria sociedade, ainda que a atividade beneficie, de forma imediata, o Estado. **É que não se pode conceber o destino da função pública que não seja voltado aos indivíduos, com vistas a sua proteção, segurança e bem-estar.**” (grifos nossos). CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit. p. 09. Convém, ainda ressaltar os princípios elencados no Artigo 37 da Constituição da República, como ainda os Princípios implícitos da Supremacia do Interesse Público, da Segurança Jurídica, entre outros.

<sup>11</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Op. cit. p. 783.

<sup>12</sup> Registre-se que desestatização é gênero em que são espécies: privatização, concessão, permissão, terceirização e a gestão associada de funções públicas.

<sup>13</sup> Frise-se que tal programa foi objeto de questionamento perante os Tribunais Superiores, onde destaca-se o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal da ADIn 1078/RJ que confirmou a constitucionalidade das privatizações.

concebido o Plano Nacional de Desestatizações, também conhecido como PND, em 1990 pela Lei 8.031/90<sup>14</sup>.

As desestatizações no Brasil se deram de diversos modos, entre eles: alienação de participação societária detida pelo Estado, inclusive de controle acionário; abertura de capital; aumento de capital, com renúncia ou cessão, total ou parcial, de direitos de subscrição; alienação, arrendamento, locação, comodato ou cessão de bens e instalações; dissolução de sociedades ou desativação parcial de seus empreendimentos, com a conseqüente alienação de seus ativos; e concessão, permissão e autorização de serviços públicos.

Os objetivos centrais desse programa é a de transferir ao setor privado atividades dantes indevidamente exploradas pelo setor público com o fim de reorganizar o papel estratégico do Estado no domínio econômico, e, por conseguinte reduzir a dívida pública permitindo a retomada de investimentos mediante o saneamento das finanças públicas e a modernização do parque industrial.

Além disso, verifica-se que a privatização feita através de mercados impulsiona o mercado de ações sendo mais uma opção menos onerosa na obtenção de recursos para a iniciativa privada. Em adição, essa mesma modalidade viabiliza a pulverização de ações, o que as torna acessíveis ao grande público.

Dessa maneira, percebe-se a necessidades do PND e as naturais privatizações para republicar o Estado, para que o mesmo volte a atuar de maneira adequada nos setores que, tão-somente, ele pode prover à sociedade como segurança jurídica, social e física, saúde e educação e segurança monetária<sup>15</sup>.

#### 2.4.1.1 A garantia do Estado em determinados domínios econômicos

<sup>14</sup> Cabe dizer que na década de 1980, a privatização caracterizou-se como uma fase de reprivatização de empresas que haviam sido absorvidas pelo Estado, geralmente em função das dificuldades financeiras. Por outro lado, ainda não havia a intenção de se criar um programa definido, em larga escala, pois o principal objetivo não era a geração de receitas para o tesouro, mas sim evitar que o governo ampliasse ainda mais sua presença o setor produtivo. O efetivo processo de privatização somente se iniciou com o governo Collor, porém todo o estudo acerca do PND já estava encaminhado, e dois diplomas legislativos já havia sido editados: o Decreto nº 91.991, de 28 de novembro de 1985, e o Decreto nº 95.886, de 29 de março de 1988.

<sup>15</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Reforma da ordem econômica e financeira. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo, v. 3, nº 9, pp. 22-25, out./dez. 1994, *apud* GUERRA, Sérgio. **Controle Judicial dos Atos Regulatórios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. pp. 54-55. Em sentido oposto, Paulo Bonavides afirma que todas as Emendas Constitucionais a respeito do tema fizeram por promover a dependência do país, sujeitando-nos ao neoliberalismo e aos mercados globais em detrimento da independência econômica do país. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 613.

Atualmente a Constituição da República de 1988 não só afastou o Estado das atividades econômicas, mas também garantiu a atuação do mesmo na prestação de serviços públicos sob regime de concessão, a propriedades das jazidas, o do monopólio de petróleo e gás natural, transporte aéreo, marítimo e terrestre, e bem como o turismo.

Anteriormente à emenda nº 9, de 9 de novembro de 1995 era vedado à União ceder ou conceder qualquer tipo de participação na exploração de jazidas de petróleo ou gás natural. Hodiernamente, o Artigo 177, em seu parágrafo 1º estabelece a chamada quebra de monopólio estatal do petróleo ao convencionar que “A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo, observadas as condições estabelecidas em lei”.

Merece destaque a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 que veio disciplinar o regime de concessão e permissão na consecução de serviços públicos previstos no artigo 175 da Constituição da República<sup>16</sup>.

Por fim, o artigo 178 da CR também sofreu alterações pela Emenda Constitucional nº 7, de 15 de agosto de 1995, no qual quebrou os monopólios estatais de transportes, e assim ficou redigido “A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade”.

### **3 AS AGÊNCIAS REGULADORAS<sup>17</sup>**

Nesse contexto de Reforma do Estado, foi empregada a criação das agências reguladoras independentes para a modernização da nova gestão do aparelho estatal.

---

<sup>16</sup> A Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995 disciplina a outorga e prorroga as concessões e permissões de serviços públicos.

<sup>17</sup> A criação das agências reguladoras no Brasil procurou obedecer à Recomendação de 31 de maio de 1996, apresentada pelo Conselho de Reforma do Estado (CRE), esse último criado por meio do Decreto 1.738, de novembro de 1995. A Recomendação supracitada corresponde ao documento “Construção do Marco Legal dos Entes Reguladores”.

Essas agências foram concebidas com o fito de desempenharem autarquicamente funções para disciplinar e fiscalizar certos serviços que foram transferidos do Estado para empresas privadas, destacando-se sua independência decisória e autonomia financeira.

A existência dessas agências confirma uma atitude do Estado de abster de seu controle e função de regular diretamente as atividades em troca de credibilidade e estabilidade, uma vez que a tais entidades foram conferidas independência e poder normativo.

No aspecto de sua independência, avaliaremos os debates acerca do tema e sua influência no âmbito econômico. Ainda, será pertinente e de grande valia uma breve análise da sua natureza jurídica, bem como seu poder normativo e suas controvérsias doutrinárias. E, finalmente, os efeitos das características das referidas agências no desenvolvimento econômico.

### 3.1 Natureza jurídica

As agências reguladoras são autarquias de regime especial, que atuam limitando a liberdade privada quando esta vai de encontro a interesses públicos, o que explica sua personalidade de Direito Público, uma vez que exerce funções típicas do Estado.

Sua criação decorre de lei descentralizadora de uma função executiva, exigindo iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo, que detém a direção superior da Administração<sup>18</sup>, também exigida para a extinção, que envolve juízo de oportunidade e conveniência. Ressalte-se que esse poder de direção não confere ao chefe do Poder Executivo intervenção nas decisões dos agentes reguladores.

Ademais, seu caráter autárquico especial confere às agências autonomia em relação ao poder central, através de seu orçamento próprio; colegiado composto por representantes de mandato fixo e desvinculados dos mandatos políticos.

As agências reguladoras possuem um Colegiado Diretor, Secretaria Executiva, Câmaras Técnicas especializadas e uma Ouvidoria.

---

<sup>18</sup> Artigo 84, inciso II c/c 61, parágrafo 1º, inciso II, alínea e, da CRFB.

Ainda assim, com o fim de garantir a equidistância das partes, cabe às agências reguladoras uma atuação transparente, julgando seus processos em sessões públicas, sorteio de relator e deliberação colegiada, motivada e publicada.

### 3.2 Independência das agências

Nesse momento, cabe trazer à colação umas das principais características das agências reguladoras, qual seja a independência decisória desses órgãos, visto que tal qualidade é de suma importância para entender a posição das agências como garantidoras de um processo transparente de gestão e desenvolvimento dos mercados os quais regulam.

As leis referentes à criação das entidades reguladoras previam, como forma de garantir suas autonomias, o mandato fixo dos membros dos órgãos colegiados de decisão, além da desvinculação financeira dos orçamentos de seus respectivos ministérios e a impossibilidade de revisão de suas decisões por agentes, hierarquicamente superiores, do Poder Executivo, afastando qualquer possibilidade de pressão política por parte do Presidente da República ou dos ministérios a que estão vinculadas, mas não subordinadas.

Dito isto, é pertinente demonstrar a problemática da legitimidade numa realidade democrática. Primeiramente, no espectro jurídico da questão, debates surgem em torno da legitimidade das decisões frente ao Princípio da Separação de Poderes<sup>19</sup>, onde haveria usurpação de competências. A Economia, por sua vez, traz a questão da legitimidade sob o prisma do conteúdo da regulação, tendo em vista os conceitos da racionalidade econômica técnica, ou seja, o questionamento recai sobre qual é a melhor forma de regular um determinado setor econômico por meio da melhor política pública para atender aos reclamos sociais.

---

<sup>19</sup> Dentre os que apontem ilegalidades e inconstitucionalidades do processo decisório das agências reguladoras são: DI PIETRO, Maria Sylvania. **Parcerias na Administração Pública**. São Paulo: Atlas; GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. pp. 172-173. Este último afirma que “Desgraçadamente, pode-se prever que ditas ‘agências’ certamente exorbitarão de seus poderes. Fundadas na titulação que lhes foi atribuída, irão supor-se – e assim o farão, naturalmente, todos os desavisados – investidas dos mesmos poderes que as ‘agências’ norte-americanas possuem, o que seria descabido em face do direito brasileiro, cuja estrutura e índole são radicalmente diversas do Direito norte-americano”.



Por último, atemo-nos ao aspecto político cuja perspectiva baseia-se no fato de que a população e os governantes eleitos não têm conhecimentos suficientes para tomarem as decisões técnicas adequadas, e por isso a independência das agências, ou burocracia insular, são legitimadas<sup>20</sup>. Em outras palavras, a tecnicidade das agências traduz uma prática neutra e despolitizada na tomada de decisões, o que afirma a legitimidade da autonomia das referidas entidades.

Corroborando o exposto, Schumpeter, em sua teoria da democracia<sup>21</sup>, que parece ter sido incorporada no Brasil, assevera que essas agências dotadas de poder decisório são capazes de proferir soluções neutras e meramente técnicas, afastadas de qualquer julgamento político. No entanto, para o mesmo autor, é necessário que haja uma supervisão dos Poderes Executivo ou Legislativo, justamente para confirmar a legitimidade das decisões reguladoras, pois os tecnocratas precisam prestar contas aos governantes e estes, por sua vez necessitam prestar contas aos cidadãos. Contudo, após estas considerações, o aludido autor alerta para a seguinte problemática: esse mecanismo de responsabilização dos governos pode ser degenerado em mecanismos de influência política sobre as agências reguladoras independentes<sup>22</sup>.

Nessa mesma linha de pensamento, e em uma crítica ácida à burocracia estatal brasileira, Raymundo Faoro expõe, em sua obra, que o aparelho estatal brasileiro está voltado somente aos interesses privados dos estamentos que dominam a burocracia estatal através do preenchimento de cargos públicos ou qualquer meio que admite a influência política<sup>23</sup>.

Com isso, ao atender à tese dos estudiosos acima, o aparelho estatal brasileiro estaria confirmando a credibilidade das agências reguladoras, renovando a burocracia administrativa contra o clientelismo, além de garantir um ambiente seguro e propício para atração investimentos.

Numa outra abordagem sobre o mesmo tema, Fábio Wanderley Reis ensina que enquanto Estado Democrático, os diversos interesses não devem aprisioná-lo, entretanto

---

<sup>20</sup> LESSA MATTOS, Paulo Todescan. “Agências Reguladoras e democracia: participação pública e desenvolvimento” In: **Regulação e Desenvolvimento**. SALOMÃO FILHO, Calixto. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 188

<sup>21</sup> A teoria em destaque estabelece que os governos democráticos em sociedades industriais modernas deveriam ter uma burocracia eficiente composta por técnicos bem treinados capazes de instruir os políticos que ocupam os cargos de decisão nos ministérios.

<sup>22</sup> SCHUMPETER, Joseph. **Capitalism, Socialism and Democracy**. New York: Harper, 1975. p. 293, *apud* LESSA MATTOS, Paulo Todescan. Op. cit. p. 189.

<sup>23</sup> FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**. São Paulo: Globo, 2000. v. 1 e 2 *apud* Loc. Cit..

devem ser considerados. Assim, admite como forma de legitimação, inserida na democracia, a participação da esfera pública no processo de tomada de decisões<sup>24</sup>.

Contudo, vale destacar o entendimento de Luiz Carlos Bresser Pereira onde cita a autonomia decisória como forma de enfrentar o clientelismo, onde é legitimada pelo universalismo de procedimentos, tanto na delegação legislativa, como na submissão das decisões aos princípios do Estado Democrático de Direito e à lei<sup>25</sup>.

Apesar das diferenças apontadas, os autores concordam no sentido da problemática da legitimidade das decisões das agências reguladoras independentes, e das influências políticas que podem ocorrer no processo decisório.

Ademais, a estabilidade de seus dirigentes tem parcela importante, senão fundamental, na garantia da autonomia das agências reguladoras. Os representantes são escolhidos pelo Presidente da República, que os indica ao Senado Federal, e após este aprova os dirigentes, e uma vez nomeados, eles exercem mandato, não podendo ser exonerados *ad nutum*<sup>26</sup>. Esse sistema garante que, mesmo com a mudança política em virtude das eleições, os trabalhos realizados pelas agências continuam como foram iniciados, minimizando qualquer tipo de influência frente às oscilações políticas da época, gerando uma credibilidade no âmbito econômico.

Enfim, inúmeros posicionamentos tentam explicar e encontrar a melhor forma de implantar a autonomia das agências reguladoras à realidade da democracia brasileira. Entretanto, a certeza reside que essas agências não possuem uma autonomia ilimitada, mas suas disposições podem ser submetidas ao controle legislativo e judicial, que serão devidamente estudados adiante. O controle está presente em todos os atos administrativos os quais devem produzir e aplicar o Direito na forma da lei, atendendo ao Princípio da Legalidade.

### 3.2.1 Teoria da captura

<sup>24</sup> REIS, Fábio Wanderley. “**Cidadania democrática, corporativismo e política social no Brasil**”, In: Mercado e Utopia: Teoria Política e Sociedade Brasileira. São Paulo: Edusp, 2000. p. 349 *apud* Ibid. p. 195.

<sup>25</sup> BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **A Reforma do Estado para a Cidadania**. São Paulo: Editora 34, 1998. p. 157 *apud* Ibid. p. 192.

<sup>26</sup> Importante ressaltar o posicionamento contrário de Celso Antonio Bandeira de Mello a respeito do assunto quando questiona se os prazos dos mandatos dos dirigentes das agências reguladoras podem ou não serem estendidos além de um período governamental, ou seja, da exoneração *ad nutum* dos dirigentes, e diz: “Parece-nos evidentiíssimo que não. Isto seria o mesmo que engessar a liberdade administrativa do futuro Governo. Ora, é da essência da República a temporiedade dos mandatos, para que o povo, se o desejar, possa eleger novos governantes com orientações políticas e administrativas diversas do Governo precedente”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Op. cit. p. 175.

Outrossim, a independência das agências é uma possibilidade de impedir a captura dos agentes reguladores pelos agentes regulados. Destaca-se que a captura está, infelizmente, inserida não só em relação às agências, mas é uma realidade presente em diversas esferas governamentais<sup>27</sup>.

A teoria da captura consiste na confusão entre o interesse público com os interesses privados pelas agências reguladoras, logo se afirma que a agência foi capturada pelos interesses de uma empresa. Modelos típicos de captura são a corrupção, baixa qualificação dos técnicos reguladores, aceitação de todas as informações proferidas pelos agentes regulados, uma vez que as agências não possuem instrumentos suficientes para auditar tais afirmativas.

O pioneiro nessa visão da captura, sob a ótica das atividades reulatórias, foi Gabriel Kolko ao estudar a regulação das estradas de ferro, aonde se chegou à conclusão que as agências reguladoras haviam sido capturadas pelos interesses privados.

Assim, vários estudos foram feitos para melhor entender esse fenômeno, já que a regulação estava tomando um significativo espaço nas políticas públicas. Diante disso, Stigler e Peltzman foram precursores em definir a referida teoria, afirmam os estudiosos que a organização, a informação e a maximização do interesse próprio são elementos a serem considerados nesse processo. Em outra palavras, grupos bem organizados e mais informados beneficiam-se das atividades regulatórias; bem como a recompensa política da regulação resulta na distribuição de riqueza, dessa forma políticas que reduzem essa riqueza serão evitadas por reduzirem a recompensa política da regulação.

A captura manifesta-se em diferentes tipos, entre elas ressaltamos, em primeiro lugar, a captura pelas empresas reguladas, e a outra forma seria através de grupos políticos de interesses.

---

<sup>27</sup> “A captura governamental é nociva por tender a confundir o órgão regulador com um mero cumpridor de vontades de planos de governo; que a captura pelos concessionários é nefasta por tender a afastar-se da modicidade tarifária e a trazer beneplácitos excessivos na aplicação de penalidades decorrentes da inexecução contratual; e que a captura pelos usuários tende a desprezar o necessário equilíbrio econômico e financeiro os concessionários, indispensável à adequada prestação dos serviços.” FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli de. “Da indispensável Autonomia dos Entes de Regulação: O Caso da AGERS”, In: Marco Regulatório (Revista AGERS), 1999. n.º 2. p. 8-1. *apud* FAGUNDES, Márcia Margarete. “Teoria da Captura do Regulador de Serviços Públicos”. In: **Direito Empresarial Público**. SOUTO, Marcos Juruena Villela e MARSHALL, Carla C. (coords.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. Rio de Janeiro: 2002. p. 261.

Na primeira modalidade, as agências reguladoras possuem menos informações que as ditas empresas, ocorrendo uma assimetria de informações aceitas pelas agências. Diante desse quadro desvantajoso, cabe a criação de políticas de discricção regulatória e capacidade administrativa, com o fim de evitar que a empresa regulada manipule o processo ou a agência não siga a linha especificada.

Diversamente, num ambiente em que o Executivo possui irrestrita discricção; ou seja, não há controle sobre nenhuma de suas atividades, pode levar à política de grupos de maximização de interesses, os quais irão preterir o processo regulatório e afetar os resultados da regulação, levando a uma regulação deficiente que agirá de forma predatória à concorrência e trará prejuízos ao interesse público.

Dentre as formas de pressão, citamos uma bastante conhecida no processo política brasileiro, a qual se denomina “lobby”. Esse mecanismo nada mais é “que uma ação de grupos de interesse no sentido de sensibilizar políticos e tecnoburocratas<sup>28</sup> com suas próprias preferências.”<sup>29</sup>, os lobistas buscam a aprovação direta de leis e despesas sem considerar outras questões que possam estar envolvidas como custos sociais e financiamentos.

Entenda-se, portanto, a intensa competição existente no panorama político, formando verdadeira ilhas de corporativismo, onde os grupos tentam assegurar parte ou a totalidade de seus ganhos em detrimento do interesse maior da sociedade.

No caso brasileiro, tendo em vista nosso cenário político, é preciso que as agências reguladoras atuem de forma temperada, com vistas a maximizar o interesse público; e não de forma a privilegiar determinados agentes econômicos, ou estabelecendo regulamentos que contrariem as regras de mercado, atrofiando o sistema de concorrência, que da mesma maneira pode prejudicar o bem-estar social.

Em resumo, a independência das autarquias reguladoras, para que se torne efetiva, terá que ser democraticamente controlada, por todos os meios já citados pelos autores em linhas acima, como a prestação de contas, supervisão de órgãos superiores, controle judicial e participação pública, para que se afaste a captura do regulador (administrador público) pelo regulado (agente privado), evitar políticas regulatórias mal formuladas e a falta de capacitação e recursos para implementar as regulamentações existentes de forma apropriada<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Os tecnoburocratas são responsáveis pela produção de informações técnicas, a fim da otimização do uso dos recursos escassos, e ainda integram a assessoria de políticos trazendo informações técnicas aos gabinetes.

<sup>29</sup> FAGUNDES, Márcia Margarete. Op.cit. p.268.

<sup>30</sup> SANTACRUZ, Ruy. “**Fundamentos (econômicos) da regulação pública dos mercados**”, In: Revista Arché Interdisciplinar. nº 29. Rio de Janeiro: Candido Mendes, 2001. p.81-102 *apud* SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 352.

### 3.3 Poder normativo

O poder normativo consiste na edição de atos administrativos individuais<sup>31</sup> (atos administrativos típicos), com identificação de seus destinatários, e ainda são emanadas pelas agências com o intuito à execução das leis e regulamentos dentro de cada esfera de competência.

O poder de normatização das agências reguladoras sofre questionamentos no sentido que ao exercer tal poder estariam usurpando funções típicas do legislativo. Ora, consideramos que este continua a editar suas normas gerais e abstratas; contudo, não bastam para que as especificidades do mundo dos fatos sejam explicadas, daí surge a necessidade da delegação do poder normativo às entidades de regulação.

Herbert Hart, em um de seus ensaios sobre o formalismo, leciona que essas regras gerais, editadas pelo Poder Legislativo, não são suficientes para descrever determinados casos individuais e como solução para tal, recorre-se a um corpo administrativo, entendido de certos assuntos, para que edite regras para esses casos especiais, o que ele chama de “casos difíceis” do Direito<sup>32</sup>.

As entidades regulatórias, já que integram a Administração, se valem dos mesmos conceitos, características e prerrogativas, podendo emanar diversas modalidades de atos.

Logo, os atos editados pelas agências devem, para serem existentes e válidos, conter objeto, motivo, forma, finalidade e competência<sup>33</sup>, e de igual forma estarem revestidas da

---

<sup>31</sup> Celso Antonio Bandeira de Mello conceitua ato administrativo como [...] “*declaração do Estado (ou de quem lhe faça às vezes – como por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional*”. Op. cit. p. 378.

<sup>32</sup> Diz o grande estudioso que: “Por vezes, o domínio que deve ser juridicamente controlado é reconhecido desde o princípio como um domínio em que os aspectos dos casos individuais variarão tanto, em contextos socialmente importantes mas imprevisíveis, que não podem ser criadas pelo poder legislativo, de forma antecipada, regras uniformes destinadas a ser aplicadas caso a caso, sem directivas oficiais posteriores. Por isso, para regular tal domínio, o poder legislativo traça padrões muito gerais e delega então num corpo administrativo, dotado de poder regulamentar e familiarizado com os vários tipos de caso, o papel de moldar regras adaptadas às suas necessidades especiais”. HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. p.144.

<sup>33</sup> Esses são elementos formadores do ato administrativo, a falta de uma deles acarreta sua invalidação, José dos Santos Carvalho Filho cita o artigo 2º da Lei nº. 4.717, de 29 de junho de 1965 – Ação Popular, a qual enumera tais elementos. O mencionado Professor conceitua tais elementos que passamos a discorrer: i) a “competência é o círculo definido por lei dentro do qual podem os agentes exercer legitimamente sua atividade.”; ii) o “objeto é a alteração no mundo jurídico que o ato administrativo se propõe a processar.”; iii) “a forma é o meio pelo qual

presunção de legalidade, legitimidade, veracidade, imperatividade, executoriedade e tipicidade. Embora, com a ocorrência da modificação das funções do Estado no âmbito econômico, notadamente na prestação dos serviços públicos, não surgiu um novo ramo do Direito (como Direito Regulatório) com seus princípios e formas próprios, e dessa maneira, tudo referente ao Direito Administrativo continua a ser aplicado. Tal como é aplicada a função normativa, é também a função regulatória, cujas normas se destinam a interpretar as políticas públicas, por meio de conceitos técnicos, com vistas à sua execução eficiente.

Não obstante, não se pode desprezar que essa função normativa está submetida ao princípio da Legalidade, não podendo inovar o que já está expresso no ordenamento jurídico. Daí qualquer conflito entre lei e ato ou regulamento, dá-se preferência à lei, a qual é hierarquicamente superior (Princípio da Preferência Legal).

Conforme acentua Alexandre Santos Aragão, em consonância com a doutrina:

A possibilidade do poder normativo ser conferido em termos amplos e às vezes implícito não pode isentá-lo dos parâmetros suficientes o bastante para que a legalidade e/ou constitucionalidade dos regulamentos seja aferida. Do contrário, estaríamos, pela inexistência de balizamentos com os quais pudessem ser contrastados, impossibilitando qualquer forma de controle sobre os atos normativos da Administração Pública, o que não se coadunaria com o Estado de Direito.<sup>34</sup>

Portanto, verifica-se um limite de existência desses atos, uma vez que devem estar acordo com o que estabelece a lei. E com isso, todos os atos da Administração Pública, inclusive os emanados do poder normativo das agências reguladoras, podem e devem ser controlados pelo demais poderes do Estado, bem como pela própria Administração, através do princípio da autotutela<sup>35</sup>, uma vez que “não é compatível com o Estado Democrático de Direito que a atividade normativa seja exercida irrefreadamente pelo Executivo, pois há inúmeros exemplos de abusos e de desvios regulamentares”.<sup>36</sup>

---

se exterioriza a vontade”; iv) [...] “o motivo como a situação de fato ou de direito que gera a vontade do agente quando pratica o ato administrativo.”; v) a “finalidade é o elemento pelo qual todo ato administrativo deve estar dirigido ao interesse público”, seja ele geral ou específico. Op. cit. p. 90-102.

<sup>34</sup> Revista de Informação Legislativa. Brasília. v. 148. out/dez. 2000. In: GOMES, Guilherme Lemos Sant’anna. “Contornos Jurídicos da Regulação Normativa”. **Direito Empresarial Público**. SOUTO, Marcos Juruena Villela e MARSHALL, Carla C. (coords.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

<sup>35</sup> Este princípio baseia-se na revisão de atos administrativos pela própria Administração, anulando aqueles que considerar ilegais e à revogação dos inconvenientes, sempre preservando os direitos adquiridos.

<sup>36</sup> BRUNA, Sérgio Varella. Op. cit. p. 17.

Ainda nessa seara, os artigos 37 e 70 ambos da CRFB, além do princípio implícito da razoabilidade, devem ser sempre verificados pelas agências reguladoras, porquanto buscam o aprimoramento do atendimento do interesse público.

Essa assertiva ainda é corroborada pela afirmação que a função regulatória ao atender aquilo o que é disposto para a Administração, garante às normas regulatórias, bem como aos seus atos, um tratamento igualitário a todos os interessados, produzindo uma maior segurança jurídica, a qual deve estar inserida nas atividades regulatórias.

Haja vista o exposto, a norma emanada por uma agência, embora vista como inferior, tem o mesmo peso da legislação da ordem executiva ou da decisão judicial, pois recebe do Congresso uma delegação de autoridade.

O American Procedure Act – APA define regra regulatória como a totalidade ou parte de uma disposição emanada de uma agência, de geral ou particular aplicabilidade, com efeitos futuros, com vistas a implementar, interpretar e prescrever direito ou política.

Essas regras classificam-se de acordo com qual segmento da sociedade elas influenciam, a saber, normas que regulam o comportamento privado, norma sobre indivíduos, empresas e grupos, que se relacionam com o Poder Público e normas para o Governo.

Em suma, a disciplina da regulação deve estar conjugada com princípios já assentados ao Direito Administrativo, para que seus atos estejam eivados de validade e sejam aptos para a produção dos efeitos desejáveis. Ressalte-se ainda que todos os seus atos estão sujeitos aos diferentes tipos de controle, os quais passaremos a abordar.

### **3.4 Controle dos atos regulatórios**

Com a modificação das técnicas de atuação do Estado, o controle passa a ser necessário como uma idéia de pesos e contrapesos entre todas as esferas de Poderes. Assim, o controle tem a finalidade de orientação, fiscalização e revisão das atividades administrativas, bem como das agências reguladoras. Isso se faz patente já que todos esses atos estão submetidos sob o crivo da Legalidade, de forma que as políticas, metas e planejamentos atendam ao interesse público com a maior eficiência possível.

As modalidades de controle podem, quanto ao órgão ou poder, ser: i) administrativos ou executivos decorrentes dos próprios órgãos que compõe a Administração (princípio da autotutela); ii) legislativo ou parlamentar, feito pelo Poder Legislativo; e ainda iii) judicial, realizado pelo Poder Judiciário, versando sobre questões de legalidade, e não sobre o mérito administrativo<sup>37-38</sup>.

Mesmo que o exposto seja relacionado com assuntos elementares do Direito Administrativo, isso se enquadra à atividade regulatória, mesmo tendo esta a qualidade de independente, como já abordado em tópico próprio.

Mais uma vez, cumpre asseverar que não há uma independência administrativa das agências reguladoras, porquanto feriria o artigo 37, inciso XIX da CRFB. E ainda, como já orientado pelo Supremo Tribunal Federal, pelo voto do Ministro Marco Aurélio, que a independência das agências não retira o controle por parte da Administração Pública, não sendo estas, portanto, entidades soberanas.

#### 3.4.1 Controle político<sup>39</sup>

A independência das agências não retira o controle político que porventura ocorra, por mais que essa característica seja instrumento para que opiniões e impulsos políticos sejam elementos considerados em suas decisões, o que faria com que se distanciasse da segurança jurídica.

<sup>37</sup> “Mérito do Ato é o campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Op. cit. p. 949.

<sup>38</sup> Existem outras modalidades de controle: i) quanto ao fundamento, este pode ser hierárquico ou por subordinação, ou seja, controle realizado por superior em todos os atos do subalterno; e finalístico; controle sobre atos de pessoas diversas; ii) quanto à localização do órgão pode ser: interno, exercido pela própria Administração; e externo, por agente diverso daquele ente que gerou o ato; iii) quanto ao momento: prévio, anterior à consumação do ato; concomitante, realizado à medida que o ato desenvolve-se; ou subsequente, realizado após o ato; iv) quanto ao aspecto controlado: de legalidade, confrontando norma jurídica com o ato; ou de mérito, para verificação de conveniência e oportunidade da atividade administrativa.

<sup>39</sup> O controle político é “aquele que tem por base a necessidade de equilíbrio entre os Poderes estruturais da República – o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Nesse controle, cujo delineamento se encontra na Constituição, pontifica o sistema de freios e contrapesos, nele se estabelecendo normas que inibem o crescimento de qualquer um deles em detrimento de outro e que permitem a compensação de eventuais pontos de debilidade de um para não deixa-lo sucumbir à força de outro.” CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit. p. 753.



A própria lei instituidora das agências prevê que as mesmas estão vinculadas a um Ministério, bem como critérios para nomeação, exoneração, organização e remuneração de seus dirigentes.

Outro modelo de controle é feito através da edição de medidas provisórias que poderão restringir ou retirar competências<sup>40</sup>.

### 3.4.2 Controle social

O controle social está diretamente relacionado com a possibilidade da sociedade participar de ações de fiscalização das atividades regulatórias, através de associações de usuários e consumidores, como na participação de representantes dessas entidades nos conselhos de definição das políticas públicas a serem implementadas.

Esses conselhos têm mero caráter consultivo – o que será tratado mais adiante, precisamente no capítulo 5 do presente trabalho – o que não significa sua importância no sentido de ser um espaço em que a população conheça os debates, como ainda criam uma expectativa de motivação por parte das agências em suas decisões, aumentando assim o controle externo.

Ressalte-se que em determinados casos a consulta ou audiência pública podem representar condição de validade ou legitimidade da norma regulatória.

Nesse sentido que o artigo 42 da Lei nº. 9.272 estabelece que “As minutas de atos normativos serão submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na Biblioteca”. Bem como, o art. 4º, parágrafo 3º da Lei nº. 9.427/96<sup>41</sup>, instituidora da ANEEL e o art. 19 da Lei nº. 9.478/97, da ANP, condicionam a edição de atos normativos apenas ao requisito de prévia audiência pública<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> Exemplo foi a Medida Provisória nº. 2.198-3/2001, que criou a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica, atribuindo competências a este órgão que seriam perfeitamente cabíveis à ANEEL.

<sup>41</sup> Parágrafo 3º. “O processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, mediante iniciativa de projeto de lei, ou, quando possível, por via administrativa, será precedido de audiência pública convocada pela ANEEL.”

<sup>42</sup> “Art. 19. As iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo serão precedidas de audiência pública convocada e dirigida pela ANP.”

As consultas e audiências públicas estão ainda inseridas no contexto constitucional, haja vista que configuram o direito de petição, insculpida no artigo 5º, inciso XXXIV, da CRFB, como também são formas de garantia da cidadania e do pluralismo político (artigo 1º, da CRFB). Além disso, o artigo 37, em seu parágrafo 3º determina que a lei disciplinará as formas de participação do usuário na Administração Pública Direta e Indireta.

Com efeito, Sérgio Varella Bruna informa que:

Mais do que uma simples ‘concessão’ inspirada pelo espírito democrático do legislador ou da autoridade administrativa, tais procedimentos devem ser encarados como um importante instrumento de orientação da revisão judicial dos atos normativos, especialmente diante de competências discricionárias, pois são capazes de fornecer elementos ao Judiciário para avaliar a higidez tanto do processo normativo quanto da própria norma em si<sup>43</sup>.

Assim, verifica-se a importância do controle social na divulgação das atividades das agências reguladoras, promovendo adequada motivação de suas decisões, como um maior auxílio no controle perante o Poder Judiciário.

### 3.4.3 Controle administrativo

Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho, o controle administrativo “pretende alvejar os órgãos incumbidos de exercer uma das funções do Estado – a função administrativa.”<sup>44</sup>. Nesse tipo de controle encontra-se a modalidade interna, uma vez que a revisão do ato ocorre dentro da própria Administração Pública, decorrendo o princípio da autotutela, pelas vias do controle ministerial, da hierarquia orgânica e da revisão recursal.

Especificamente, as agências reguladoras ficam sujeitas a um controle finalístico, ou seja, supervisão ou tutela, podendo ser instrumentalizados em contrato de gestão, enfatizando que sua independência não afasta a incidência da norma constitucional que as submete à direção superior do Chefe do Poder Executivo.

A hierarquia orgânica decorre da organização administrativa, em que há o controle do hierarquicamente superior com seu subordinado. Tal controle se revela, nas agências

---

<sup>43</sup> BRUNA, Sérgio Varella. Op. cit. p. 271.

<sup>44</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit. p. 753-754.

reguladoras, pela revisão de atos de dirigentes singulares pelo colegiado (em grau de recurso ou em função da necessidade de referendo).

Este controle pode ser exercido de ofício ou provocado, de legalidade ou de mérito, prévio, concomitante ou posterior, pelo direito de petição ensejando um processo administrativo. Esta via é adequada para a declaração de ilegalidade de atos das agências pelo Chefe do Poder Executivo, na forma do artigo 84, II, CRFB<sup>45</sup>.

#### 3.4.4 Controle legislativo

Ao Poder Legislativo foi conferida a prerrogativa de fiscalizar a Administração Pública sob os aspectos político e financeiro. E dar-se-á através de órgãos legislativos (Congresso Nacional, Assembléias Legislativas e Câmaras de Vereadores) ou por comissões parlamentares sobre atos do Executivo sob o crivo da legalidade e conveniência pública, indiferente aos direitos individuais dos administrados, mas sim objetivando os superiores interesse do Estado e da população.

Como controle político, citamos os relatórios, pedidos de informação e as comissões parlamentares de inquérito. Por outro lado, o controle financeiro está exemplificado pelos julgamentos de contas para a comprovação de probidade, realizado pelo Tribunal de Contas, a fim de garantir a economicidade e legitimidade dos atos.

Com relação às agências, cabe citar o controle legislativo referente ao artigo 52, inciso III, alínea f da CRFB, onde confere competência ao Senado Federal de aprovar a indicações do Presidente da República para o provimento de cargos que a lei determinar. Além dos artigos 84, incisos XXIV e XXV, do mesmo diploma legal, que facultam ao legislador exigir, para certas funções, prévia autorização senatorial dos nomes indicados pelo Presidente para provimento dos cargos.

Desse modo, o Legislativo não nomeia os dirigentes das agências reguladoras; porém, pode controlar, através do Senado, as nomeações realizadas pelo Presidente da República, vetando os nomes indicados quando assim entender plausível. Caso concorde com a nomeação, não poderá retirar-lhe a aprovação anteriormente concedida.

---

<sup>45</sup> “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: II – exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal.”

Ainda, compete ao Congresso Nacional, conforme o artigo 49, incisos V e X, da CRFB “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”, como também cabe “fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta.”, ou seja, estão igualmente incluídas as agências reguladoras.

Há quem sustente a inconstitucionalidade desses incisos, na medida em que não atende aos princípios da separação dos poderes por alterar, sem parâmetros previamente estabelecidos, o exercício independente de uma função inerente, especializada e privativa do Poder Executivo. Contudo, a eliminação desse

[...] texto constitucional não faz sentir no campo dos fatos, com o passar dos anos, já que se trata de dispositivo praticamente não utilizado pelo Congresso Nacional para sustar atos normativos do Executivo, não havendo registro de qualquer crise institucional entre Executivo e Legislativo em decorrência do exercício de tal competência.<sup>46</sup>

Contudo, ressalte-se que cabe ainda nos atos de controle pertinentes ao Poder Legislativo, o respectivo controle constitucional a ser realizado pelo Poder Judiciário, caso não haja violação material dos limites estabelecidos para a atuação normativa da Administração, especialmente das agências reguladoras, onde não se poderá substituir as razões de oportunidade e conveniência adotadas, no exercício regular de seu poder discricionário.

### 3.4.5 Controle judicial

Controle judicial é o poder conferido ao Poder Judiciário para fiscalizar os atos administrativos do Poder Executivo, Legislativo e do próprio Judiciário. É realizado de forma posterior, tendo como cerne a legalidade do ato da Administração Pública, não alcançando o mérito administrativo.

---

<sup>46</sup> BRUNA, Sérgio Varella. Op.cit. p. 259-260.

O controle poderá ser provocado através do mandado de segurança, ação civil pública, ação popular, mandado de injunção e o *habeas data*<sup>47</sup>.

No entanto, surge o questionamento acerca do controle jurisdicional da discricionariedade dos atos administrativos, e, sobretudo dos atos das agências reguladoras que são essencialmente discricionárias já que elegem os meios técnicos adequados ao atendimento dos pressupostos estabelecidos em lei.

Importante trazer à baila o conceito de discricionariedade, esta proposta por Celso Antonio Bandeira de Mello:

Discricionariedade é a margem de “liberdade” que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.<sup>48</sup>

Conforme se depreende do conceito, ora transcrito, a discricionariedade está ligada à legalidade do ato, visando o atendimento do interesse público. Assim, é um dever-poder de aplicar a norma de acordo com as condições já regradas, não se contentando com qualquer escolhas, mas sim com a melhor delas.

Entretanto, há que se diferenciar a discricionariedade livre da discricionariedade técnica. A primeira consiste na liberdade de determinar a consequência jurídica derivada da coincidência do fato real com aquilo que está previsto na norma. Enquanto que a segunda envolve a aplicação de regras experimentadas, ou melhor, a valoração de fatos através pautas técnicas-administrativas.

Destarte, surge o desafio de definir o controle da discricionariedade, pois está eivada de subjetividade, uma vez que em certos casos não estão reduzidos a conceitos técnicos ou científicos.

Em resumo, ao Judiciário é cabível o exame da legalidade, ou seja, se o ato está em conformidade com a norma, não adentrando no mérito administrativo. Ademais, poderá, também, verificar a existência dos motivos alegados, se o objeto do ato é suficiente, pertinente, lícito, possível e adequado. Na verdade, o Judiciário pratica um controle de

---

<sup>47</sup> Vale destacar, como tema desse trabalho, que o mandado de segurança é cabível contra aquelas pessoas privadas que exercem funções públicas delegadas, ou seja, funções que originariamente pertencem ao Poder Público.

<sup>48</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Op. cit. p. 957.

finalidade do ato, que desencadeia um desvio de poder do administrador, levando o Judiciário a anular um ato quando comprovado que este é ilegal.

Tendo em vista que as agências reguladoras editam atos que envolvem a valoração de elementos técnicos de formatação eficiente do segmento regulado, convém descrever como ocorre o controle judicial desses atos emanados pelas agências.

Como bem se sabe, os atos das agências, por estas fazerem parte da Administração Pública Indireta, podem ser revistos pelo Poder Judiciário. E repise-se, a decisão judicial não poderá substituir a valoração técnica (constituída da ponderação de elementos econômicos, sociais e jurídicos acerca do tema que regulará), salvo nos casos de manifesta irrazoabilidade ou de inobservância da aplicação de normas que regem os atos regulatórios.

Frise-se que o controle judicial é balizado pelo Direito, de modo que esse limite não permite um controle de todos os aspectos da decisão regulatória. O ato regulatório se fundamenta em critérios metajurídicos, ou seja, em questões que transcendem o Direito, buscando soluções em outras searas.

Carlos Ari Sundfeld exemplifica o exposto nesse sentido:

Os conflitos entre uma indústria poluidora, uma outra indústria que usa a água poluída lançada no rio e os vizinhos que também consomem, quer-se que eles sejam julgados por quem entenda do assunto. Não alguém que entenda de Direito apenas (isto é, das técnicas de produção e hermenêutica normativa), mas que entenda do problema específico: quem saiba das dificuldades para compor harmonicamente o conflito, consiga dar a solução mais harmoniosa por equidade, baseando-se em critérios técnicos, etc.<sup>49</sup>

Nas palavras de Marcos Juruena Villela Souto, isso é verdade, pois a ciência não fornece verdades absolutas, devendo o julgador contentar-se com as decisões motivadas, não questionando qual a melhor ciência ou técnica a ser aplicada, porém apreciando tão-somente a transparência e coerência lógica na motivação técnica, à luz do senso comum, assegurando justa representatividade a todos os interesses envolvidos no poder atribuído às agências<sup>50</sup>.

Diante disso, o controle dos atos regulatórios deve viabilizar o funcionamento independente das agências reguladoras, tendo em vista que tecnicidade confere segurança jurídica aos investimentos, a fim de promover com eficiência o atendimento ao interesse público.

---

<sup>49</sup> In: GUERRA, Sérgio. Op. cit. p. 273-274.

<sup>50</sup> SOUTO, Marcos Juruena Vilella Souto. Op. cit. p. 382.

### 3.4.5.1 Função judicante das agências reguladoras

A presente característica é de relevância para a presente monografia, pois importa na busca da promoção da competitividade e da livre-concorrência, da utilização eficiente dos investimentos nos serviços públicos e na exploração das atividades econômicas, uma vez que compõe conflitos entre os agentes regulados, entre estes e os destinatários dos serviços, a até mesmo conflitos com o próprio Poder Público.

Essa atribuição suscita debates entre diversos doutrinadores onde surgem divergências quanto se é válida ou não esta função judicante das agências reguladoras, haja vista o já comentado papel desempenhado pelo nosso Judiciário.

Para aqueles que não são adeptos dessa função, como João Bosco Leopoldino da Fonseca, que diz que as agências reguladoras são desprovidas “[...] de poder jurisdicional. Elas não têm, diferentemente o que a lei concede ao CADE, no Brasil, o poder judicante”<sup>51</sup>. Data vênia, alinhamo-nos ao entendimento daqueles que a admitem a existência de um poder de composição de conflitos, informando que este poder difere do poder jurisdicional tendo em vista que este é voltado para o passado, ou seja, para as origens do problema, o qual não seria suficiente. Por outro lado, as agências atuam numa visão pragmatista de resolução de conflitos, no qual estudam as possíveis conseqüências daquela decisão que abarcará não só as partes conflitantes, como todo o mercado<sup>52</sup>.

Cabe esclarecer que existe positivação neste sentido, concedendo às agências o poder judicante. Entre elas, citamos a Lei nº 9.478/97, onde concede à Agência Nacional de Petróleo – ANP a competência para fixação de valores e formas de remuneração quando não houver acordo entre as partes<sup>53</sup>; o artigo 153, parágrafo 2º, da Lei nº 9.472/97 concede à Agência

<sup>51</sup> LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. Op. cit. p. 297.

<sup>52</sup> Nessa linha de pensamento estão: VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. “Função Regulatória” In: SOUTO, Marcos Juruena Villela e MARSHALL, Carla C. (coords.). Op. cit. p. 27.; Alexandre Santos de Aragão igualmente sustenta a visão prospectiva das agências. E ainda, destaca que esses entes buscam, além de compor conflitos entre as parte envolvidas, algo maior que seria a solução de conflitos entre subsistemas setoriais. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 318-319 apud GUERRA, Sérgio. Op. cit. p. 127.

<sup>53</sup> Artigo 56, *caput*, da Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997: “Observadas as disposições das leis pertinentes, qualquer empresa ou consórcio de empresas que atender ao disposto no artigo 5º poderá receber autorização da ANP para construir instalações e efetuar qualquer modalidade de transporte de petróleo, seus derivados e gás natural, seja para suprimento interno ou para importação e exportação. Parágrafo 1º. A ANP fixará o valor e a forma de pagamento da remuneração adequada, caso não haja acordo entre as partes, cabendo-lhe também verificar se o valor acordado é compatível com o mercado”.

Nacional de Telecomunicações - ANATEL, quando não houver acordo entre os interessados, a deliberação para criar condições de interconexão de redes<sup>54</sup>; e ainda, no caso da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, a Lei nº 9.427/97, em seu artigo 3º, inciso V, prevê que esta delibere acerca de divergências entre concessionárias, permissionárias e autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e os consumidores<sup>55</sup>.

Em síntese, a função judicante tem uma visão prospectiva e por isso se distingue da função jurisdicional, bem como dos processos administrativos já que as decisões proferidas pelas agências aprimoram o sistema normativo a partir da experiência alcançada pelo julgamento do caso. Por fim, nunca se pode olvidar que essas decisões são verdadeiros atos administrativos, e diante disso sempre estarão submetidas a um controle judicial, conforme visto em tópico anterior.

## **4 AS AGÊNCIAS COMO INSTRUMENTO DE DESENVOLVIMENTO E FOMENTO ECONÔMICO**

### **4.1 Desenvolvimento e política econômica**

Diante de todas as exposições já apresentadas, ficará mais claro observar como as agências reguladoras estão intimamente ligadas ao desenvolvimento e fomento econômico.

Antes de adentrar no mérito do tema, é preciso definir o que seria, de fato, desenvolvimento. Como bem sabido, o desenvolvimento é registrado através de dados estatísticos do PIB (Produto Interno Bruto), na medida em que o crescimento desse dado faz-se, conjuntamente, com as significativas mudanças provocadas na estrutura do país envolvido,

---

<sup>54</sup>Artigo 153, parágrafo segundo, da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. “Não havendo acordo entre os interessados, a Agência, por provocação de um deles, arbitrará condições para a interconexão”.

<sup>55</sup> Artigo 3º, inciso V, da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1997. Compete exclusivamente à ANEEL: “dirimir, no âmbito administrativo, as divergências ente concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores”.



ou seja, o desenvolvimento são as alterações na infra-estrutura de um país, associado ao incremento de cultura, educação, emprego, saúde e habitação.

Portanto, para que se inicie um processo de desenvolvimento, é preciso a elaboração de uma política econômica consistente, apoiada por instituições estáveis e que estejam protegidas contra iniciativas impensadas, sedentas por resultados em curto prazo. Nesse sentido, que a defesa da concorrência, do consumidor, do meio ambiente, do emprego e da estabilidade monetária estão abrangidas como os fins de uma política econômica, a qual se empenhará para a manutenção desses institutos por gerações.

Nesse contexto, estão também inseridas as atividades das agências reguladoras, que deverá compatibilizar seus instrumentos e objetivos próprios com a política econômica adotada pelo governo. E mais especificamente no caso do desenvolvimento, por ser um objetivo primeiro e amplo da política posta em prática, a atividade regulatória deverá, da mesma maneira, explicitá-lo nos diversos setores que atua.

#### **4.2 Princípios regulatórios desenvolvimentistas**

As teorias desenvolvimentistas concentram a maioria de seus argumentos no princípio da difusão do conhecimento, afirmando que somente assim o desenvolvimento tão almejado pelas sociedades e governos será alcançado. Pois bem, veja-se que:

[...] é a concentração excessiva do conhecimento que leva a graves ineficiências alocativas. É essa a razão, e não a tão propalada [ausência das] eficiências típicas de mercado, a responsável pelo relativo sucesso das experiências de economia centralizada<sup>56</sup>.

Além dessa prática, a redistribuição e o estímulo à cooperação são meios que o Estado se utiliza para se desenvolver. Em uma explicação superficial, a redistribuição consiste em alterações na demanda como forma de expandir o consumo pela sociedade; já a cooperação significa dizer a eliminação do individualismo exacerbado na esfera econômica.

Sob o prisma constitucional, tais premissas estão ligadas aos artigos 170, inciso VII “redução das desigualdades regionais e sociais” (redistribuição); artigo 170, incisos IV e V

---

<sup>56</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. “Regulação e Desenvolvimento”. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit. p. 38.

“livre-concorrência” e “defesa do consumidor” (difusão do conhecimento) e artigo 114, parágrafo 2º (cooperação):

Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

Com efeito, percebe-se que esses princípios desenvolvimentistas foram assegurados na Carta Maior, reforçando a importância da compatibilização dos atos e objetivos por parte das agências reguladoras, entes da Administração Pública, com os princípios constitucionais, como forma de obedecer aos ditames da lei com vistas ao bem-estar social.

Anote-se, primeiramente, que um dos principais objetivos das agências reguladoras é a universalização dos serviços, quando a regulação exige que determinados produtores ou monopólios estendam seus serviços a todos os consumidores, sejam eles de lugares longínquos ou com baixo poder aquisitivo, principalmente nos casos de energia elétrica e telecomunicações. Por uma associação simples, percebe-se que a redistribuição é um dos instrumentos capazes de se chegar a esse fim.

As agências, ao fixarem parâmetros para garantia da concorrência, estão na realidade garantindo “[...] a descoberta da verdadeira utilidade dos produtos e das melhores opções para o consumidor. O valor ‘concorrência’ influi, portanto, duplamente sobre a realidade – primeiro modelando-a, e, em seguida, permitindo o seu conhecimento”<sup>57</sup>. Destarte, ocorre uma difusão do conhecimento, pelo qual o consumidor terá uma gama de informações, o que promove sua liberdade de escolha.

E, por último, cabe ressaltar que a cooperação é fundamental para dar efetividade às normas e decisões dos entes reguladores, já que proporciona uma integração das agências reguladoras, dos agentes regulados e dos destinatários dos serviços. Em outras palavras, todos os agentes contribuem em conjunto para descobrir os comportamentos de maior proveito social, a partir da troca de informações. Como exemplo, quanto maior for a difusão do conhecimento dos meios impeditivos da concorrência entre os órgãos reguladores e os consumidores, em decorrência da cooperação entre eles, a eliminação dessas práticas anti-concorrenciais tornam-se mais eficazes e legítimas, estimulando o desenvolvimento.

---

<sup>57</sup> Ibid. p.48.

Resta-nos rematar que é imprescindível a adoção desses princípios nas normas das agências, bem como a participação dos grupos atingidos pelas produções normativas, a fim de que haja um intenso debate acerca das melhores condutas a serem seguidas. Como última colocação, assevera-se que a partir desses institutos, as entidades reguladoras serão verdadeiros centros de informações e planejamento com vistas ao desenvolvimento e à democracia econômica.

## 5 DIREITO CONCORRENCIAL

O início da disciplina da concorrência, como muito podem pensar, não se iniciou em concomitância com o surgimento do mercado liberal. Pelo contrário, as regras concorrências antes do conceito e entendimento sobre livre mercado.

Da mesma forma, sempre houve regras disciplinadoras das condutas dos agentes econômicos, como por exemplo a vedação de monopólios na antiguidade, o acaparramento de mercadorias, entre outros.

Não nos cabe aqui discorrer sobre todo o processo histórico da concorrência, porém cumpre destacar o significado do *Sherman Act* (1890) na evolução da disciplina concorrencial, pois deve ser entendida como a legislação mais significativa, onde foi corporificada a reação entre a concentração de poder em mãos de alguns agentes econômicos, procurando discipliná-la. Esse ato trouxe a noção de que a concorrência é fundamental para o sistema econômico, ao mesmo tempo acata a intervenção do Estado para suprir as distorções que apareçam provocadas pelo próprio sistema.

Após esse período liberal, e com as ocorrências das Grandes Guerras e a quebra da bolsa de Nova York em 1929, fizeram com que as normas antitrustes passassem a servir como um instrumento de implementação de políticas públicas. O Estado é chamado a reimpulsionar a máquina econômica, passando a dirigir o sistema para evitar novas crises.

Como exemplo da utilização da concorrência como forma de implementação de políticas públicas temos a atuação da União Soviética, Inglaterra, França e Estados Unidos na economia alemã. Não havendo acordo entre eles sobre a política industrial a ser adotada na Alemanha pós-guerra, cada potência passou a gerir conforme sua conveniência nas suas respectivas áreas de influências, conferidas através do Tratado de Postdam. O que aconteceu

foi uma verdadeira descartelização da economia, onde foram quebradas as estruturas das principais empresas alemãs, entre elas IG Farben, Bayer, Basf que atuavam em vários setores da economia.

Em 1951, no Tratado de Paris, em que foi instituída a Comunidade Européia do Carvão e do Aço, tinha como objetivo máximo contribuir para a harmonia do estabelecimento de um mercado comum; e como não haveria de ser diferente, a concorrência foi citada mais uma vez como instrumento para esse fim precípua.

A concorrência, ainda, foi tema do Tratado de Roma que estabelecia a Comunidade Econômica Européia, onde foi vista como instrumento de que as autoridades devem lançar mão para implantação da política e obtenção do fim maior proposto.

Nessa esteira, Eros Graus destaca a dupla-instrumentalidade da disciplina da concorrência ao afirmar que:

Por um lado organiza os processos que fluem segundo as regras da economia de mercado, colocando a sua disposição normas e instituições (...) e, por outro, converte-se em instrumento de que lança mão o Estado para influir em tais processos e, a um tempo só, obter a consecução de determinados objetivos de política social – instrumentos destinado ao desenvolvimento de políticas públicas, como se vê.<sup>58</sup>

No Brasil, a disciplina concorrencial não nasce como elo de ligação entre o liberalismo econômico e liberdade da concorrência. Na verdade, nasce como repressão ao abuso do poder econômico, em relevância ao protegido interesse constitucional da população, mais precisamente do consumidor. Isso decorre do preceito disposto no artigo 141 da Constituição de 1937, onde colocava como princípio constitucional a proteção à economia popular<sup>59</sup>. Em adição, Paula Forgioni afirma que a lei é, em muitos dos seus aspectos, uma verdadeira lei antitruste, e ainda assevera que esse foi o primeiro diploma brasileiro antitruste o qual surge com uma função constitucional bem definida, buscando reprimir qualquer abuso à economia popular, e em primeiro lugar do consumidor<sup>60</sup>.

Não obstante, a Constituição brasileira de 1946 traz de forma expressa o princípio de repressão ao abuso de poder econômico, pela primeira vez, em seu artigo 148, onde dispõe que “A lei reprimirá a toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que

---

<sup>58</sup> A ordem econômica na Constituição de 1988. p. 33. In: FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. 3ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 92.

<sup>59</sup> Regulamentado pelo Decreto-Lei 869, de 18 de novembro de 1938.

<sup>60</sup> Ibid p. 114.

tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.”.

Em 1962, foi promulgada a Lei n. 4.137, e, por conseguinte foi criado o CADE em seu artigo 8º. Contudo, tal diploma permeou por falta de eficácia material, verificado pelos poucos números de processos que foram julgados pelo CADE, até o ano de 1975 apenas 11 processos foram apreciados, e em somente um houve a constatação de prática de abuso do poder econômico.

Essa ineficácia deu-se a partir da atuação do Poder Judiciário, que na agindo de forma a salvaguardar os interesses individuais dos cidadãos, constitucionalmente asseguradas; acabou por suspender as diversas decisões do CADE, através dos diversos mandados de segurança que foram impetrados. Diante disso, o empresariado e até mesmo a sociedade via o CADE como um órgão inoperante, e assim, não se viu nessa lei uma efetividade na realidade brasileira, e, portanto, não se pode visualizar com clareza uma política econômica associada à uma política concorrencial.

Em seguida foi editada a Lei nº. 8.158, de 8 de janeiro de 1991, num momento em que precedia a abertura do mercado brasileiro e a liberalização da economia. A intenção declarada era deixar que o mercado se auto-regulasse aplicando suas próprias leis. Mas, ao mesmo tempo, era necessário mecanismos que evitassem as distorções que adviriam desse novo panorama econômico. Com isso, foi formulada a Medida Provisória 204, de 2 de agosto de 1990, convertida na lei em comento.

Buscou-se nesse diploma celerizar os processos administrativos de apuração das práticas abusivas com a criação da SNDE – Secretaria Nacional de Direito Econômico que tinha a função de apurar e propor as medidas cabíveis com o intuito de corrigir os as anomalias nos setores econômicos, através de condutas capazes de perturbar ou afetar os mecanismos de formação de preços, a livre concorrência, a livre iniciativa ou os princípios constitucionais da ordem econômica.

Apesar da divulgação de casos versando sobre abusos do poder econômico, refletindo a existência de uma lei antitruste, a euforia durou pouco e o que se constata é que a referida acaba sendo sufocada, pelo triste papel de instrumento de ameaça de retaliação por parte do governo federal contra determinados setores que a Lei Antitruste passa a desempenhar.

Nesse momento, cabe analisar a defesa da concorrência à luz dos princípios inscritos na Constituição brasileira de 1988, que segundo Eros Roberto Grau “os princípios da livre

iniciativa e da livre concorrência são instrumentos da promoção da dignidade humana”<sup>61</sup>, ou seja, a concorrência tornou-se instrumento para persecução de fins e objetivos maiores que os de livre mercado, conforme preceitua o art. 170 da CRFB, já mencionado, e o art. 3<sup>a</sup> do mesmo diploma<sup>62</sup>. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou a respeito, através da ADIn 319/4 – DF, julgada em 3 de março de 1993, em que figurou o Ministro Moreira Alves como relator, e foi firmado o seguinte entendimento:

Embora a atual Constituição tenha, em face da Constituição de 1967, e da Emenda Constitucional nº. 1/69, dado maior ênfase à livre iniciativa, uma vez que, ao invés de considerá-la, como estas (arts. 157,I, e 160, I, respectivamente), um dos princípios gerais da ordem econômica, passou a tê-la como um dos dois fundamentos dessa mesma ordem econômica, e colocou expressamente entre aqueles princípios o da livre concorrência que a ela está estreitamente ligado, não é menos certo que tenha dado maior ênfase às suas limitações em favor da justiça social, tanto assim que, no art. 1º, ao declarar que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, coloca entre os fundamentos deste, no inciso IV, não a livre iniciativa da economia liberal clássica, mas os valores sociais da livre iniciativa: ademais, entre os novos princípios que estabelece para serem observados pela ordem econômica, coloca o da defesa do consumidor (...) e a redução das desigualdades sociais.

Verifica-se, pois, que a tutela da concorrência não é um fim em si mesma e poderá ser afastada quando o escopo maior pelo sistema assim o exigir.

Após todas essas considerações; enfim, surge a Lei 8.894 de 1994 que passamos a discorrer a seguir.

## 5.1 A Lei 8.894/94

A Lei Antitruste veio organizar e aperfeiçoar o tratamento legislativo sobre a matéria. Com isso, criou o SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, composto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE; pela Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, vinculada ao Ministério da Fazenda; e pela Secretaria de Direito

<sup>61</sup> GRAU, Eros Roberto. **Formas de abuso de poder econômico**. Revista de Direito Mercantil 66. p.45 *apud* Ibid. p. 191.

<sup>62</sup> “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais; IV – promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação.”

Econômico – SDE, do Ministério da Justiça. Cumpre salientar, que esta mesma lei, transformou o CADE em uma autarquia federal, e assim dotada de autonomia financeira.

A SDE é o órgão responsável por instruir a análise concorrencial dos atos de concentração econômica (fusões, aquisições, etc.), bem como investigar infrações à ordem econômica. Além de suas competências na área de defesa da concorrência, a SDE, por meio de seu Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), é responsável por coordenar a Política Nacional de Defesa do Consumidor.

Ademais, a SDE funciona como Secretaria Executiva do Conselho Gestor do Fundo de Direitos Difusos, que tem por finalidade a aprovação de projetos destinados a reparar direitos difusos lesados (tais como meio ambiente e consumidor). As multas recolhidas decorrentes de condenações por práticas anticompetitivas e contribuições pecuniárias previstas em Termos de Compromisso de Cessação são destinadas ao Fundo de Direitos Difusos.<sup>63</sup>

A SEAE, por sua vez, é responsável por emitir pareceres econômicos em atos de concentração, investigar condutas para oferecer representação à SDE, bem como elaborar facultativamente pareceres em investigações sobre condutas anticoncorrenciais. O órgão também possui importante papel na promoção da concorrência junto a outros órgãos do Governo, principalmente no que se refere a setores regulados.

Todos os órgãos possuem uma intrínseca relação e em 2005 foi editada portaria conjunta com o objetivo de estabelecer mecanismos de cooperação entre as referidas Secretarias visando aumentar a eficiência dos órgãos responsáveis pela defesa da concorrência, nos termos da Lei nº 8.884/94, nomeadamente a Instrução Conjunta para a análise de Atos de Concentração - AC e a Análise Conjunta de Condutas Anticompetitivas (Portaria Conjunta SEAE/SDE n. 33, de 4 de janeiro de 2006).

Com o objetivo de racionalizar a análise de atos de concentração de menor complexidade foi editada ainda a Portaria Conjunta SEAE/SDE n. 1, de 18 de fevereiro de 2003 e firmado o Acordo de Cooperação entre a SDE e a Procuradoria do CADE, em 19 de agosto de 2007.

Por fim, o CADE é responsável pela decisão final, na esfera administrativa, dos processos iniciados pela SDE ou SEAE. Assim, após receber os pareceres da SDE e SEAE, que não são vinculativos, o CADE tem a tarefa de julgar tanto os processos administrativos

---

<sup>63</sup> As competências da SDE estão elencadas no artigo 14 da Lei nº. 8.884/94.

que tratam de condutas anticoncorrenciais quanto as análises de atos de concentração econômica.

A partir da Lei 8.894/94, a atuação do CADE vem se consolidando, operando de forma mais consistente e organizada nos casos de proteção à concorrência. Além disso, o SBDC favoreceu a difusão de uma cultura concorrencial perante todos os agentes da sociedade, o que se remete ao capítulo anterior, no qual a difusão do conhecimento são um dos fatores do desenvolvimento.

No entanto, uma crítica a ser feita decorre da grande atenção dada aos atos de concentração, em detrimento dos processos administrativos, os quais investigam condutas abusivas. Desse modo, com a progressiva consolidação do SBDC e da atuação maciça dos órgãos que o compõe, espera-se que tal quadro modifique-se para que a defesa da concorrência seja, enfim, uma prática constante em todas as suas modalidades.

## **5.2 Elementos da concorrência**

A razão de existir das normas antitrustes vêm das justificativas das teorias econômicas, as quais demonstram as formas de estrutura de mercado, constituída pela conjugação dos fatores variáveis, dentre eles estão: a demanda, a oferta, a distribuição, entre outros. Esses fatores podem determinar uma estrutura de concorrência perfeita, monopólios ou oligopólios.

Os mercados perfeitamente competitivos são estruturas utópicas, criadas para explicar os comportamentos dos agentes, a importância da concorrência, e seus benefícios para a comunidade. Diversamente, nos monopólios existe somente um agente que detém o poder de controle de preços e produtos, contudo, para efeitos da aplicação da lei antitruste, convencionou-se adotar o monopólio como sendo o mercado em que há uma empresa dominante e outras concorrentes pequenas. A primeira, assim, atua de forma indiferente e independente em relação às demais.

Contudo, pode ocorrer a formação de monopólios naturais, por exemplo, a extração de petróleo e gás realizada pela PETROBRÁS ou serviços de infra-estrutura em geral, como solução para que o monopólio não traga prejuízos aos consumidores e ao mercado em si que se faz necessária a regulação dessa estrutura, caso que discutiremos a fundo adiante.



No Brasil, o conceito de abuso de posição dominante é o adotado para reprimir os monopólios. Destarte, aquele que detém a dominação do mercado age independente e indiferente aos demais concorrentes, e assim estipula preços a seu bel-prazer, acima daqueles derivados de competição, não prezando pela qualidade de seus produtos, ou seja, impede as forças naturais que regem o mercado<sup>64</sup>. Com efeito, Paula A. Forgioni bem sintetiza o significado da posição dominante e suas conseqüências ao lecionar que:

A posição dominante implica sujeição (seja dos concorrentes, seja de agentes econômicos atuantes em outros mercados, seja dos consumidores) àquele que o detém. Ao revés, implica independência, absoluta liberdade de agir sem considerar a existência ou o comportamento de outros sujeitos<sup>65</sup>.

A posição dominante de determinado agente pode-se caracterizar em outras modalidades, tais como a diminuir a produção; afastar a entrada de novos concorrentes no mercado ou propiciar a saída deles, utilizando artifícios do preço predatório e do aumento da produção; imposição de condutas e preços aos concorrentes menores, sob pena de serem retaliados.

Outra prática anti-concorrencial, são os chamados cartéis, acordos restritivos horizontais<sup>66</sup>, onde há vinculação de empresas concorrentes num mesmo mercado relevante visando diminuir ou eliminar a concorrência que existe entre elas.

De modo diverso, os acordos verticais disciplinam divisão de mercado, exclusividade e o preço final de um bem. Os participantes desses acordos são agentes econômicos que desenvolvem atividades em mercados relevantes diversos, porém muitas vezes complementares.

A última estrutura a ser analisada é a formação de oligopólios, onde poucos concorrentes aumentam seus preços acima dos níveis competitivos, sem, contudo, haver uma

---

<sup>64</sup> A título de ilustração, o CADE já se manifestou a respeito no caso Fiat x Transauto, no processo administrativo 31, julgamento em 6 de outubro de 1993, no qual a conselheira relatora votou no seguinte sentido: “O domínio de mercado deve ser entendido como um poder de agir. No aspecto ativo esse poder confere à empresa dominante a capacidade de influir sobre as outras empresas do mercado; no aspecto passivo a empresa dominante não se deixa influenciar pelo comportamento das demais participante do mercado. Dominar é, pois, poder adotar um comportamento independente das concorrentes, tornando-se apta para controlar o preço, a produção ou a distribuição de bens ou serviços de uma parte significativa do mercado, excluindo, assim, a concorrência”. **Revista do Ibrac**. v.2. nº. 1. fev. 1995. p. 84.

<sup>65</sup> FORGIONI, Paula Andréa. Op. cit. p. 317.

<sup>66</sup> Entende-se como acordos horizontais aqueles acordos realizados entre agentes que estão em concorrência direta, ou seja, atuam em um mesmo mercado relevante. E este último significa o mercado onde a concorrência está sendo praticada ou onde os agentes econômicos atuam, podendo ser material e geográfico.

comunicação entre eles. Nesses casos, há uma dificuldade perante os órgãos de proteção à concorrência em descobrir essa prática e extirpá-la do mercado.

Diante das estruturas que podem vir a se concretizarem, a Lei Antitruste estabelece regras de proibição e prevenção das práticas abusivas, através das tipificações contidas nos seus artigos 20 e 21 do mesmo diploma legal<sup>67</sup>. As aludidas disposições descrevem as práticas a serem coibidas, porém o rol existente é meramente exemplificativo, admitindo uma interpretação extensiva.

Convém ressaltar que apesar de regulados, os setores de telecomunicações, energia elétrica e exploração do petróleo também estão abrangidos pela Lei 8.884/94, podendo ter suas condutas enquadradas nos artigos 20 e 21 do mesmo diploma legal, o que denota que há competição nessas áreas, o que será aprofundado em capítulo próprio.

## 6 AGÊNCIAS REGULADORAS E CONCORRÊNCIA

Como bem visto anteriormente, as agências reguladoras possuem um papel importante no fomento e desenvolvimento no âmbito econômico, seja no processo de redistribuição, difusão do conhecimento ou cooperação. E abarcada por essas políticas, também surge o objetivo da promoção da livre-concorrência, atendendo ao princípio constitucional, com o fim de alcançar objetivos maiores como a satisfação de consumidores, o avanço tecnológico das empresas e universalização dos serviços, sobretudo nos casos de telecomunicações, energia elétrica e aproveitamento do petróleo.

Esses fins estão claramente expostos nas leis das agências, formuladas após o processo de privatizações e desestatizações para organizar a nova estrutura desses setores, entre elas há a Lei nº. 9.427/96, referente à instituição da ANEEL; Lei nº. 9.472/97, dispondo sobre os serviços de telecomunicações e instituindo a ANATEL; e por último, a Lei nº. 9.478/97, a qual instituiu a ANP.

Enfatiza-se, portanto, que além de das atribuições de regular e fiscalizar esses setores, há, igualmente, para as agências um papel fundamental na salvaguarda e implementação da

---

<sup>67</sup> “Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:”  
“Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:”

concorrência a partir de novos regramentos, em setores que antes tinham estrutura eminentemente monopolista.

Exemplificando o exposto, o artigo 3º, da Lei nº. 9.427/956<sup>68</sup>, em seu inciso VIII, atribui à ANEEL:

**estabelecer com vistas a propiciar a concorrência efetiva entre os agentes e impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica**, restrições, limites ou condições para empresas, grupos empresariais e acionistas, quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e à realização de negócio entre si (grifos nossos).

Nessa mesma linha, foi atribuída a ANEEL competência para controlar, prevenir e reprimir as infrações na ordem econômica, ressalvados os limites da competência de atuação do CADE<sup>69</sup>.

Convém ainda esclarecer a ocorrência de monopólios naturais<sup>70</sup>, que abrange dois aspectos: i) propriamente físicos, como a fonte de insumos única; e ii) a impossibilidade de coexistirem mais de um agente na exploração da atividade econômica, exemplificado pelas produções em larga escala, pois a existência de mais de um produtor pode ocasionar a falência de um ou ambos, em virtude que se a produção mínima de um deles é suficiente para atender a demanda, logo dois concorrentes não atingem a produção mínima não terão recursos para manter a atividade. Além disso, os altos investimentos que envolvem essas atividades, por si só, já criam barreiras à entrada de novos agentes.

As economias de escopo são fontes dos monopólios naturais, já que consistem na possibilidade de um produtor fornecer mais de um tipo de serviço, em regime de monopólio natural, é o caso dos serviços de telecomunicações que utilizam os mesmos cabos e fios para transmissão das chamadas locais e de longa distância. Outros exemplos de monopólio natural

---

<sup>68</sup> Além do inciso IX, do mesmo artigo e diploma legal que estabelece que as agências reguladoras devem zelar pelo cumprimento da legislação da defesa da concorrência, em que devem monitorar e acompanhar as práticas de mercado dos agentes do setor de energia elétrica.

<sup>69</sup> A ANEEL fixou limites à participação dos agentes econômicos no mercado, em 1998, por meio da Resolução 094 de 30 de março de 1998, de modo a evitar monopólio de empresas por este ou aquele grupo. Dois anos depois, em 19 de julho de 2000, ela foi alterada pela Resolução 278. A primeira versão tratava apenas dos critérios para concessionárias de geração e distribuição nos mercados nacional e regional. Na reformulação, entraram também os limites para os agentes de comercialização.

<sup>70</sup> Monopólios naturais consistem em uma atividade na qual os custos de produção por uma única empresa, em um determinado nível absorvível pelo mercado, são decrescentes à medida que sua produção aumenta, seguindo essa tendência até alcançar toda a produção do mercado, são ainda considerados como falhas de mercado. NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. "Agência Reguladoras e Concorrência". In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 161.

são as infra-estruturas dos dutoviários no setor de petróleo e derivados e das rodovias e ferrovias.

Sendo assim, esses mercados, por sua própria natureza, causa ineficiências econômicas<sup>71</sup>, além de prejuízos aos consumidores e usuários desses serviços. Nesse sentido, a regulação se mostra como instrumento para a proteção dos consumidores contra seus malefícios, através de estabelecimento de preços administrados e a proibição de outros agentes no setor, a fim de permitir o aproveitamento dos ganhos de eficiência, em regime de monopólio.

Entretanto, tomemos precauções para que não se conclua precipitadamente que as privatizações e a implantação da concorrência implicam, necessariamente, estarem os três setores abordados em vias de se submeterem ao regime concorrencial puro, estabelecido na Lei Antitruste. Pelo contrário, os setores privatizados passam a obedecer aos regimes de regulação, através das agências reguladoras e o regime de defesa da concorrência nacionais<sup>72</sup>.

Com efeito, adentraremos na questão da possibilidade de co-existência da concorrência em setores regulados, registrado em toda a legislação regulatória; de que forma está sendo implantada especificamente em cada setor, citando exemplos práticos como as “essential facility”, “bottlenecks”, entre outros; e, como último tema a ser tratado, a articulação de competências entre as agências reguladoras e os órgãos de proteção à concorrência.

## **6.1 Introdução da concorrência nos setores regulados: energia elétrica, telecomunicações e petróleo**

### **6.1.1 Monopólios naturais e abuso de poder dominante**

---

<sup>71</sup> “Os mercados deixam de proporcionar uma alocação eficiente dos recursos na presença de concorrência imperfeita ou de externalidades. Concorrência imperfeita, como o monopólio, produz altos preços e níveis baixos de produção. Para combater essas condições, os governos regulamentam as empresas ou adotam leis e medidas antitruste para limitar o comportamento das empresas. Externalidades surgem quando as atividades impõem custos e concedem benefícios que não são pagos no mercado. Os governos podem entrar em ação e regulamentar esses transbordamentos [...]” SAMUELSON, Paul A. **Economia**. 17ª ed. Rio de Janeiro: McGraw-Hill, 2004. p. 34.

<sup>72</sup> Ibid. p. 162.

Como já frisado anteriormente, nos monopólios naturais não comportam exploração em regime de concorrência, visto as próprias características dos mercados.

No entanto, em algumas hipóteses, a competição pode ser implantada se a atividade for redimensionada. Dessa maneira, em um primeiro momento, para promover a concorrência entre os agentes, promoveu-se um desmembramento nos setores de energia elétrica, telecomunicações e petróleo, ou seja, todas as suas fases de exploração e produção foram apartadas e vendidas separadamente aos particulares, uma vez que essas etapas eram realizadas pelas estatais, geralmente, de forma integrada.

Especificamente no setor elétrico as fases foram divididas em geração, transmissão, distribuição e comercialização, as quais são, hodiernamente, desempenhadas por agentes distintos<sup>73</sup>.

Em se tratando da área petrolífera, a Emenda nº. 9 de 1995, no artigo 177 da CRFB, estipulou o caráter de monopólio natural de titularidade da União, permitindo a exploração exclusiva do petróleo pela PETROBRÁS. Enquanto que os setores de pesquisa, refinação, importação e exportação, bem como o transporte ficam a cargo de particulares, em concorrência com a PETROBRÁS, conforme leciona o artigo 6º da Lei nº. 9.478/97.

As telecomunicações, por sua vez, foram divididas em diversas modalidades, como a telefonia fixa, telefonia móvel, os rádios, acessos à internet. Cada uma dessas áreas foi destinada a diversas empresas.

No entanto, é nesse contexto que encontramos atividades que não são atingidas pela competição, como no caso de transporte; transmissão dos serviços de energia elétrica; e a interconexão, nas telecomunicações, constituindo os monopólios naturais.

Em referência ao setor elétrico, é no momento da transmissão que podemos encontrar com maior clareza a atividade da agência reguladora, a fim de harmonizar o mercado, fiscalizando e reprimindo condutas que obstem a concorrência. A transmissão consiste em ligar os centros de produção, as usinas de geração aos pontos de consumo. No Brasil, para que a transmissão ocorra são utilizados sistemas de linhas, redes, torres e estações de alta tecnologia. Pois bem, como não há meios de se duplicarem tal estrutura de difusão, ficou a cargo da ONS, agente privado, a função de organização e coordenação técnica do funcionamento da rede. Visto que não há competitividade, ONS pode não atuar de forma

---

<sup>73</sup> Conforme se depreende do artigo 2º, da Lei 9.427/96. “A Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL tem por finalidade **regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica**, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal” (grifos nossos).

abusiva na fixação de preços, em virtude de sua posição vantajosa (abuso de posição dominante), cabendo a ANEEL fiscalizar e regular tarifas, bem como estabelecer condições para transmissão pelos agentes.

Em analogia, o transporte do petróleo encontra-se em situação semelhante ao exposto acima. Tendo em vista, que a construção de oleodutos, gasodutos e portos é extremamente custosa, isso poderia inviabilizar as outras atividades relacionadas ao bem, uma vez que o transporte é de posse de um único agente, impedindo a competição na importação e exportação. Diante do problema, é estabelecido em lei que é facultado a qualquer um o uso de dutos e terminais marítimos, mediante remuneração adequada, e ainda cabendo à ANP a estipulação de critérios para as tarifas de transporte e arbitramento de seus valores<sup>74</sup>.

No caso concreto, a Lei do Petróleo determinou que a PETROBRÁS, detentora dos oleodutos, criasse uma subsidiária específica de transporte. Com isso, impôs uma separação entre a distribuição, transporte e produção. Dessa forma, tem-se uma empresa cuja única atividade é o transporte e que será obrigada a contratar, em iguais condições, tanto com a sua controladora quanto com as demais competidoras desta.

Temos assim, exemplos de “essential facilities”, as quais são bens, tecnologia, sistemas e equipamentos que não podem ser duplicadas por mais de uma empresa, porém necessárias à prestação dos serviços pelas prestadoras. E é nesse impasse que podem surgir práticas abusivas à concorrência, como o abuso de posição dominante no mercado por aquela prestadora que detém a “essential facility”, discriminando as outras concorrentes do mesmo mercado ou até mesmo em setor diverso, inviabilizando o acesso ou aumentando os custos. Esses sistemas ou tecnologias indispensáveis promovem um verdadeiro estrangulamento do sistema (“bottlenecks”).

Um caso americano, o qual ilustra de forma pertinente o tema, da demanda judicial da MCI contra a AT&T, no qual foi alegado que esta última negou-lhe algumas interconexões, impedindo a MCI de fornecer os serviços de telefonia interurbana, na qual concorria com a empresa AT&T. Diante do exposto foi decidido que como a AT&T é titular de uma “essential facility”, deve conceder em bases não-discriminatórias.

Como dispõe o parágrafo único, do artigo 146, da Lei nº. 9.472/97, as interconexões são ligações entre redes de telecomunicações funcionalmente compatíveis, de modo que os

---

<sup>74</sup> “Art. 58. Facultar-se-á a qualquer interessado o uso de dutos de transporte e dos terminais marítimos existentes ou a serem construídos, mediante remuneração adequada ao titular das instalações.  
“Parágrafo 1º. A ANP fixará o valor e a forma de pagamento da remuneração adequada, caso não haja acordo entre as partes; cabendo-lhe também verificar se o valor acordado é compatível com mercado.”

usuários de serviços de uma das redes possam comunicar-se com usuários de serviços de outra ou acessar serviços nela disponíveis. Por exemplo, as linhas de telefonia fixa podem se comunicar com as de telefonia móvel. Dessa maneira, para que não houvesse abusos na prestação do serviço; foi assegurada, pela lei, a compatibilidade das redes das diferentes prestadoras, onde a ANATEL trabalhará de forma que a administração das redes não favoreça atos discriminatórios e em estímulo à competição.

Enfim, outro aspecto a ser levantado é o compartilhamento de infra-estrutura, no qual se potencializa o uso de uma estrutura para suporte em outros setores. Um exemplo são os postes e redes de fio para transportar energia, os quais podem também ser utilizados pelo setor de telecomunicações. Esse compartilhamento pode promover uma melhor prestação do serviço público, na medida em que proporciona queda nas tarifas, em decorrência dos custos menores em manutenção. Por conseguinte, para regular a matéria foi realizada uma Resolução Conjunta entre ANATEL, ANEEL e ANP, aprovando o compartilhamento do uso nos três setores, regulado pelo artigo 73 da Lei nº. 9.472/97<sup>75</sup>.

Outro meio de regulação dos monopólios para incrementar a eficiência é o “benchmark”, que consiste na comparação de desempenhos das diferentes empresas em setores similares em regiões distintas. Isso favorece a troca de informações, bem como a melhoria de atuação das agências reguladoras.

### 6.1.2 Fases de livre competição e a concorrência horizontal

Importa explicitar a implantação da concorrência efetiva dentre as diversas modalidades inseridos nos setores regulados, sem a presença dos monopólios naturais, de modo a oferecer aos usuários e consumidores opções na escolha do melhor serviço e produto.

#### 6.1.2.1 *Energia elétrica*

---

<sup>75</sup> “Art. 73. As prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo terão direito à utilização de postes, dutos, condutos e servidões pertencentes ou controlados por prestadoras de serviço de telecomunicações ou de outros serviços de interesse público, de forma não discriminatória e a preço e condições justos e razoáveis.”

No Brasil, todas as etapas de produção eram conferidas à ELETROBRÁS. Contudo, após a reestruturação do setor a competição foi implementada na fase de geração, composta por concessionárias e produtores independentes; e ainda em processo de transição, a fase de comercialização.

Em atendimento a essa nova política, foi editada a Lei nº. 9.074/95 (regulamentada pela Resolução ANEEL 264/98), que estabelece critérios para a progressiva liberação de consumidores, prevendo a redução do limite mínimo de consumo para que o consumidor seja livre, como bem preleciona o artigo 16 da referida lei, informando que “é de livre escolha dos novos consumidores, cuja carga seja igual ou maior que 3.000 kW, atendidos em qualquer tensão, o fornecedor com quem contratará sua compra de energia elétrica”.

Dessa forma, foi criado o Mercado Atacadista de Energia Elétrica – MAE, submetida à regulamentação por parte da ANEEL, através da medida provisória nº. 29, de 07/02/02, onde serão realizadas todas as transações de compra e venda de energia entre os produtores, comercializadores e os futuros consumidores livres.

Aliado às edições de leis e resoluções, some-se os investimentos que estão sendo aplicados na área de energia, haja vista a construção de novas hidrelétricas e termelétricas.

Insta mencionar a Lei nº. 9.648/98 que deu atribuição expressa para que a ANEEL exerça a regulação da competição no mercado em que atua, podendo estabelecer limites caso haja indícios de concentração econômica, de forma coordenada com o CADE.

#### 6.1.2.2 *Telecomunicações*

No setor de telecomunicações, a concorrência estabelece-se conforme na distinção entre os serviços de interesse coletivo e os de interesse restrito, de acordo com o artigo 62, da Lei nº. 9.472/97<sup>76</sup>.

---

<sup>76</sup> “Art. 62. Quanto à abrangência dos interesses a que atendem, os serviços de telecomunicações classificam-se em serviços de interesse coletivo e serviços de interesse restrito.”



Os serviços de interesse restrito<sup>77</sup> são prestados em regime de concorrência quase plena, porque estão adstritas aos condicionamentos necessários para que não afetem o interesse coletivo.

Todavia, os serviços de interesse coletivo são, conforme o artigo 17 da Resolução 73 da ANATEL, aqueles cuja prestação deva ser proporcionada pela prestadora a qualquer interessado na sua prestação, em condições não-discriminatórias e observados os requisitos da regulamentação. Essa atividade, ainda subdivide-se em regime público e em regime privado, empresas autorizadas. A diferenciação reside, basicamente, que no primeiro há a obrigação das concessionárias na universalização e continuidade do serviço, o que não é aplicável ao segundo.

De acordo com o artigo 65, essas modalidades podem ser prestadas exclusiva ou concomitantemente, nesta última que há o ambiente para a concorrência. Vale dizer, que os serviços que integram esse mercado são de telefonia local e a de longa distância nacional ou internacional, estabelecido pelo Plano Geral de Outorgas, no Decreto 2.534/98.

Assim, quando atuam concomitantemente, as empresas autorizadas concorrem com as concessionárias. Trata-se, pois, das empresas-espelho, fomentado a concorrência.

### 6.1.2.3 *Petróleo e gás*

Com a nova redação do parágrafo primeiro do artigo 177 da CRFB, nota-se a implantação da competição em diversos segmentos da indústria petrolífera: importação e exportação, transporte, distribuição, refino; atingindo também a exploração e produção, mesmo com o monopólio reservado à União.

## 6.2 **Competências das agências e dos órgãos de proteção à concorrência**

---

<sup>77</sup> Enquanto que os de interesse restrito são aqueles destinados ao uso do próprio executante ou prestado a determinados grupos de usuários que terão ser declarados ao se postular autorização, de acordo com o artigo 18 do mesmo diploma legal.

Todas as leis referentes às agências reguladoras citam o dever das mesmas em promover a concorrência dos setores que regulam, bem como evitar as práticas abusivas que venham a acontecer. Visto isso, pergunta-se qual seria o limite de atuação dos órgãos de proteção à concorrência, já que estes possuem a competência, mesmo que genérica; para promover tais funções, pela Lei nº. 8.884/94.

Inicialmente, pela análise da Lei nº. 9.472/97, a Lei das Telecomunicações, a qual é mais específica quanto ao assunto concorrência, estabelece em seu artigo 7º e parágrafos que as empresas de telecomunicações que promovam ou pretendem promover qualquer tipo de concentração econômica ficarão submetidas aos controles das normas gerais de proteção à ordem econômica; e ainda trata que esses atos serão de apreciação do CADE quando atentarem contra a ordem econômica e à livre concorrência.

À primeira vista, parece-nos que a competência seria do CADE para resolução de conflitos de ordem econômica. No entanto, o artigo 19, no inciso XIX<sup>78</sup>, do mesmo diploma, preconiza que competem à ANATEL as matérias de controle, prevenção e repressão às infrações da ordem econômica, salvo àquelas pertencentes ao CADE. Corroboram nesse sentido os artigos 71 e 97, *caput* e parágrafo único, que dão à ANATEL poderes para reprimir e impedir qualquer ato atentatório à competição nos serviços de telecomunicações. Não obstante, há a Portaria Conjunta nº. 1, de 9 de setembro de 1998, firmada entre os Presidentes do CADE e da ANATEL para que fosse possível a aplicação das normas acima de forma coerente, por uma Comissão que elaborará propostas de planos de cooperação institucional frente às infrações da ordem econômica.

Quanto à Lei nº 9.427/97, que dispõe sobre os serviços de energia elétrica, somente o artigo 3º estabelece a competência da ANEEL em restringir, quando conveniente aos interesses públicos, transferências de concessões, permissões e autorizações a fim de evitar concentração econômica. A ANEEL deve zelar pelo cumprimento da legislação atinente à defesa da concorrência, monitorando as práticas e condutas dos agentes do setor de energia elétrica. O parágrafo primeiro, do artigo mencionado, afirma que ao exercer essas competências, deve a ANEEL articular-se com a SDE<sup>79</sup>. Mesmo com a generalidade que foi

---

<sup>78</sup> “Art. 19. [...] 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.”

<sup>79</sup> Parágrafo único do artigo 13 do Regulamento da ANEEL, anexo ao Decreto 2.335, de 6 de outubro de 1997 determina que a ANEEL deve celebrar convênios de cooperação com a SDE e demais órgão de proteção à concorrência, a fim de harmonizar os interesses e ações institucionais.

disposta esta norma não é cabível interpretar no sentido de que foi transferida a competência da SDE à ANEEL para controle de condutas lesivas à concorrência.

Ademais, não há qualquer menção ao controle de atos de concentração pela ANEEL, o que mantém inalterado o regime da Lei nº. 8.894/94, acerca do controle de estruturas.

À ANP, na Lei nº. 9.478/97, somente é atribuído, através do artigo 10<sup>80</sup>, a comunicação ao CADE de qualquer ato ou conduta contra a ordem econômica que porventura tome conhecimento.

Diante dessa análise sistemática da legislação, constata-se que as agências possuem um dever de proteção à concorrência, bem como viabilizá-la com questões relativas a redes, sistemas e estruturas desses setores, na medida em que ajude a alcançar os objetivos de universalização, continuidade e redistribuição.

Contudo, isso não significa que o CADE não seja competente para apreciar questões de defesa da concorrência nos setores regulados, a menos que a lei dos agentes reguladores expressamente estabeleça, ou que convênios tenham sido firmados entre as agências e os órgãos de proteção. Esse entendimento decorre da premissa normativa de que o CADE é competente pra atuar na proteção à concorrência nas atividades econômicas, enquanto que nos serviços públicos deve estar adstrito à atuação específica e técnica das autarquias reguladoras, devido aos seus objetivos relacionados ao interesse público<sup>81</sup>, atendendo aos artigos 173 e 175 da CRFB.

Para corroborar a competência do CADE em decidir questões nos setores regulados, transcrevemos a ementa de uma decisão, no processo nº. [08012.000035/2000-68](#) nos setor de gás canalizado, assim se segue:

Ementa: Contrato de concessão de serviço público. Ato do art. 54 caput, da Lei 8.884/94. Mercados relevantes de produto/serviço: serviço de distribuição de gás canalizado; serviço de comercialização de gás canalizado para os segmentos Residencial e Comercial; e serviço de comercialização de

---

<sup>80</sup> “Art. 10. Quando no exercício de suas atribuições, a ANP tomar conhecimento de fato que possa configurar indício e infração da ordem econômica, deverá comunicá-lo imediatamente à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, para que esta adote as providências cabíveis, no âmbito da legislação pertinente.”

<sup>81</sup> Compartilham esse entendimento, Flávio Amaral Garcia quando leciona que “Com efeito, mesmo nos serviços públicos em que ocorra efetiva concorrência, é inegável a coexistência de outros valores [...]. A concorrência, portanto, é um dos muitos valores que deverão ser ponderados pelo Estado, que tem nas agências reguladoras o seu instrumento de ação específico”. E quanto ao CADE explica que “[...] enquanto principal ente aplicador do direito antitruste, ponderação de outro valor que não seja da proteção ao princípio constitucional da livre concorrência, com o que poderiam não estar sendo atendidos os fins estatais”. “Conflito de Competência entre o CADE e as Agências Reguladoras que atuam no Campo dos Serviços Públicos”. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela. MARSHALL, Carla C. (coords.). Op. cit. p. 242. Por outro lado, Ana Maria Nusdeo questiona que tal competência somente conferida às agências reguladoras pode propiciar a captura destas pelos agentes regulados. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). Op. cit. p. 179.

gás canalizado para os segmentos Industrial, Grandes Usuários, Termoeletrica, Cogeração, Gás Natural Veicular e Interruptível. Mercado relevante geográfico: a área de concessão, no caso da distribuição e da comercialização para os segmentos Residencial e Comercial; e, a área das regiões Sul/Sudeste/Centro Oeste (Estados de MT, MS, SP, RJ, ES, MG, GO, DF, PR, SC e RS), no caso da comercialização para os demais segmentos. Monopólio natural. Mercados regulados. Integração vertical. Recomendação da SDE de aprovação sob condições e de uso da competência do art. 7º, inc. X, da Lei 8.884/94. **Competência do CADE para apreciar atos decorrentes da privatização de serviços públicos.** Não ocorrência de limitação, prejuízo à concorrência, ou dominação de mercado relevante. Aprovação sem restrições. Providências determinadas pelo Plenário. I - Relevante para o direito concorrencial é a integração, em mãos de uma, do poder econômico antes detido por duas ou mais empresas independentes; **II - Na prestação de serviços públicos, incumbe ao Estado constituído deliberar livremente quanto à estrutura do mercado a teor do art; 175 da Constituição;** III - Nenhum ato se exclui da apreciação do CADE em virtude de imunidade subjetiva de seu autor; IV - As operações societárias envolvendo prestador de serviço público sujeitam-se à exigência do art. 54, da Lei 8.884/94, restringindo-se a análise, porém, apenas à legitimidade do ato da empresa enquanto tal (grifos nossos).

Paralelamente a essa discussão, cabe discorrer a respeito da competência do CADE em se manifestar acerca das normatizações realizadas pelas agências reguladoras, em matéria de política concorrencial. Nessa hipótese, o CADE não pode desconstituir uma decisão ou norma regulatória, mesmo que não concorde com a política adotada, já que são entidades sem qualquer hierarquia administrativa e com competências próprias de atuação. Cabe ao CADE a possibilidade de ingresso em juízo para comprovar que o ato da agência afeta o princípio da livre concorrência, nessa esteira Ruy Santacruz assevera que:

Finalmente, cabe à casa agência planejar a estrutura do mercado que regula e a forma de concorrência que considera melhor para a sociedade. Dessa maneira, não é lógica a possibilidade desse planejamento ser alterado pela decisão do órgão antitruste, que desconhece a estratégia do regulador e não detém os conhecimentos técnicos específicos necessários para a tomada de decisão. A duplicidade de regulação é, desse modo, ineficiente do ponto de vista público e privado<sup>82</sup>.

Assim sendo, para que conflitos não surjam, o ideal é a adoção e a fixação de convênios entre as agências reguladoras e os órgãos de proteção à concorrência. Dessa forma, será possível uma uniformidade das decisões e normas antitruste, além de uma interatividade e uma troca de informações e experiências para a apreciação de questões com especificidade

<sup>82</sup> SANTACRUZ, Ruy. “Fundamentos (econômicos) da Regulação Pública dos Mercados”. In: Revista Arché: interdisciplinar. vol. X. nº 29. 2001. p. 97. In: **Direito Empresarial Público**. p. 247.

técnica; de maneira que os esforços sejam simplificados. Exemplo prático é a Resolução Conjunta nº. 1 entre o CADE e a ANATEL para uniformização e implantação de políticas concorrenciais.

## 7 CONCLUSÃO

Com a inoperância e ineficiência que se mostrou o Estado puramente interventor fez surgir o modelo regulador, no qual o Estado fiscaliza e regula as atividades que se concentravam em suas mãos anteriormente.

Os serviços públicos, então, passam a ser geridos por empresas privadas através de concessões, permissões, autorizações, sem contar os processos de privatizações de inúmeras empresas estatais.

Contudo, cumpre salientar que não foi somente a forma de atuação que se transformou. Toda a estrutura do Estado, bem como as novas diretrizes e novos objetivos foram traçados, principalmente através da Constituição de 1988, daí se inclui os princípios da livre concorrência, livre iniciativa, defesa do consumidor, redução das desigualdades sociais e regionais, entre outros.

Tais princípios e objetivos devem servir de norte para qualquer ato estatal, e, por conseguinte das agências reguladoras, pois como *longa manus* do Estado devem perquirir o interesse público, somados aos princípios regulatórios de redistribuição, universalização e continuidade do serviço, estímulo à cooperação e a difusão do conhecimento, tudo com vistas ao desenvolvimento nacional.

Nessa esteira que a natureza e as características das agências reguladoras se sobressaem, especialmente a autonomia e tecnicidade. Essas duas qualidades garantem aos

entes reguladores que suas decisões fiquem despidas de pressões políticas e impulsos desesperados, que podem capturar as agências.

Entretanto, ultimamente o que se vê é um desvirtuamento da real finalidade das agências reguladoras brasileiras. As suas independências são constantemente mitigadas, pelas constantes interferências, nomeações políticas, aparelhamento; bem como a sua captura pelos agentes regulados torna-se cada vez mais notável, vide o exemplo da ANP. O tão comentado caso da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC é um exemplo que não deve ser seguido, em que a independência da agência foi completamente dilacerada.

Em relação à ANATEL, também pairam dúvidas quanto o seu processo decisório acerca da criação da SuperTele. Muitos afirmam que há pressão política para que a agência aprove a compra da BrTelecom pela empresa de telefonia Oi, visto os vultosos custos dessa operação. Com as modificações no Plano Geral de Outorgas, um mesmo grupo pode ter a concessão dos serviços de telefonia fixa em duas áreas diferentes. Esse grupo não poderá comprar concessões numa terceira região, onde somente atuará como empresa autorizada. A ANATEL também impôs uma restrição: a separação, em empresas totalmente distintas, dos ativos de telefonia e banda larga de um mesmo grupo. Contudo, a agência não pode se furtar de atuar de forma coerente e consistente, compatibilizando os diversos interesses envolvidos, sobretudo àqueles relacionados à harmonização da sociedade.

Infelizmente, essas atitudes são um verdadeiro desperdício do potencial que essas agências possuem, no sentido de implementar políticas corretas com base em dados técnicos em cada setor onde atua conforme as necessidades que surgem. Além disso, como verificado no presente trabalho, são um ponto-chave na política econômica como efetivos instrumentos de fomento econômico e de combate às práticas anti-concorrencias.

Assim sendo, é preciso compatibilizar a realidade dos mercados atuais, que necessitam de segurança jurídica com as novas técnicas de controle do poder normativo das agências reguladoras. Como frisado anteriormente, as agências como entidades da Administração Pública devem sim promover a livre concorrência e o desenvolvimento econômico, contudo devem também atender aos princípios que regem toda a Administração com o fim máximo de todo ato administrativo, qual seja o interesse público.

Nessa contexto, que se insere os controles que podem ser exercidos pelos Poderes Executivos, Legislativo e Judiciário, somados ao controle social e político dos atos administrativos, e em consequência dos atos regulatórios.

No âmbito da concorrência, sua importância deriva dos conhecimentos técnicos que possui, uma vez que cada setor de serviço público há distorções que o próprio mercado cria, e que somente as agências reguladoras são capazes de solucionar com eficiência.

Em referência aos monopólios naturais, o grande desafio é evitar que estes passem a ser monopólio, todavia do setor privado. Cumpre asseverar, que as agências reguladoras possuem instrumentos para impedir o abuso de posição dominante, bem como os acordos verticais e horizontais que podem ocorrer nos setores em tela.

Além disso, a integração das agências como órgãos de proteção à concorrência, entre eles o CADE, só mostra a maturidade do sistema. Não deve existir espaço para sobreposições de competências, mas sim uma cooperação entre elas.

Por fim, é patente a importância das agências como fomentadoras do desenvolvimento econômico, e como garantidoras da concorrência nos mercados dos serviços públicos, com vistas ao interesse público; abarcando a defesa do consumidor, a universalização e continuidade dos serviços e a diminuição das desigualdades sociais.

## REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 25<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 41<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRUNA, Sérgio Varella. **Agências Reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 14<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 30<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GARCIA, Flávio Amaral. Conflito de Competência entre o CADE e as Agências Reguladoras que Atuam no Campo dos Serviços Públicos. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela e MARSHALL, Carla C. (coords.). **Direito Empresarial Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.



\_\_\_\_\_. Os Monopólios Naturais e a sua Regulação. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela e MARSHALL, Carla C. (coords.). **Direito Empresarial Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

GUERRA, Sérgio. **Controle Judicial dos Atos Regulatórios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

HART, Herbert. Formalismo e Cepticismo sobre as Regras. **O Conceito de Direito**.

LEITÃO, Miriam. **O Erro Original**. In Jornal O Globo, de 7 de junho de 2008.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. **Direito Econômico**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LESSA MATTOS, Paulo Todescan. Agências Reguladoras e democracia: participação pública e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.). **Regulação e Desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARSHALL, Carla C. A Regulação para Competição. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela e MARSHALL, Carla C. (coords.). **Direito Empresarial Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Agências Reguladoras e Concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006.

NUDEO, Fábio. Desenvolvimento econômico – Um retrospecto e algumas perspectivas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord). **Regulação e Desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e Desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.). **Regulação e Desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SAMUELSON, Paul A. **Economia**. 17ª ed. Rio de Janeiro: McGraw-Hill, 2004.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. A Função Regulatória. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela e MARSHALL, Carla C. (coords.). **Direito Empresarial Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

\_\_\_\_\_. **Destatizações: privatizações, concessões, terceirizações e regulação**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. Regime Jurídico do Setor Petrolífero. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006.