

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO.

ASPECTOS SOBRE A ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NA
DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA: UMA ANÁLISE À LUZ DA
LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE

CURITIBA

2004

LAURA GONÇALVES TESSLER

**ASPECTOS SOBRE A ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NA
DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA: UMA ANÁLISE À LUZ DA
LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE**

Monografia apresentada como requisito parcial
para conclusão do curso de graduação em Direito,
Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal
do Paraná.

Orientadora: Prof^a. Dra. Angela Cassia Costaldello.

Co-orientador: Prof. Edson Isfer

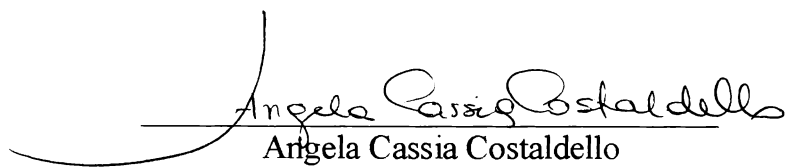
CURITIBA

2004

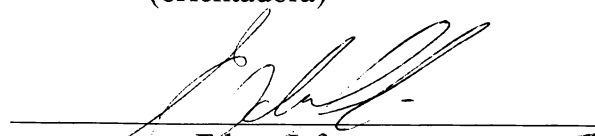
LAURA GONÇALVES TESSLER

**ASPECTOS SOBRE A ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NA
DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA: UMA ANÁLISE À LUZ DA
LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE**

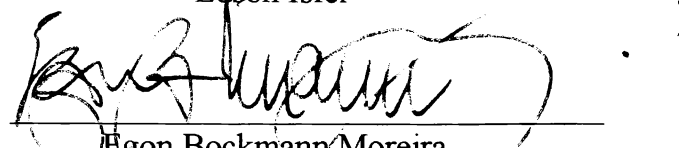
Monografia apresentada ao Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito – Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel, aprovada pela banca examinadora composta pelos seguintes professores:



Angela Cassia Costaldello
(orientadora)



Edson Isfer



Egon Bockmann Moreira

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	4
2. O MODELO DE ESTADO REGULADOR E O SURGIMENTO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	6
2.1. A TRANSIÇÃO DA MODERNIDADE PARA A PÓS-MODERNIDADE E A RECONFIGURAÇÃO DO ESTADO	6
2.2. O MODELO DE ESTADO REGULADOR	7
2.2.1. A delimitação da atuação do Estado com a superação do Estado de Bem Estar Social.....	7
2.2.2. O significado do termo “regulador”	9
2.3. A IMPLANTAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	11
2.3.1. Legitimação democrática das Agências Reguladoras: uma perspectiva pós-moderna	14
2.3.1.1. Os obstáculos e imperfeições da democracia representativa e a necessidade de adoção de um novo modelo para a defesa efetiva dos interesses públicos	15
2.3.1.2. As Agências Reguladoras inseridas no paradigma da linguagem ...	17
2.3.1.3. Conceito mais amplo de democracia: a razão comunicativa.....	19
3. OBJETO E EXTENSÃO DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	22
3.1. ABRANGÊNCIA DA ATIVIDADE NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	23
3.2. LIMITES DOS ATOS NORMATIVOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	28
3.3. CONTROLES DOS ATOS NORMATIVOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	30

4. AS AGÊNCIAS REGULADORAS DIANTE DO MERCADO	
ECONÔMICO	36
4.1. A CONCORRÊNCIA COMO INTERESSE A SER TUTELADO	36
4.1.1. O tratamento constitucional conferido à livre concorrência	36
4.1.2. A relação entre os princípios da liberdade de iniciativa e da livre concorrência.....	39
4.1.2.1. O princípio da livre iniciativa	39
4.1.2.2. O princípio da livre concorrência.....	40
4.1.2.3. Livre iniciativa <i>versus</i> livre concorrência	43
4.2.1. O ilícito concorrencial	46
4.2.2. Dominação de mercados relevantes de bens ou serviços.....	47
4.2.3. Abuso de posição dominante	50
4.2.3.1 Noções gerais	50
4.2.3.2. Verificação fática de posição dominante.....	52
4.2.3.3. Responsabilização por abuso de posição dominante	54
4.2.4. Prejuízo à livre concorrência ou à livre iniciativa	56
4.3. A ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS PARA A DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA	58
4.3.1. A regulação e o direito antitruste	60
4.3.2. A relação entre a secretaria de Direito Econômico (SDE), CADE e as Agências Reguladoras na defesa da concorrência.....	63
4.3.3. A instauração da concorrência nos setores regulados	66
4.3.3.2. A questão do monopólio natural	69
4.3.3.3. As formas de estabelecimento da concorrência nas fases de exploração da atividade econômica ou da prestação de serviços públicos... 72	
4.3.4. A manutenção da concorrência nos setores regulados.....	82
4.3.4.1 Regras para evitar a concentração ou monopolização dos mercados.	83

4.3.4.2 A necessidade de conciliação entre a tutela da concorrência e a defesa da política econômica: a utilização das válvulas de escape pelas agências reguladoras	87
CONCLUSÃO	92
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	96

INTRODUÇÃO

Diante da transição do modelo de Estado-Providência para o de Estado Regulador e em função da crescente implantação do modelo de agências reguladoras, faz-se necessária uma análise de como irá ocorrer a atuação destes entes da Administração Pública indireta, principalmente no que tange à implantação de um sistema de concorrência em setores nos quais os serviços eram anteriormente prestados sob o regime de monopólio estatal.

Em um primeiro momento, como pressuposto para uma correta compreensão sobre o tema, cabe verificar o contexto em que se insere a implantação das agências reguladoras e de que forma deve ser compreendida sua atuação. Para tanto, é fundamental entender não apenas a transição do Estado de Bem-Estar Social para o Estado regulador, mas, acima de tudo, a passagem da modernidade para a pós-modernidade.

Além disso, é ainda necessário determinar em que medida as agências reguladoras estão adequadas ao modelo constitucional brasileiro e de que forma se pode estabelecer sua atuação como democraticamente legítima, uma vez que a interferência das agências como órgãos normativos e fiscalizadores só será admitida na medida em que se puder ter certeza de que essa atuação está revestida de legitimação democrática.

Após estabelecida e compreendida a legitimidade democrática dos órgãos reguladores, é necessário precisar de que forma estes entes irão atuar. Ou seja, neste instante, é necessário aferir a amplitude dos poderes normativo e fiscalizatório conferidos às agências reguladoras e estabelecer a quais tipos de limites e controles estarão sujeitos os atos emitidos por estes entes reguladores.

Em um terceiro momento, antes de tratar especificamente sobre a atuação das agências reguladoras na defesa da livre concorrência, é imprescindível estabelecer o que seja o princípio da livre concorrência, discorrendo sobre a forma como o ordenamento jurídico nacional trata a livre concorrência e qual a relevância da tutela deste bem jurídico.

Ainda como pressuposto para uma adequada análise acerca da forma de atuação das agências reguladoras na defesa da livre concorrência, há que se explicitar as formas de ofensa à livre concorrência. Isso porque somente após identificadas as condutas prejudiciais à concorrência é que se poderá estabelecer de maneira mais exata as medidas necessárias a serem adotadas pelos entes reguladores para evitar a ocorrência de ilícitos concorrenciais.

Por fim, uma vez analisado o poder normativo das agências reguladoras, compreendida a relevância da defesa da livre concorrência e conhecidas as formas de ofensa à livre concorrência, pode-se, enfim, tratar especificamente de como se dará a atuação das agências reguladoras na defesa da livre concorrência, essencialmente no que diz respeito à implantação e à manutenção de um ambiente de competição nos setores regulados.

2. O MODELO DE ESTADO REGULADOR E O SURGIMENTO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

2.1. A TRANSIÇÃO DA MODERNIDADE PARA A PÓS-MODERNIDADE E A RECONFIGURAÇÃO DO ESTADO

Para que se possa compreender com exatidão a razão de ser das agências reguladoras e quais os seus moldes de atuação, é necessário primeiro entender o contexto em que estão inseridas: a pós-modernidade.

Hoje não cabe mais a análise do Estado segundo os princípios da modernidade. Com o tempo, verificou-se que os pressupostos da modernidade eram insuficientes para dar conta do que existe (e também do que precisa ser implantado) na realidade. Mostrou-se necessária a revisão de conceitos e princípios, instaurando-se um novo paradigma.

Nesta linha, *caiu por terra a crença moderna de que uma grande estrutura estatal seria capaz de concentrar todas as atividades necessárias ao atendimento dos interesses públicos*. Percebeu-se que a concentração de todas as funções em uma *única estrutura estatal* impede o atendimento satisfatório das necessidades da coletividade. E isso não envolve apenas a atividade de prestação dos serviços tidos como essenciais; inclui também a função normativa estatal.¹

Quanto à prestação dos serviços, verificou-se que, embora muitos serviços apresentem caráter de essencialidade para a coletividade, nem todos

¹ Nesta linha, bastante ilustrativas são as lições de ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, ao afirmar que “o pluralismo e complexidade da sociedade, agregados ao número cada vez maior de atividades dotadas de grandes particularidades técnicas a serem, se não prestadas diretamente pelo Estado, por ele reguladas, inviabilizou o ideal liberal oitocentista, racional e formalmente igualitário, de um ordenamento monocêntrico uniforme que, concebido de maneira inteiramente geral e abstrata, abrangesse todas as atividades e atores sociais sem levar em conta as suas particularidades. (...) Tornou-se, então, imperioso, não apenas a especialização das matérias a serem reguladas, como também dos órgãos incumbidos da expedição das respectivas normas, que, em virtude dos seus amplos poderes, deveriam, para exercê-los satisfatoriamente e com observância dos cânones do estado de direito, estar, na medida do possível, livres das injunções políticas parciais.” (O Poder Normativo das agências reguladoras independentes e o Estado Democrático de Direito. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 37 n. 148 out/dez 2000, p. 283-284.)

podem ter sua prestação atribuída diretamente ao Estado, pois o excesso de encargos sobrecarrega a estrutura estatal, tornando os recursos insuficientes para uma prestação satisfatória das utilidades. Neste quadro, ao se perceber que os recursos oriundos da arrecadação fiscal eram muito inferiores aos necessários para que o Estado pudesse cumprir todas as funções a ele atribuídas, restou evidenciada a crise fiscal do Estado do Bem Estar Social, fazendo-se necessária a redução das dimensões estatais e o repasse aos particulares da prestação de alguns dos serviços.

Já no campo da atividade normativa, tendo-se em vista a existência de diversos interesses envolvendo conhecimentos técnicos nas mais diferentes áreas e a necessidade de se regular esses interesses de forma rápida e eficiente, foi preciso a descentralização, *atribuindo-se a função normativa a órgãos estatais tecnicamente especializados e estruturalmente separados do Legislativo e da Administração Pública direta*. A esses órgãos deu-se o nome de *Agências Reguladoras* e conferiram-se competências para que fossem capazes de, cada uma em sua área de especialidade, analisar de forma técnica, precisa e efetiva as necessidades normativas de *cada serviço envolvido*.

2.2. O MODELO DE ESTADO REGULADOR

2.2.1. A delimitação da atuação do Estado com a superação do Estado de Bem Estar Social

A idéia central que norteou a implantação do modelo de Estado de Bem-Estar Social foi a de garantir o atendimento às necessidades mais básicas de todos os cidadãos. Em contraposição à ideologia liberal até então predominante, passou-se a atribuir ao Estado o dever de *prestar diretamente* as utilidades, para reduzir a pobreza, as desigualdades sociais e, em última instância, promover a

dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, todas as medidas necessárias ao atingimento desses fins deveriam ser implementadas diretamente pelo Estado.

Com o passar do tempo, observou-se um agigantamento do Estado. A imensa quantidade de deveres sociais impostos ao Estado tornou-se incompatível com sua capacidade econômica. Os recursos disponíveis eram insuficientes para sustentar uma estrutura social tão ampla, impossibilitando o Estado de prestar satisfatoriamente as medidas a que originalmente se propôs.

Embora se reconhecesse a necessidade de implementação de medidas destinadas à redução das desigualdades sociais e à promoção da dignidade da pessoa humana, tornou-se evidente que o Estado não tinha condições de concretizá-las sozinho; fazia-se necessária a atuação conjunta dos particulares.

Assim, diante da crise fiscal, tornou-se imprescindível diminuir as dimensões do Estado, no sentido de permitir que este prestasse diretamente *apenas um núcleo mínimo e fundamental* de atividades que lhe são próprias como soberano, tais como segurança, defesa, justiça. As demais atividades (sociais e econômicas) deveriam ser repassadas aos particulares, cabendo ao Estado, nesse último caso, fiscalizar a atividade, prestando diretamente o serviço apenas em caso de ineficiência dos particulares.

Neste quadro, o Estado perdeu a forma do Estado Providência e passou a ser um Estado Regulador, com atuação apenas subsidiária na economia. A intervenção do Estado na economia passou a se dar precipuamente nas formas de regulação e fomento, sendo reduzido o âmbito da intervenção direta.

Contudo, é preciso ressaltar que a existência de uma atuação subsidiária não significa a implantação de um Estado mínimo (nos moldes liberais). Isso porque, em uma atuação subsidiária, o Estado *apenas em princípio* não prestará o serviço, mas, no caso de ineficiência dos particulares, passará a prestá-lo diretamente. Permanece no Estado Regulador, portanto, a preocupação em se garantir o atendimento aos direitos econômicos e sociais da população.

Antes de mais nada, para que se pudesse alcançar essa reestruturação do Estado, foi necessário realizar *privatizações e alterar o conceito de interesse*

público. Pelo termo privatizações, em sentido amplo, conforme aponta MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, deve-se entender o conjunto de medidas adotadas para “reduzir a atuação estatal e prestigiar a iniciativa privada, a liberdade de competição e os modos privados de gestão das atividades sociais e das atividades econômicas a cargo do Estado.”²

Portanto, além de representar a transferência da titularidade de prestação de serviços do ente público para os particulares, a privatização também significa a mudança de postura do Estado destinada a estabelecer um novo equilíbrio entre liberdade e autoridade, a fim de permitir que os particulares que passem a atuar nesses setores privatizados possam gozar de maior liberdade, sem ingerências excessivas do Estado. A essa nova forma de atuação do Estado deu-se o nome de desregulação, querendo significar a necessidade de se *limitar a regulação estatal apenas aos casos em que for imprescindível à manutenção da concorrência e à garantia da satisfatória prestação do serviço*.

Ademais, também como consequência do movimento de privatizações, passou a ocorrer a revisão do conceito de interesse público. Isso porque se verificou que o Estado não é mais *o titular* do interesse público; neste novo modelo, titulares do interesse público são os particulares. Não há mais um único interesse público, mas vários interesses públicos titularizados pelos diversos setores da sociedade civil, mas que devem ser resguardados pelo Estado.

2.2.2. O significado do termo “regulador”

Diante do perfil acima traçado sobre o Estado Regulador, para que se compreenda plenamente o sentido e a forma de intervenção que o Estado passou a adotar, é preciso compreender exatamente o que se entende por “regulação”.

Conforme ensina MARÇAL JUSTEN FILHO, regulação seria:

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 18.

um conjunto ordenado de políticas públicas, que busca a realização de valores econômicos e não econômicos, reputados como *essenciais* para determinados grupos ou para a coletividade em seu conjunto. Essas políticas envolvem a adoção de medidas de cunho legislativo e de natureza administrativa, destinadas a incentivar práticas privadas desejáveis e reprimir tendências individuais e coletivas incompatíveis com a realização dos valores prezados.³ (grifou-se)

Nesse sentido, a regulação a ser levada a efeito deve estar comprometida com a correção das falhas do mercado (valores econômicos) e com a realização de outros interesses públicos (defesa da concorrência, proteção dos consumidores), sendo conferidos ao Estado poderes de normatizar e fiscalizar o desenvolvimento da atividade econômica pelos particulares.

Entretanto, há que se ressaltar que essa atividade regulatória do Estado não se dará de maneira uniforme para todas as atividades. A intensidade da regulação dependerá da natureza dos interesses públicos envolvidos na atividade. Quando se tratar da prestação de serviço público, dada a essencialidade⁴ dos bens envolvidos, o movimento de privatização exige a superveniência de intensa atividade regulatória do Estado.

Nesta linha, como bem ressalta MARÇAL JUSTEN FILHO, “somente se admite a privatização na medida em que os mesmos valores buscados anteriormente pelo Estado estão realizados através da atuação da iniciativa privada.”⁵

A transferência da titularidade da prestação do serviço público aos particulares, envolve, portanto, certas peculiaridades. Para que sejam alcançados os fins pretendidos com a prestação do serviço, faz-se necessária uma intensa atuação regulatória do Estado, sendo que, muitas vezes, essa regulação poderá ser até mais intensa do que a ocorrida anteriormente à privatização. Nestes casos, o que ocorre é um fenômeno de “re-regulamentação”.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 40

⁴ Por serviços essenciais, entenda-se tanto os serviços qualificados como serviços públicos (atividades referidas especificamente na Constituição, que envolvem a prestação de utilidades destinadas a satisfazer direta e imediatamente o princípio da dignidade da pessoa humana ou que são reputadas como instrumentos para satisfação de fins essenciais eleitos pela República brasileira) quanto as atividades privadas de interesse público ou geral, que, embora não sejam titularizadas pelo Estado, são extremamente sensíveis ao interesse coletivo.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito...*, p. 23.

Aliás, para que se possa melhor compreender este fenômeno, importante trazer o que narra o preâmbulo do Código do Mercado dos Valores Mobiliários português:

Privatizar ou liberalizar não significa necessariamente desregular; muito pelo contrário, quando, em áreas de manifesto interesse geral da comunidade, como o mercado de capitais, a iniciativa privada se substitui ao Estado ou a acção dos agentes económicos deixa de ficar dependente de prévia autorização administrativa, é natural (e, as mais das vezes [...] imperativo) que a regulamentação se adense, como única forma de que nesse caso se dispõe para assegurar os interesses gerais. (grifou-se)

Nesse contexto, o movimento de desregulação deve ser entendido não como uma redução quantitativa da atividade normativa do Estado, mas como uma forma de, concomitantemente, *propiciar clareza, transparência e previsibilidade na regulação e assegurar o atendimento e o respeito ao interesse público envolvido.*

2.3. A IMPLANTAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Diante da privatização de serviços de naturezas tão diferentes (telecomunicações, energia, exploração de petróleo), para que o Estado pudesse exercer de forma efetiva e satisfatória a atividade de regulação sobre estes setores privatizados, fez-se necessário reformular a estrutura estatal e implantar estruturas especializadas, capazes de efetuar a regulação de forma dinâmica e autônoma, atentas às necessidades e peculiaridades de cada setor regulado. A estas estruturas específicas deu-se o nome de *Agências Reguladoras*.

Como, a partir da implantação do Estado Regulador, alterou-se o conceito de interesse público, passando a se conceber a existência de vários interesses públicos titularizados por diversos setores da sociedade, houve a necessidade de se criarem estruturas estatais aptas a garantir a satisfação destes diversos interesses públicos. Considerando-se que cada interesse público tutelado se insere em um setor específico da economia, para que a tutela do

interesse envolvido fosse efetiva, fez-se necessário buscar a criação de *instrumentos especializados a cada setor*.

Nesse sentido, as emendas constitucionais nº 8/95 e nº 9/95, alterando os artigos 21, incisos XI e XII e 177, inseriram no texto constitucional autorização expressa à criação de órgãos para regular, de forma específica e individualizada, a prestação dos serviços de telecomunicações e de exploração de petróleo, agora privatizados.

Por óbvio, as autorizações dos artigos 21 (inciso XII) e 177 (§2º, inciso III) não são as únicas possíveis. A interpretação destes dispositivos constitucionais não deve ser feita isoladamente, mas de forma sistemática. Assim, é necessário analisar quais os interesses públicos a serem defendidos pelo Estado e quais são os serviços considerados imprescindíveis à concretização desses interesses.

Tendo-se em vista o ordenamento jurídico como um todo, poder-se-á interpretar corretamente os dispositivos em tela, buscando estabelecer qual o verdadeiro sentido de se permitir a implantação das agências reguladoras nesses determinados setores.

Nesse sentido, é forçoso perceber que o fato que motivou a criação de entes reguladores nos setores de telecomunicações e de exploração de petróleo foi precisamente a relevância da atividade e os interesses públicos envolvidos na sua prestação. Tendo-se em vista a grande quantidade de serviços tão ou mais relevantes que os de telecomunicações e exploração de petróleo, seria absurdo fazer-se uma interpretação literal e restritiva do texto constitucional, a ponto de limitar a instituição de órgãos reguladores apenas a estes dois setores. Defender essa tese seria permitir o sacrifício de interesses públicos relevantes e aceitar a idéia de que o constituinte poderia, por uma escolha aleatória e arbitrária, estabelecer tratamento distinto a interesses igualmente relevantes.

Desta forma, buscando-se a *mens legis*, pode-se afirmar – embora essa não seja uma posição pacífica da doutrina – que, a partir das Emendas nº 8/95 e 9/95, houve autorização expressa da Constituição para a implantação de entes

reguladores, principalmente quando a prestação dos serviços envolver interesses públicos relevantes que necessitem defesa efetiva por parte do Estado.

Não obstante, dois outros elementos ainda se somam na caracterização da constitucionalidade da implantação das Agências Reguladoras. Primeiramente, há que se reconhecer que o texto constitucional é elaborado com o intuito de estabelecer as diretrizes gerais do ordenamento jurídico, disciplinando as matérias de forma genérica. Nesse sentido, a previsão de duas das agências reguladoras traz implícita a autorização para a instituição de outras tantas agências reguladoras.

Além disso, ainda que não se aceitem os argumentos anteriores, a constitucionalidade das agências reguladoras torna-se evidente a partir do momento em que se lembra que as agências nada mais são do que *autarquias especiais*, ou seja, uma espécie do gênero autarquia. Uma vez que a existência das autarquias já vem consagrada constitucionalmente, é absurdo exigir que a Constituição desça à minúcia de prever expressamente todas as hipóteses de implantação das autarquias. O detalhamento caso a caso não deverá ser feito pela Constituição, mas pela lei que instituir a autarquia especial.

Desta forma, uma vez demonstrada a relevância do serviço e a sensibilidade dos interesses públicos envolvidos, não haverá qualquer óbice de natureza constitucional à criação de uma agência reguladora para fiscalizar a atividade privatizada e garantir o respeito e o atendimento aos relevantes bens jurídicos envolvidos.

Contudo, quando se fala na existência de *Agências Reguladoras*, é preciso deixar claro que não há um modelo único, com características uniformes para todas as agências. De acordo com as peculiaridades que envolvam a prestação do serviço, a lei instituidora irá atribuir características, deveres e prerrogativas específicas a cada agência, de acordo com o que seja necessário para o cumprimento de sua função regulatória no setor específico.

De uniforme entre as diversas agências reguladoras, podemos indicar apenas dois fatores: 1) competência para dirigir, regular e fiscalizar o serviço

público ou a atividade econômica e 2) a natureza jurídica de *autarquia especial*, caracterizada pela a) independência administrativa; b) autonomia financeira; c) ausência de subordinação hierárquica e d) pela fixidez do mandato e estabilidade de seus dirigentes. Considerando-se que as três primeiras características são comuns a qualquer autarquia, o que tipifica uma autarquia como especial, ou seja, como agência reguladora, é o fato de apresentar mandato fixo e estabilidade dos dirigentes⁶.

Mesmo não sendo possível se estabelecer um modelo único de agência reguladora, buscar-se-á no presente trabalho delinear formas de atuação aptas a assegurar a defesa da livre concorrência nos mais diversos setores regulados, ressaltando-se, desde já, que a amplitude de normatização variará de acordo com o setor regulado e com as prerrogativas conferidas ao ente regulador.

2.3.1. Legitimação democrática das Agências Reguladoras: uma perspectiva pós-moderna

Parte da doutrina afirma a falta de legitimidade democrática das Agências Reguladoras, estabelecendo como causa principal do suposto déficit democrático o fato de os dirigentes das Agências não serem escolhidos diretamente pelo povo, mas por meio de nomeação pelo Presidente da República.

De acordo com esta parcela da doutrina⁷, os dirigentes das agências reguladoras, na medida em que não foram diretamente escolhidos pelo povo, não estariam legitimamente investidos no poder de produzir normas e decisões capazes de afetar sobremaneira os direitos dos cidadãos. Portanto, a atuação das agências (da forma como atualmente prevista) estaria, segundo este raciocínio, contrariando a soberania popular e a democracia participativa.

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 157-161.

⁷ Sobre esta parte da doutrina, ver MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências Reguladoras*. Barueri: Manole, 2003; SILVA, Fernando Quadros da. *Agências Reguladoras (a sua independência e o Princípio do Estado Democrático de Direito)*. Curitiba: Juruá, 2002.

Embora sejam respeitáveis os argumentos contrários à legitimidade democrática das agências reguladoras, não merece ser acolhida tal tese. Isso porque a análise das agências reguladoras deve se dar em consonância com o paradigma em que se insere, qual seja, o da pós-modernidade. Assim, não só o próprio instituto das agências reguladoras em si, mas todos os conceitos e valores que circundam esta análise deverão ser interpretados segundo o contexto da pós-modernidade.

Não se olvide que as Agências Reguladoras são instituições democráticas. Apesar de não haver consenso na doutrina sobre o tema, é possível sim afirmar que as agências reguladoras são dotadas de legitimidade democrática, principalmente quando se passa a adotar um conceito mais amplo e dinâmico de democracia, consoante com o contexto pós-moderno em que se insere o Estado Regulador.

Desta forma, nos itens que se seguem, procurar-se-á estabelecer os contornos para a compreensão da legitimação democrática das agências reguladoras. Embora de forma bastante sintética (já que este não é o objetivo principal deste estudo), busca-se evidenciar a existência de uma legitimação não meramente instrumental, mas fundada na participação popular e corroborada pela *atuação técnica e tempestiva das agências na defesa dos interesses protegidos*.

2.3.1.1. Os obstáculos e imperfeições da democracia representativa e a necessidade de adoção de um novo modelo para a defesa efetiva dos interesses públicos

O modelo democrático tradicional, de há muito, já deixa transparecer a sua incapacidade para permitir a defesa eficiente dos interesses públicos. E três são as razões principais dessa ineficiência: a) a demora na edição de atos normativos necessários para regular situações específicas e relevantes para a coletividade; b) a imprecisão técnica de grande parte dos atos normativos e,

finalmente, c) a priorização de medidas que agradam ao eleitorado, mas que, nem sempre, atendem da melhor forma ao interesse público envolvido.⁸

Em primeiro lugar, o número excessivo de normas a serem discutidas pelo Congresso e o demorado tempo de tramitação dos projetos fazem com que, freqüentemente, a normatização de questões relevantes para a sociedade seja feita de forma tardia, impossibilitando a tutela tempestiva dos interesses públicos envolvidos naquela regulamentação. Neste caso, percebe-se que alguns interesses públicos exigem a adoção de instrumentos capazes de fornecer decisões de forma mais rápida aos administrados, fornecendo a estes a defesa tempestiva de seus interesses.

Além disso, no modelo tradicional, como se sabe, o corpo de parlamentares é composto por cidadãos que não possuem formação técnica em todas as matérias e que, portanto, não conseguem decidir sozinhos qual a solução técnica mais adequada ao interesse envolvido. Nestes casos, o que fazem estes parlamentares é consultar especialistas na área para que estes, com base no seu conhecimento técnico específico, possam decidir qual a melhor medida a ser adotada para atender ao interesse público.

Nestas situações, a atividade do parlamentar passa a ser a de mero homologador da decisão tomada por aquele que detém o conhecimento técnico, mas que não foi eleito pelo povo para decidir a questão envolvendo relevantes interesses públicos.

Neste sentido, não há razão para se questionar a falta de legitimação da nomeação direta de dirigentes para a regulação dos serviços privatizados, pois, em última análise, serão eles, os tecnicamente habilitados e não eleitos pelo povo - seja nomeados como assessores técnicos de parlamentares, seja como dirigentes das agências reguladoras - quem decidirão as medidas mais adequadas à defesa dos interesses relevantes envolvidos, com a vantagem que, no modelo de

⁸ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

agências reguladoras, a defesa será feita de forma tempestiva e, portanto, eficiente. Como bem denuncia LEILA CUÉLLAR:

Não há dúvidas de que, devido às peculiaridades do Poder Legislativo brasileiro (...), as decisões puramente técnicas são elaboradas pelos corpos técnicos – pessoas, em última análise, diversas daquelas eleitas pelo povo para o exercício da legislatura. Note-se que, tal qual seus auxiliares diretos, também os diretores das agências reguladoras passam pelo crivo do Poder Legislativo, que os sabatina e aprova (ou não) a sua nomeação. Portanto, a legitimidade técnica da atuação normativa do legislativo, baseada puramente no fato de que seus membros foram escolhidos pelo povo, é questionável.⁹ (grifou-se)

Por fim, resta ainda mencionar o efeito pernicioso da excessiva preocupação dos parlamentares em priorizar o atendimento aos interesses específicos de seus eleitores, fazendo com que, muitas vezes, a solução de questões muito mais relevantes para a coletividade seja relegada a segundo plano. Neste aspecto, mais uma vantagem apresenta o modelo de agências reguladoras, pois proporciona aos dirigentes a possibilidade de *atuarem de acordo com as verdadeiras prioridades para o interesse público*, já que seu único comprometimento será com a melhor regulação do setor, sem haver a preocupação em dirigir sua atuação a satisfazer interesses privados de eleitores ou governantes, uma vez que não serão escolhidos pelo voto popular nem poderão ser demitidos *ad nuttum* por contrariarem os interesses dos governantes.

2.3.1.2. As Agências Reguladoras inseridas no paradigma da linguagem

No momento em que se afirmou a legitimidade democrática das agências reguladoras, fez-se isso baseado no fato de estas estarem inseridas no contexto da pós-modernidade. Como bem nos ensina HABERMAS¹⁰, no

⁹ CUÉLLAR, Leila. *As Agências Reguladoras e o seu Poder Normativo*. São Paulo: Dialética, 2001 p. 131.

¹⁰ Para maior aprofundamento acerca dos estudos habermasianos, vide HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989; ARAGÃO, Luciana Maria de Carvalho. *Razão Comunicativa e Teoria Social Crítica em Jürgen Habermas*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1992.

contexto da pós-modernidade, vive-se o paradigma da linguagem, no qual o exercício de um poder só será legítimo a partir do momento em que houver um consenso entre sociedade e governantes acerca da política a ser adotada. E esse consenso só será possível através da linguagem, ou seja, através do verdadeiro diálogo entre governantes e governados.

Nesse sentido, EGON BOCKMANN MOREIRA, ao tratar sobre a democracia, o processo e a legitimação em tempos de globalização, revela que:

O processo administrativo assume então uma nova dimensão para os operadores do direito: deixa de ser uma relação jurídica destinada a compor litígios e possibilitar o exercício de direitos em face de situações geradoras de gravames para transformar-se numa constante forma de relacionamento entre o cidadão e o Estado. Relacionamento esse que tem início desde o momento de formulação das regras até a sua implementação e aplicação.

Por outro lado, muitas das normas administrativas em sentido estrito deixam de ser elaboradas unilateralmente (à la “ato administrativo”) e passam a contar com a potencial participação daqueles que por elas poderão ser afetados ou que nelas tenham interesse.¹¹ (Grifou-se).

Entretanto, há que se destacar que o diálogo somente será satisfatoriamente estabelecido a partir do momento em que os governantes expuserem claramente as medidas que pretendem adotar (assim como também justifiquem a verdadeira razão e necessidade para a adoção da medida), e a população, ao tomar conhecimento sobre estas medidas, tenha condição de compreender aquilo que foi dito pelo governante e possa manifestar sua opinião sobre o ato, concordando ou não com a sua edição.

Assim, ao instituir instrumentos como as audiências e consultas públicas, as agências reguladoras passam a criar oportunidades para que se trave este diálogo entre governantes e sociedade, podendo esta interferir no momento decisório do órgão regulador. Há nisso uma certa permeabilidade das agências no momento decisório.

¹¹ MOREIRA, Egon Bockmann. Agências Reguladoras Independentes, déficit democrático e a “elaboração processual de normas”. In: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 231, abr/jun. 2003.

Neste sentido, *as medidas adotadas pelas agências reguladoras só serão legítimas no momento em que possibilitarem de maneira mais ampla a participação popular e adotar medidas que estejam em consonância com as necessidades e anseios sociais.*¹²

Desta forma, como destaca MARÇAL JUSTEN FILHO, “é fundamental que a atividade decisória da agência **incorpore** a participação popular, mesmo quando não aceda com as sugestões e propostas apresentadas. **Incorporar** a participação popular significa reconhecer como relevante a intervenção externa, acolhendo-a ou justificando sua rejeição.”(grifos do autor)¹³

No caso específico das agências brasileiras, embora os mecanismos de participação popular existentes ainda sejam bastante precários¹⁴, há que se reconhecer o valor democrático inserido na idéia de um direto controle (e legitimação) popular sobre a atuação estatal.

Neste contexto, como bem afirma MARÇAL JUSTEN FILHO, “*deve-se reconhecer uma compatibilidade teórica entre os institutos da Democracia e da regulação independente.*”¹⁵ Entretanto, a existência de eventuais déficits dependerá de questões estruturais e funcionais externas e internas, ou seja, da forma como é implantado o modelo de agências.

2.3.1.3. *Conceito mais amplo de democracia: a razão comunicativa*

¹² Nesse sentido, EGON BOCKMANN MOREIRA destaca que “na medida em que o cidadão possa verdadeiramente influenciar a formação da decisão administrativa, isso tende a gerar uma decisão quase-consensual (ou verdadeiramente consensual), que possui maiores chances de ser espontaneamente cumprida. O dever de obediência tende a se transformar em espontânea aceitação, em concordância devido à uniformidade de opiniões (ou ao menos devido à participação e ao convencimento recíproco).” (Agências reguladoras independentes, déficit democrático..., cit. p. 239).

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. Agências Reguladoras e Democracia: Existe um Déficit Democrático na “Regulação Independente”? In: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 298, abr/jun 2003.

¹⁴ Dentre as imperfeições atualmente existentes no processo de legitimação pelas audiências e consultas públicas, destacam-se a deficiente divulgação das audiências e consultas; o reduzido número de colaboradores presentes nas audiências e a atribuição de poder decisório final às agências, permitindo a desconsideração das manifestações populares sem direito a recurso por parte dos interessados. Para um maior detalhamento sobre o tema, vide MOREIRA, Egon Bockmann. Agências Reguladoras independentes, déficit democrático e a “elaboração processual de normas”..., op. cit. pp.221-255)

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Agências Reguladoras e Democracia... p. 300.

Uma vez compreendida a inserção das agências reguladoras no paradigma da linguagem, fica claro que o fundamento do modelo será a obtenção de consensos a partir do diálogo estabelecido entre a Administração e o administrado, seguindo-se uma idéia de *razão comunicativa*. E essa “razão comunicativa” deverá permear a análise de todos os aspectos envolvidos no desempenho das funções estatais.

Especificamente no que toca à noção de democracia, há que se perceber que a participação popular na legitimação dos atos estatais não pode estar limitada a apenas eleger seus representantes políticos. Muito além disso, e até de forma mais efetiva, *a democracia resta plenamente realizada no momento em que o povo passa a ter condições de conhecer, compreender e ratificar diretamente os atos propostos pelos governantes.*

Desta forma, segundo a noção de razão comunicativa, a democracia não mais se limita à escolha dos representantes pelo povo; passa a abranger também uma parcela de atuação direta do administrado no controle da legitimidade dos atos praticados (ou a serem praticados) pelos órgãos da Administração Pública.

Demais disso, a existência de um controle popular direto impõe às agências reguladoras (e a seus dirigentes) um maior comprometimento com a eficiência, coibindo abusos que eventualmente pudessem ser praticados se não fosse dada ao cidadão a possibilidade de tomar ciência e contestar as medidas adotadas pelos dirigentes das agências reguladoras¹⁶.

Especificamente no que tange à suposta ilegitimidade democrática da nomeação direta (sem eleição popular) de dirigentes para as agências reguladoras, percebe-se que, dentro deste contexto de pós-modernidade e de

¹⁶ Conforme aponta MARÇAL JUSTEN FILHO, “a Democracia se justifica não apenas por cogitações políticas ou axiológicas, mas também por fatores de eficiência. Reputar que a participação popular absoluta e ilimitada é nociva às decisões políticas não equivale a proclamar a vedação à participação popular. O agente político que tiver garantia de exercício de poder, sem controle ou limitações, tenderá ao abuso. A ausência de Democracia gera tendência a descompromisso com a eficiência, tanto quanto se poderia argumentar que o excesso de Democracia poderia impedir a adoção das decisões recomendáveis pelo conhecimento técnico-científico.” (Agências Reguladoras e Democracia: Existe um Déficit Democrático na “Regulação Independente”?... op. cit., pp. 292-293).

paradigma da linguagem, a legitimação dos dirigentes ocorrerá em um momento posterior, quando a sociedade ratificar os atos decisórios dos dirigentes e puder verificar que, efetivamente, aqueles dirigentes nomeados possuem o conhecimento técnico necessário para fornecer, de forma tempestiva, as soluções mais adequadas ao setor e, mais do que isso, que aqueles dirigentes utilizam seu conhecimento técnico para defender da melhor forma o interesse público envolvido no setor.

Portanto, percebe-se que há sim legitimidade democrática dos dirigentes nomeados diretamente pelo chefe do Executivo. Ocorre apenas que essa legitimação será uma *legitimação diferida*, levada a efeito em um momento posterior ao da nomeação e da tomada de decisões.

Embora se saiba que os instrumentos de participação popular ainda são bastante deficientes, isso não é razão para taxar as agências reguladoras de antidemocráticas e se refutar, de forma definitiva, a possibilidade de nomeação de agentes tecnicamente especializados sem a realização de eleição popular. Há que se reconhecer a legitimidade democrática da atuação dos agentes nomeados diretamente pelo presidente, principalmente considerando-se o relevante papel que desempenham para a implementação de medidas tecnicamente mais adequadas ao setor específico. Impossibilitar a nomeação direta pelo presidente de indivíduos tecnicamente mais capacitados para o exercício da função seria desnaturar a própria razão de ser das agências reguladoras, qual seja, a de permitir a adoção de medidas tempestivas e tecnicamente corretas.

Nesse sentido, há que se compreender que se o sistema de participação popular ainda é imperfeito, a solução mais acertada (e lógica) não é acabar desde logo com as agências reguladoras, mas implantar as medidas necessárias para corrigir os defeitos apresentados pelo modelo, conduzindo a uma ampliação do sistema de freios e contrapesos.

3. OBJETO E EXTENSÃO DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Para que se possa estabelecer em que medida irá ocorrer a atuação normativa das agências reguladoras na tutela da concorrência, é necessário precisar, de antemão, o que se entende por poder normativo de um ente da Administração Pública (como é o caso das agências reguladoras) e qual seria a abrangência deste poder, ou seja, cabe estabelecer em que limites poderão as agências reguladoras inovar o ordenamento jurídico.

Alguns autores, admitindo a existência dos regulamentos autônomos no Brasil¹⁷, defendem que seria conferida às Agências Reguladoras ampla capacidade normativa, embasada em uma suposta autorização implícita da Constituição. Para essa parte da doutrina, a atividade normativa poderia ser exercida independentemente da existência de lei prévia autorizadora, já que a autorização para a edição do regulamento estaria na norma constitucional que determina ao órgão da Administração a realização de determinada atividade. Em outras palavras, o que defendem estes autores é que o fato de a Constituição atribuir o desempenho de uma dada atividade a um ente da Administração legitimaria este ente a, diante da inércia do Legislativo e respeitada a reserva de lei, editar regulamentos disciplinando a atividade, a fim de possibilitar o cumprimento de sua atribuição constitucional. Nesse sentido, afirma SERGIO FERRAZ que a autorização para expedição de regulamentos autônomos advém do “dever que tem a Administração de organizar e tornar plausivelmente efetiváveis as atribuições que lhe são próprias”.¹⁸

¹⁷ Dentre os autores que admitem a existência de regulamentos autônomos - embora não se referindo especificamente às Agências Reguladoras - estão Hely Lopes Meirelles (*Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1999), Sérgio de Andréa Ferreira (*Direito Administrativo Didático*. Rio de Janeiro: Forense, 1981) e Eros Roberto Grau (*O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996). Entretanto, apesar de convergirem na aceitação do regulamento autônomo, os autores divergem nas razões para a aceitação e nos limites impostos ao ato regulamentar.

¹⁸ FERRAZ, Sérgio. *3 Estudos de Direito: desapropriação de bens públicos, o prejudgado trabalhista em face da Constituição, regulamento*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1977, p. 119.

Contudo, embora haja diversos doutrinadores defendendo a existência dos regulamentos autônomos, não se estabeleceu um consenso sobre o conceito e a abrangência de tais regulamentos. A divergência dos autores nesses aspectos é tamanha que se percebe um certo contra-senso entre os conceitos, pois, muitas vezes, aqueles que defendem a existência de regulamentos autônomos acabam admitindo menor abrangência inovadora ao regulamento do que aqueles que refutam a idéia de existência de regulamentos autônomos.¹⁹

Como não se pretende na presente monografia fazer qualquer análise sobre a possibilidade ou não de existência de regulamentos autônomos no Brasil, assim como, muito menos, se tem a pretensão de elaborar um conceito do que seja regulamento autônomo, será feito apenas um estudo sobre como os regulamentos emitidos pelas agências poderão inovar a ordem jurídica, sem entrar na discussão de serem estes regulamentos autônomos ou não.

Assim, *independente da nomenclatura que se dê ao ato regulamentar emanado pelas agências reguladoras*, o importante para o presente estudo é delimitar qual será a sua extensão normativa e a que espécies de controle estará sujeito.

3.1. ABRANGÊNCIA DA ATIVIDADE NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Para que se possa fazer a análise sobre a extensão da atividade normativa das agências reguladoras, deve-se tomar como ponto de partida o texto constitucional. Segundo o artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, a Administração Pública está sujeita ao princípio da legalidade. Isso significa que só poderá agir nos limites conferidos e delimitados pela lei. Qualquer atuação

¹⁹ Nesse sentido, interessante conferir a análise realizada por MARÇAL JUSTEN FILHO sobre as obras de Egon Bockmann Moreira e Carlos Mario da Silva Velloso. (*O direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 509-510).

fora dos limites da lei, ou na ausência de lei, é considerada ilegal, desmerecedora de reconhecimento pelo ordenamento jurídico.

Sob as regras do sistema constitucional vigente, não há a possibilidade de se admitir que, no caso de o Legislativo não ter emitido lei sobre determinado assunto, estaria o Executivo autorizado a produzir norma disciplinadora sobre o assunto. Não é permitido à Administração, sob a desculpa de estar criando condições para o cumprimento de suas atribuições constitucionais, invadir a competência do Legislativo para regular tema que por este deveria ser regulado. Se o Legislativo não editou a norma necessária ao desenvolvimento da atividade exigida constitucionalmente, não poderá a Administração fazê-lo. A prevalecer essa tese de autorização implícita do texto constitucional, como bem ressalta MARÇAL JUSTEN FILHO, estar-se-ia violando a Constituição, estabelecendo-se que “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, ou, na sua omissão, em decorrência do disposto em ato oriundo do Executivo.”²⁰ Admitir-se que a Administração poderia se substituir ao Legislativo para tratar de questões por ele ainda não disciplinadas seria violar a separação dos poderes e ameaçar a segurança jurídica dos administrados.

Não há na Constituição atribuição à Administração Pública de competência normativa originária. Não se nega que o Executivo possa emitir regulamentos, mas é exigida a existência de lei anterior que estabeleça os limites da regulação a ser exercida. A existência de lei prévia constitui garantia ao cidadão, uma vez que lhe possibilita tomar conhecimento de que determinada atividade será regulamentada e em que limites será regulamentada. A lei, portanto, estabelecerá os parâmetros gerais de como deverá se dar a conduta do indivíduo, devendo este aguardar apenas os detalhamentos a serem estabelecidos pelos regulamentos.

Se é certo que as grandes modificações ocorridas com a implantação do modelo de Estado Regulador reclamam uma nova forma de atuação estatal, também é certo que esta nova forma de atuação deverá respeitar a ordem jurídica

²⁰ Op. cit. p. 506.

existente. A adaptação do Estado às suas novas funções não poderá, de forma alguma, significar o sacrifício da segurança jurídica e do ordenamento vigente. As alterações deverão ocorrer da maneira formalmente prevista, não sendo permitida qualquer subversão da ordem jurídica.

Nessa linha, precisas são as palavras de MARÇAL JUSTEN FILHO:

A consagração de um modelo regulatório para o Estado brasileiro é comportada dentro de certos limites (infra)constitucionais. Mas a escolha sobre esse novo modelo pode ser implementada, sem alterações significativas no nível constitucional, somente naquilo que não tocar com a distribuição de competências ali delineada. Ou seja, não é possível escolher uma opção política de governo e produzir, como resultado, a alteração da ordem constitucional. A opção política é instaurada a partir da Constituição e não pode condicionar, alterar, reestruturar a organização consagrada constitucionalmente.

Logo, a existência de um modelo regulatório poderá exigir a alteração constitucional, a qual deverá seguir as soluções formais necessárias. É radicalmente antijurídica a afirmativa de que, como o Brasil abraçou um modelo regulatório, então se produziu o surgimento de competência do Executivo para editar regulamento autônomo²¹. (grifou-se)

Não se quer com a argumentação acima exposta negar a existência de um poder normativo das Agências Reguladoras. Muito pelo contrário, o que se pretende aqui é afirmar a existência do poder normativo, mas fazê-lo de forma a respeitar a ordem jurídica vigente.

Nesse sentido, a autorização constitucional para a existência do poder normativo das Agências Reguladoras encontra-se prevista no artigo 84, IV, ao permitir que sejam elaborados regulamentos capazes de concretizar o objetivo pretendido pela lei. Desta forma, o regulamento a ser expedido deverá detalhar melhor a lei, a fim de estabelecer as formas para se alcançar o fim buscado pela lei. Por óbvio, a norma regulamentar não se limitará a reproduzir a letra da lei. Ao integrar as lacunas da lei, irá, sem dúvida, inovar a ordem jurídica, mas sempre respeitando o *espírito e a finalidade* da lei. Neste aspecto, pertinentes são as palavras de LEILA CUÉLLAR:

²¹ Op. cit. p. 499.

Só é possível aos regulamentos gerar deveres, direitos e obrigações, se previamente estabelecido seu contorno em lei (implícita ou explicitamente). A lei determinará os padrões para a atuação administrativo-normativa regulamentar. Isso não significa que os regulamentos sejam só e tão-somente de execução. De um lado, a lei pode outorgar a capacidade normativa autônoma às autoridades administrativas (observando-se os limites ora expostos). De outro, a previsão normativa anterior pode ser ampla o suficiente para que a autoridade administrativa crie e gere previsões inéditas, porém submissas ao “espírito” da lei.²² (grifou-se)

Não obstante, quando se afirma que o regulamento deverá obedecer aos contornos estabelecidos pela lei, o termo “lei” não deve ser compreendido em sentido restrito, apenas como lei formal; deve, isso sim, ser compreendido segundo um conceito mais amplo de legalidade, a significar a necessidade de adequação do regulamento à lei e ao direito.

Nesse sentido, relevante é a análise feita por ANGELA CASSIA COSTALDELLO, ao afirmar que:

a moderna doutrina do Direito Administrativo adota uma significação mais ampla de legalidade, expressando ‘a conformidade com o direito’ e como sinônimo de ‘regularidade jurídica’(...) Parece que a ensejar esta ordem de alterações estão, basicamente, dois fatores: a busca de concretização da justiça material em detrimento do formalismo legal e a segurança jurídica diante da interminável edição de atos e textos normativos que, ao invés de assegurá-la e mantê-la, provoca resultado inverso, gerando instabilidade e insegurança.²³

Assim, a partir do momento em que a lei estabelece, explícita ou implicitamente, um campo de atuação normativa para as agências reguladoras, está permitindo que estas elaborem normas adequadas à melhor concretização dos fins almejados pela lei.

Para tanto, as agências irão se valer de uma competência discricionária, estabelecendo a disciplina que for mais conveniente e oportuna para se proteger o interesse público tutelado pela lei. No exercício desta função normativa

²² CUÉLLAR, Leila. *As Agências Reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 125.

²³ COSTALDELLO, Angela Cássia. *A invalidade dos atos administrativos: uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé*. Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor. Curitiba, 1998, p. 131.

discricionária, poderão as agências emanar tanto atos de natureza geral e abstrata quanto normas concretas e individualizadas.

Tendo-se em vista que cada agência reguladora tem seu âmbito de atuação restrito a um setor específico, envolvendo interesses de espécies diferentes, caberá à lei instituidora de cada agência fixar os limites de atuação do ente regulador, a fim de conceder poderes na medida necessária e adequada às peculiaridades de cada setor.

Uma vez atribuída uma esfera de liberdade de atuação aos entes reguladores, exige-se que estes entes, ao tomarem decisões e ao estabelecerem normas, pautem sua atuação em critérios técnicos, valendo-se de seu conhecimento científico específico à matéria regulada para alcançar a solução que melhor atenda aos interesses da coletividade atingida.

Já que o fato que motivou a instalação das agências reguladoras foi a necessidade de existência de órgãos eminentemente técnicos e especificamente adequados a implantar as medidas mais acertadas da maneira mais célere possível, há que se exigir do ente regulador que *efetivamente* pautе suas decisões de acordo com a melhor decisão técnica.

Por óbvio, ao se defender que o ente regulador tomará as decisões segundo critérios técnicos, não se pretende negar que as escolhas técnicas possam produzir efeitos jurídicos, políticos e econômicos, os quais, inclusive, devem ser considerados no momento decisório. Contudo, é preciso deixar bem claro que decisão técnica com *efeitos* políticos e econômicos é totalmente diferente de decisão *motivada* por interesses políticos e econômicos. Tendo sido as agências criadas com o escopo de emanarem decisões imunes ao jogo de interesse político e econômico, a única conduta que se pode esperar (e permitir) desses entes é a adoção da *melhor decisão técnica*.

Caso as agências reguladoras venham a adotar medida que desconsidere a melhor opção técnica, o ato deverá ser anulado. Como ato administrativo que é, a decisão proferida por uma agência reguladora deverá se sujeitar a todos os requisitos de validade a que estão submetidos os atos administrativos. Ao exercer

sua competência discricionária, deverá a agência explicitar *de forma clara e precisa* as razões que a levaram a adotar determinada escolha e refutar tantas outras, a fim de permitir a realização do controle, até porque o fato de as agências gozarem de autonomia decisória não significa que estejam infensas ao controle de seus atos, seja pelo Judiciário, seja pelo Congresso Nacional.

Primeiramente, conforme bem aponta ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, “a possibilidade do poder normativo ser conferido em termos amplos e às vezes implícitos não pode isentá-los dos parâmetros suficientes o bastante para que a legalidade e/ou a constitucionalidade dos regulamentos seja aferida”²⁴. Ou seja, ao mesmo tempo em que é concedido o poder normativo, são estabelecidos parâmetros para o seu exercício, a fim de evitar que eventual abuso possa acarretar lesões à ordem jurídica vigente.

Atribuir competência normativa discricionária para a agência reguladora não significa que se está permitindo que estes órgãos produzam normas segundo critérios arbitrários e despropositados. O agente, ao elaborar uma norma, estará jungido aos objetivos e limites traçados pela lei; fará uso da discricionariedade para encontrar a melhor forma de atingir o fim pretendido pela lei autorizadora. Por mais discricionário que seja o ato, sempre haverá vinculação no que toca à finalidade e à competência.

3.2. LIMITES DOS ATOS NORMATIVOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Ao se falar em limites ao poder normativo, é preciso deixar claro que os regulamentos emitidos pelas agências não terão limites apenas com relação à lei instituidora; os limites abrangem também diversas restrições que são impostas

²⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das Agências Reguladoras Independentes e o Estado Democrático de Direito, *Revista de Informação Legislativa*, nº 148: 288.

por todo ordenamento jurídico. Como já dito anteriormente, o ato administrativo deverá obedecer não só à lei em sentido estrito, mas *à lei e ao direito*.

Primeiramente, a elaboração de atos normativos por parte das agências deverá levar em consideração as normas e princípios que lhe são hierarquicamente superiores. A análise quanto à possibilidade normativa das agências deverá ser efetuada segundo uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, respeitando-se princípios e regras constitucionais, mesmo que estes estejam apenas implicitamente protegidos.

O respeito a normas e valores constitucionais deverá ser completo, tanto no sentido formal quanto no material. De forma alguma poderá o regulamento emitido pela agência modificar, suspender, derrogar ou revogar as normas e princípios constitucionais. Como bem assinala ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, o regulamento “não pode exceder os limites da função executiva, o que significa dizer que não pode fazer as vezes da função legislativa formal, modificando ou ab-rogando normas primárias, leis formais”²⁵.

Além disso, o regulamento não poderá dispor sobre matéria reservada à atividade legislativa, ou seja, “não poderá criar normas cuja edição pressupõe processo legislativo certo e específico, assim como competência legislativa constitucional.”²⁶ Trata-se de matéria reservada a lei, não podendo ser disciplinada pelas agências reguladoras, ainda que o Poder Legislativo tenha restado inerte.

Para que se possa, por meio de regulamentos, estabelecer obrigações, direitos ou deveres, é imprescindível a prévia existência de lei, estabelecendo os parâmetros. O regulamento não poderá, de forma alguma, inovar primariamente a ordem jurídica. Como bem destaca LEILA CUÉLLAR, o regulamento “não pode inovar de forma absoluta, *ab ovo*, na ordem jurídica, estabelecendo direitos, obrigações ou deveres novos às pessoas privadas, sem qualquer respaldo em lei.

²⁵ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito de poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 74.

²⁶ CUÉLLAR, Leila. *Op. cit.*, p. 125

Tampouco lhe é autorizado ampliar ou restringir ou modificar direitos ou obrigações legais, pois tais tópicos consistem em matéria reservada à lei.”²⁷

3.3. CONTROLES DOS ATOS NORMATIVOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Como já mencionado anteriormente, a competência normativa das agências reguladoras deverá ser exercida nos parâmetros traçados pela lei. Então, a primeira forma de controle do ato normativo será quanto à atribuição de competência para a edição do ato. Na hipótese de ter o agente desbordado os limites da competência normativa que lhe foi conferida, o ato emitido será inválido, pois o agente não possuía competência para praticar o ato.

Além disso, há ainda a possibilidade de se efetuar o controle da validade do ato por meio da verificação sobre a finalidade buscada e sobre a existência dos motivos embasadores da decisão implementada pela agência reguladora. Nesse caso, para que se possa proceder a um controle efetivo sobre a validade da norma, é necessário que se imponha à autoridade a obrigação de, quando se tratar de competência discricionária, sempre efetuar a motivação dos atos emitidos.²⁸ Isso porque será apenas a partir da exposição dos motivos que se tornará viável a verificação dos motivos e da finalidade do ato.

Assim, deverá o agente demonstrar a existência do pressuposto de fato ensejador do ato (ou seja, do motivo) e, ainda, evidenciar a relação (causa) existente entre este fato e o conteúdo do ato para a consecução da finalidade estabelecida pela lei. Desta forma, “através da *causa* vai-se examinar se os motivos em que se calçou o agente, ainda que não previstos em lei, guardam *nexo*

²⁷ Ibid., p. 125

²⁸ Embora haja autores que defendam que os atos discricionários só precisariam ser motivados quando a lei expressamente assim exigisse, adota-se no presente trabalho a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo o qual, salvo alguma hipótese excepcional, o ato *discricionário* deverá ser sempre motivado, pena de ser inválido (Cf. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003).

*lógico de pertinência com a decisão tomada, em face da finalidade que, de direito, cumpre atender.*²⁹

Aliás, é exatamente para que se possa identificar o *nexo de pertinência lógica* e, conseqüentemente, a legalidade, que se defende a necessidade de se exigir do agente a motivação de seus atos.

Nesse sentido, fundamental trazer novamente à baila as palavras de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

se se tratar de ato praticado no exercício de competência discricionária, salvo alguma hipótese excepcional, há de se entender que o ato não motivado está irremissivelmente maculado de vício e deve ser fulminado por inválido, já que a Administração poderia, ao depois, ante o risco de invalidação dele, inventar algum motivo, “fabricar” razões lógicas para justificá-lo e alegar que as tomou em consideração quando da prática do ato. Contudo, nos casos em que a lei não exija motivação, não se pode, consoante dito, descartar alguma hipótese excepcional em que seja possível à Administração demonstrar e de maneira absolutamente inquestionável que (a) o motivo extemporaneamente alegado preexistia; (b) que era idôneo para justificar o ato; (c) que tal motivo foi a razão determinante da prática do ato. Se estes três fatores concorrerem há de se entender, igualmente, que o ato se convalida com a motivação ulterior³⁰. (Grifou-se)

Assim, a partir do momento em que se tem como obrigatória a motivação dos atos discricionários, torna-se mais fácil e eficaz o controle sobre a legalidade do ato. Isso porque, uma vez enunciados os motivos que embasaram a edição do ato, os motivos passam a ser determinantes (teoria dos motivos determinantes). Ou seja, a efetiva existência destes pressupostos de fato condicionam a validade do ato administrativo. A partir do momento em que são expostos os motivos, o ato só será válido se realmente for verificada a presença destes motivos. Se os pressupostos forem falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados, o ato será inválido, mesmo quando a lei não tenha estabelecido os motivos necessários à edição do ato.

Além disso, poder-se-á também efetuar o controle da legalidade dos atos avaliando-se o *atendimento à finalidade eleita pela lei*. Caso o agente valha-se

²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 374.

³⁰ *Ibid.*, p. 369.

da competência discricionária que lhe foi atribuída para proferir ato que atenda a fim diverso daquele exposto na lei, o ato por ele emanado será um ato inválido, pois o agente, ao buscar a satisfação de interesse público diverso daquele eleito pela lei, terá procedido com abuso de poder.

Desta forma, ao proferir uma decisão ou um ato normativo, deverão as agências reguladoras efetuar a exposição dos motivos. E deverão fazê-lo de *forma clara e precisa*, a fim de que se possa verificar efetivamente quais foram as razões (quais são os pressupostos de fato e a relação de pertinência lógica entre os fatos e as determinações ali contidas) que levaram à edição do ato.

Mesmo sendo as agências órgãos essencialmente técnicos, suas decisões devem ser motivadas. Ao contrário do que afirmam muitos autores, o fato de as agências serem órgãos eminentemente técnicos e especializados para a regulação de um setor específico não constitui óbice à implementação de medidas eficazes de controle da validade dos atos por ela elaborados. A verificação da validade dos atos proferidos pelas agências se dará a partir da exposição dos motivos. Em se tratando de agências, deve-se sempre ter em mente que exercem competência discricionária e que, portanto, estão, via de regra, obrigadas (segundo o entendimento defendido no presente trabalho) a motivar seus atos.

A circunstância de as decisões serem baseadas em critérios técnicos não exime as agências da obrigação de justificar as razões da adoção de tal medida em detrimento de outra possível. Nesse sentido, a motivação deverá ser elaborada de forma a *tornar compreensível a toda a sociedade os motivos que embasaram a tomada de decisão*. Ou seja, ao motivar suas decisões, as agências deverão expor de forma detalhada e em linguagem compreensível à população o porquê de uma determinada decisão ser - em relação a tantas outras possíveis - a mais conveniente e oportuna para o atendimento do fim almejado pela lei. É fundamental que, nesse momento, sejam esclarecidas as decisões proferidas pelo conhecimento técnico, estabelecendo o nexo de pertinência lógica entre os pressupostos fáticos e a finalidade pretendida.

Não obstante, além de ser necessária a explicitação das conclusões técnicas, deverão restar demonstradas a *razoabilidade e a proporcionalidade* da medida adotada. Embora razoabilidade e proporcionalidade sejam conceitos distintos, devido ao fato de este ser uma faceta daquele, no presente trabalho far-se-á menção a ambos os princípios de forma indistinta, objetivando apenas ressaltar a importância da verificação da proporcionalidade e da razoabilidade para o controle de legalidade dos atos normativos emanados pelas agências reguladoras.

Como bem leciona LUÍS ROBERTO BARROSO³¹, a verificação da razoabilidade e da proporcionalidade implica a análise em três níveis: a) *quanto à adequação*; b) *quanto à necessidade ou exigibilidade*; c) *quanto à proporcionalidade em sentido estrito*.

Em um juízo quanto à *adequação*, deve-se exigir que a norma conforme *meios realmente eficazes* para a consecução dos fins pretendidos pela lei. Deverá estar presente uma relação lógica de eficácia entre a medida adotada e o objetivo perseguido.

Já quanto à *necessidade ou exigibilidade*, deve-se analisar se os meios eleitos para o atingimento dos fins são os menos gravosos ao cidadão. Nesse nível de análise deverá ser buscada, dentre as medidas *adequadas* ao fim pretendido, aquela que impõe menos sacrifício aos indivíduos: é o “*princípio do menor sacrifício possível*”.

Por último, já tendo sido verificadas a adequação e a necessidade da medida, deverá ser avaliada a *proporcionalidade em sentido estrito*, verificando-se a *relação de custo-benefício* da medida, de forma a aferir se o benefício trazido pela medida é maior do que o ônus a ser suportado, a ponto de justificar a interferência da Administração na esfera dos direitos dos cidadãos.

Ainda, há que se destacar que a análise acerca da razoabilidade da medida deverá ser efetuada para se verificar tanto a compatibilidade com a lei

³¹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 198-219

quanto com a Constituição. Com relação à lei, a razoabilidade é dita interna, avaliando-se a proporcionalidade técnica da medida, ou seja, a já mencionada compatibilidade entre meios eleitos e fim pretendido.

Uma vez constatada a razoabilidade interna da norma, deve-se passar à análise da razoabilidade da norma em relação à Constituição, ou seja, a razoabilidade externa da norma. Nesse momento, verificar-se-á se a norma contraria algum valor constitucional, seja ele expresso ou implícito. Caso os meios eleitos pela norma não se coadunem com os fins eleitos pela Constituição, a norma em análise será tida como ilegítima e desproporcional.

Seja com relação ao aspecto interno, seja no tocante ao aspecto externo, na medida em que a norma for considerada irrazoável (ou desproporcional), será passível de anulação pelo Poder Judiciário, pois terá contrariado a finalidade da lei e será, portanto, ilegítima (pois a finalidade integra a própria lei).

Nesse sentido, elucidativa é a lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

Não se imagine que a correção judicial baseada na violação do princípio da razoabilidade invade o “mérito” do ato administrativo, isto é, o campo de “liberdade” conferido pela lei à Administração para decidir-se segundo uma estimativa da situação e critérios de conveniência e oportunidade. Tal não ocorre porque a sobredita “liberdade” é liberdade *dentro da lei*, vale dizer, segundo as possibilidades nela comportadas. Uma providência desarrazoada, consoante dito, não pode ser havida como comportada pela lei. Logo, é ilegal: é desbordante dos limites nela admitidos³². (grifou-se).

Como se depreende do excerto, o controle de legalidade realizado por meio da verificação da razoabilidade não questiona a conveniência e oportunidade da medida adotada, mas, isso sim, analisa o ato de acordo com a competência e a finalidade, elementos que se encontram estabelecidos na lei e que são de observância obrigatória por parte do agente.

Por fim, além do controle de legalidade feito pelo Judiciário, ainda há a possibilidade de se controlarem os atos administrativos por meio do Congresso.

³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.* p. 100

Conforme prevê o artigo 49, inciso V da Constituição Federal, é competência exclusiva do Congresso Nacional *sustar os atos normativos do Executivo que exorbitem o poder regulamentar*. Assim, caso a agência, no exercício de sua atividade normativa, desrespeite os limites da lei que lhe delegou competência, o ato fruto deste excesso poderá ser susinado pelo Congresso Nacional, pois estará marcado pela ilegalidade.

4. AS AGÊNCIAS REGULADORAS DIANTE DO MERCADO ECONÔMICO

Uma vez comprovada a legitimidade democrática e a extensão do poder normativo das agências reguladoras, para se estabelecer de que forma elas irão atuar para defender a livre concorrência, é preciso que sejam previamente expostos alguns conceitos básicos. Dessa forma, é imprescindível, primeiro, compreender o significado do princípio da livre concorrência e identificar as diversas formas de distorções do mercado e ofensa à liberdade de concorrência.

4.1. A CONCORRÊNCIA COMO INTERESSE A SER TUTELADO

4.1.1. O tratamento constitucional conferido à livre concorrência

No sistema constitucional hoje vigente, o princípio da livre concorrência vem consagrado em dois artigos diferentes. No artigo 170, inciso IV, a livre concorrência é prevista como um dos princípios reitores da ordem econômica. Isso significa que o respeito à livre concorrência passou a ser condição para o adequado exercício da atividade econômica.

Uma vez que a ordem econômica visa a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, a atuação dos agentes econômicos só será legítima no momento em que respeitar a liberdade de iniciativa dos competidores, permitindo a coexistência de concorrentes e a manutenção de condições de competição. Em outras palavras, o que se pretendeu com a norma do artigo 170 foi estabelecer o respeito à livre concorrência como instrumento para garantir a existência digna e a justiça social através do desenvolvimento da atividade econômica. E essa previsão do artigo 170 não corresponde apenas a uma garantia aos agentes econômicos, abrange também a sociedade como um todo. A preocupação com a concorrência transcende o âmbito privado dos

concorrentes, passando a ter um viés público, no intuito de promover a existência digna e a justiça social para toda a coletividade.

Aliás, é exatamente nesse sentido de proteção de toda a coletividade que, mais adiante, no artigo 173, § 4º, o texto constitucional estabelece que “a lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à *eliminação da concorrência* e ao aumento arbitrário de lucros.”

Segundo esta previsão do artigo 173, §4º, o agente econômico não poderá se valer de seu poderio para impor sacrifícios aos direitos dos concorrentes e de toda a coletividade. À medida que abusa do poder econômico, o agente acaba impossibilitando a concretização dos valores da justiça social e da existência digna. Isso porque inviabiliza a ampla participação dos concorrentes, reduz a possibilidade de escolha dos bens pelos consumidores e, não raro, devido ao excessivo aumento de preços, impede que grande parte dos consumidores adquira bens imprescindíveis ao atendimento de suas necessidades mais fundamentais.

Não obstante, a repressão ao abuso de poder econômico é também imposta, de forma indireta, pela consagração constitucional do princípio da função social da propriedade. Conforme se depreende da leitura conjunta dos artigos 5º, XXII e XXIII, e 170, III, é assegurado aos indivíduos o direito de ter propriedade privada sobre bens e de utilizar estes bens para a realização de sua atividade econômica, mas sempre atendendo à função social da propriedade, ou seja, sempre utilizando estes bens de forma a respeitar e promover a justiça social e a dignidade da pessoa humana.

Inserido na ordem econômica, presente a propriedade privada dos bens de produção, o princípio da função social da propriedade toma feição de função social da empresa. Ao explorar a atividade econômica, o agente não pode ficar alheio ao relevante papel que ocupa na sociedade, seja como produtor de bens (que devem ser acessíveis a todos), seja como criador de postos de emprego (concretizando o valor social do trabalho).

Nesta linha, como bem ressalta SÉRGIO VARELLA BRUNA³³, a liberdade de iniciativa deve ser exercitada não somente com vistas ao lucro, mas como instrumento de realização da justiça social (de melhor distribuição de renda).

De acordo com a sistemática constitucional vigente, a propriedade obriga. Isso significa que a propriedade dos bens de produção passa a se constituir em um “*poder-dever*”. Nas palavras de EROS ROBERTO GRAU:

o princípio da *função social da propriedade* impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de exercê-lo em benefício de outrem e não, apenas, de não o exercer em prejuízo de outrem. Isso significa que a *função social da propriedade* atua como fonte de imposição de comportamentos positivos – prestação de *fazer*, portanto, e não, meramente, de *não fazer* – ao detentor do poder que deflui da propriedade.³⁴ (grifou-se)

Neste contexto, a partir do instante em que o empresário utiliza seus meios de produção em prol do benefício social, a auferição de lucro torna-se legítima, pois obtida como prêmio ou incentivo ao desenvolvimento da atividade econômica de acordo com as finalidades sociais protegidas pelo ordenamento jurídico.

Não obstante, quando associada ao princípio da livre concorrência, a função social da empresa vem a significar que a atuação empresarial que se der em desconformidade com a função social, gerando efeitos danosos à concorrência, além de tornar ilegítima a atividade desenvolvida, ensejará a necessidade de uma atuação positiva do Estado, valendo-se de seu poder de polícia para coibir os excessos perpetrados (dominação de mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário de lucros) e punir os agentes infratores, resguardando, desta forma, os interesses tutelados pelo texto constitucional.

Na perspectiva da Constituição de 1988, tendo-se em vista a gama de princípios que rege a ordem econômica, *a defesa da concorrência é vista como*

³³ BRUNA, Sérgio Varella. *O Poder Econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 141.

³⁴ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 255.

uma garantia não apenas privada, mas também (e principalmente) pública, uma vez que propicia a concretização dos valores sociais do trabalho, da liberdade de iniciativa e da defesa do consumidor.

4.1.2. A relação entre os princípios da liberdade de iniciativa e da livre concorrência

4.1.2.1. O princípio da livre iniciativa

O Princípio da Livre iniciativa está previsto no texto constitucional tanto como fundamento da República quanto como princípio da ordem econômica. No primeiro caso, o princípio da livre iniciativa deve ser entendido em seu aspecto socialmente relevante de valorização do trabalho. A proteção à livre iniciativa não pode ocorrer de forma isolada, como uma garantia estritamente individual; para que seja adequada, a proteção da livre iniciativa deverá ainda levar em consideração o valor social do trabalho (também eleito como fundamento da República).

Nada obstante, quando o princípio da livre iniciativa é referido no *caput* do artigo 170, referente à ordem econômica, a tutela se dá novamente associada ao trabalho humano. E ao fazer isso, o legislador não simplesmente previu os dois valores no mesmo dispositivo, mas tratou de conferir proeminência ao trabalho humano. Tanto isso é verdade que JOSÉ AFONSO DA SILVA, ao comentar a ordem econômica instituída, afirma que:

embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. Conquanto se trate de declaração de princípio, essa prioridade tem o sentido de orientar a intervenção do Estado na economia, a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, constituem o fundamento não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil³⁵ (grifou-se).

³⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1994, p.668.

Portanto, a livre iniciativa deve ser vista como forma de se afirmar o trabalho humano no que ele tem de mais valioso. De forma alguma deve ser entendida segundo os moldes do liberalismo, uma vez que a liberdade não é absoluta e incondicional, mas limitada pelas normas e princípios estatais, sendo que eventuais excessos por parte do particular ensejarão a intervenção do Estado no sentido de resguardar os valores mais caros à sociedade.

Note-se que, da forma como foi disciplinado, o princípio da livre iniciativa configura-se como *princípio político constitucionalmente conformador*, que, segundo os ensinamentos de CANOTILHO, deve ser entendido como um princípio que explicita a valoração política fundamental do legislador constituinte, que revela a ideologia inspiradora da constituição. É princípio que deve ser rigorosamente observado, tanto no momento interpretativo quanto no momento legislativo.³⁶

4.1.2.2. *O princípio da livre concorrência*

Conforme já mencionado anteriormente, o princípio da livre concorrência está constitucionalmente disciplinado dentro do capítulo que trata da ordem econômica. Está previsto como forma de se impor limites ao livre exercício da atividade econômica. E as razões que levaram o constituinte a prever expressamente esta limitação são três: a) a proteção aos concorrentes; b) a proteção ao consumidor; c) a proteção à ordem econômica em si.

Quando considerado como instrumento de *proteção dos concorrentes*, o princípio da livre concorrência é visto como forma de se assegurar aos diversos agentes econômicos o acesso e a permanência no mercado. Busca-se evitar que o dominante provoque a quebra dos concorrentes ou imponha barreiras à entrada

³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 172-173.

destes no mercado. Para tanto, o Estado impõe normas coibindo o abuso de poder econômico e a concorrência desleal.

Já ao tutelar o *interesse dos consumidores*, o Estado protege a livre concorrência no mercado como forma de garantir que seja oferecido ao consumidor uma grande quantidade de opções de bens a usufruir, de forma a possibilitar que o consumidor seja livre para escolher aquele bem que melhor se encaixe aos seus interesses (tanto com relação à qualidade quanto em relação ao preço). Portanto, a defesa do consumidor no âmbito do direito concorrencial não tem a mesma feição do que no âmbito do direito do consumidor, uma vez que não busca proteger o consumidor como parte hipossuficiente na relação de consumo, mas visa a garantir ao consumidor a ampla oportunidade de escolha dos bens a adquirir.

Além disso, também como forma de proteção ao consumidor, o ordenamento jurídico pune práticas de concorrência desleal que possam induzir o consumidor a erro. Nestes casos, são impostas sanções ao agente que veicula falsas informações sobre os produtos e sobre os concorrentes, pois, ao criar no consumidor a falsa representação da realidade, lesa os interesses concorrenciais dos consumidores e dos outros agentes atuantes no mercado.

Por outro lado, como meio de *proteção da ordem econômica*, o princípio da livre concorrência deve ser compreendido em seu sentido institucional, ou seja, não deve ser visto como uma forma de se proteger o mercado, mas como meio para se garantir a existência da concorrência naquilo que ela tem de socialmente mais valioso.

Nesta perspectiva, um bom exemplo de como a manutenção da concorrência é capaz de, reflexamente, concretizar valores sociais eleitos pela República brasileira é a possibilidade de se alcançar maior justiça social através do caráter redistributivo da concorrência. Neste caso, a existência de competição fará com que os agentes econômicos busquem maior eficiência e qualidade dos serviços. A partir do momento em que se alcance maior eficiência, será possível distribuir os benefícios com os consumidores, oferecendo aos indivíduos os bens

que necessitam e em preços mais acessíveis. Assim, ao mesmo tempo em que o agente econômico conquista maior parcela de mercado (e realiza seu interesse individual), também acaba por distribuir o benefício com toda a coletividade, ao permitir que uma parcela maior de consumidores possa adquirir o bem de que necessita a preços mais justos.

Nesse sentido, ao se compreender a possibilidade de atingimento de valores sociais através da concorrência, o princípio da livre concorrência passa a ser concebido como um valor que transcende a defesa do mero interesse individual dos concorrentes e dos consumidores. Muito mais do que isso, a livre concorrência significa uma garantia a ser usufruída por toda a coletividade, pelo bem estar que proporciona.

Nesse sentido, precisas são as palavras de CALIXTO SALOMÃO FILHO:

Urge, então, reconhecer normas que incorporem valores, metas individuais e sociais, exatamente para que não sejam mera extensão dos direitos individuais. Para tanto, é imperioso admitir sua proveniência plurívoca, do Estado e das relações interindividuais e sociais, historicamente consideradas. E aqui está o caráter precipuamente *institucional* dessas normas.³⁷ (grifou-se).

A defesa da concorrência na ordem econômica independe da existência de uma prévia relação jurídica entre as partes; necessita apenas da ocorrência de uma relação de fato que cause danos à ordem econômica, afetando pessoas indeterminadas (que não estejam necessariamente conectadas com a relação jurídica causadora do fato). Neste contexto, como bem destaca CALIXTO SALOMÃO FILHO, a concorrência passa a assumir a natureza de direito difuso. Assim, sendo praticado um ato que lese a concorrência, é de interesse de toda a coletividade que este ato cesse, e que a concorrência seja restabelecida.

Contudo, afirmar a natureza difusa e o caráter institucional da concorrência não implica excluir a possibilidade de o Estado utilizar-se da concorrência como forma de implantar políticas econômicas, até porque, muitas

³⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 45.

vezes, as políticas implantadas pelo Estado trarão benefícios sociais capazes de contribuir para o aprimoramento das condições de concorrência.

Defesa da concorrência e implantação de políticas econômicas de mercado não são condutas excludentes. É possível que sejam conciliadas, de forma a, concomitantemente, assegurar a concorrência e adotar políticas que resguardem, também na ordem econômica, o respeito à dignidade da pessoa humana e ao valor social do trabalho.³⁸

Diferentemente do princípio da livre iniciativa, o princípio da livre concorrência constitui-se como *princípio constitucional impositivo*, o que, na classificação de CANOTILHO, significa que impõe aos órgãos do Estado e ao legislador a adoção de medidas tendentes a concretizar os fins e as tarefas do Estado³⁹. Nesse sentido, o princípio da livre concorrência tem o condão de obrigar o Estado a implementar medidas eficazes para garantir o respeito ao trabalho humano, à livre iniciativa e à integridade da ordem concorrencial.

4.1.2.3. *Livre iniciativa versus livre concorrência*

Ao passo que o princípio da livre iniciativa representa a possibilidade de o indivíduo desenvolver livremente uma atividade econômica, o princípio da livre concorrência significa a garantia de se manter em atividade diversos participantes no mercado, evitando situações de monopólio ou de abuso de poder econômico. Assim, ao mesmo tempo em que assegura a participação de vários agentes no mercado, o princípio da livre concorrência também impõe restrições a alguns dos participantes. A relação entre a livre iniciativa e a livre concorrência assume, portanto, um caráter dúplice.

Como se sabe, nenhum direito pode ser exercido de forma absoluta. Com a livre iniciativa não é diferente. Ao assegurar a tutela do direito, o

³⁸ A idéia de se possibilitar a conciliação entre a defesa da concorrência e a implantação de políticas econômicas será melhor desenvolvida no item 4.3.3 do presente trabalho.

³⁹ *Op. cit.* p.173

ordenamento jurídico já estabelece o conteúdo e a extensão do exercício deste direito. Assim, o direito do agente econômico de desenvolver livremente sua atividade não implica autorização para que exerça este direito de forma a subjugar os demais participantes da ordem econômica (concorrentes e consumidores).

Conforme acima explicitado, a aplicação do princípio da livre concorrência significará *forma limitadora do abuso da livre iniciativa por parte de um agente, mas representará também medida garantidora do exercício da livre iniciativa dos outros agentes econômicos*, na medida em que visará a assegurar o acesso e a permanência destes no mercado (em condições de efetiva competição).

Da mesma forma, ao impor limites ao abuso de poder econômico, o princípio da livre concorrência também atuará de forma garantidora ao permitir que, por meio da presença de diversos agentes econômicos no mercado, o consumidor possa ter ampla possibilidade de escolha de produtos, podendo optar pela aquisição daquele que lhe apresentar melhor relação custo-benefício.

Portanto, aí está o caráter duplice do princípio da livre concorrência: *ao mesmo tempo em que atua como limitador da livre iniciativa do agente eventualmente dominante, age também como garantidor do exercício da livre iniciativa dos demais agentes econômicos e da pluralidade de escolha do consumidor*.

Entretanto, ao contrário do que pode parecer, os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência não são excludentes entre si, mas complementares, na medida em que a fruição da livre iniciativa por todos os agentes econômicos só se torna possível a partir da imposição de limites (por meio da tutela da concorrência) ao exercício abusivo por parte de algum dos agentes. A concorrência, portanto, desenvolve papel instrumental para a concretização do princípio da livre iniciativa na ordem econômica.

Neste quadro, uma relação harmoniosa entre os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência permite que todos os indivíduos envolvidos na

atividade econômica possam ingressar e atuar livremente no mercado, utilizando livremente seu capital e seu trabalho para disputar a preferência do consumidor.

Todavia, quando o emprego dos meios passa a contrariar o dever de respeito aos demais agentes, provocando lesão à concorrência, haverá a configuração de uma *concorrência ilícita*, reclamando atuação positiva do Estado para punir o agente infrator e restabelecer a concorrência.

Segundo a classificação feita por FABIO ULHOA COELHO, a concorrência ilícita representa “todas as formas de concorrência sancionadas pela lei, independentemente da natureza civil, penal ou administrativa da sanção”⁴⁰. Concorrência ilícita é gênero, sendo suas espécies a concorrência desleal e a infração da ordem econômica. E a diferença entre estas duas espécies reside no fato de que a primeira produz efeitos negativos *unicamente* sobre a esfera de interesses do concorrente, enquanto a segunda acarreta lesões aos interesses de um número indeterminado de indivíduos, a ponto de comprometer as estruturas do mercado.

Pela limitação temática deste estudo, a análise da concorrência restringir-se-á à defesa da concorrência em casos de infração da ordem econômica, sem se estender às hipóteses de concorrência desleal.

Embora o presente trabalho busque delinear a atuação das agências reguladoras e não das autoridades antitruste, a exposição dos ilícitos concorrenciais faz-se necessária devido ao fato de permitir a compreensão de conceitos e princípios próprios de um ambiente de concorrência e, conseqüentemente, servir de parâmetro para a atuação das agências na regulação das atividades privatizadas.

⁴⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. V.1. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 189.

4.2. AS DISTORÇÕES DO MERCADO⁴¹

A lei nº 8.884/94, ao dispor sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, estabelece em seu artigo 20 os efeitos considerados danosos à ordem econômica. São eles: a) prejuízo à livre concorrência ou à livre iniciativa; b) dominação de mercados relevantes de bens ou serviços; c) aumento arbitrário de lucros; d) abuso de posição dominante.

Com exceção do aumento arbitrário de lucros, todas as demais hipóteses arroladas no dispositivo em comento constituem formas de ofensa à livre concorrência. O aumento arbitrário de lucros, apesar de infringir a ordem econômica, não irá atingir a liberdade de concorrência; irá, isto sim, ferir interesses dos consumidores.

Devido ao fato de o presente estudo estar centrado na defesa da concorrência, será deixada de lado a análise dos casos de aumento arbitrário de lucros, embora se reconheça a relevância e o impacto que têm estes casos na higidez da ordem econômica.

4.2.1 O ilícito concorrencial

A idéia que norteou a fixação das infrações concorrenciais foi a de evitar e combater a existência de posição monopolística no mercado, sendo que esta posição monopolística não se limita à situação de o agente atuar sozinho no mercado; alcança também os casos em que, mesmo havendo concorrência, esta se mostra insuficiente para limitar o poder econômico do agente dominante.

Em obediência à previsão contida no artigo 173, § 4º, da Constituição Federal, elaborou-se a lei antitruste para reprimir eventual abuso de poder econômico. Através da determinação das infrações, busca-se impedir que o

⁴¹ É preciso deixar claro que a expressão “distorções do mercado”, escolhida aqui como subtítulo, não pretende restringir a defesa da concorrência à correção das distorções do mercado. A legislação antitruste não se limita à defesa da concorrência em si mesma; abrange a defesa de interesses muito mais relevantes.

agente econômico dominante adote posturas típicas de monopolista, tais como o aumento de preços, a diminuição da oferta dos bens necessários e o decréscimo da qualidade dos produtos.

4.2.2. Dominação de mercados relevantes de bens ou serviços

Para que se possa aferir se há ou não dominação de mercados, é preciso determinar, de antemão, qual é a *delimitação geográfica e material* em que se discute a relação de concorrência. Ou seja, é preciso estabelecer qual é o *mercado relevante* de que se trata.

Para a fixação *geográfica* do mercado relevante, como bem aponta PAULA FORGIONI, é necessário levar em consideração cinco aspectos: a) se os consumidores estão dispostos a se afastar do local onde se encontram para adquirir produto ou serviço similar ou idêntico; b) qual a influência dos custos de transporte; c) qual a possibilidade e a amplitude de transporte do produto, tendo-se em conta características como durabilidade, resistência; d) se há incentivos das autoridades locais impedindo a homogeneidade de concorrência; e) se há barreiras à entrada de novos agentes econômicos no mercado.⁴²

A partir da verificação destes elementos, será possível determinar a extensão do mercado relevante geográfico, ou seja, da área em que o agente econômico poderá aumentar o preço de seus produtos sem perder um grande número de clientes para fornecedores situados fora da mesma área nem permitir que fornecedores de bens similares situados em outras áreas invadam a sua área.

Não obstante, além da fixação do mercado relevante geográfico, é preciso determinar também o mercado relevante *material* ou mercado do produto. E isso se faz verificando se a necessidade satisfeita por um determinado produto pode também ser atendida por um outro produto e se o consumidor está disposto a efetuar a substituição dos produtos consumidos.

⁴² FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: RT, 1998, p. 205-206

Para aferir esta *fungibilidade* entre os produtos ou serviços, deve-se verificar se está presente o fenômeno da elasticidade cruzada (ou *cross elasticity*), ou seja, se eventual aumento no preço de um dos produtos é capaz de conduzir ao crescimento da procura pelo outro produto. Em caso positivo, poder-se-á concluir que estes produtos fazem parte de um mesmo mercado relevante material

Assim, uma vez estabelecido qual é o mercado relevante, será possível determinar se há ou não dominação deste mercado. Contudo, para que reste configurada a conduta ilícita de *dominação* do mercado, é necessário que o agente detenha significativo poder econômico no mercado, já que atos praticados por agentes que não possuem poder no mercado são incapazes de gerar dominação de mercado e prejudicar a concorrência.

Nesse sentido, é preciso deixar claro que *poder econômico no mercado não implica necessariamente a existência de posição dominante*. Poderá ocorrer, por exemplo, de um agente econômico deter pequena parcela de clientes no mercado relevante, mas, por outro lado, possuir grande poder econômico decorrente da atuação em outro setor da economia. Neste caso, mesmo tendo pequena participação no mercado relevante, este agente econômico poderá praticar atos *tendentes* à dominação de mercado, sendo que os custos necessários para se obter esta posição dominante serão arcados pelo capital econômico obtido no outro setor⁴³.

No que toca especificamente à repressão de atos tendentes à dominação de mercado (embora também possa ser utilizada para casos de abuso de posição dominante)⁴⁴, a lei antitruste põe a salvo as hipóteses em que a conquista de mercado decorre de processo natural fundado na maior eficiência do agente econômico em relação a seus competidores.

⁴³ Um bom exemplo disto, como bem aponta CALIXTO SALOMÃO FILHO, é o caso de aquisição de posição dominante através da negociação compulsória. Neste caso, a empresa fixaria seus preços de modo a receber um preço de monopólio pelo produto principal mais um preço concorrencial pelo produto secundário, até que obtenha a posição de dominação, para, então, desde que estejam presentes as condições estruturais para tal, cobrar preços de monopólio. (*Direito Concorrencial – as condutas*, p. 218-219)

⁴⁴ A aplicação aos casos de abuso de posição dominante será demonstrada no item 4.2.2.

Neste aspecto, consagrando o exercício da livre iniciativa do agente que, *por meios lícitos*, obteve vantagem competitiva no mercado, a legislador deixa de sancionar eventual dominação de mercado, até porque tal vantagem não provoca efeitos anticompetitivos, uma vez que significa o aperfeiçoamento lícito das técnicas produtivas, estimula o desenvolvimento dos demais agentes econômicos e, conseqüentemente, fomenta a concorrência.

Em matéria de condutas, como acertadamente afirma CALIXTO SALOMÃO FILHO, a eficiência figura não como justificativa para o ato anticoncorrencial, mas como elemento que permite descaracterizar a materialidade do delito.⁴⁵

Já no tocante ao controle das *estruturas*, a lei, também com base na eficiência, abre espaço para que sejam aprovadas operações que possam gerar efeitos anticoncorrenciais, desde que sopesados os objetivos extraconcorrenciais a serem alcançados pelo ato e a formação de posição de poder no mercado. Nesse sentido, a eficiência é vista não como crescimento interno do agente decorrente de processo natural, mas como vantagens externalizadas aos consumidores e à ordem econômica capazes de compensar os efeitos anticoncorrenciais da posição de poder no mercado.

Por fim, cabe destacar que, apesar de a lei fazer referência ao termo “mercado relevante” somente quando coíbe condutas de dominação de mercado, o conceito de mercado relevante é fundamental não apenas para os casos de dominação de mercados, mas para a análise de todas as práticas anticoncorrenciais, já que não há como considerar uma conduta como ilícita sem antes definir quais os efeitos que geram em *determinado mercado*. Desta forma, na análise dos itens que se seguem é necessário ter sempre em mente a noção de mercado relevante.

⁴⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – as condutas*. Op. cit. p. 147

4.2.3. Abuso de posição dominante

4.2.3.1 *Noções gerais*

Ao prever o abuso de posição dominante como infração à ordem econômica, tratou o legislador de estabelecer o que significa o termo “posição dominante”. Tem-se, assim, que “ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.”⁴⁶

Está em posição dominante, portanto, quem, por ter expressivo poder econômico no mercado, *atua de forma independente e indiferente em relação aos demais agentes, não sofrendo os efeitos da concorrência*. Assim, quando em posição dominante, o agente que a detém fica alheio aos riscos inerentes à concorrência, ou seja, poderá implementar medidas como o aumento de preço ou a diminuição da qualidade dos produtos sem ter sua clientela significativamente diminuída e sem permitir a entrada de novos agentes no mercado.

Neste quadro, os demais agentes econômicos ocupam uma situação de sujeição ao poder econômico do dominante. Nada podem fazer senão suportar os efeitos gerados pelas medidas adotadas pelo dominante.

Exatamente como prevê o dispositivo legal acima transcrito, para que esteja presente a posição dominante, o agente deverá deter *substancial parcela do mercado*, o que não significa, portanto, que o dominante deva necessariamente obter o monopólio no mercado. Assim, essa situação de indiferença de um dos agentes poderá ocorrer tanto em um mercado monopolizado quanto em um ambiente de competição, mas de competição insuficiente.

Contudo, o simples fato de deter posição dominante não constitui em si fato ilícito; o que irá configurar a ilicitude será o *abuso* desta posição dominante. E o conceito de abuso a ser empregado neste caso não é aquele oriundo do direito

⁴⁶ Cf. artigo 20, § 2º da Lei 8.884/94

privado (de defesa de um direito subjetivo dos concorrentes), mas o relacionado a uma noção mais publicizada, envolvendo a questão do poder-dever, já que o bem jurídico tutelado pelo direito antitruste é a defesa da instituição concorrência e não da relação privada entre os concorrentes⁴⁷.

Nesse sentido, ao proibir o abuso de posição dominante, o direito antitruste não está vedando um abuso de direito, até porque não se trata aqui de um direito, mas de uma situação fática de posição dominante detida pelo agente econômico. O que se impõe ao agente econômico, segundo esta perspectiva de direito público a ser adotada, é o *dever de utilizar esta posição dominante em consonância com os interesses da coletividade*. Há neste caso, portanto, uma *função social* a ser exercida pelo agente econômico que detém a posição dominante⁴⁸.

Assim, para que esteja em conformidade com o direito, não bastará apenas que o agente detentor de posição dominante não infrinja as normas legais; é necessário que se valha desta sua situação de independência e poder econômico para possibilitar uma maior concretização dos interesses da coletividade.

Nesta linha, pertinentes são as palavras de CALIXTO SALOMÃO FILHO:

Os direitos de ordem econômica já não mais são dotados das características típicas dos direitos fundamentais individuais: a concentração de atenções no indivíduo e o caráter negativo ou de não-intervenção. Daí serem denominados pela doutrina de *direitos fundamentais de segunda geração*. São eles direcionados a coletividades, determinadas ou não, de indivíduos e têm caráter, via de regra, positivo, ou seja, estabelecem ditames de comportamento concreto para o Estado e, quando necessário, também para os particulares.⁴⁹ (grifou-se).

Na verdade, uma vez que se concebe a vedação do abuso de posição dominante como um “direito-função”, torna-se possível compreender a relevância e a amplitude desta disposição normativa que proíbe o abuso de posição dominante. Isso porque é a partir daí que se percebe que *a idéia de*

⁴⁷ FORGIONI, Paula. *op. cit.* pp. 275-280

⁴⁸ Nesse sentido, conferir também o que foi exposto no item 3.1.1. deste trabalho.

⁴⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – as condutas*. *Op. cit.* p. 109.

repressão ao abuso de poder econômico é noção que deve permear toda a análise da concorrência.

Por fim, estabelecido um panorama geral sobre qual seria a importância e o significado da infração “abuso de posição dominante”, resta ainda delimitar os critérios para se aferir no caso concreto as situações em que tal infração fica caracterizada.

4.2.3.2. *Verificação fática de posição dominante*

Neste momento de verificação fática de posição dominante, cabe estabelecer, em primeiro lugar, quais são os sinais concretos a indicar que a empresa ocupa posição dominante no mercado. Embora não seja fácil aferir na prática a situação de posição dominante, prevê a lei antitruste, como parâmetro, que a posição dominante é *presumida* quando a *empresa ou grupo de empresas* controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, *podendo este percentual ser alterado* para setores específicos da economia.⁵⁰

Como se pode perceber da leitura do dispositivo transcrito, o percentual de vinte por cento de participação no mercado é *presunção de posição dominante*. E essa presunção é estabelecida porque, ao se verificar um alto grau de participação do agente no mercado, acredita-se que este agente econômico detenha também poder econômico em decorrência de sua significativa participação no mercado relevante.

Todavia, nem sempre um significativo nível de participação no mercado representa poder econômico no mercado. Deste modo, nos casos em que se verificar que da participação no mercado não decorre poder no mercado, poderá ser desconstituída a presunção de existência de posição dominante.

Em outro sentido, quando se observar que um agente econômico - mesmo detentor de diminuta parcela de mercado - atua de forma independente e

⁵⁰ Cf. artigo 20, §3º da lei 8.884/94.

indiferente aos demais concorrentes, estará caracterizada a existência de posição dominante deste agente econômico⁵¹.

Nada obstante, não é demais lembrar ainda que, para uma precisa verificação acerca da existência de posição dominante, deve-se ter sempre presente a necessidade de uma delimitação sobre qual mercado relevante se trata. Aplicam-se neste caso, portanto, todas as considerações feitas sobre mercado relevante quando se tratou da questão da dominação de mercado.

Destarte, reflexões acerca da permeabilidade do mercado a novos agentes econômicos, da existência de concorrência potencial e do grau de fungibilidade do bem (elasticidade cruzada) devem ser levadas em consideração para que se possa determinar com mais precisão se há posição dominante do agente.

Entretanto, apenas isso não basta para verificar a existência de posição dominante; é preciso, ainda, conjugar mais dois elementos: a) se o agente dispõe de *vantagem tecnológica duradoura* que o coloque em situação de independência e indiferença em relação aos competidores por um período considerável de tempo; b) se a empresa possui o *controle de várias (ou de todas) as fases de produção ou distribuição do produto*.

No caso de haver vantagem tecnológica duradoura, fica evidente a posição dominante, já que o agente que a detém será o único em condições de prestar os serviços (e a satisfazer as necessidades coletivas) que dependam da utilização da vantagem tecnológica.

Já no caso do controle de várias ou de todas as fases de produção ou distribuição do serviço, a posição dominante estará caracterizada na medida em que o agente econômico passa a ter à sua disposição matéria-prima a preço

⁵¹ Esse fenômeno é observado principalmente nos casos em que a empresa, por fazer parte de um poderoso grupo econômico, mesmo possuindo pequena participação no mercado, consegue exercer grande poder econômico no mercado, conforme já foi apontado no item 4.2.2 e será melhor explicitado no item 3.2.3.3 deste estudo.

competitivo (integração vertical) e disporá de uma rede de distribuição para levar o produto até os consumidores⁵².

Portanto, como se demonstrou acima, o processo de verificação se uma empresa se encontra em posição dominante envolve a análise de uma série de fatores, os quais deverão ser conjugados e ponderados. Não há, dentre estes elementos, qualquer prevalência absoluta de um sobre o outro. No momento de análise, deverá o intérprete valorar o resultado observado em cada um e inseri-lo no contexto do caso concreto, a fim de definir se há ou não posição dominante do agente no mercado.

4.2.3.3. *Responsabilização por abuso de posição dominante*

Embora a competência para aplicar as sanções previstas na lei antitruste seja do CADE, a menção a alguns aspectos relativos à responsabilização dos agentes econômicos infratores faz-se necessária devido ao fato de muitas das noções utilizadas para se aferir a responsabilização das empresas também serem úteis para as agências no momento de implantação e manutenção da concorrência.

Desta forma, ainda na análise sobre a existência do ilícito “abuso de posição dominante”, mais algumas reflexões devem ser feitas. Primeiramente, é preciso considerar que a questão da eficiência da empresa se aplica também aos casos de verificação de abuso de posição dominante, não estando restrita à hipótese de dominação de mercados. Embora o § 1º do artigo 20, ao prever a eficiência como descaracterizador da ilicitude, mencione expressamente apenas a hipótese de dominação de mercados, é lógico que a noção de eficiência da empresa é também extremamente relevante na análise da posição dominante.

Neste sentido, a aquisição de vantagem competitiva por parte de um agente econômico poderá colocá-lo em situação de prevalência no mercado

⁵² FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: RT, 1998, p. 295

relevante. Será possível, portanto, a aquisição de posição dominante em decorrência desta vantagem competitiva. Contudo, como já se disse anteriormente, o fato de o agente econômico adquirir posição dominante não é considerado ilícito em si.

Porém, há que se questionar qual a fronteira que separa a eficiência geradora de uma vantagem competitiva lícita e a eficiência que encobre sob o manto da vantagem competitiva uma prática ilícita. Ou seja, é necessário que, no momento em que se analisa a situação de predominância no mercado como produto da eficiência, se reflita sobre quais são os limites da licitude do prejuízo causado pelo dominante aos concorrentes. Neste caso, por exemplo, o preço praticado pela empresa poderá ser menor do que os dos concorrentes em função de sua eficiência, mas haverá um limite (que, evidentemente, não será facilmente mensurável) para a redução deste preço. A partir deste ponto, qualquer redução no preço não se tratará mais de vantagem competitiva, mas de prática de preço predatório, configurando abuso de posição dominante e ensejando punição por parte das autoridades administrativas.

Ademais, a punição por abuso de posição dominante deverá ser aplicada também nos casos em que, mesmo sem se conseguir verificar com certeza se a empresa detém posição dominante, depare-se com um caso típico de abuso de posição dominante. Isso porque, nesta hipótese, o ato ilícito restará configurado em função do efeito que gerou. Mesmo sem conseguir verificar de fato a posição dominante, presume-se a sua existência, já que o agente econômico só poderia ter praticado ato típico de abuso de posição dominante se efetivamente detivesse essa posição dominante. Assim, o ato será considerado ilícito em função do efeito anticoncorrencial que produziu, independentemente da intenção do agente.

Por fim, no momento de responsabilização do agente econômico, caberá nova análise acerca do grupo econômico. Assim, o poder econômico detido pelo grupo é importante não apenas para a verificação sobre a ocorrência de abuso de posição dominante, mas também para a responsabilização pela prática de ilícito concorrencial.

Nessa perspectiva, entende-se que o ato ilícito decorreu da atuação de todo o grupo e não apenas da atuação da empresa participante do mercado relevante considerado. E é exatamente neste sentido que o § 2º do artigo 20 da Lei 8.884/94 prevê que ocorre posição dominante quando uma *empresa ou grupo de empresas* controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou fornecedor de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

Aliás, no contexto da lei antitruste, o conceito de grupo econômico abrange a noção de grupo econômico de fato⁵³ e de direito, impondo responsabilidade solidária a todas as empresas ou entidades integrantes desses grupos.

Nesse sentido, como destaca PAULA FORGIONI, “todas as vezes que um acordo entre agentes econômicos tem por consequência proporcionar aos partícipes uma condição de independência de comportamento (ainda que coletivo) e em relação a outros agentes econômicos, podemos falar em existência de posição dominante.”⁵⁴

4.2.4. Prejuízo à livre concorrência ou à livre iniciativa

Além dos casos de dominação de mercados e de abuso de posição dominante - que acarretam lesão à livre concorrência e à livre iniciativa - o legislador previu ainda expressamente como ilícitos os atos que possam limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a concorrência ou a livre iniciativa. E o fez com o intuito de estabelecer uma cláusula geral de proteção à concorrência e à livre iniciativa.

⁵³ Como denota Paula Forgioni, os grupos de fato incluem não apenas aqueles constituídos por sociedades controladora e controladas, mas também refere-se às aglutinações derivadas da comunhão de interesses contratual, ainda que não formalizada. Também neste caso, é o poder de que é titular a empresa ou o grupo de empresas que conta, ainda que esse decorra de uma avença (Cf. *Os Fundamentos do Antitruste*, p. 281).

⁵⁴ Op. cit. p. 282.

Contudo, não há que se confundir a hipótese do inciso I com aquelas previstas nos incisos II (dominação de mercado relevante de bens ou serviços) e IV (abuso de posição dominante). Embora todos tutelem a concorrência e a livre iniciativa, cada um tem seu campo próprio de aplicação. Aliás, o objetivo buscado pelo legislador ao estabelecer os ilícitos em incisos diversos foi precisamente deixar claro que *não há uma vinculação necessária e absoluta* entre as infrações, apesar de, em grande parte dos casos, haver uma inter-relação entre as infrações.

Destarte, há que se perceber que as hipóteses de dominação de mercado relevante e de abuso de posição dominante pressupõem, para sua aplicação, a existência de poder de mercado por parte do agente que pratica a conduta ilícita.

A previsão do inciso I (prejuízo à livre concorrência ou à livre iniciativa), por outro lado, não exige a existência de poder de mercado. Para que seja considerada ilícita a conduta, basta que limite, falseie ou de qualquer forma prejudique a livre concorrência ou a livre iniciativa, independentemente de qual seja a parcela de participação que detenha o agente. Assim, haverá a incidência do inciso I principalmente nos casos de prática de concorrência desleal, em que o agente descumpra o dever ético de concorrência consistente em transmitir informações verdadeiras aos consumidores a respeito de qualidade e preço dos produtos.

Como a hipótese do inciso I aplica-se majoritariamente aos casos de concorrência desleal – matéria que ultrapassa os limites deste estudo -, a menção ao inciso I mostra-se relevante apenas para que se possa evidenciar a existência de uma cláusula geral de proteção da concorrência e para distinguir os casos de aplicação de cada um dos incisos do artigo 20 da Lei 8.884/94 na defesa da concorrência, sem que, no entanto, se ingresse no campo da concorrência desleal.

4.3. A ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS PARA A DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA

A partir do momento em que se delega aos particulares a execução de alguns serviços públicos anteriormente prestados diretamente pelo Estado, é necessário que sejam instauradas eficientes medidas de controle da prestação deste serviço, não apenas no que tange à qualidade do serviço, mas também no que concerne à existência de efetiva possibilidade de escolha dos usuários.

Assim, ao realizar a privatização, deverá o Estado implementar medidas para promover a existência de concorrência nos setores em que anteriormente os serviços eram prestados sob o regime de monopólio estatal. Estas medidas a serem adotadas serão determinadas pelas agências reguladoras de cada setor, de acordo com aquilo que seja necessário a cada serviço específico envolvido.

Se um monopólio estatal já trazia efeitos negativos, a existência de um monopólio privado poderá acarretar efeitos ainda mais perniciosos. Por isso - com exceção dos setores nos quais, por suas próprias estruturas e características, não há possibilidade de instauração de qualquer regime de concorrência - é imprescindível que um ambiente de concorrência seja instalado em todos os setores privatizados.

Uma vez que se reconhece o caráter institucional da concorrência, a necessidade de efetiva existência de competição passa a ser imperativa, já que será apenas através da concorrência que o usuário conseguirá ter acesso a várias opções de prestadores, podendo optar por aquele que lhe oferecer o serviço em melhor relação de custo-benefício, ou seja, com a melhor relação preço-qualidade.⁵⁵

⁵⁵ Nesse sentido, em analogia à idéia processual de contraditório - segundo a qual é garantida a atuação das partes envolvidas no processo para convencer o juiz (um terceiro) a tomar a decisão mais correta - a concorrência é concebida como uma *due process clause*, que, ao fazer com que haja vários agentes no mercado, possibilita a existência de uma "contestação", apta a garantir a tomada da decisão mais correta por parte do usuário do serviço público (Cf. Calixto Salomão Filho. *Regulação da atividade econômica – princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 29).

Conforme já foi explicitado anteriormente, em um contexto de Estado Regulador, o Estado não apenas transfere ao particular a prestação direta do serviço, mas passa a normatizar e a fiscalizar a prestação do serviço pelo particular, a fim de garantir que esta prestação atenda efetivamente às necessidades da coletividade.

Demais disso, o fato de ter havido a privatização do setor não significa que o serviço como um todo tenha deixado de ser público. Apesar de, neste processo de privatização, algumas atividades do setor passarem a ser consideradas atividades privadas (não mais serviços públicos), restarão ainda várias atividades que permanecerão sob o regime de direito público, embora não prestadas diretamente pelo Estado. Nestes casos, o que ocorre é a *privatização da prestação do serviço*, não da atividade em si. Portanto, nestes casos em que se estiver tratando de utilidades destinadas à satisfação da coletividade e imprescindíveis à concretização da dignidade da pessoa humana, os princípios atinentes aos serviços públicos devem continuar sendo respeitados.

Assim, as Agências Reguladoras deverão dirigir sua atuação normativa e fiscalizatória no sentido de assegurar a continuidade e a universalidade do serviço, bem como a modicidade dos preços cobrados do usuário.

No momento em que se afasta da prestação direta do serviço, o Estado deverá prever medidas para a *instauração e manutenção do ambiente concorrencial*, a fim de estimular a prestação do serviço de forma mais eficiente (através dos investimentos em tecnologia feitos pelos particulares) e por preços mais reduzidos (e, conseqüentemente, mais justos).

Todavia, há que se ressaltar que um ambiente de competição em setores regulados não ocorre da mesma forma que nos casos de atividade econômica em sentido estrito⁵⁶, sendo necessária uma atuação mais incisiva por parte do Estado. E isso ocorre, primeiramente, devido ao fato de o serviço prestado ser

⁵⁶ Conforme classificação apresentada por Eros Roberto Grau, segundo a qual existe o gênero “atividade econômica”, da qual são espécies o serviço público - atividade econômica cujo desenvolvimento compete *preferencialmente* ao setor público - e a atividade econômica em sentido estrito - fundada na livre iniciativa e sujeita ao regime de direito privado, mesmo quando exercida pelo Estado (*A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1998, p.131-142)

caracterizado como serviço público e, portanto, ser atividade que envolva a prestação de utilidades destinadas a satisfazer direta e imediatamente o princípio da dignidade da pessoa humana ou seja reputada como instrumento para a satisfação de fins essenciais eleitos pela República brasileira⁵⁷.

Além disso, a instalação e a manutenção da concorrência nestes setores mostra-se inviável se não estiver presente uma constante regulação estatal. Isso porque o que se observa nestes setores agora privatizados é que o mercado, ou naturalmente não oferece condições para a duplicação das estruturas de exploração – ocasionando dominação natural do mercado - ou exige que o Estado, para garantir a segurança e integridade física e econômica dos indivíduos e da nação, estabeleça condições de controle da entrada e permanência do agente no mercado.⁵⁸

Portanto, é exatamente em função da peculiaridade dos interesses envolvidos na prestação do serviço, bem como da estrutura de que é dotado o setor que se faz necessária a intervenção das agências reguladoras para implantar e manter um ambiente de competição adequado a atender satisfatoriamente aos interesses dos cidadãos.

4.3.1. A regulação e o direito antitruste

Em função da diferença existente entre os setores regulados e os mercados sujeitos a atividade econômica em sentido estrito, o regime de concorrência receberá tratamento distinto em cada um dos casos. No caso dos setores em que se desenvolve atividade econômica em sentido estrito, o que prevalece é a ampla liberdade de iniciativa, sendo que os agentes podem livremente ingressar no mercado e competir entre si, cabendo ao Estado a função de apenas controlar e fiscalizar a atividade, a fim de verificar se esta não

⁵⁷ Conforme noção de serviço público apresentada por Marçal Justen Filho (*Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 44).

⁵⁸ Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica – princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 46-47.

desrespeita as normas legais (lei antitruste, por exemplo) e os princípios constitucionais.

Já com relação aos setores regulados, a atuação estatal não se resume a fiscalizar e controlar a atividade; abrange também a função de impor regras norteadoras da atividade do agente econômico. Compreendida a essencialidade e a vinculação que apresentam para a concretização da dignidade da pessoa humana, os serviços exigem uma maior atenção por parte do Estado, a fim de que seja garantida a prestação com eficiência em condições de universalidade, continuidade e preços justos.

Assim, no que tange à concorrência, a prestação dos serviços agora privatizados (e controlados pelas agências reguladoras) *não obedecerá apenas às normas antitruste*; terá que se sujeitar também às normas impostas pelas agências reguladoras.

Para uma melhor compreensão acerca da diferenciação entre regulação e antitruste, importante a lição de CALIXTO SALOMÃO FILHO:

Em termos bem simples, a diferença entre direito antitruste e regulação está basicamente na forma de intervenção. A atuação do direito antitruste é essencialmente passiva, controlando formação de estruturas e sancionando condutas. Trata-se do que a doutrina administrativa costuma chamar de atos de controle e de fiscalização, através dos quais o Estado não cria a utilidade pública, limitando-se a fiscalizá-la ou controlá-la. Já a regulação não pode se limitar a tal função. É preciso uma intervenção ativa, que não se restrinja ao controle, mas preocupa-se com a verdadeira criação da utilidade pública através da regulação. A utilidade pública, nos setores reguláveis consiste exatamente na efetiva criação de um sistema de concorrência.⁵⁹ (grifou-se)

Entretanto, o fato de haver diferenças entre a regulação e o antitruste não significa que um setor regulado exclua a aplicação do direito antitruste; significa apenas que a regulação impõe medidas *além* daquelas previstas na legislação antitruste. Conforme contido no excerto acima, a regulação exige uma *intervenção ativa*, que, além das normas antitruste (atuação passiva), irá impor outras regras para os prestadores do serviço, visando a assegurar o atendimento

⁵⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica – princípios e fundamentos jurídicos*. Op. cit. p. 31.

às necessidades da coletividade e a implantar e manter um ambiente de concorrência nestes setores anteriormente monopolizados pelo Estado.

Dessa forma, ao efetuar a regulação dos setores, as agências reguladoras deverão ter presentes os conceitos, condutas e valores tutelados pela norma antitruste, a fim de tê-los como um parâmetro para a formulação de novas normas que irão se somar àquelas já previstas na legislação antitruste para se alcançar uma defesa mais efetiva dos interesses sociais envolvidos na prestação do serviço.

Nesse ponto, efeitos como a dominação de mercado relevante, abuso de poder econômico, aumento abusivo de preços e limitação à concorrência e à livre iniciativa, que já são coibidos nos setores sujeitos a atividade econômica em sentido estrito, com mais razão ainda devem ser efetivamente combatidos nos setores regulados. Assim, as agências reguladoras, ao editarem normas de defesa da concorrência nos setores específicos, deverão fazê-lo com o intuito de *evitar* que as infrações contra a ordem econômica previstas na Lei 8.884/94 sejam praticadas nos setores regulados.

Principalmente quando se consegue compreender o caráter institucional da concorrência, percebe-se que há a necessidade de os entes reguladores conciliarem antitruste e regulação, com o objetivo de manter um ambiente de concorrência *apto a proporcionar maior amplitude de escolha aos indivíduos e possibilitar a concretização dos princípios da livre iniciativa, valorização do trabalho humano e justiça social*⁶⁰.

⁶⁰ Nesse sentido, Calixto Salomão Filho faz relação entre as garantias institucionais do direito constitucional e a garantia sistêmica concorrencial. “Essas garantias institucionais do direito constitucional mostram-se indispensáveis para a preservação de direitos fundamentais dos cidadãos. Com elas guarda indiscutível paralelismo a concepção de garantia sistêmica concorrencial. A garantia de uma ordem concorrencial é indispensável para a defesa dos direitos básicos de escolha e informação por parte dos consumidores.” (*Regulação da atividade econômica*, pp. 101-102).

4.3.2. A relação entre a secretaria de Direito Econômico (SDE), CADE e as Agências Reguladoras na defesa da concorrência

Para que se possa delimitar com exatidão qual o papel a ser desempenhado pelas agências reguladoras na defesa da concorrência, é necessário primeiro verificar de que forma ocorre a divisão de atribuições entre os entes administrativos encarregados da defesa da concorrência: a secretaria de Direito Econômico, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e as agências reguladoras.

Neste sentido, é necessário destacar que a defesa da concorrência não se dá de forma única, em um único momento, mas envolve diversas etapas. Em primeiro lugar, tratando-se de serviços prestados anteriormente sob a forma de monopólio estatal, a primeira forma de defesa da concorrência é a *implantação* deste sistema de concorrência. Em um segundo momento, é preciso que se desenvolva uma atuação destinada a constantemente *controlar e fiscalizar* se a concorrência não está sendo (ou corre o risco de ser) prejudicada. Por fim, caso se verifique a presença de uma ameaça ao ambiente de competição, é necessário que sejam *impostas sanções* ao infrator e que seja restabelecida a concorrência.

No caso da *implantação* do ambiente de competição, tendo em vista que tal ação exige uma intervenção ativa por parte do Estado, é necessário que este lance mão de seu poder regulador, devendo as agências reguladoras expedir normas que sejam aptas a fazer com que surja competição nos setores privatizados. Nesta etapa, portanto, admitir-se-á apenas a ingerência das agências reguladoras, não cabendo ao CADE a adoção de qualquer medida.

Não obstante, a fim de *manter um ambiente de competição* entre os agentes atuantes no setor, deverão as agências reguladoras utilizar seu poder normativo para impor normas que se somem àquelas já previstas na lei antitruste para garantir um ambiente de competição mais protegido contra atos de concentração e monopolização do mercado, haja vista a tendência natural que têm estes setores de serem dominados ou monopolizados.

Após instaurado um regime de concorrência, deverão as agências reguladoras fazer uso de seu poder fiscalizatório para verificar se a ordem concorrencial implantada não está sendo violada. No caso de ser verificada alguma violação, as agências reguladoras, com exceção da ANATEL⁶¹, deverão se conjugar com a SDE⁶² (Secretaria de Direito Econômico) para controlar e investigar as condutas dos agentes econômicos e, se for o caso, instaurar eventual processo administrativo, a ser encaminhado ao CADE para que este proceda ao julgamento da questão.

Veja-se que, neste controle preventivo, não há como se estabelecer uma separação absoluta entre a atuação das agências e da SDE, já que, muitas vezes, o regular exercício do poder fiscalizatório pelas agências reguladoras irá coincidir com algumas das competências atribuídas pela lei 8.884/94 à SDE. Contudo, isso não significa que haverá conflito entre estes dois entes. Muito pelo contrário, o que se tem observado é uma atuação cooperada entre os dois. A partir da celebração de convênios, as agências reguladoras e a SDE passam a atuar em conjunto e harmonicamente no controle e na prevenção de atos anticoncorrenciais nos setores regulados. Assim, a partir da celebração destes convênios, passou-se a aliar o conhecimento técnico e específico das agências com a experiência detida pela SDE após anos de atuação na fiscalização e no controle de atos anticoncorrenciais, a fim de obter um controle mais efetivo da concorrência nos setores regulados. Não obstante, a eficácia desta ação conjunta torna-se mais evidente quando se considera a circunstância de estarem as agências em contato direto com os agentes econômicos, fazendo com que haja maior possibilidade de se verificar faticamente a ocorrência de eventuais práticas anticoncorrenciais.

Nessa perspectiva, verificada a ocorrência de prática que ofenda a concorrência no setor, irão as agências reguladoras informar a SDE, a fim de que

⁶¹ Conforme será posteriormente explicitado, no caso do setor de telecomunicações, a Lei 9.427/97 atribuiu à Anatel as competências tradicionalmente conferidas à SDE pela lei antitruste.

⁶² As competências da Secretaria de Direito Econômico vêm previstas no artigo 14 da Lei 8.884/94.

esta instaure processo administrativo para investigação da suposta infração, cabendo ao CADE o julgamento do processo.

No caso da ANATEL, a sua lei instituidora (Lei nº 9.427/97), ao dispor sobre o controle e a repressão preventiva de atos anticoncorrenciais, atribuiu à agência reguladora as competências conferidas pela Lei nº 8.884/94 à SDE. Assim, no setor de telecomunicações, ressalvada a competência do CADE (conferida pela lei 8.884/94), todas as outras competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações contra a ordem econômica deverão ser exercidas pela ANATEL. Desta forma, poderá a ANATEL, por exemplo, adotar medidas preventivas para a cessação de prática que constitua infração à ordem econômica, podendo fixar prazo para seu cumprimento e multa em caso de descumprimento, conforme prevê o artigo 14, inciso XI da lei 8.884/94. Além disso, ao contrário do que ocorre com os demais setores, sendo verificada prática anticoncorrencial, poderá a própria ANATEL instaurar processo administrativo para investigação, exercendo competência tradicionalmente atribuída à SDE.

Contudo, o fato de se permitir que a ANATEL exerça as funções típicas da SDE não significa que a SDE não possa atuar no setor de telecomunicações, já que a lei instituidora da ANATEL, em momento algum, impôs exclusividade de atuação da ANATEL. Neste caso, sendo a ANATEL omissa, a SDE poderá atuar de forma residual.

Uma vez verificada prática anticoncorrencial e instaurado o processo administrativo, este deverá ser encaminhado ao CADE para julgamento. Assim, tendo ocorrido um ato de infração à concorrência, a única autoridade administrativa competente para o julgamento será o CADE. *Apenas ao CADE cabe o dever de julgar os processos administrativos e de aplicar as sanções previstas na lei antitruste.* Nesse sentido, as leis instituidoras das agências reguladoras já prevêem expressamente a competência para o CADE (e não para as agências reguladoras) apreciar os atos de infração à ordem econômica praticados (ou na iminência de serem praticados) pelos agentes econômicos do setor.

Entretanto, dizer que apenas o CADE é autoridade competente para aplicação das infrações previstas na lei antitruste não implica afirmar que apenas o CADE pode se valer das normas e conceitos previstos na lei antitruste. *As normas e os conceitos previstos na lei antitruste dizem respeito à proteção da ordem econômica como um todo, independentemente de qual seja a autoridade administrativa que esteja atuando para a defesa da concorrência.* Assim, como já se afirmou anteriormente, as previsões da lei antitruste devem ser tomadas como parâmetro pelas agências na defesa da concorrência. Será apenas nos casos de julgamento e aplicação das sanções que será dada exclusividade ao CADE.

Por fim, é importante ressaltar que não há hierarquia entre o CADE e as agências reguladoras: ambos são entes pertencentes à Administração Pública Indireta, devendo cada um atuar no âmbito de sua competência. No caso de conflito entre uma decisão das agências e do CADE, a questão deverá ser dirimida pelo Poder Judiciário, não podendo, nem o CADE, nem as agências reguladoras, revogar ou anular decisão proferida pelo outro no exercício regular de sua competência.

4.3.3. A instauração da concorrência nos setores regulados

Ao promover as privatizações dos serviços anteriormente desenvolvidos sob a forma de monopólio estatal, deverá o Estado (através das agências reguladoras) implementar medidas para que os particulares, ao prestarem os serviços, o façam em um regime de competição.

Para tanto, primeiro deverá ser analisado se o mercado comporta (por sua estrutura e características próprias) uma prestação em regime de competição. Em um segundo momento, é necessário que se proceda à reestruturação do setor, desmembrando a atividade em várias etapas, nas quais, na medida do possível, será instaurado um regime de competição.

4.3.3.1. *Desmembramento de atividades complementares ou ligadas a uma mesma cadeia produtiva*

No momento em que se constatar que determinado setor admite exploração em regime de concorrência, em uma primeira etapa, deve-se promover a separação das etapas envolvidas na prestação do serviço, bem como a diferenciação entre as diversas atividades independentes abrangidas pelo setor. Com relação aos serviços até agora privatizados, foi exatamente isso que foi feito. No caso do serviço de fornecimento de energia elétrica, por exemplo, que antes era visto como um todo, procedeu-se ao *fracionamento da prestação da atividade*, envolvendo as atividades de a) produção; b) transmissão; c) distribuição; d) comercialização⁶³. Da mesma forma, o setor de telecomunicações passou a ser analisado de acordo com as diversas *espécies de utilidades* que engloba, tais como a telefonia fixa, a telefonia celular, o serviço de bips e Internet.

Efetuada essa fragmentação das atividades envolvidas em cada setor, para que se instaure um ambiente de competição, é necessário ainda que se atribua cada uma destas parcela da exploração a agentes econômicos diferentes, a fim de impedir que um mesmo agente controle toda a cadeia produtiva.

Conforme mencionado quando se tratou do abuso de posição dominante⁶⁴, um dos fatores que indicam a situação de posição dominante no mercado é a obtenção por um único agente econômico de várias (ou de todas) fases de produção e distribuição do produto. Desta forma, ao se pretender implantar um sistema de concorrência nestes setores anteriormente monopolizados, a realização de uma desintegração vertical do setor torna-se imprescindível, pois, com isso, poder-se-á evitar que surjam, desde o início, situações de dominação de mercado nos setores regulados.

⁶³ Art. 2º, Lei 9.427/96

⁶⁴ Vide item 4.2.3.2

Assim, a desintegração vertical, associada à proibição de um mesmo agente atuar em mais de uma etapa produtiva, fará com que se impeça o surgimento de dominação de mercado decorrente do domínio de várias fases de produção e distribuição do produto. Conseqüentemente, ao se vedar a atuação em mais de uma etapa da cadeia produtiva, estar-se-á impedindo o agente econômico de praticar o chamado subsídio cruzado, fenômeno que consiste na compensação de eventuais prejuízos sofridos em uma etapa competitiva pela transferência dos custos a outra etapa produtiva não competitiva.

Aliás, neste sentido são as lições de DINORÁ ADELAIDE MUNETTI GROTTI, com base nos ensinamentos de Gaspar Ariño Ortiz⁶⁵:

um princípio que se reflete em toda a estrutura do novo modelo de regulação para a competição é a desintegração vertical (*unblinding*) das distintas fases ou segmentos do negócio de que se trate, nos quais quase sempre é possível distinguir as infra-estruturas (comuns) e os serviços (singularizados), prestados por distintos operadores em competição. Os dois grandes objetivos dessa separação são: '1) a distinção entre as atividades potencialmente competitivas e não-competitivas, com aplicação de um regime jurídico distinto a umas e outras; e 2) a transparência informativa que é *conditio sine qua non* para uma correta regulação, com eliminação de subvenções cruzadas entre os distintos serviços'.⁶⁶ (grifou-se).

Nesse sentido, em consonância com a necessidade de se separarem as fases ou segmentos da prestação do serviço e de atribuir a prestação de cada uma das etapas a agentes econômicos diferentes, o legislador, ao disciplinar o setor de telecomunicações, tratou de vedar expressamente a possibilidade de ocorrência das subvenções cruzadas entre as distintas etapas.

Em um segundo momento, após realizada a desintegração vertical das etapas que compõem uma mesma cadeia produtiva, é necessário que se implante uma verdadeira concorrência horizontal em cada uma destas etapas. Para tanto, deve-se efetuar uma análise individualizada de cada etapa, a fim de averiguar se há possibilidade de existência de competição em cada uma delas.

⁶⁵ Os estudos de Gaspar Ariño Ortiz foram baseados no movimento de regulação ocorrido no âmbito do Direito Comunitário Europeu.

⁶⁶ GROTTI, Maria Adelaide Musetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ary. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 62.

Neste momento, caberá às agências reguladoras a definição a) das áreas de exploração dos serviços e atividades; b) do número de agentes que poderão atuar em cada mercado e c) das condições, da conveniência e da oportunidade da outorga de concessões, permissões e autorizações.

Entretanto, poder-se-á verificar que algumas atividades não comportam regime de competição através da duplicação das estruturas. Nestes casos, um dos agentes atuantes no setor detém o monopólio natural da propriedade da estrutura necessária à exploração da atividade, e será necessária uma ativa regulação estatal para permitir que seja implantado um sistema de competição e que seja normatizado o uso de instalações, equipamentos e sistemas cujo acesso seja essencial para a viabilidade da atuação de concorrentes no mercado.

4.3.3.2. *A questão do monopólio natural*

Dentre as atividades privatizadas, haverá aquelas caracterizadas pela impossibilidade ou inconveniência de duplicação das estruturas. Isso porque, primeiramente, a duplicação destas estruturas acarretaria custos demasiadamente altos para os agentes que pretendessem agir em concorrência. Além disso, a estrutura de exploração do setor é composta por redes com os chamados “retornos crescentes de escala”, o que significa que, quanto mais consumidores fizerem parte desta rede, mais útil ela será ao consumidor. É o que ocorre, por exemplo, na atividade de telefonia, na qual o serviço se torna cada vez mais útil ao usuário na medida em que mais indivíduos se agregam à mesma rede e que se torna possível a ampliação da comunicação entre os indivíduos.

Assim, a existência dos retornos crescentes de escala fará com que não haja qualquer estímulo ao consumidor para optar por utilizar uma eventual rede concorrente que não lhe proporcione a oportunidade de comunicação com um grande número de usuários. Neste contexto, a realização de eventual duplicação das redes, por ser desinteressante ao usuário e excessivamente custosa ao

empresário, acarretaria no mercado uma competição ruínosa ou autodestrutiva, em que apenas um agente teria condições de sobreviver em exercício.

Neste quadro, é imprescindível que o Estado lance mão de instrumentos regulatórios para instaurar um sistema de competição também nestes setores de “monopólio natural”. Nestas hipóteses, a intervenção estatal será dirigida não a regular um monopólio, mas a criar um ambiente de competição na própria estrutura existente.

Caso não ocorra esta intervenção regulatória, estes setores passarão a ser mercados dominados e, como tais, propensos a admitir a prática de abusos (típicos de monopolistas) contra os usuários.

Se a existência de monopólio já é danosa em setores de atividade econômica em sentido estrito, mais perniciosa ainda será quando se tratar de serviços essenciais. Deste modo, incumbe ao Estado garantir a prestação satisfatória do serviço e em ambiente de competição. E a única forma de se concretizar este binômio nos casos de monopólio natural é através da utilização da rede única já existente, impondo-se uma obrigatoriedade de compartilhamento das estruturas.

Nesse sentido, é de extrema relevância a retomada da idéia de função social a ser exercida pelo agente econômico, uma vez que o campo de aplicabilidade da função social da propriedade não se restringe ao âmbito privado, abrangendo também as hipóteses que envolvam serviços públicos e atividades privadas de interesse público⁶⁷.

Assim, nos casos de monopólio natural de serviço de relevante interesse público, a função social do agente econômico detentor da rede única implica o dever de não apenas utilizar seus bens de produção em benefício comum; abrange também a obrigação de *compartilhar os bens de acesso ao mercado*

⁶⁷ A distinção entre serviços públicos e atividades privadas de interesse público envolve a discussão sobre a existência de serviços públicos próprios e impróprios, sendo estas atividades privadas não titularizadas pelo Estado, mas que possuem grande importância para a coletividade e, por esta razão, estão sujeitas a uma rígida e constante conformação pelo Poder Público. Esta questão, entretanto, será melhor abordada no item 3.3.3.3, quando se tratar das formas de concorrência em fases da exploração da atividade econômica ou da prestação de serviços públicos.

(como é o caso das redes) e permitir a existência de um ambiente de competição a proporcionar opções de escolha aos consumidores.

Foi exatamente para atender este tipo de necessidade que se desenvolveu nos Estados Unidos a chamada *essential facility doctrine*, impondo ao monopolista o dever de disponibilizar ao concorrente a utilização do equipamento ou sistema essencial para o desenvolvimento da atividade.

Contudo, não será em qualquer caso que se poderá *impor* ao agente econômico este dever. É necessário que estejam preenchidos quatro requisitos: a) existência de controle de um bem fundamental para a concorrência; b) impossibilidade prática e/ou econômica de duplicação do referido bem; c) negativa do monopolista de uso do bem fundamental; d) possibilidade física e técnica de fornecer a interconexão.⁶⁸

Destarte, a função social da propriedade de um bem de acesso implica não apenas a obrigação de permitir o acesso aos competidores; engloba também o dever de possibilitar a interconexão. E essa interconexão deverá envolver não apenas agentes econômicos prestadores do mesmo serviço, mas também os prestadores de outros serviços. Foi exatamente neste sentido que a Lei Geral de Telecomunicações, ao disciplinar o assunto, previu que “as prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo terão direito à utilização de postes, dutos, condutos e servidões pertencentes ou controlados por prestadora de serviços de telecomunicações ou de outros serviços de interesse público”⁶⁹.

Neste sentido, apesar de nem todas as leis previrem a obrigação de compartilhamento, poderão as agências exercer seu poder normativo para impor normas nos setores específicos obrigando a disponibilização das redes pelos monopolistas⁷⁰. E uma determinação neste sentido seria perfeitamente admissível (e até desejável), já que estaria em consonância com a finalidade das leis instituidoras das agências e com o direito.

⁶⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica... op. cit.* p. 54

⁶⁹ Art. 73 da Lei nº 9.472/97.

⁷⁰ Nesse sentido, a ANATEL, a ANEEL e a ANP, em 25/11/1999, formularam a Resolução conjunta nº 1, estabelecendo o uso compartilhado de infra-estruturas entre os setores de energia elétrica, telecomunicações e petróleo.

Por fim, é preciso ressaltar que o compartilhamento dos bens não ocorrerá de forma gratuita: por óbvio, aquele que pretender utilizar o bem para atuar no mercado deverá remunerar o detentor daquele bem necessário. Entretanto, o preço cobrado deverá ser justo e razoável. Caso contrário, estaria caracterizado o abuso de posição dominante do detentor do bem e estaria sendo inviabilizada a concorrência, já que os preços a serem praticados por aquele que tiver que arcar com um custo elevado de utilização de bem necessário acabarão sendo elevados e não competitivos.

Assim, diante do risco de abuso de posição dominante, exige-se que as agências reguladoras de cada setor fiscalizem os detentores do bem necessário, para verificar se o preço exigido não é excessivo. Não obstante, caso os particulares envolvidos não consigam chegar a um acordo sobre o preço a ser praticado, poderá a agência, na defesa dos interesses concorrenciais, fixar um preço justo para a utilização do bem.

4.3.3.3. As formas de estabelecimento da concorrência nas fases de exploração da atividade econômica ou da prestação de serviços públicos

Como já foi dito anteriormente, após realizada a desintegração vertical do serviço, passar-se-á a analisar cada etapa da atividade de forma individualizada. Neste exame, será constatado que nem todas as etapas comportam prestação em regime de competição, merecendo uma forma de regulação diferenciada. Não obstante, haverá ainda algumas atividades que, analisadas separadamente, perderão sua característica de serviço público.

Aliás, como demonstra DINORÁ ADELAIDE MUNETTI GROTTI, baseada nas lições de Gaspar Ariño Ortiz sobre o movimento de privatização na Comunidade Européia, a abertura dos serviços à competição e às leis do mercado tem como característica “a não-qualificação como serviço público de uma

atividade ou setores em seu conjunto, mas apenas de algumas tarefas”⁷¹. Assim, apenas algumas etapas serão consideradas “de serviço universal, obrigatório, que deva ser garantido, como missão ou tarefa de interesse geral em cada setor concreto”.⁷²

Por óbvio, tratando-se de atividades sujeitas a regime jurídico diverso, o tratamento da concorrência não poderá ocorrer da mesma forma conforme se trate de serviço público ou de atividade privada. Nos casos de serviço público, a intervenção estatal ocorrerá de forma mais intensa, já nos casos de atividade privada, será concedido mais espaço ao desenvolvimento da livre iniciativa.

Nesse sentido, a Lei Geral de Telecomunicações, ao disciplinar as diferentes atividades, *destinou tratamento diverso às atividades*. Denominou de “*serviços de interesse coletivo*” os sujeitos a universalização e continuidade, e de “*serviços de interesse restrito*” aqueles prestados apenas sob o regime de direito privado.

Contudo, independentemente da denominação que se adote para designar cada serviço, o importante (em qualquer um dos setores regulados) é *analisar a natureza jurídica do serviço, isto é, o que importa é conferir se se trata de serviço público ou de atividade econômica em sentido estrito*.

Neste sentido, a atividade será entendida como serviço público se for verificado que envolve “a prestação de utilidades destinadas a satisfazer direta e imediatamente o princípio da dignidade da pessoa humana ou quando forem reputadas como instrumentos para satisfação de fins eleitos pela República brasileira.”⁷³ Caso contrário, em um critério residual de verificação, se não for serviço público, será atividade privada.

Todavia, neste processo de classificação das atividades, irá se verificar que algumas atividades privadas, embora não possuam características de serviço público, apresentam grande relevância para a coletividade e, por esse fato, não se

⁷¹ Op. cit. p. 63.

⁷² Ibidem, pp. 63-64.

⁷³ Noção de serviço público apresentada por MARÇAL JUSTEN FILHO (*Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, p. 44).

resumem a mera atividade econômica. São atividades concebidas como “atividades privadas de relevante interesse coletivo”, que, exatamente por envolverem este interesse coletivo, reclamam forte controle estatal para garantir a sua prestação.

Nos casos de serviço público, deverá o Estado regular a prestação pelos particulares para assegurar a continuidade, a universalidade e a cobrança de preços justos. Devido à essencialidade do bem envolvido na prestação do serviço, como já foi dito anteriormente, a atuação estatal ocorrerá de maneira mais incisiva, e a concorrência será disciplinada não apenas pelas normas previstas na legislação antitruste, mas serão impostas ainda outras normas a serem obedecidas pelos agentes econômicos.

Já nas hipóteses de atividade privada, não caberá às agências reguladoras uma intervenção excessiva na atividade. Diferentemente dos serviços públicos, no caso de atividade privada, não irá (nem poderia) o Estado se ocupar de, a priori, restringir algumas das liberdades dos agentes econômicos (como, por exemplo, a liberdade na fixação dos preços). Todavia, nos casos em que estas atividades econômicas privadas sejam de relevante interesse público, será possível que as agências reguladoras, com base no exercício do poder de polícia administrativa, exerçam substancial poder de controle e fiscalização sobre estas atividades.

Nesta linha, tendo em vista o interesse coletivo envolvido nestas atividades privadas, o poder de polícia assumirá a conotação de “atividade administrativa conformadora”, “poder de polícia / autorização funcionalizada”, destinado à constante regulação da atividade, com o objetivo de assegurar o atendimento ao interesse público envolvido⁷⁴.

A esse respeito, relevante transcrever os ensinamentos de EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA E TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ:

⁷⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da proporcionalidade no Direito Econômico. In: *Revista de Direito Mercantil* nº 121, pp. 56-81.

a autorização foi transplantada ao complexo campo das atividades econômicas, nas quais desempenha um papel que não se reduz ao simples controle negativo do exercício de direitos, mas que se estenda à própria regulação do mercado, com o explícito propósito de orientar e conformar positivamente a atividade autorizada no sentido da realização de uns objetivos previamente programados ou ao menos implicitamente definidos nas normas aplicáveis.⁷⁵ (grifou-se).

Contudo, o exercício deste “poder de polícia conformador” não implica a supressão total da liberdade de iniciativa do agente econômico. Neste caso, o que irá ocorrer será o *direcionamento desta liberdade ao atendimento dos interesses sociais envolvidos*. Além disso, a regulação a ser exercida pelas agências nestes casos de atividade privada de interesse público deverá, por óbvio, ser submetida a um juízo de proporcionalidade, adotando as medidas necessárias e menos gravosas ao agente. Como bem acentua ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, “na regulação destas atividades econômicas de interesse geral o Poder Público deve se *limitar a expedir as normas que digam respeito ao interesse coletivo a ser atendido*, não podendo se imiscuir em assuntos intestinos das empresas, mesmo que atinentes a outros interesses públicos”⁷⁶ (grifou-se).

Assim, a partir desta nova noção de poder de polícia, passa-se a admitir que as agências reguladoras, na defesa de interesses coletivos como a saúde, a vigilância sanitária, tenha poderes para editar normas conformadoras da atuação dos agentes atuantes nestes setores. E estas normas, desde que proporcionais e destinadas à proteção dos interesses da coletividade, não padecerão de qualquer ilegalidade, haja vista que o fundamento para sua edição será o dever de proteção, estabelecido por todo o ordenamento jurídico.

Da mesma forma, não apenas será admitido, mas exigido que a concessão de autorizações seja feita de forma bastante rigorosa aos indivíduos que pretendam atuar em um determinado setor de atividade econômica de interesse público, no intuito de assegurar que a liberdade de iniciativa a ser exercida pelo indivíduo seja direcionada à realização dos interesses coletivos.

⁷⁵ FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón e ENTERRIA, Eduardo Garcia de *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da proporcionalidade.... p. 77.

⁷⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da proporcionalidade.... p. 79

Nesse sentido, a Lei nº 9.472/97, ao disciplinar o setor de telecomunicações, previu expressamente que “os serviços de interesse restrito estarão sujeitos aos condicionamentos necessários para que sua exploração não prejudique o interesse coletivo.”⁷⁷

Todavia, é preciso ressaltar que, embora seja permitido ao Estado intervir na atividade privada de interesse coletivo, a atividade permanece sendo prestada unicamente sob o regime de direito privado, e a conformação do exercício da liberdade de iniciativa irá ocorrer apenas na medida do estritamente necessário, a fim de permitir a maior amplitude possível no exercício da liberdade de iniciativa.

Por outro lado, quando se estiver tratando de serviços públicos, a atuação das agências reguladoras não estará restrita ao exercício do poder de polícia; abrangerá, também, uma atividade normativa mais ampla da atividade em questão. Nestas hipóteses, o Estado irá utilizar seu poder regulador para assegurar a universalidade e a continuidade do serviço a preços justos e razoáveis.

Nestes casos, tendo em vista a essencialidade do serviço público, é imprescindível que se mantenha pelo menos uma parcela dos prestadores atuando sob o regime de direito público. Nestes setores de serviço público, a concorrência poderá (e deverá) ser instaurada, mas de forma a preservar ao Estado certas prerrogativas existentes apenas nos casos sujeitos ao regime de direito público⁷⁸.

Desta forma, mantendo-se a prestação de alguns serviços sob o regime público, as alternativas possíveis de instalação de concorrência nestes setores serão, ou mediante a manutenção de toda a prestação sob o regime de direito público, realizando-se concessões e permissões a diversos particulares, ou com a

⁷⁷ Lei nº 9.472/97, art. 62, parágrafo único.

⁷⁸ Neste sentido, o artigo 64 da Lei 9.472/97 estabelece que “comportarão prestação no regime público as modalidades de serviço de telecomunicações de interesse coletivo cuja existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se a assegurar.

instituição de dois regimes, um público e um privado, em que alguns agentes receberão concessões e permissões, e outros, autorizações.

Na instauração de um regime de competição no setor, caberá às agências reguladoras definir em que casos será aplicada a concorrência unicamente sob o regime de direito público e em que casos haverá a prestação concomitantemente sob o regime de direito público e de direito privado. Para esta análise, deverá a agência levar em consideração as características do serviço e as vantagens que a competição de uma ou de outra forma trarão para o serviço específico. E as razões para se atribuir às agências reguladoras esta competência são exatamente a especialidade e o conhecimento técnico que estes entes da Administração Pública possuem. Neste caso, reconhece-se que a autoridade administrativa melhor capacitada a escolher o regime de competição mais adequado a cada serviço específico é aquela que detém profundo conhecimento técnico-científico sobre ele e que, exatamente por esse motivo, compõe o quadro das agências reguladoras.

Nas situações em que a instauração da concorrência deva ocorrer *apenas sob o regime de direito público*, deverão as agências reguladoras outorgar concessões e permissões a diversos agentes econômicos para atuarem na mesma atividade, impondo a estes agentes que pretendam atuar no mercado as obrigações de universalidade e de continuidade.

Nestas hipóteses, o Estado, no exercício de seu poder regulador, poderá instituir certas restrições a algumas das liberdades dos agentes econômicos. Assim, por meio do controle das permissões e concessões, as agências reguladoras, em certa medida, limitarão a liberdade de entrada no mercado, bem como restringirão a liberdade de investimentos - impondo compromissos vinculantes aos agentes quanto aos investimentos e às taxas de retorno - e a liberdade de contratação e de formação dos preços, controlando os preços praticados e fixando índices máximos de correção.⁷⁹ Estas restrições serão

⁷⁹ Tratando sobre as atividades sujeitas a um regime de competição, Gaspar Ariño Ortiz identifica como quatro as liberdades próprias deste sistema. São elas: a) liberdade de entrada, de forma

aplicadas da mesma forma a todos os agentes atuantes no setor, haja vista que, atuando sob o regime de direito público, é imposto a todos eles os deveres de universalidade e continuidade.

Por outro lado, quando se tratar de um sistema de concorrência implantado *concomitantemente sob o regime de direito público e de direito privado*, os ônus do setor serão divididos de forma diferente aos diversos agentes. Deste modo, aqueles que atuarem sob o regime de direito público estarão comprometidos com os deveres de continuidade e universalidade, ao contrário dos que estiverem atuando sob o regime de direito privado.

Nestes casos, as empresas sob o regime de direito público receberão *permissões e concessões* de prestação do serviço público e irão competir no mercado com algumas empresas (as chamadas empresas-espelho)⁸⁰ sujeitas ao regime de direito privado, que receberão *autorização* das agências reguladoras para atuar no setor.

Neste sistema, para que se possa estimular a entrada de novos agentes, é necessário que as agências reguladoras analisem as características e condições de cada agente econômico, a fim de estabelecer normas que garantam um maior grau de isonomia entre os agentes em competição.

Neste sentido, como bem acentua ANA MARIA DE O. NUSDEO:

as antigas empresas estatais, ainda que privatizadas, gozam não apenas de uma posição de domínio no mercado, mas de tradição, clientela, capacidade instalada e outras vantagens decorrentes da presença consolidada na atividade. As empresas em processo de entrada, embora pertencentes a grupos de grande poder econômico, entram em desvantagem competitiva. Nesse sentido, é necessário o estabelecimento de regras tendentes a compensar o poder das antigas monopolistas.

O sistema concebido para a telefonia fixa oferece um exemplo interessante de solução a essa questão. Com efeito, estabeleceu-se a prestação do serviço em regime público

que todos os que preencham certos requisitos mínimos possam prestar os serviços; b) livre acesso ao mercado, isto é, às infra-estruturas: à doutrina das instalações essenciais; c) liberdade de contratação e de formação dos preços; d) liberdade de investimentos, sem compromisso vinculante quanto a investimentos e taxas de retorno. (Sobre el significado actual de la noción de servicio publico y su régimen jurídico – hacia um nuevo modelo de regulación. In: Ariño Ortiz, J.M. De La Cuétera Martínez e J.L. López-Muniz, *El Nuevo Servicio Publico*. Madri: Marcial Pons, 1997, pp. 27-30)

⁸⁰ As empresas-espelho recebem esta denominação devido ao fato de serem concebidas para atuar na mesma área geográfica – o espelho geográfico – das concessionárias.

pelas empresas concessionárias, que já participavam do mercado anteriormente. Detendo maiores vantagens decorrentes da sua antiguidade no mercado, a elas cabem também maiores ônus relativos aos deveres de universalização e continuidade, o que, sobretudo no tocante à universalização, implica a realização de investimentos para exploração de mercados economicamente menos interessantes. As autorizadas concorrentes, por sua vez, são livres desse tipo de ônus, mas têm de instalar sua rede para entrar em funcionamento. Procura-se, assim, equilibrando vantagens e ônus de umas e outras, garantir condições de paridade competitiva entre as concessionárias e as autorizadas⁸¹. (grifou-se)

Neste sistema, o tratamento dispensado às *concessionárias e permissionárias* não traz nenhuma modificação substancial em relação àquilo que tradicionalmente é conhecido e praticado pela doutrina de direito administrativo. As únicas diferenças que se observam é que, ao se implantar a concorrência, as concessões e permissões, logicamente, não serão mais instituídas em favor de uma única empresa; serão atribuídas a vários agentes econômicos, sendo impostos a estes agentes os deveres de continuidade e universalização do serviço.

Por outro lado, no tocante às *autorizações*, estabeleceu o legislador tratamento totalmente diverso daquele que usualmente se conhece e pratica na área de serviços públicos. Tradicionalmente, conforme ensina a professora MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “a autorização de serviço público é dada no *interesse exclusivo do particular* que a obtém; ele não exerce uma atividade que vá ser usufruída por terceiros, mas apenas por ele mesmo.”⁸²

Tendo em vista que a utilidade prestada nos setores privatizados não será usufruída apenas por aquele que a explorar, fica claro que a autorização mencionada pelo legislador nos casos de competição na prestação de serviços públicos regulados não se encaixa nos moldes da autorização tradicionalmente concebida.

Além disso, sempre que o ordenamento jurídico se referia ao termo “autorização de serviço público”, o fazia concebendo uma forma *discricionária e precária* de delegação de serviço público. Ocorre que, ao disciplinar a

⁸¹ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Agências Reguladoras e Concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ary (org). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 176.

⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. Op. cit. p. 124.

concorrência no setor de telecomunicações, o legislador deu uma conotação diversa ao instituto, concebendo-o como um ato vinculado e, portanto, não precário⁸³. Nesta sistemática, o particular passaria a ter um direito subjetivo à obtenção da autorização, desde que preenchidos os requisitos objetivos impostos pela lei.

Todavia, como bem demonstra a professora MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, o modelo implantado pelo legislador nos setores privatizados colide frontalmente com o texto constitucional pátrio. Nas palavras da ilustre administrativista:

No caso da autorização de serviço público, não há possibilidade de o ato ser vinculado. A idéia de serviço público é incompatível com a natureza vinculada do ato de outorga, pela forma como a concessão, a permissão e a autorização estão previstas na Constituição. Seja no art. 21, XI e XII, seja no art. 175, a delegação ao particular, por meio de um daqueles institutos, constitui alternativa à escolha da Administração Pública. Em todos os dispositivos que cuidam desses institutos, está prevista a opção entre a execução direta, pela própria Administração, ou a execução delegada por meio de concessão, permissão ou autorização.

Poder-se-ia argumentar que o art. 21, XI, ao remeter a disciplina da matéria à lei (com a expressão “nos termos da lei”), estaria deixando inteira liberdade ao legislador, inclusive para excluir a discricionariedade administrativa nos casos de autorização. No entanto, há que ter presente que, na ausência de disposição expressa em contrário, tem-se que interpretar a terminologia usada na Constituição em seu sentido comum. Enquanto com relação à permissão de serviço público houve norma expressa imprimindo-lhe natureza contratual (contrariando o sentido comum do instituto), o mesmo não ocorreu com a autorização. Não há qualquer fundamento constitucional para concluir-se que a Constituição quis mudar a natureza do ato, tomado a Administração Pública obrigada a outorgar a autorização mesmo que a considere contrária ao interesse público, à oportunidade e à conveniência⁸⁴. (grifou-se)

Neste sentido, demonstrado que a vinculação do ato de outorga de autorizações implica flagrante inconstitucionalidade, a delegação da prestação do

⁸³ O artigo 131 da Lei nº 9.472/97 prevê, em seu artigo 131, que “a exploração de serviço no regime privado dependerá de prévia autorização da agência, que acarretará direito de uso das radiofrequências necessárias”. E, no § 1º do mesmo artigo, dispõe que a “*autorização de serviço de telecomunicações é ato administrativo vinculado* que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias.”(grifou-se)

⁸⁴ Op. cit. pp. 126-127.

serviço por meio de autorização só poderá ser admitida sob a forma discricionária

Assim, uma vez que o art. 21, XI e XII, da Constituição Federal possibilita à Administração Pública a delegação da prestação do serviço através de autorização, poderão as agências reguladoras conceder autorizações, desde que estas sejam convenientes e oportunas. *Não haverá um direito subjetivo à obtenção da autorização.* A outorga de autorizações deverá levar em consideração as condições objetivas e subjetivas mencionadas na legislação, mas não deverá restringir a análise a apenas estas condições. Além dos requisitos expressos na lei, deverá fazer uma análise de mérito, aferindo a conveniência e oportunidade da entrada do agente no setor. Entretanto, conforme já foi dito quando se tratou do controle dos atos das agências⁸⁵, este poder discricionário não pode ser confundido com arbitrariedade: o ato que decide sobre a outorga ou a negativa da autorização deverá obrigatoriamente obedecer ao interesse público e ser motivado, a fim de que se possa permitir um controle posterior mais amplo sobre o ato administrativo emanado.

Além da possibilidade de coexistência de concessionários, permissionários e autorizatários prestando o mesmo serviço em regime de competição, ainda há outras medidas possíveis de serem implementadas pelas agências reguladoras para a criação ou ampliação de um sistema de concorrência.

Nesse sentido, conforme já se disse anteriormente, caberá às agências instituir normas que, *nos casos de monopólio natural*, assegurem o compartilhamento dos bens de acesso, possibilitando o ingresso de concorrentes e a interconexão entre os diferentes setores e entre as diversas etapas de prestação da mesma atividade.

Por fim, nos setores em que a instauração de um sistema de competição se mostrar *efetivamente inviável*, a atuação normativa das agências poderá ser dirigida no sentido de implantação de um sistema de regulação por comparação. Como leciona MARÇAL JUSTEN FILHO:

⁸⁵ Vide item 2.3

Mesmo diante de hipóteses de inviabilidade absoluta de competição, surgem instrumentos destinados a produzir efeitos similares aos gerados pela concorrência. Têm-se desenvolvido soluções orientadas a submeter o prestador de serviços públicos a tratamento equivalente ao da existência de um competidor, tomando em vista o desempenho de outros operadores. Costuma-se denominar essa hipótese de regulação por padrão de comparação (“yardstick regulation”). Elege-se o prestador do serviço com o melhor desempenho e se subordinam todos os demais a tratamento equivalente, de modo a constrangê-los a ampliar a qualidade de sua atuação⁸⁶. (grifou-se)

Nesta hipótese, caso se opte pela instauração de uma regulação por padrão de comparação, deve-se ter muita cautela no momento de instauração dos padrões, pois a exigência de um padrão muito elevado poderá acarretar um efeito ruinoso aos agentes econômicos com menor poder no mercado. Um exemplo disso seria fixar-se como padrão preços excessivamente reduzidos, tendo como parâmetro um agente que pratica preços predatórios.

Nesse sentido, exatamente para controlar o risco que apresenta a implantação de uma regulação por padrão de comparação, é que se revela imprescindível que a regulação seja feita pelas agências reguladoras, uma vez que são elas os entes dotados de especialidade técnica suficiente para avaliar a conveniência e o limite do padrão a ser estabelecido.

4.3.4. A manutenção da concorrência nos setores regulados

Uma vez estabelecido um sistema de competição nos setores regulados, é necessária a adoção de certas medidas para que esta concorrência não seja prejudicada. Para tanto, será preciso uma atuação conjunta do CADE e das agências reguladoras, cada um atuando na esfera de sua competência.

Em função das características próprias dos serviços regulados, a mera aplicação do direito antitruste não se mostra suficiente, sendo necessária a

⁸⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. Op. cit. p. 43.

atuação das agências reguladoras no sentido de impor outras regras e fiscalizar o respeito ao ambiente de competição.

4.3.4.1 Regras para evitar a concentração ou monopolização dos mercados

Além das normas já previstas na Lei 8.884/94, as leis instituidoras de cada agência reguladora trouxeram disposições destinadas a reforçar a defesa da concorrência nos setores regulados. Entretanto, as competências para defesa da concorrência não foram conferidas de forma idêntica às diversas agências. No caso da ANATEL, a Lei 9.472/97 tratou de prever uma gama mais ampla de competências, explicitando-as de forma mais detalhada. Já nos casos das leis da ANEEL e da ANP, a competência para defesa da concorrência foi prevista de forma mais genérica (não detalhada), abarcando um âmbito mais restrito de atribuições.

Ao contrário do que ocorreu com as outras agências reguladoras, à ANATEL foram conferidos poderes de investigação e apuração de condutas lesivas à concorrência, bem como de implantar medidas preventivas que conduzam à cessação de prática que constitua infração à ordem econômica, podendo fixar prazo para seu cumprimento e multa diária em caso de descumprimento. E essa gama de poderes foi conferida exclusivamente à ANATEL devido ao fato de apenas a ela (e não às outras agências) terem sido atribuídas as competências outorgadas à SDE pela Lei 8.884/94. Como já se afirmou anteriormente, nos demais setores, a competência da SDE foi preservada, devendo as agências reguladoras destes setores atuar em conjunto com a SDE.

Neste quadro, a ANATEL - no exercício das funções tradicionalmente atribuídas à SDE - deverá ainda acompanhar permanentemente as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante nos mercados relevantes de serviços de telecomunicações, celebrar

compromissos de cessação a serem submetidos ao CADE e fiscalizar seu cumprimento. Não obstante, deverá sugerir ao CADE condições para a celebração de compromissos de desempenho e fiscalizar seu cumprimento.⁸⁷

No que toca especificamente ao controle das estruturas, além das normas previstas no artigo 54 da Lei 8.884.94, outras normas ainda foram estabelecidas por lei para que as agências possam impedir a monopolização ou a concentração excessiva dos mercados.

Nesse sentido, a lei de telecomunicações previu que uma mesma pessoa jurídica não pode explorar, de forma direta ou indireta, uma mesma modalidade de serviço nos regimes público e privado, salvo em regiões ou localidades distintas⁸⁸, sendo necessário, ainda, que a outorga de concessão a grupo empresarial que já preste a mesma modalidade de serviço na mesma região, localidade ou área seja condicionada à assunção do compromisso de transferir a outrem o serviço anteriormente explorado, sob pena de caducidade e de outras sanções⁸⁹.

Não obstante, no intuito de propiciar a concorrência efetiva entre os agentes e impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica, a lei que instituiu a ANEEL previu a possibilidade de esta agência reguladora impor “restrições, limites ou condições para empresas, grupos empresariais e acionistas quanto à obtenção, transferência de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e à realização de negócios entre si”⁹⁰.

Contudo, para que se possa aplicar e compreender corretamente o controle acima mencionado, é necessário ter sempre presente a idéia de poder de grupo que se expôs quando abordou sobre os ilícitos concorrenciais. Isso porque o controle deverá abranger não apenas a pessoa jurídica que presta o serviço, mas todo o grupo de que faz parte. Caso contrário, estar-se-ia permitindo a ilícita

⁸⁷ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Agências Reguladoras e Concorrência*. In: SUNDFELD, Carlos Ary (org). *Direito Administrativo Econômico*. Op. cit. p. 181.

⁸⁸ Cf. art. 68 da Lei 9.472/97

⁸⁹ Cf. art. 87 da Lei 9.472/97

⁹⁰ Cf. art. 3º, VIII da Lei 9.427/96

dominação do mercado pelo grupo econômico, uma vez que a conquista de nova parcela do mercado não seria decorrente da eficiência da empresa no setor, mas de aquisição simulada de diversas etapas de produção ou de substancial parcela de mercado.⁹¹

Deste modo, fica claro que o dever imposto às agências de zelar pela criação e manutenção de um ambiente concorrencial envolve o exercício de uma competência dirigida a controlar o acesso dos agentes econômicos ao mercado, vedando o ingresso daqueles que possam ameaçar um ambiente de competição. Desta forma, não apenas a ANEEL e ANATEL, mas também as outras agências poderão impor restrições ao ingresso de agentes econômicos que ameacem a permanência de competição no mercado.

Nesta perspectiva, retomando-se a idéia que norteou a desintegração vertical das atividades, para que se possa evitar o surgimento de abuso de posição dominante, as agências reguladoras poderão impor restrições à outorga de concessões, permissões e autorizações de mais de uma etapa de prestação do serviço à mesma empresa ou ao mesmo grupo de empresa. Caso contrário, permitir-se-ia que um agente, ao atuar em mais de uma etapa, repassasse os custos sofridos em uma etapa (de concorrência) aos preços praticados em uma outra etapa (dominada), acarretando o chamado “subsídio cruzado”.⁹²

Contudo, é necessário ressaltar que esta restrição ao livre acesso de agentes econômicos só será admitida em casos de prestação de serviço público, não em hipóteses de atividade privada (sujeita a ampla liberdade de iniciativa), tendo-se em vista a diferença existente na natureza da utilidade envolvida.

Aliás, ao se falar da possibilidade de as agências, baseadas em critérios de conveniência e oportunidade, restringirem o acesso de novas empresas ao

⁹¹ Foi exatamente no intuito de regulamentar os dispositivos de controle previstos pela lei 9.472/97 que a ANATEL editou a resolução 101, definindo os conceitos de “controladora”, “controle” e “empresas coligadas”. Seguindo o que já havia previsto a resolução 15 do CADE sobre o assunto, *controle* foi concebido como “o poder de dirigir, de forma direta ou indireta, interna ou externa, de fato ou de direito, individualmente ou por acordo, as atividades sociais ou o funcionamento da empresa.” Por outro lado, é considerada *coligada* a pessoa jurídica que “detiver, direta ou indiretamente, pelo menos 20% de participação no capital votante da outra, ou se o capital votante de ambas for detido, direta ou indiretamente, em pelo menos 20%, por uma mesma pessoa natural ou jurídica.”

⁹² Vide item 4.3.3.1 .

mercado, mais uma vez se afirma o caráter discricionário segundo o qual as agências reguladoras deverão decidir sobre a outorga de concessões, permissões e autorizações. Isso porque será apenas a partir da não vinculação do ato de autorização que será possível evitar o ingresso de determinadas empresas e, conseqüentemente, proteger a concorrência. Fica comprovado, portanto, o *inevitável caráter discricionário e precário da autorização*.

Além disso, como não poderia deixar de ser, o ato normativo da agência que inviabiliza o ingresso de determinado agente econômico deverá ser motivado, a fim de permitir que este agente econômico tome conhecimento das razões que levaram à edição do ato e que possa adotar todas as medidas necessárias ao efetivo controle sobre a legalidade do ato.⁹³

Não obstante, a atuação das agências reguladoras neste momento de manutenção da concorrência não se restringirá a atos preventivos; englobará também algumas medidas sancionatórias.

Nessa posição sancionatória, a ANATEL (e apenas ela), valendo-se das competências tradicionalmente atribuídas à SDE, terá o poder de adotar medidas preventivas para a cessação de prática que constitua infração à ordem econômica.

Já as outras agências reguladoras, embora não possam exercer a competência da SDE, também gozam de algum poder sancionatório, sendo-lhes permitido aplicar punições com base no regular exercício do poder de polícia e na defesa dos fins buscados e defendidos pelas leis que instituíram estas agências

Desta forma, como bem ressalta ANA MARIA DE O. NUSDEO, “é possível que as agências – mais exatamente a ANEEL e a ANP – tomem medidas para a cessação de práticas que, em desobediência às regras por elas emitidas, estejam prejudicando a concorrência nos mercados e, mesmo, imponham penalidades às infrações dos mecanismos criados para permitir o funcionamento desses mercados privatizados.”⁹⁴

⁹³ Sobre o controle acerca da legalidade do ato, conferir o que foi exposto no item 3.3 do presente trabalho.

⁹⁴ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Agências Reguladoras e Concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ary (org). *Direito Administrativo Econômico*. Op. cit. p. 181.

Neste contexto, há que se perceber que as sanções a serem impostas pelas agências de uma maneira geral serão em virtude de *ofensas praticadas contra as normas editadas pelas próprias agências*. Este poder sancionatório, portanto, em nada se confunde com aquele a ser exercido pela SDE (ou pela ANATEL) ou pelo CADE, no qual aplicam-se sanções nos casos de descumprimento da lei antitruste.

Portanto, ao mesmo tempo em que se admite o poder repressivo levado a efeito pelas agências reguladoras, mantém-se a divisão de competências entre as agências reguladoras, a SDE e o CADE, lembrando-se que, sempre que possível, a atuação destes três entes deverá ocorrer de forma conjugada, integrada e harmoniosa.

Neste quadro de divisão de atribuições, as sanções relativas ao descumprimento de normas emanadas pelas agências deverão ser por elas aplicadas. Entretanto, sanções próprias da lei antitruste devem ser deixadas a cargo das autoridades antitruste. Se, após instaurado um processo administrativo, ficar demonstrada a prática de ato anticoncorrencial, restará ao CADE aplicar a sanção cabível, pois apenas ele é o órgão competente para aplicação das sanções previstas na Lei 8.884/94. Assim, caso as agências reguladoras imponham sanção própria do CADE, estarão agindo em flagrante ilegalidade, devendo o ato ser anulado.

4.3.4.2 *A necessidade de conciliação entre a tutela da concorrência e a defesa da política econômica: a utilização das válvulas de escape pelas agências reguladoras*

Conforme já se afirmou no início deste estudo, o fato de se proteger a concorrência em seu valor institucional não implica necessariamente a impossibilidade de se implementarem políticas econômicas nos setores protegidos. O que se obsta a partir da defesa institucional da concorrência é a

condução do mercado segundo interesses políticos nem sempre legítimos. Ou seja, impede-se que as autoridades administrativas deixem de privilegiar a defesa da concorrência para atender a interesses egoísticos, incapazes de proporcionar à coletividade tantos benefícios quanto a defesa da concorrência proporciona.

Entretanto, *nos casos em que a implantação de uma política econômica se mostre realmente necessária para resguardar algum interesse efetivamente relevante para a sociedade*, será possível estabelecer-se uma conciliação entre a defesa da concorrência e a implantação da política econômica. Todavia, deverá ser preservado pelo menos um mínimo de concorrência no setor⁹⁵, a fim de possibilitar a existência de uma pluralidade de opções aos usuários.

Nesse sentido, a própria lei antitruste, ao tratar do controle dos casos de concentração, prevê que alguns atos de concentração, mesmo podendo prejudicar a concorrência ou resultar na dominação de mercados, poderão eventualmente ser autorizados quando necessários por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum. Contudo, *não poderão implicar prejuízo ao consumidor ou usuário final*^{96/97}.

Nesse sentido, para que possa haver uma certa maleabilidade nos setores regulados, é necessário que não apenas as autoridades antitruste (no momento em que fiscalizam e autorizam os atos de cooperação e concentração) viabilizem a implantação de políticas econômicas, mas também as agências reguladoras, em um momento anterior, abram possibilidade para a instauração de políticas econômicas.

⁹⁵ Nesse sentido, mesmo nos setores não regulados, as autoridades antitruste podem conceder autorizações de concentração e deixar de aplicar sanções da lei antitruste. Entretanto, conforme preceituam os incisos II e III do artigo 54 da Lei 8.884/94, os benefícios decorrentes do ato devem ser distribuídos equitativamente entre os seus participantes e os consumidores ou usuários finais e *não devem implicar eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços*. Portanto, mesmo ao se conceder autorizações para prestigiar outros valores, faz-se a exigência de respeito a um mínimo de concorrência. Além disso, se a preservação de um mínimo de concorrência já se mostra necessária em setores não regulados, ainda mais razão haverá para a defesa da concorrência em setores regulados.

⁹⁶ Cf. art. 54, *caput* e § 1º e 2º.

⁹⁷ Além de não poder implicar prejuízo ao consumidor ou ao usuário final, o ato de concentração deverá atender a pelo menos três dos requisitos previstos no § 1º do artigo 54, ou seja, I) tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou; propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

Considerando que a atuação das agências reguladoras na tutela da concorrência ocorre de forma mais significativa no momento de implantação do ambiente de concorrência, este processo de ponderação entre os valores e interesses concretamente envolvidos em cada setor específico deverá ser realizado no momento em que as agências determinam a abrangência do mercado e decidem sobre o ingresso de agentes econômicos.

Assim, tanto no instante em que definem qual a abrangência territorial em que ocorrerá a prestação de serviço por um mesmo agente quanto no momento em que estabelecem quais as modalidades de serviços que poderão ser prestadas por um mesmo agente, as agências deverão levar em consideração os interesses envolvidos e a possibilidade de instauração de políticas econômicas no setor.

Da mesma forma, ao decidirem sobre o número de agentes atuantes no mercado, as agências reguladoras também deverão ter presentes a relevância dos interesses envolvidos e a eventual necessidade de compatibilização do regime de concorrência com a necessidade de implantação de políticas econômicas.

Aliás, nesse momento, mais uma vez se comprova a necessidade de manutenção da discricionariedade das agências para a outorga das autorizações. Isso porque será apenas por meio da utilização do poder discricionário nas outorgas que as agências reguladoras poderão, de acordo com a conveniência e a oportunidade, controlar o ingresso de agentes no mercado e possibilitar a concretização de determinadas políticas econômicas.

Assim, a liberdade que é dada às agências reguladoras para definir o mercado relevante de acordo com o que seja mais adequado ao atendimento dos interesses concorrenciais e de política econômica é que permite uma certa maleabilidade no sistema de regulação.

Nesta perspectiva, ciente da necessidade de se implantarem políticas econômicas também com relação aos setores regulados, tratou o legislador de prever a necessidade de respeito à concorrência. Um exemplo disso é a previsão contida no §1º do artigo 84 da lei de telecomunicações.

Art.84. § 1º: As áreas de exploração, o número de prestadoras, os prazos de vigência das concessões e os prazos para admissão de novas prestadoras serão definidos considerando-se o ambiente de competição, observados o princípio do maior benefício ao usuário e o interesse social e econômico do País, de modo a propiciar a justa remuneração da prestadora do serviço no regime público.(Grifou-se)

Desta forma, ao estabelecer que o *princípio do maior benefício ao usuário e o interesse social e econômico do País* deverão nortear as agências reguladoras na fixação das áreas de exploração, do número de prestadoras e dos prazos de vigência dos contratos, *a lei acabou por evidenciar a necessidade de se implantarem políticas econômicas (para atender ao interesse social e econômico) conjuntamente com a concorrência (que, ao possibilitar alternativas de escolha, consagra o princípio do maior benefício ao usuário)*.

Assim, delimitado o âmbito de atuação e a quantidade de agentes atuantes em determinado espaço geográfico, será possível verificar se naquela área haverá plena busca da concorrência ou se, por outro lado, serão impostas restrições à concorrência em prol da implantação de políticas econômicas naquele espaço geográfico delimitado.

Contudo, relativamente à delimitação do mercado relevante, é preciso relembrar a complexidade que envolve este procedimento. Embora se saiba que é de extrema importância para se aferir eventual presença de prática anticoncorrencial, também se reconhece que é muito difícil de ser verificada com precisão, uma vez que depende da análise de inúmeras variáveis, cujos elementos nem sempre permitem uma previsibilidade absoluta⁹⁸.

Nesse sentido, mais uma vez vem à tona a importância de os órgãos reguladores serem dotados de especificidade técnica no setor específico, uma vez que se torna evidente que autoridades dotadas de conhecimento específico no setor serão muito mais aptas a analisar as diversas variáveis envolvidas e determinar com maior precisão qual a distribuição de mercado mais adequada ao

⁹⁸ Com relação ao mercado relevante, ver o que foi exposto no item 4.2.2. do presente trabalho.

atendimento dos interesses protegidos. Além disso, o conhecimento técnico também será importante para que se possa verificar qual o ponto em que, em cada serviço específico, consegue-se, concomitantemente, viabilizar a implementação de políticas econômicas (se efetivamente necessárias) e manter de um mínimo de concorrência. Ou seja, o conhecimento técnico específico presente em cada uma das agências reguladoras servirá de base para que estas possam determinar com mais precisão qual é o mínimo necessário em cada um dos diferentes serviços.

Por fim, para que se possa garantir um certo grau de segurança e previsibilidade nos casos de restrição da concorrência para implantação de políticas econômicas, é preciso que as autoridades administrativas deixem clara a política concorrencial adotada no setor. Isso porque será a partir de uma análise conjunta da política concorrencial e dos interesses envolvidos no setor que se poderá verificar a proporcionalidade e a razoabilidade das medidas adotadas pelas agências reguladoras. Vale dizer, tendo-se como parâmetro a política concorrencial divulgada pela autoridade administrativa e tendo-se ciência dos interesses que norteiam a atividade envolvida, será possível verificar se uma determinada medida adotada pela agência reguladora é adequada, se obedece ao princípio do menor sacrifício possível e, por fim, se atende relação custo-benefício, ou seja, se é vantajosa à coletividade.

CONCLUSÃO

O estudo realizado no transcorrer da presente monografia permite que se desenvolvam algumas conclusões, a seguir elencadas:

1. As agências reguladoras estão inseridas no contexto da pós-modernidade e enquadradas em um modelo de Estado Regulador, no qual se repassa aos particulares a prestação de serviços e atividades essenciais que, anteriormente, eram prestadas diretamente pelo Estado em regime de monopólio. Neste novo modelo, a prestação ocorrerá sob o regime de competição entre os particulares, cabendo às agências reguladoras controlar e fiscalizar esta prestação, a fim de garantir a prestação satisfatória e o atendimento aos interesses públicos envolvidos.

2. Ao contrário do que afirma parte da doutrina, as agências reguladoras são revestidas de constitucionalidade e dotadas de legitimidade democrática, uma vez que a Constituição expressamente autoriza a implantação de agências reguladoras (espécie do gênero autarquia), e a legislação ordinária específica sobre o tema prevê formas de participação popular como meios de ratificação e legitimação diferida das decisões emitidas pelo órgão regulador.

3. As agências reguladoras são dotadas de poder normativo para disciplinar e controlar a prestação dos serviços nos setores específicos. Contudo, esse poder normativo não é ilimitado; encontra restrições no princípio da legalidade. Não lhes é permitido inovar originariamente a ordem jurídica, podem apenas emitir regulamentos quando permitidas por lei, sendo que a aferição da legalidade deverá ser feita não com relação à lei em sentido estrito, mas como a conformidade do regulamento com a lei e o direito.

4. Como atos administrativos que são, os atos normativos proferidos pelas agências reguladoras se sujeitam a todos os requisitos de existência e validade exigidos dos demais atos administrativos. Não obstante, por se tratar de exercício de competência discricionária, a emissão de atos normativos deverá

sempre vir acompanhada de motivação, a fim de permitir a verificação da existência do nexo lógico de pertinência.

5. Ao repassar a prestação dos serviços aos particulares, as agências reguladoras deverão estar atentas à necessidade de se proteger a existência de um regime de concorrência entre os particulares prestadores do serviço, a fim de evitar que agentes de grande porte econômico abusem de seu poder e prejudiquem consumidores, concorrentes e a ordem econômica em si.

6. Para que esteja em consonância com o ordenamento jurídico pátrio, a livre concorrência deverá ser protegida como forma de, indiretamente, propiciar a consagração do valor social do trabalho, da justiça social, da livre iniciativa. Deve-se ter em mente a concorrência em seu sentido institucional, incorporando valores sociais e proporcionando a distribuição dos benefícios entre agentes econômicos e sociedade.

7. Ainda como forma de proteção da concorrência, os órgãos reguladores deverão ter em conta a função social que possuem os agentes econômicos, impondo a estes agentes o dever de adotar medidas positivas em benefício de outrem (consumidores e concorrentes).

8. A fim de propiciar uma defesa mais efetiva da concorrência, é imprescindível a imposição de normas que visem a evitar a dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, o abuso de posição dominante ou a prática de atos que limitem, falseiem ou prejudiquem a concorrência ou a livre iniciativa.

9. Tendo em conta que, no ordenamento jurídico pátrio, a proteção da concorrência nos setores regulados se dá de forma conjunta entre as agências reguladoras e as autoridades antitruste, a harmonização entre estes entes se dá através da atribuição de competências distintas entre o CADE, a SDE e as agências reguladoras. Neste quadro, via de regra (com exceção da ANATEL), caberá às agências a missão de implantar um regime de concorrência em setores anteriormente monopolizados. Já o controle repressivo de condutas anticoncorrenciais deverá ser efetuado pelas autoridades antitruste, pois apenas

elas possuem competência para aplicar as sanções previstas na lei 8.884/94. Todavia, a manutenção da concorrência nestes setores dependerá da atuação conjunta dos órgãos reguladores e das autoridades antitruste, a qual vem sendo realizada por meio de convênios nos quais as agências, verificando a existência de possível ato anticoncorrencial, informam as autoridades antitruste para que estas investiguem e, se for o caso, punam os infratores.

10. Para que se possa implantar um regime de concorrência na prestação destes serviços anteriormente monopolizados, cabe às agências reguladoras efetuar o desmembramento de atividades complementares ou ligadas a uma mesma cadeia produtiva, atribuindo a prestação de cada etapa a diversos agentes e impedindo que um mesmo agente atue em mais de uma etapa (e ocasione o fenômeno das subvenções cruzadas).

11. No caso das atividades caracterizadas pela impossibilidade ou pela inconveniência de duplicação das estruturas, um sistema de concorrência deverá ser implantado através da imposição ao agente detentor da rede do dever de compartilhar os bens de acesso e permitir a interconexão, viabilizando a atuação de diversos concorrentes na mesma rede.

12. O regime de concorrência instalado não é o mesmo em cada setor específico. A forma como se dará a competição, bem como o grau de intervenção estatal irá variar conforme a atividade seja de serviço público ou atividade econômica em sentido estrito. Tratando-se de serviço público, a regulação estatal será mais incisiva, impondo aos agentes o dever de continuidade, universalidade e cobrança de preços justos, sendo que a prestação do serviço deverá ocorrer sob o regime de direito público, através de concessões e permissões.

Por outro lado, tratando-se de atividade econômica em sentido estrito, a intervenção estatal não será tão acentuada. No caso de atividade privada, a prestação do serviço irá ocorrer unicamente sob o regime de direito privado, prevalecendo a liberdade dos agentes econômicos. Entretanto, na hipótese de atividade privada de relevante interesse público, mesmo se tratando de atividade

econômica em sentido estrito, é dada ao Estado (agências reguladoras) a possibilidade de exercer um controle maior (mas não tão intenso quanto nos serviços públicos), fazendo uso de um “poder de polícia conformador”, destinado a direcionar a liberdade do agente ao atendimento do interesse social envolvido. Nestes casos, é imprescindível que uma parcela dos prestadores atue sob o regime de direito público, a fim de preservar a continuidade, a universalidade e a prática de preços justos. Assim, tratando-se de atividade privada de relevante interesse público, a concorrência irá ocorrer concomitantemente sob o regime de direito público e de direito privado.

13. Por fim, é preciso reconhecer a necessidade de compatibilização entre a tutela da concorrência e a defesa da política econômica. Na medida em que esteja em jogo um relevante e legítimo interesse econômico e social do país, poder-se-á, excepcionalmente, restringir a concorrência em dado setor para privilegiar este outro interesse envolvido. Nestes casos, além das autoridades antitruste, as agências também serão úteis para a defesa da política econômica no momento em que delimitarem o âmbito de atuação e a quantidade de agentes atuantes em determinado espaço geográfico, estabelecendo, se for o caso, restrições à concorrência para possibilitar a implantação de políticas econômicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das Agências Reguladoras Independentes e o Estado Democrático de Direito, *Revista de Informação Legislativa*, nº 148: 288.

_____. O princípio da proporcionalidade no Direito Econômico. *In: Revista de Direito Mercantil* nº 121.

ARAGÃO, Luciana Maria de Carvalho. *Razão Comunicativa e Teoria Social Crítica em Jürgen Habermas*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1992.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BRUNA, Sérgio Varella. *O Poder Econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. rev. Coimbra: Almedina, 1996.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1998*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. V.1. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Reforma do Estado e Direito Concorrencial. In: SUNDFELD, Carlos Ary (org). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

COSTALDELLO, Angela Cássia. *A invalidade dos atos administrativos: uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé*. Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor. Curitiba, 1998.

CUÉLLAR, Leila. *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. *Parcerias na Administração Pública – concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1999.

DUTRA, Pedro. *Livre Concorrência e Regulação de Mercados*. São Paulo: Renovar, 2003.

FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação e Direito Concorrencial – as telecomunicações*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito de poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

GROTTI, Adelaide Musetti. *Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação*. In: SUNDFELD, Carlos Ary (org). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. *Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. *Agências Reguladoras e Democracia: Existe um Déficit Democrático na “Regulação Independente”?*. In: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 1, n. 2, pp. 273-301, abr/jun. 2003.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes*. In: SUNDFELD, Carlos Ary (org). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Regulação Estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Direito das Telecomunicações e ANATEL*. In: SUNDFELD, Carlos Ary (org). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Conrado Hübner. *Reforma do Estado e Agências Reguladoras - estabelecendo os parâmetros de discussão*. In: SUNDFELD, Carlos Ary (org). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Agências Reguladoras Independentes, déficit democrático e a “elaboração processual de normas”*. In: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 1, n. 2, pp. 221-255, abr/jun. 2003

MOREIRA, Vital. *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências Reguladoras*. Barueri: Manole, 2003;

NUSDEO, Fábio. *Fundamentos para uma Codificação do Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Agências Reguladoras e Concorrência*. In: SUNDFELD, Carlos Ary (org). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Direito Concorrencial – as estruturas*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Regulação da Atividade Econômica – princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Fernando Quadros da. *Agências Reguladoras - a sua independência e o princípio do Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2002

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1994

SUNDFELD, Carlos Ary. *Introdução às Agências Reguladoras*. In: SUNDFELD, Carlos Ary (org). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

TURCZYN, Sidnei. *Regulação dos Serviços Públicos e Defesa da Concorrência na Argentina*. In: SUNDFELD, Carlos Ary (org). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.