



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

MARCELO BODOCO

**A NOVA REGULAÇÃO PRÓ-CONCORRÊNCIA:
PONDERAÇÃO ENTRE OBJETIVOS REGULATÓRIOS E
CONCORRENCIAIS**

Londrina
2011

MARCELO BODOCO

**A NOVA REGULAÇÃO PRÓ-CONCORRÊNCIA:
PONDERAÇÃO ENTRE OBJETIVOS REGULATÓRIOS E
CONCORRENCIAIS**

Dissertação de mestrado apresentada ao programa de mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina- UEL, como requisito à obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Elve Miguel Cenci

**Catálogo elaborado pela Divisão de Processos Técnicos da Biblioteca Central da
Universidade Estadual de Londrina.**

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

B668n Bodoco, Marcelo.

A nova regulação pró-concorrência: ponderação entre objetivos regulatórios e concorrenciais / Marcelo Bodoco. – Londrina, 2011.
145 f.

Orientador: Elve Miguel Cenci.

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2011.

Inclui bibliografia.

1. Concorrência – Regulação – Teses. 2. Direito econômico – Teses. 3. Agências reguladoras de atividades privadas – Teses. 4. Direito administrativo – Teses. 5. Estado – Reforma – Teses. I. Cenci, Elve Miguel. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 345.78

MARCELO BODOCO

**A NOVA REGULAÇÃO PRÓ-CONCORRÊNCIA: PONDERAÇÃO
ENTRE OBJETIVOS REGULATÓRIOS E CONCORRENCIAIS**

Dissertação de mestrado apresentada ao programa de mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina -UEL, como requisito à obtenção do título de mestre.

BANCA EXAMINADORA

Prof^o. Dr. Elve Miguel Cenci
UEL – Londrina - PR

Prof^a. Dr^a Irene Patrícia Nohara
Universidade de São Paulo

Prof^a. Dr^a. Tânia Lobo Muniz
Universidade Estadual de Londrina

Londrina, 08 de agosto de 2011.

**Aos meus pais, Elce e Claudio.
Ao irmão, Claudio Jr.**

AGRADECIMENTO

Agradeço, primeiramente, aos meus pais, os grandes e verdadeiros responsáveis pelo desenvolvimento da minha formação acadêmica na Universidade Estadual de Londrina.

Ao meu orientador professor Dr. Elve Miguel Cenci pela confiança, liberdade e sabedoria.

À professora Dra. Tânia pela valiosa e decisiva colaboração na qualificação.

À professora Dra. Irene Nohara pela solicitude e grande contribuição na banca de defesa.

Ao professor Dr. Claudinei Spirandelli pelas infindáveis discussões e contribuições a este trabalho.

Gostaria de agradecer também ao Francisco Navarro pelas constantes ajudas e apoio.

Agradeço aos amigos conquistados ao longo desses 2 anos.

Agradeço aos colegas do mestrado.

Obrigado !

BODOCO, Marcelo. **A nova regulação pró-concorrência**: ponderação entre objetivos regulatórios e concorrenciais. 2011. 145 p. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2011.

RESUMO

Esta dissertação analisa a nova regulação estatal pós reforma do Estado - reforma voltada à abertura de setores à concorrência - com o fim de discutir e refletir a inserção da concorrência no âmbito dos setores regulados e, conseqüentemente, a proporcionalidade entre as finalidades regulatórias e concorrenciais. Tal estudo toma como premissa a evolução dos interesses públicos até a contemporaneidade e a reforma do Estado ocorrida nos anos de 1990, em que houve uma mudança na relação Estado/economia. Analisa que a transformação da atuação do Estado se traduz na evolução da noção de determinados serviços públicos como espécie de atividade econômica. Essa mudança de paradigma se deve ao fato de que começou a se constatar que a liberdade de mercado e o lucro não são contrários ao interesse público, pois a busca do lucro traz benefícios aos usuários. Desenvolve a concepção instrumental das normas regulatórias e concorrenciais com vistas ao desenvolvimento, com fulcro nos art. 219 e 170 da CF. Ao mesmo tempo desenvolve a ideia da concorrência como valor mínimo a ser garantido pela regulação. Para este mister são analisados os valores constitucionais que fundamentam a atividade regulatória do Estado. No ordenamento jurídico brasileiro os fins e limites à atuação do Estado sobre a ordem econômica estão no art. 174, da CF. São discutidos, contudo, os balizamentos presentes no art. 170 à atividade regulatória do Estado. Discute a convivência entre finalidades concorrenciais e as finalidades regulatórias a justificar a limitação da concorrência. Esta convivência é fruto da ponderação de valores constitucionais, cujo princípio a nortear a hermenêutica constitucional é a proporcionalidade. Isso significa que a concorrência é um valor a guiar a regulação, mas não será um valor absoluto a obstar referido desenvolvimento e os objetivos dos serviços públicos. Disso será discutida a ponderação na inserção da concorrência no âmbito desses serviços. Essa discussão é importante para a reflexão da constitucionalidade das leis que abriram os setores à concorrência bem como refletir a necessidade de leis que possam que harmonizem os objetivos regulatórios e concorrenciais com vistas ao maior benefício da população, ou mesmo uma lei geral regulatória.

Palavras-chave: Reforma do estado. Regulação. Concorrência.

BODOCO, Marcelo; **The new pro-competition/regulation**: considerations such a study sees as a premises the evolution of the public interests until the com among regulatory and computational objectives. 2011. 145 pages. Master's Degree Dissertation (Negotiable Law Master's Degree) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2011.

ABSTRACT

This dissertation analyses the new state regulation on the State reform - the oriented reform to the opening sectors to competition - in order to obstruct and reflect the insertion of the competition in the scope of the regulated sectors c and, consequently and the pang computational proportionality among the regulatory and computational purposes . Such a study sees as premises the evolution of the public interests and the State reform which occurred in the 1990 decade when there was a change in the State/Economics relationship... It analyses that the transformation of the State action is in the evolution notion of certain public services as a kind of economical activity. This paradigm change is due to the fact that the market freedom showed and and profit is not opposed to the public interest, for the search of profit brings benefits to the user. It develops the instrumental concept of regulatory and instrumental norms, focusing on the profit development, based on the 219 article and 170 of the Federal Constitution. At the same time, it develops the idea of competition as minimum value to be guaranteed by the regulation. On this issue constitutional values are annualized which are the basis of the regulatory activity of the State in the Brazilian judicial order, the objectives and limit of the State action, on the economical order are In article 175 of the Federal Constitution. However, the limits present in the regulatory action of the State Article 170 are discussed. It discussed the coexistence among the competition and regulatory purposes to justify the competition the competition limitation. This relationship is a fruit of constitutionals values, whose principle is to guide the constitutional hermeneutical and proportionality. This means that competition is a value to guide regulation, but it will not be an absolute value to gain development and the objectives of the public service. The competition insertion pond ration will be discussed in the scope of these services. This discussion is important for the reflection of the law constitutionality which open the competition sectors as well as reflecting the need of legislation that may harmonize the regulatory and competition objectives aiming more benefits for the population or even a regulatory general law.

Key-words: State reform. Regulation. Competition.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1.A NOVA REGULAÇÃO: FUNDAMENTOS	14
1.1 Interesses públicos na contemporaneidade	14
1.1.1. Os pressupostos do Estado moderno.....	16
1.1.2. O modelo de Direito Administrativo	18
1.1.3. O interesse público no Estado contemporâneo	21
1.1.4. A administração pública frente à nova configuração de interesse público: as agências reguladoras.....	25
1.2 Reforma do Estado e a <i>neo-regulación</i>	30
1.3 Serviço Público.....	46
1.4 Conceitual da regulação	52
1.4.1 Mundos do "ser" e do "dever ser".....	53
1.4.2 Ordem Econômica.....	55
1.4.3 Formas de atuação Estatal sobre o domínio econômico.....	57
1.5 Considerações complementares sobre regulação.....	60
2. REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA	64
Introdução	64
2.1. As normas programáticas econômicas.....	65
2.2. Regulação Setorial e Concorrência. Generalidades.....	67
2.3. O princípio constitucional da defesa da concorrência e os serviços públicos	72
2.4. Regulação como garantia da concorrência	76
2.5. Função Regulatória e Desenvolvimento: a instrumentalidade das normas concorrenciais e regulatórias.....	81
2.5.1. O caráter instrumental das normas antitrustes.....	84
2.5.1.1. As Válvulas de escape.....	88
2.5.2. O Poder Econômico	92
2.5.3. Princípios regulatórios.....	98
2.6. Instrumentos de inserção da concorrência nos serviços públicos	102
3. PONDERAÇÃO ENTRE OS OBJETIVOS DA REGULAÇÃO E DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA	109
Introdução	109
3.1. O valor constitucional concorrência	110
3.2. Da interpretação dos princípios da ordem econômica.....	114
3.3. A visão do CÂDE na ponderação dos objetivos em jogo.....	118
3.4. Ponderação entre as finalidades regulatórias e concorrenciais.....	124
CONSIDERAÇÕES FINAIS	137
BIBLIOGRAFIA	141

INTRODUÇÃO

Este trabalho analisa a nova regulação estatal pós reforma do Estado - reforma voltada à abertura de setores à concorrência - bem como o equilíbrio entre as finalidades regulatórias e concorrenciais na inserção da concorrência no âmbito de setores regulados.

Para análise de tal proposta de estudo é imprescindível contextualizar a transformação por qual passou o Estado, principalmente no Brasil, nos anos 1990. Essa transformação é objeto de análise em capítulo próprio, em que é estudado aquilo que a doutrina espanhola chama de *neo-regulación*¹ para caracterizar o Estado diante das transformações ocorridas no regime dos serviços públicos.

É estudado que a reforma do Estado tem como pressuposto quatro problemas. Esses fazem parte dos estudos de Bresser Pereira, os quais serão objeto de análise mais detida. De antemão há um problema econômico-político, o qual envolve a questão do tamanho do Estado; um outro problema econômico-político, atinente à redefinição do papel do Estado regulador; um econômico-administrativo, ou seja, a recuperação da governança; e, por último, um político, ou seja, o aumento da governabilidade ou capacidade política do governo de intermediar interesses.

A necessidade de reforma do Estado advém do agravamento de uma crise iniciada nos anos 1980. Há que ficar claro, e é objeto de maiores detalhes, que esta crise foi do modelo de Estado intervencionista. Logo, a reforma do Estado se situa em um contexto no qual se tornou claro que o objetivo da intervenção deixara de ser a proteção contra a concorrência para se transformar na política de estímulo e preparação das empresas e do país para a competição.

É analisado, seguindo a doutrina utilizada neste trabalho, que o Estado reformado fica mais próximo do cidadão e no mesmo patamar da sociedade. Nesta toada, o Estado não deve se isolar da sociedade como ocorreu no liberalismo

¹ FERRER, Juan de la Cruz. Principios de Regulación Económica en la Unión Europea. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2002, p. 240.

e no Estado-Social Burocrático². A reforma exige a participação ativa dos cidadãos. Isso significa dizer que os desafios impostos ao poder político exigem a instituição de mecanismos que permitem uma participação cada vez maior dos cidadãos – assim, uma democracia cada vez mais direta.

O Estado reformado pressupõe a *desintervenção*³, em que o mesmo passe a ser regulador da ordem econômica submetida ao mercado. Com ela ocorre outro fenômeno, o da *desgovernamentalização da regulação*⁴. Desgovernamentalizar a regulação significa despolitizar essa regulação, no sentido de distanciá-la de políticas governamentais e confiá-las a órgãos de Estado, que, no caso brasileiro, são autarquias submetidas a regime especial. Está-se diante do *novo sentido da regulação*⁵. Esta expressão é usada para conceber aquela regulação voltada ao mercado (pró-mercado), ou seja, a regulação que não impõe regras contrárias à dinâmica do mercado, que visa a tão só fixar regras gerais e garantir a sua aplicação de uma forma neutra e independente. O Estado torna-se, dessa forma, um guardião das regras do jogo econômico.

Uma observação de relevante importância para o presente trabalho é a atinente ao serviço público. É utilizada aqui a noção de serviço público propugnada por Juan de La Cruz Ferrer, o qual demonstra haver tipos de atividades. Segundo ele, os tipos de atividades são: as funções públicas, em que predomina o interesse público; as grandes infraestruturas e serviços sociais individualizados, onde predomina o interesse público, e há o interesse privado secundário; os serviços públicos econômicos, onde há a convergência de interesses públicos e privados (energia, transporte, comunicações etc); as empresas de grande interesse social, onde predomina o interesse privado e o interesse público secundário (bancos, seguros etc.); finalmente, as empresas livres, onde predomina o interesse privado. Eis o que interessa ao presente estudo: a abertura à iniciativa privada dos serviços públicos econômicos. Há que se fazer referência também às atividades econômicas privadas regulamentadas, ou seja, aqueles serviços públicos que foram despublicizados.

² BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. A Reforma do Estado dos Anos 90: lógica e mecanismos de controle. Brasília: Cadernos MARE da Reforma do Estado, 1997, p.30.

³ MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda. Autoridades Reguladoras Independentes: Estudo e Projecto de Lei-Quadro. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.9.

⁴ Ibidem, p.10.

⁵ Ibidem, p.13.

A ideia propugnada neste trabalho é que a transformação da atuação do Estado se traduz na evolução da noção de determinados serviços públicos como espécie de atividade econômica. Essa mudança de paradigma se deve ao fato de que começou a se constatar que a liberdade de mercado e o lucro não são contrários ao interesse público, pois a busca do lucro traz benefícios aos usuários. As empresas, por exemplo, disputariam a preferência do consumidor-usuário ao diminuir o valor das tarifas cobradas e também disputariam a preferência ao colocar à disposição serviços de qualidade.

Como parte da problemática proposta, há a indagação acerca da regulação como garantia institucional ou como instrumento de política econômica, em outras palavras, se seria a regulação uma garantia sistêmica/institucional ou se seria apenas um instrumento de política econômica⁶.

É analisada a caracterização do serviço público como atividade econômica e sua prestação por mais de uma empresa, instalando-se assim o sistema concorrencial. Propugna-se que a concorrência no âmbito desses serviços é benéfica para a população. É de se constatar que a concorrência também se verifica com relação aos serviços de titularidade do Estado, caso em que, segundo o art. 16 da lei de concessões e permissões de serviços públicos, a outorga de concessões e permissões não se dará em caráter de exclusividade.

Então, de acordo com os objetivos propostos é analisada a regulação e o antitruste como fomentadores do desenvolvimento econômico. Para isso são analisadas as normas regulatórias e concorrenciais como objetos a equilibrar as relações entre os agentes econômicos. Está, então, a demonstrar o antitruste e a regulação como instrumentos de política econômica e como garantias institucionais da concorrência.

Neste trabalho são objetos de estudo os setores regulados e, conseqüentemente, as agências reguladoras, que são as que regulam e controlam as atividades objeto de concessão ou permissão de serviço público e os serviços autorizados. Disso se estabelece a relação entre a regulação e a aplicação do antitruste. Fica demonstrado que a diferença entre o direito antitruste e a regulação está na forma de intervenção. Na disciplina antitruste o Estado não cria a utilidade, ele apenas a fiscaliza ou a controla. Diferente ocorre com a regulação, em que há

⁶ Essa indagação e classificação (garantia institucional / instrumento de política econômica) são trazidas por meio de Calixto Salomão Filho e serão objetos de análise mais detida em momento oportuno.

uma intervenção ativa. Na regulação o Estado não se restringe ao controle ou fiscalização, ou seja, aqui o Estado cria a utilidade via regulação. A utilidade pública, nos setores reguláveis, consiste exatamente na efetiva criação de um sistema de concorrência. Este é um ponto de relevante importância para o presente trabalho.

A imposição da concorrência em setores passíveis da atuação da regras de mercado e logo passíveis de regulação é colocada como principal razão da regulação, pelas razões que se demonstram. A possibilidade de efetiva regulação com a criação de concorrência é, portanto, um valor fundamental da regulação. Este trabalho se fundamenta na premissa de que a concorrência e não o mercado é o valor institucional a ser protegido⁷. O mercado não garante este valor, cabendo ao Estado intervir para garantir a concorrência.

A partir do momento desta constatação, demonstra ser a concorrência um valor que deve orientar os setores regulados. A livre concorrência, princípio constitucional impositivo da ordem econômica, não pode ser afastada por qualquer medida governamental. Sua observância é imperativa nos atos e medidas legislativas, pois a ordem econômica deve ser fundada na propriedade privada e na livre iniciativa. A defesa e promoção da concorrência, então, é um objetivo de interesse público. Para o estabelecimento da regulação, mediante uma intervenção legislativa do Estado, não basta uma decisão governamental. Tem que existir razões justificadoras para a restrição da liberdade de iniciativa. Essa é a razão do estudo da ponderação entre finalidades regulatórias e concorrenciais neste contexto da nova regulação.

São analisados os valores constitucionais que fundamentam a atividade regulatória do Estado. No ordenamento jurídico brasileiro os fins e limites à atuação do Estado sobre a ordem econômica estão no art. 174, da CF. São discutidos, contudo, os balizamentos presentes no art. 170 à atividade regulatória do Estado. Neste artigo constitucional estão os fundamentos, os fins e os princípios da ordem econômica. Estes fundamentos e fins constituem limites a políticas de governo. Mas o art. 170 da CF possui princípios que podem se conflitar, pois o *caput* do artigo coloca lado a lado a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa. A eliminação da aparente contradição entre os valores do art. 170 da CF é feita

⁷ Posição essa de Calixto Salomão Filho, que será melhor analisada no trabalho. Como parte da problemática proposta, será utilizada a sistematização de Calixto Salomão Filho acerca dos princípios orientadores da regulação. Estes princípios desdobram-se em instrumentos que concretizam o *dever ser* constitucional.

mediante um exercício hermenêutico. Está-se diante de normas que são princípios, ou seja, mandamentos de otimização, no seio da constituição econômica.

Em meio às finalidades regulatórias e concorrenciais, e como reflexo da problemática proposta, analisa a questão da articulação de competências entre as agências reguladoras de serviços públicos e o CADE. Mas, além de tal articulação de competências, analisa a inserção do CADE na nova configuração regulatória do Estado⁸.

Mas há que atentar que ao CADE e às agências reguladoras cabem o sopesamento dos valores que norteiam os setores regulados com os princípios da ordem econômica. É neste sentido que é demonstrada a ideia de “concorrência possível”⁹. Sempre lembrando que a regulação econômica não se pauta somente pela ótica da competição, apesar de a concorrência ser o valor a guiar a regulação. Isso significa que em nome da universalização e da continuidade do serviço público, proporcionalmente, pode haver a preterição de um regime de concorrência plena. O que se defende é a aplicação do princípio da proporcionalidade nos atos regulatórios do Estado, pois a atividade regulatória deve ser uma atividade de ponderação.

O desenvolvimento deste trabalho se dá por meio de três capítulos. No primeiro são demonstrados os fundamentos da regulação, no qual inclui um breve estudo sobre os interesses públicos desde o Estado Moderno até a contemporaneidade estatal. Ainda no primeiro capítulo se estuda a nova regulação do Estado, bem como os fundamentos das agências reguladoras de serviços públicos e a delimitação terminológica da atividade econômica.

O segundo capítulo constitui premissa para a demonstração da busca do equilíbrio entre finalidades regulatórias e concorrenciais. Aqui há um aprofundamento sobre os serviços públicos e o estudo da regulação setorial e do antitruste como instrumentos de políticas econômicas e como garantias institucionais da concorrência. Constatam possíveis dissonâncias entre os objetivos da regulação e do antitruste, razão pela qual a atividade regulatória deve compatibilizar tais finalidades a convergirem ao desenvolvimento propugnado constitucionalmente.

E por fim, o último capítulo discute a ponderação entre finalidades regulatórias e concorrenciais normativamente e por meio das competências entre as

⁸SILVA, Pedro Aurélio Queiroz Pereira da. Direito da Concorrência e Regulação dos Serviços Públicos. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, número 1, fevereiro/março/abril, 2005. Disponível em <HTTP://WWW. [HTTP://www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br). Acesso em: 03 de setembro de 2010, p.5.

⁹ Ibidem, p.11.

agências reguladoras e o CADE. Tal estudo constitui em desdobramento acerca da problemática proposta. Neste capítulo, então, são colacionadas decisões do CADE acerca de sua função na arena dos serviços públicos. São suscitados, ainda neste capítulo, princípios que devem guiar a atuação regulatória do Estado¹⁰, todos tendo como norte a proporcionalidade.

Diante deste cenário inicial este trabalho invoca, para o cumprimento de seus desideratos, a proporcionalidade para a ponderação dos valores constitucionais. Isso significa que a concorrência é um valor a guiar a regulação, mas não será um valor absoluto a obstar os objetivos dos serviços públicos. Disso é discutida a ponderação na inserção da concorrência no âmbito desses serviços. Essa discussão é importante para a reflexão da proporcionalidade das leis que abriram os setores à concorrência e a possíveis leis que possam a vir a harmonizar os objetivos regulatórios e concorrenciais com vistas ao maior benefício da população, bem como um possível papel do judiciário com o seu poder da coisa julgada.

¹⁰ Estes princípios são sistematizados de Calixto Salomão Filho como proposta de construção de uma teoria regulatória geral.

1. A NOVA REGULAÇÃO: FUNDAMENTOS.

Introdução

Este capítulo tem por objetivo demonstrar a evolução do interesse público até a sua atual configuração na contemporaneidade. Analisar os interesses públicos na contemporaneidade é importante para a compreensão da atividade regulatória do Estado. É demonstrado que a pluralidade de interesses públicos demanda um novo poder político e novas instituições que servem de mediação entre o Estado e a sociedade.

Num segundo momento é analisado o processo de reforma do Estado, em que o mesmo passou a ser regulador da atividade econômica e interventor excepcional na ordem econômica em sentido estrito. Neste sentido serão analisados os fundamentos daquilo que se chama de a nova regulação. É demonstrado que a nova regulação significa regulação pró-concorrência.

É analisada também, neste contexto, a concepção de serviços públicos. Os serviços públicos que são objetos de estudo são os serviços públicos econômicos.

Num último momento deste capítulo é feita uma delimitação conceitual de regulação, em que é estudado o significado de intervenção, atuação e de ordem econômica. São estudadas as diferenças conceituais entre os termos.

1.1. Interesses públicos na contemporaneidade.

Este subitem tem por objetivo abordar a evolução do Estado¹¹ desde a modernidade até o estágio atual da contemporaneidade. Este estudo é importante para a fundamentação da atual noção de Estado regulador¹², em que é demonstrada a evolução do interesse público até a contemporaneidade.

¹¹ Neste subcapítulo serão analisados os pressupostos que estruturaram o Estado na modernidade.

¹² Este estudo tem por fundamento a obra do professor Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto “Regulação Estatal e Interesses Públicos”.

Para introduzir o assunto interesse público cabe dizer que o traço característico da modernidade é a unificação do poder decisório face à instabilidade que predominou no período medieval. A sociedade civil, no período anterior à modernidade propriamente dita, era apenas objeto de governo e não era clara a divisão entre o público e o privado¹³.

Tal configuração vai sofrendo alterações com o desenvolvimento do capitalismo e o deslocamento do poder para a sociedade civil, o que faz com que o Estado se amolde aos interesses predominantes na sociedade. Neste contexto é que estão colocadas as bases do Estado na modernidade. Desenvolvem-se, então, as idéias de soberania e dicotomia entre as esferas pública e privada. O poder concentra-se na esfera pública que se separa da esfera privada configurando tal dicotomia.

Está-se diante de fatores que levaram ao Estado um plexo de desafios. Será feita apenas referência a tais fatores, sem, contudo, adentrar nas especificidades de cada um¹⁴.

Num momento posterior, ainda no mesmo subitem, é estudado que as noções de soberania e dicotomia entre público e privado entram em crise. Diante deste contexto chega-se à atual configuração do Estado. Um Estado cuja noção de soberania está relativizada e cuja noção dicotomizada entre o público/privado também o está¹⁵.

Segundo Marques Neto (2002) a emergência de interesses públicos no âmbito de uma sociedade fragmentada faz surgir um fenômeno típico da contemporaneidade: as agências reguladoras. Agências reguladoras independentes,

¹³ Não cabe aqui estudar o contexto político da Idade Média, apenas breves referências.

¹⁴ Um fator importante, segundo Marques Neto (2002), é a globalização e a internacionalização econômica. Isso significa que se formam estruturas com poder econômico, com poder de coerção política. Essas estruturas transpassam os limites do Estado nacional e formam sua cadeia produtiva por meio de uma rede de microestruturas que se espalham pelo globo. Fica claro a superação do modelo Fordista de produção para o modelo pós-fordista. À guisa de melhor explicação, o modelo de produção fordista primava pela fixação das bases produtivas num dado Estado nacional, onde se localizava o centro produtivo. Percebe-se a mudança organizacional da produção industrial.

Outro fator de extrema importância elencado por Marques Neto (2002), e que é objeto de melhor análise, é a fragmentação social. Isso porque uma das características que permearam o Estado moderno foi a homogeneidade social. Quando da falência do Welfare state as demandas sociais cresceram acentuadamente, o que levou os indivíduos a se organizarem para pressionar o Estado. Ressalta Marques Neto (2002) que para o Estado a fragmentação social constitui desafiadora, pois as pressões por demandas aumentam e se tornam mais complexas exigindo do Estado uma nova postura.

¹⁵ Constata-se, então, que o Estado não era mais aquele centro de atribuições de onde emanava exclusivamente o poder político. O Estado passa a mediar interesses contraditórios na sociedade.

segundo Marques Neto (2002) constituem a expressão de um novo paradigma que se instaura perante o Estado e a sociedade.

1.1.1. Os pressupostos do Estado moderno.

Analisar-se-ão a partir de agora os elementos característicos do Estado Moderno, para, posteriormente, cumprir o objetivo deste subitem que é lançar os indícios de relativização dos elementos que sustentaram o Estado Moderno pela contemporaneidade, caracterizando o Estado regulador.

Para a compreensão dos pressupostos do Estado moderno se faz necessária a transcrição dos dizeres de Dalmo Dallari quando da transição do período Medieval ao Estado Moderno, pois assim se identificam os elementos da modernidade Estatal. Eis Dallari (1995, p.59):

As deficiências da sociedade política medieval determinaram as características fundamentais do *Estado Moderno*. A aspiração à antiga unidade do Estado Romano, jamais conseguida pelo Estado Medieval, iria crescer de intensidade em consequência da nova distribuição da terra.

Esta transcrição é de importância significativa e autoexplicativa, pois a busca da unidade é possível, nas palavras de Dallari (1995, p. 60), “com a afirmação de um poder soberano”. E soberania aqui tomada como monopólio do poder decisório nas mãos do Estado.

Percebe-se a característica da modernidade estatal, ou seja, a unidade do poder decisório. E essa percepção é desenvolvida em face de algo que o antecede. Esse algo representa a instabilidade política, econômica e social que permeou a Idade Média. A consequência é que essa instabilidade, por sua vez, gera a necessidade de autoridade. E é a partir dessa necessidade que a soberania se faz desenvolver¹⁶.

A primeira referência ao desenvolvimento teórico de soberania se deu com Jean Bodin. Bodin lançou as características desse poder: absoluto e perpétuo. Os desenvolvimentos teóricos subseqüentes da noção de soberania se

¹⁶ Essa constatação é pacífica entre os autores da Teoria Geral do Estado. É uma constatação histórica em que é dispiciendo citar autores.

assentam num traço comum, ou seja, a noção de soberania ligada à concepção de poder. Schmitt (1988 apud Marques Neto 2002, p. 40), ensinou que a soberania “não deve ser juridicamente definida como monopólio da sanção ou do poder, mas como monopólio da decisão”. Essa é a concepção de soberania, atinente ao monopólio do poder decisório nas instituições estatais, que interessa ao estudo deste trabalho e cuja concepção está relativizada na contemporaneidade.

E aqui já vai se traçando os elementos caracterizadores da modernidade. Um deles, como já dito, é a soberania fundada na necessidade de unificação do poder. Faz necessária, então, uma referência de Marques Neto (2002, p. 30), quando da explicação da necessidade de unificação do poder:

Para que isto fosse possível foi necessária, como é sabido, a formação de um espaço de governo onde se embatem, no âmbito de reunião de Estados, o governante e os representantes dos setores sociais, rompendo com a relação típica do feudalismo, baseada em vínculos pessoais de lealdade e vassalagem. E, em grande medida, este processo decorre da afirmação de interesses individuais decorrentes da ampliação do número de proprietários e do surgimento de uma certa irresignação destes ao antigo regime.

Com a quebra das relações pessoais feudais começa a haver a delimitação entre as esferas pública e privada, ou seja, é a delimitação do poder decisório. O Estado tendo o monopólio da decisão começa a se configurar como uma organização institucionalizada de poder. À esfera pública fica afeta a satisfação e a implementação das necessidades coletivas. Ao poder político, unificado, coube dizer quais essas necessidades a serem perseguidas. Aqui reside outra característica do Estado na modernidade que foi superada na contemporaneidade, qual seja: o monopólio do Estado em estabelecer quais eram os interesse públicos.

Então, com a modernidade se desenvolveu a unicidade do poder, e este poder nasceu e foi dirigido a todos os indivíduos de uma dada coletividade. A constatação é que o Estado detinha¹⁷ o monopólio do poder decisório e cabia ao Estado a consecução exclusiva dos interesses coletivos na esfera pública. Atenta Marques Neto (2002) que a questão central acerca da delimitação do poder decisório é o exercício do poder unificado de forma soberana (e a demarcação entre o poder político e a vida social é crucial a tal).

¹⁷ E ainda detém, mas está relativizado.

O Estado Moderno, então, tem sua compreensão fundada nas noções de soberania e na separação entre as esferas pública e privada, cujas noções constituem pontos nodais à compreensão do Estado contemporâneo.

Neste momento do trabalho ganha corpo a noção do que seja *público*. Esta noção é depreendida porque o poder do soberano passou a ser exercido para a coletividade e o poder do Estado era exercido com um caráter geral, expresso na idéia de *interesse público*. Contudo, seguindo o escólio de Marques Neto (2002), o poder uno, indivisível e absoluto do Estado esbarra na barreira da esfera privada, é um poder absoluto, porém, de abrangência limitada¹⁸.

A importância da finalidade deste poder reside na própria concepção da esfera pública, ou seja, uma esfera onde residem as necessidades dos indivíduos sobre um denominador comum. Então, o poder unificado e centralizado do Estado só vai se justificar se voltado para o interesse geral, e o referido interesse terá seu conteúdo definido pela emergência de um ferramental, de um aparato de direito administrativo.

1.1.2. O modelo de Direito Administrativo.

No subitem anterior ficaram demonstrados de forma sucinta os pilares estruturantes do Estado Moderno. A noção de tais pilares vai ajudar a construir o paradigma de Direito Administrativo, para, num breve subitem, analisar a mudança do referido paradigma pela relativização dos pressupostos do Estado Moderno.

Cabe aqui uma citação de Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto que serve de marco ao presente subitem. Eis Marques Neto (2002, p. 58): “[...] podemos afirmar que o Direito Administrativo corresponde a uma – se não a mais importante – face do arcabouço legal-racional que vai dar sustentação ao Estado Moderno que sucede ao período absolutista.”

¹⁸ Segundo Marques Neto (2002, p. 52) “[...] este poder absoluto, ainda que de abrangência limitada, demanda um requisito de legitimação, sem o qual não lograria afirmar-se sobre os membros da sociedade”. Essa legitimação, justificadora da delimitação das esferas acima aludidas, é destacada pelo mesmo Marques Neto (2002, p. 52) como “a importância da finalidade deste poder e das restrições que ele acarreta”.

Com essa citação pode-se sustentar que o Direito Administrativo no Estado Moderno pós-absolutismo é um instrumento de ação do poder político com regras e princípios que delimitaram o poder. Quando se fala em delimitação do poder há que se fazer referência ao constitucionalismo. O Constitucionalismo é um movimento político-social que traz em si a necessidade de limitar o poder. As várias concepções de Constitucionalismo desenvolvidas por teóricos trazem a limitação do poder arbitrário como sua expressão máxima. Segundo Loewenstein (1970, p. 149):

Con el tiempo se ido há reconociendo que la mejor manera de alcanzar este objetivo será haciendo constar los frenos que la sociedad desea, imponer a los detentadores del poder en forma de un sistema de reglas fijas – la constitución – destinadas a limitar el ejercicio del poder político. La constitución se convirtió así en el dispositivo fundamental para el control del proceso del poder¹⁹.

Na esteira do movimento Constitucionalista e do Liberalismo, o indivíduo se vê na necessidade de sua afirmação frente ao Estado. Essa afirmação é no sentido de o indivíduo ter garantido direitos face o Estado. Esta observação calha aqui porque o Direito Administrativo é o campo voltado à delimitação do poder Estatal. Logo, constata Marques Neto (2002) que tal ramo do Direito público desenvolveu-se como ramo autônomo com o também desenvolvimento do Estado de Direito.

Com o processo de dissolução do absolutismo o monarca foi substituído pelo povo enquanto titular do poder. Contudo, este poder tinha que ser disciplinado. Tal tarefa foi confiada a esse ferramental administrativo que legitima o poder. Isso quer dizer que o poder vai ser exercido por meio da lei. Está-se diante do princípio da legalidade²⁰.

O Direito Administrativo, segundo Marques Neto (2002), inobstante servir de ferramental à limitação do poder, possui um viés autoritário acerca da centralização do poder. E disso nasce a ideia de que o poder decisório do Estado é inoponível, ou seja, é a supremacia do interesse público sobre o privado. Como ensina Héctor Jorge Escola (1989 apud Marques Neto 2002, p. 73) “[...] o Direito

¹⁹ Tradução livre: Com o tempo foi se reconhecendo que a melhor maneira de alcançar este objetivo é fazendo constar os freios que a sociedade deseja, impostas aos detentores do poder em forma de um sistema de regras fixas – a Constituição – destinadas a limitar o exercício do poder político. A Constituição se converteu assim no dispositivo fundamental para controlar o processo de poder.

²⁰ Este princípio passou por uma evolução. No seio do Estado Liberal, preocupado com as liberdades individuais, a legalidade tinha sentido restrito. Isso quer dizer que a Administração podia fazer tudo o que a lei não proibia.

Público se apoiaria em princípios de normas de supra-ordenação, aplicáveis a partir de uma relação de superioridade e generalidade (supra-individualidade).”

É dessa premissa que se dá o desenvolvimento de instrumentos afetos ao Direito Administrativo, que nada mais são que instrumentos de efetivação do Poder Estatal. Segundo Marques Neto (2002, p. 73-74):

A partir deste pressuposto de desigualdade constroem-se ora instrumentos de efetivação da autoridade (poder de polícia, cláusulas exorbitantes em contratos administrativos, desapropriação, poder discricionário etc.), ora institutos de limitação deste poder (princípios da função, competência, motivação, publicidade etc.; equilíbrio econômico-financeiro; direito de defesa, direitos subjetivos públicos).

Contudo, o exercício da autoridade, que se apresenta desigual em relação ao particular, possui uma vinculação finalística. O Direito Administrativo restringe direitos dos particulares para que o exercício do poder político alcance fins que a todos interessam, ou seja, segundo Marques Neto (2002, p. 76):

[...] a intervenção do Estado na seara privada busca justificar-se como sendo um instrumento apto à consecução do bem comum. O Direito Administrativo, portanto, legitima-se como arcabouço teórico necessário à concretização de interesses que são, a um só tempo, de todos e de ninguém ao mesmo tempo.

A partir disso já se tem a concepção da noção de interesse público, central para o Direito Administrativo. Para tanto há que se socorrer a Marques Neto (2002, p. 77) ao se referir aos ensinamentos de Marie-Pauline Deswart; “[...] o interesse público cumpre para este ramo do Direito o papel de *instrumento* (elo de concentração), *limite* (elo de delimitação) e *fundamento* (elo de legitimação) do poder.”

Envolto à noção de interesse público é relevante breve apontamento de Celso Antonio Bandeira de Mello acerca do regime jurídico administrativo, em seu curso de Direito Administrativo. Para Bandeira de Mello (2003, p. 45):

Só se pode, portanto, falar em Direito Administrativo, no pressuposto de que existam princípios que lhes são peculiares e que guardem entre si uma relação lógica de coerência e unidade compondo um sistema ou regime: o regime jurídico-administrativo.

Celso Antonio Bandeira de Mello sistematiza o regime jurídico-administrativo como um centro onde convergem os princípios e normas de Direito Administrativo. Para Bandeira de Mello (2003, p. 48): “Todo o sistema de Direito Administrativo, a nosso ver, se constrói sobre os mencionados princípios da

supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público pela administração”.

Importante deixar claro, e este é o ensinamento de Marques Neto (2002), que a noção de interesse público na modernidade é única. Nesse sentido somente há um único interesse público na manifestação do poder político. Este interesse único significa uno, absoluto, exclusivo e indivisível, em que vai penetrar no corpo social e refletir os valores sociais de seus membros. Ainda segundo Marques Neto (2002), a noção de interesse público tinha o caráter da generalidade. Este caráter se fazia necessário na justificação dos poderes da administração. A importante observação é que a noção de interesse público homogêneo permeou o Direito Administrativo.

O que importa para este trabalho, com vistas a fundamentar a regulação estatal, é que essa noção acima delineada sofreu variações ao longo do tempo. Logo, a identificação do interesse público é uma questão que vai ser determinante na caracterização do Estado Contemporâneo.

Segundo Marques Neto (2002), com o Estado Liberal tinha-se uma noção de interesse público mais delienada. Pelas próprias características do Estado Liberal é fácil delinear tal interesse. Interesse privado e interesse público tinham seus limites muito bem fixados. Com o advento do Estado de Bem-Estar Social, a noção de interesse público fica mais complexa²¹ com o advento de grupos de interesse²².

Com isso já se pode adentrar no contexto da contemporaneidade, em que será demonstrada a mudança na concepção de interesse público e os fatores determinantes para tal mudança. Isso será feito no subitem que segue.

1.1.3. O interesse público no Estado contemporâneo.

Segundo Marques Neto (2002), o poder político ganha uma nova roupagem face algumas transformações econômicas, sociais e políticas

²¹ A complexidade de interesse público advém da Fragmentação (o que será analisado no subitem posterior).

²² O modelo de Estado é importante para a compreensão do interesse público. No Estado Liberal havia uma prevalência do poder legislativo. Com o Estado de bem-estar o poder Executivo se fortalece justamente com o surgimento dos grupos de interesse. É neste contexto que os interesses públicos deixam de ser homogêneos.

caracterizadoras do Estado contemporâneo. Nos subitens anteriores ficaram demonstradas as características fundamentais do Estado Moderno, e a noção de interesse público a ele afeta. Segundo Marques Neto (2002, p.104), os fatores da relativização dos pressupostos do Estado Moderno são: “(a) a globalização econômica, que assume papel relevante nos anos 90, e (b) o processo de complexização e fragmentação social, impulsionado a partir dos anos 70.”

Primeiramente cabem algumas notas acerca da globalização. A atenção sobre a globalização volta-se ao território nacional. O sintoma crucial da globalização se reflete na produção industrial, a qual passou por uma guinada contrária ao modelo de produção Fordista. É o chamado modelo de produção Toytista. Este modelo tem como característica fundamental a pulverização dos centros produtivos pelo mundo. Isso significa que a vinculação fordista da produção a um Estado individualizado dá lugar à referida pulverização do processo produtivo. Em outras palavras é a fragmentação da produção em diversas localidades formando uma teia produtiva. Segundo Marques Neto (2002), os capitais vão flutuar por sobre os Estados Nacionais, a produção industrial ganha um alto grau de flexibilização que escapa à intervenção estatal.

Marques Neto (2002) atenta para o fato de haver que se destacar também o surgimento dos organismos multilaterais que se desenvolveram após a segunda guerra mundial. E nessa esteira, segundo o autor citado, ganham corpo as instituições de fomento e coordenação financeira, bem como o processo de integração econômica dos países europeus e, também, a disseminação dos valores dos Direitos Humanos.

A questão primordial aqui verificada é que essas transformações demandam um Direito sob uma perspectiva diferente. Esses processos de internacionalização vão impulsionar uma reestruturação do Direito, com novos mecanismos jurídicos. A União Europeia é um exemplo a ser citado, pois as transformações pelas quais passaram os Estado demandaram um novo Direito, uma nova concepção de soberania, cujo princípio que a guia é a supranacionalidade.

Numa outra vertente, já anunciada neste trabalho, há a fragmentação social²³. Segundo Marques Neto (2002), o todo social uniforme que

²³ A construção da modernidade política repousou na idéia da homogeneidade social e também na idéia de um centro decisório que refletisse esse interesse geral. Aqui a questão chave é a homogeneidade social que se fragmentou.

caracterizou o Estado Moderno se rompe. Essa sociedade uniforme foi se fragmentando e fugindo à estrutura institucional e aos mecanismos de representação tradicionais. Referido processo de fragmentação tem seu início quando o Estado passou a intervir na ordem econômica e se acentuou quando da falência do Estado de Bem-estar social. Esse é o escólio de Marques Neto (2008, p. 116):

Tais processos adquirem grande impulso no período em que o Estado crescentemente passa a intervir na economia e assumir funções de provedor das necessidades sociais, explodindo a partir daquilo que diversos autores denominam de 'welfare state'.

O autor citado sustenta que se o Estado passa a não atender as demandas sociais, em que são crescentes, vai haver uma reação desta mesma sociedade num grau de organização maior para pressionar o Estado por melhores condições. Esta reação, então, é fruto de demandas sociais crescentes, mais complexas, e que colocam o Estado numa posição de impotência. A conclusão de Marques Neto (2002) é que a sociedade vai se aglutinando em grupos de interesse, os quais se tornam espaços legítimos onde estão convergidos os interesses desses indivíduos e os instrumentos efetivos para atendimentos de suas necessidades. O Estado, todavia, devido à falta de recurso, acolhe o interesse de alguns grupos e deixa de atender interesses de outros, o que faz surgir o desaparecimento da homogeneidade do interesse público²⁴.

O que se pretende neste subitem é trazer elementos para afirmar a relativização da unicidade do poder decisório, pois o Estado vai se relacionando com a sociedade fragmentada. Contudo, essa relação é no papel de mediador dos interesses. De acordo com Marques Neto (2002, p. 123): "Este papel é exercido fora dos parâmetros unilaterais que caracterizam o poder político no Estado Moderno." É um papel contínuo, em que cabe ao Estado mediar e dialogar com os grupos de interesses da sociedade.

²⁴ Como exemplo dessa fragmentação podem ser citadas as organizações não-governamentais. Elas surgem nesse contexto, ou seja, a sociedade se organiza em grupos de interesse, e parcela desses grupos toma para si o encargo de realizar iniciativas concretas independentes de políticas governamentais. Com isso, a dicotomia público/privado construída ao longo da modernidade é colocada à prova, pois, segundo Marques Neto (2002, p. 122): "Isso porque, embora construídas à margem do aparato estatal, seu raio de ação, abrangência dos interesses que perseguem e dependência de meios estatais dão a essas organizações um caráter publicizado".

Então, a crise da noção de soberania não permite mais ao Estado o estabelecimento do que seja interesse público²⁵. Na contemporaneidade, no âmbito da sociedade fragmentada, a identificação dos interesses públicos concorrentes passa a depender mais do exercício da discricionariedade. Como bem frisou Marques Neto (2002, p. 156): “Ora, a idéia de que o interesse público seria aquele prescrito na lei acarretava, necessariamente, a idéia de existência de um – e apenas um - interesse público primário.” E prossegue:

Não podendo mais ser sustentada a existência de um interesse público (prescrito em lei ou identificado pela burocracia), não há mais como aceitar a tese de oposição e supremacia absoluta deste interesse geral frente aos diversos interesses encontrados na sociedade [...].

Depreende-se da citação que os interesses surgidos com o advento da contemporaneidade não são mais sufocados pelo poder político do Estado. Logo, a concepção clássica da supremacia do público sobre o privado vê-se abalada na contemporaneidade. E assim há a mudança da noção de interesse público na ótica do poder político. Isso significa que a Administração não exerce mais o papel de intérprete autoritário do que seja interesse público. O Estado sai de sua posição hierárquica para se articular com os entes sociais.

A questão é que a noção de interesse público que avança à contemporaneidade coloca a Administração na posição de mediação dos diversos interesses que convivem na sociedade, segundo a relevância de interesses perante outros. Quando da ponderação dos interesses públicos, dois princípios do regime jurídico administrativo se fazem presentes: a supremacia do interesse público sobre o particular e a indisponibilidade do interesse público. E aqui cabe importante observação de Marques Neto (2002, p. 165):

O princípio da supremacia do interesse público, parece-nos, deve ser aprofundado de modo a adquirir a feição da prevalência dos interesses públicos e desdobrando-se em três subprincípios balizadores da função administrativa: (i) a interdição do atendimento de interesses particularísticos; (ii) a obrigatoriedade de ponderação de todos os interesses públicos enredados no caso específico; e (iii) a imprescindibilidade de explicitação das razões de atendimento de um interesse público em detrimento dos demais.

²⁵ No contexto até agora apresentado, o interesse público era aquele que vinha previsto na lei. Percebe-se a manifestação da unicidade do poder decisório do Estado.

Há na referida citação uma palavra de relevante importância. O autor fala em “prevalência”. Vê-se que prevalecer possui uma carga menos unilateral, autoritária, verticalizada do que a palavra supremacia.

E o mesmo Marque Neto (2002, p. 165), diz que “o princípio da indisponibilidade tem que ser reformulado de modo a expressar a irrenunciabilidade à tutela dos interesses públicos difusos”. Aqui se pode interpretar esta citação no sentido do não desprezo dos interesses daqueles que estão fora de grupos de interesses. É um elemento que justifica a prestação de serviços públicos por meio de redes²⁶.

É nessa concepção de interesse público que à administração cabe a conciliação e a composição entre os diversos interesses. Papel de fácil constatação quando da retirada do Estado da prestação de alguns serviços públicos trespassados a particulares mediante concessão ou permissão. Será analisado adiante o esvaziamento da esfera pública mediante a desestatização, mas o que importa neste momento é dizer que a retirada do Estado implica reforçar seu papel regulatório. Se a execução de serviço público é transferida para particulares, deve-se viabilizar um aparato regulatório.

Então, quando o Estado deixa de prestar serviço público, ganha relevância o papel regulatório. Segundo Marques Neto (2002, p. 167):

Se bem é verdade que o Estado não mais presta determinado serviço público, não é menos verdadeira é a relevância de sua atividade no controle da qualidade do serviço prestado, na fiscalização e preservação das suas cláusulas de ampliação, de sua universalização e de atendimento dos princípios a ele correlatos (especialmente os princípios da universalidade, atualidade, modicidade da tarifa e continuidade da prestação), bem como no arbitramento entre a perspectiva econômica do concessionário e os *interesses públicos difusos*.

Então, fica evidente essa atuação Estatal como mediador dos interesses públicos o qual vai tutelar e promover os interesses públicos difusos.

1.1.4. A administração pública frente à nova configuração de interesse público: as agências reguladoras.

²⁶ Assunto que será abordado adiante.

Diante do exposto, chega-se à atual configuração do Estado. Um Estado cuja noção de soberania está relativizada e cuja noção dicotomizada entre o público/privado também o está. Disso se constata um Estado não mais unicamente como um centro de poder decisório, mas também como um interlocutor para e com a sociedade. O Estado passa a ser tutor e viabilizador das necessidades dos interesses difusos e mediador de interesses dos grupos organizados. O que fica claro, no contexto do Estado Contemporâneo, é a existência de uma pluralidade de interesses públicos. E isso reconfigura o Estado, o que é bem dito nas palavras de Marques Neto (2002, p.180):

Ou seja, ainda que o *Estado republicizado* permaneça obrigado a exercer o poder de forma impessoal, emerge necessária a aceitação do pressuposto de que a comunicação entre interesses e poder político não se efetiva de modo uniforme. Daí por que a necessidade de uma mediação ativa e de uma atuação prospectiva (porquanto os interesses hipossuficientes por vezes têm de ser identificados para poderem ser assegurados e defendidos) e compensatória (porquanto a simples neutralidade não é suficiente para assegurar o respeito e a efetivação destes interesses) do poder político.

A grande questão que se coloca ao Estado Contemporâneo é redimensionar a atuação do poder político aos ditos interesses difusos. O atual Estado é regulador e interventor excepcional na ordem econômica, ou seja, deve ser um Estado voltado à proteção dos interesses daqueles que não se encontram representados. Como já dito, é a justificativa para a prestação dos serviços públicos por meio de redes. Logo, surge a questão dos objetivos dos serviços públicos: qualidade e a universalidade. Então, a ação do poder público é legitimada ao atendimento das necessidades coletivas. Nesse sentido é que se fala da necessidade de prevalência dos interesses difusos no processo decisório.

A emergência de interesses públicos no âmbito de uma sociedade fragmentada, acima referida, faz surgir um fenômeno típico da contemporaneidade: os entes reguladores autônomos ou agências reguladoras. Agências reguladoras independentes, segundo Marques Neto (2002), constituem a expressão de um novo paradigma que se instaura perante o Estado e a sociedade. Com os olhos voltados a esses entes que a nova função do poder político torna-se evidente.

É de frisar, todavia, que estes órgãos devem ser permeáveis à sociedade, pois estes entes vão se interagir com os diversos agentes na arena da atividade regulatória. Essa interlocução é o pressuposto da superação da unilateralidade do exercício do poder político e fundamento da atividade regulatória. O que há de ficar claro, de acordo com os ensinamentos de Marques Neto (2002), é que a atividade regulatória não é uma atividade autoritária, impositiva, mas sim uma atividade mediadora, em que cabe ao regulador a composição de interesses contrapostos.

A atividade regulatória deve ser aberta à participação dos indivíduos e dos grupos sociais, ou seja, deve ser aberta e acessível à participação no processo de manifestação do poder político. Tal participação social é de extrema importância, pois por meio da participação se evita a captura dos entes reguladores por interesses particulares.

Outra característica que deve permear a atividade regulatória é a procedimentalização da atividade do ente regulador. A procedimentalização, teoricamente, afasta a arbitrariedade por parte do regulador e permite a solução de conflitos entre o Estado e a sociedade de maneira dialógica.

O poder político, então, no entendimento de Marques Neto (2002), é composto por duas vertentes: uma afeta ao âmbito da Administração Central, a qual está voltada à formulação e ao planejamento das políticas públicas; e outra vertente afeta aos entes reguladores, a qual reside a função de fiscalização, normatização, mediação de interesses especiais e proteção de interesses coletivos.

Já é de boa hora tecer algumas observações sobre as agências reguladoras. As agências reguladoras dispõem de poderes normativos, administrativos e poderes inerentes à solução de conflitos. A doutrina defende que o atual contexto regulatório significa uma estocada no princípio da legalidade, assim como na tripartição de poderes, haja vista o poder normativo desses entes.

Constata-se que não há um enquadramento desses entes no âmbito de um dos Poderes do Estado. A natureza regulatória dessas agências foge à clássica teorização tripartida do poder. Essas características inerentes às agências levaram a doutrina, e principalmente a doutrina estrangeira, a questionar a legitimidade de tais entes. A crítica se fundamenta na afronta à democracia representativa.

Este trabalho, contudo, parte dos ensinamentos de Vital Moreira²⁷, o qual defende a legitimidade de tais agências pela democracia procedimental. Então, a democracia procedimental irá fundamentar as tomadas de decisão das agências reguladoras. Logo, as tomadas de decisão desses entes independentes devem levar em conta a participação dos usuários, consumidores e empresários na produção da norma e na solução de controvérsias. Está-se a falar aqui da participação pública no controle das agências reguladoras.

Essa celeuma é muito bem colocada por Lessa Mattos (2002, p. 187):

Nesse ponto, o que está em questão é saber, a partir das teorias sobre a separação dos poderes, em que medida é legítima e democrática a decisão sobre o conteúdo da regulação por um órgão colegiado não eleito e independente da administração direta, em contraposição à decisão monocrática de um ministro de estado nomeado pelo Presidente da República, este sim eleito pelo voto popular.

A legitimidade procedimental aqui adotada ganha relevância quando da independência decisória de tais entes. É de observar que se o fundamento é a democracia procedimental, deve haver mecanismos institucionais que garantam a participação pública no controle do processo decisório. Neste sentido Pereira (1998, p. 157) usa a expressão “autonomia decisória”, ao se referir à autonomia dos entes regulatórios.

A discussão que deve ser feita, então, é a participação pública como mecanismo de controle do processo decisório das agências independentes. Está-se diante da concepção de política deliberativa propugnada por Habermas (1997). Em outras palavras, é o modelo de democracia procedimental.

A política deliberativa propugna que o processo político democrático deve levar em consideração a pluralidade de formas de comunicação em direção à vontade comum. Segundo Lessa Mattos (2002, p. 187), o direito para Habermas, neste modelo de democracia procedimental, é “[...] meio pelo qual o poder comunicativo pode transformar-se em poder administrativo”.

Calha demonstrar como ocorre a institucionalização da procedimentalização habermasiana no processo decisório das agências reguladoras.

²⁷ A obra utilizada em que o autor faz referência à democracia procedimental é: **Autoridades Reguladoras Independentes: Estudo e Projecto de Lei-Quadro.**

Para tanto importa suscitar o fundamento da participação pública. Este fundamento se encontra na Constituição Federal em seu art. 37, § 3º. É a participação pública no controle da administração pública. Quando da análise destes mecanismos de controle público, Lessa Mattos (2002) utiliza como exemplo o caso das telecomunicações, por meio da lei 9.472/97. O mecanismo de controle que será demonstrado aqui é o mecanismo de participação pública: as consultas públicas. Cabe também fazer referência a um mecanismo indireto de controle: a ouvidoria.

Serão feitas algumas anotações sobre as consultas públicas previstas na referida lei 9.472/97. A consulta pública é um meio de participação dos administrados na elaboração das normas editadas pela agência reguladora ANATEL²⁸. A consulta é formalizada mediante publicação no Diário Oficial da União. A ideia é que antes de ser votada pelo conselho diretor, todo ato normativo deve ser colocado para a apreciação da população para que estes opinem sobre o projeto. Qualquer pessoa pode formular críticas e sugestões, as quais deverão ser examinadas pelo Conselho Diretor. Este procedimento está previsto no regimento interno da Anatel²⁹.

Será feita também referência à Ouvidoria. Outro mecanismo de controle, contudo indireto. A Ouvidoria está prevista no art. 127, do Regimento da ANATEL, e também na lei 9.472/97³⁰. Sobre a ouvidoria, o ex-ouvidor da Anatel Aristóteles dos Santos diz:

Somente uma Agência sólida, autônoma e forte, com amplos poderes de atuação em sua área, com seus órgãos jurídicos, econômicos e técnicos finamente engrenados e capacitados, poderá reverter o atual quadro de insatisfação da sociedade frente aos atuais serviços de telecomunicações. Uma Agência se faz forte a

²⁸ “Art. 42. As minutas de atos normativos serão submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na Biblioteca” (lei geral das telecomunicações).

²⁹ “Art. 45. A Consulta Pública tem por finalidade submeter minuta de ato normativo a comentários e sugestões do público em geral, bem como documento ou assunto de interesse relevante”

§ 1º A Consulta Pública será formalizada por publicação no Diário Oficial da União, com prazo não inferior a dez dias, devendo as contribuições ser apresentadas conforme dispuser o respectivo ato.

§ 2º Os comentários e as sugestões encaminhados e devidamente justificados deverão ser consolidados em documento próprio a ser enviado à autoridade competente, contendo as razões para sua adoção ou não, ficando o documento arquivado na Biblioteca da Agência, ficando à disposição do público interessado.

³⁰ “Art. 45. O Ouvidor será nomeado pelo Presidente da República para mandato de dois anos, admitida uma recondução.

Parágrafo único. O Ouvidor terá acesso a todos os assuntos e contará com o apoio administrativo de que necessitar, competindo-lhe produzir, semestralmente ou quando oportuno, apreciações críticas sobre a atuação da Agência, encaminhando-as ao Conselho Diretor, ao Conselho Consultivo, ao Ministério das Comunicações, a outros órgãos do Poder Executivo e ao Congresso Nacional, fazendo publicá-las para conhecimento geral”.

partir da consistência, perenidade e firmeza na definição e aplicação de seus atos.

Pelas palavras do ex-ouvidor, constata-se a importância da agência reguladora no campo do domínio econômico no que se refere à intermediação dialógica entre o Estado e a sociedade.

Vale a pena também transcrever a noção e entendimento de ouvidoria constante do site da agência reguladora. Esta transcrição é importante porque esta noção significa uma espécie de autoavaliação da agência reguladora acerca de suas funções perante à sociedade:

A ouvidoria deve buscar a satisfação das necessidades dos cidadãos, segundo o princípio da eficiência, atuando como promotora e agente de mudanças em prol de uma gestão pública democrática, transparente, eficaz, participativa e ética (www.anatel.gov.br).

O ouvidor é nomeado pelo Presidente da República para mandato de dois anos, admitida uma única recondução. Ele tem acesso a todos os assuntos. A ele compete a produção semestral, ou quando oportuno, de apreciações críticas da atuação da Agência, encaminhando-as ao Conselho Diretor, ao Conselho Consultivo, ao Ministério das Comunicações, a outros órgãos do Poder Executivo e ao Congresso Nacional, fazendo-as publicar no Diário Oficial da União e disponibilizando-as na Biblioteca para conhecimento geral. O ouvidor tem independência, não havendo vinculação hierárquica com o Conselho Diretor ou seus integrantes. Segundo Lessa Mattos (2002, p. 209), o Ouvidor funciona e tem como papel ser “[...] catalisador de interesses difusos na sociedade e opinar sobre o conteúdo da regulação, considerando, ainda, que tem legitimidade para propor a edição de atos normativos”.

Existem outros mecanismos de controle, e em outras agências, mas o objetivo não é analisar todos. Somente os controles sobre o processo de produção das normas são suficientes para demonstrar a institucionalização da procedimentalização da atividade regulatória.

1.2. A Reforma do Estado e a *neo-regulación*.

Para a compreensão da regulação estatal de serviços públicos e, por conseguinte, de seus objetivos, faz necessário analisar a reforma do Estado que teve curso nos anos de 1990.

Segundo Bresser Pereira a Reforma do Estado envolve quatro problemas. Para Pereira (1997), pode-se distinguir: um problema econômico-político, o qual envolve a questão do tamanho do Estado; um problema também econômico-político, que envolve a redefinição do papel do Estado regulador; um problema econômico-administrativo, atinente à recuperação da governança; e por último um problema político, configurado no aumento da governabilidade ou capacidade política do governo de intermediar interesses.

Este trabalho toma como objeto de estudo essas questões levantadas por Bresser Pereira, notadamente as questões econômico-políticas acerca do tamanho do Estado e à questão da desregulação que caracteriza o menor grau de intervenção do Estado na vida econômica.

O que tem de ficar expresso neste trabalho é que a necessidade de reforma do Estado advém da ascensão de uma crise econômica que teve curso nos anos 80, este fato é pacífico entre os autores. Não constitui objeto de estudo as causas dessa crise, mas o que vale a pena ser registrado, é que esta crise foi do modo de intervenção do Estado no domínio econômico. Segundo Pereira (1997, p. 9): “A Grande Depressão dos anos 30 decorreu do mau funcionamento do mercado, a Grande Crise dos anos 80, do colapso do Estado Social do século vinte”³¹.

A reforma do Estado está num contexto em que, segundo Pereira (1997, p.11): “Aos poucos foi se tornando claro que o objetivo da intervenção deixara de ser a proteção contra a concorrência, para se transformar na política deliberada de estimular e preparar as empresas e o país para a competição generalizada”. A crise dos anos 80 é a crise do Estado, crise do Estado intervencionista. A reforma do Estado que se processou nos anos 90 foi voltada para torná-lo menor, voltado a estimular as economias a serem competitivas internacionalmente. Segundo Bresser Pereira (1997), o Estado reformado continua a proteger os direitos sociais e a

³¹ A crise dos anos 30 se deu pelo mau funcionamento do mercado, e via de conseqüência entrou em crise o Estado Liberal. Estavam criadas, assim, as condições para a emergência do Estado Social-Burocrático (expressão esta usada por Bresser Pereira), com o reconhecimento do papel complementar do Estado no domínio econômico. Foi neste contexto que em alguns Estados não ocorreu a complementação, mas sim a substituição do mercado pelo Estado.

promover o desenvolvimento econômico usando mais o expediente dos controles de mercado.

A reforma do Estado, segundo Pereira (1997) pressupõe a delimitação das funções do Estado por meio de programas de privatização e terceirização, principalmente: redução do grau de interferência do Estado por meio de programas de desregulação com vistas ao controle via mercado para transformar o Estado em promotor da capacidade competitiva do país no plano internacional; o aumento da governança, por meio da reforma administrativa à administração gerencial; e o aumento da governabilidade, por meio de instituições políticas que garantam a intermediação de interesses.

Com relação à delimitação da área de atuação, a reforma do Estado resulta, como já foi dito, num processo de redução do seu tamanho, o que envolve a delimitação de sua abrangência e a redefinição de seu papel. Nas palavras de Pereira (1997, p. 22), “reformular o Estado significa antes de mais nada definir seu papel, deixando para o setor privado e para o setor público não-estatal as atividades que não lhe são específicas”. Para delimitar as funções do Estado, Pereira (1997) distingue três áreas de atuação: as atividades exclusivas do Estado; os serviços sociais e científicos do Estado; a produção de bens para o mercado. Interessa ao presente trabalho a última área de atuação.

Faz-se necessário registrar que o Estado no século vinte interveio na área monopolista dos serviços públicos, em setores de infraestrutura e em setores industriais e de mineração estatizando estas atividades.

Contudo, a constatação dos estudiosos é que a atividade empresarial não é própria do Estado. Razão pela qual os serviços públicos econômicos³² devem ser prestados pela iniciativa privada³³.

A regulação, segundo Stigler (1971 apud Pereira 1997), é demanda do setor econômico e é conduzida em seu benefício. Quando se fala em desregulamentação, a questão que se coloca é acerca da extensão do papel regulamentador das atividades no domínio econômico. Em outras palavras, é até que ponto deve ir a regulação estatal das atividades econômicas. A ideia da desregulação tem fundamento no fato de que a regulação excessiva gera custo para

³² A noção de serviço público econômico será demonstrada em subitem posterior.

³³ E a consequência é que as privatizações de monopólios naturais fazem necessária a criação de agências reguladoras.

o setor privado, o que reduz a competitividade das empresas e gera elevado custo para o Estado.

Como elemento da reforma do Estado, proposto por Bresser Pereira, tem-se a questão da governança. Segundo Pereira (1997, p 40): “Existe governança em um Estado quando seu governo tem as condições financeiras e administrativas para transformar em realidade as decisões que toma”. É neste contexto que se fala em reforma administrativa com vistas a uma administração gerencial, em substituição à dita administração pública burocrática. A administração gerencial, no contexto regulatório que este trabalho está inserido, tem importância de estudo na medida em que esta administração é compatível com o regime democrático, em que cada vez mais se exige a participação mais direta e ativa da sociedade na gestão pública. É a idéia da procedimentalização. Esse é o entendimento de Nusdeo (2008, p. 225): “Dentro de um quadro como esse, o Direito Econômico passa a ganhar uma nova dimensão : a da sua procedimentalização”.

Uma característica importante da administração gerencial é a orientação do Estado para o cidadão-cliente. Segundo Pereira (1997), a governança é alcançada mediante a delimitação de sua área de atuação e a distinção entre o núcleo estratégico e as unidades descentralizadas. Dentro do conceito de cidadão-cliente pode ser albergado o usuário de serviço público.

O Estado reformado é mais próximo do cidadão. É o Estado que vai até à sociedade por meio de mecanismos institucionais que o coloca no mesmo patamar da sociedade, diferentemente do que ocorreu no liberalismo e no Estado-Social Burocrático, como lembra Bresser Pereira. Então, o desdobramento lógico da reforma é uma participação ativa dos cidadãos, em que há institucionalização de mecanismos que permitam uma participação cada vez maior destes, uma democracia cada vez mais participativa.

Neste contexto da reforma do Estado, cujas características cunhadas por Bresser Pereira são fundamentais para o entendimento deste subitem, se pode falar em *neo-regulación*. Esta expressão é utilizada por Ferrer em sua obra *Principios de Regulacion Económica en la Unión Europea*. Neste subitem serão demonstrados os fundamentos desta nova regulação, na visão do autor espanhol, em consonância com os fundamentos da reforma do Estado propugnados por Bresser Pereira, com vistas à nova configuração institucional para a concorrência.

Para explicar a nova regulação, uma observação de Ferrer (2001, p.240) sobre o termo *neo-regulación* se faz necessária:

A veces se emplea para este proceso el término 're-regulación', pero nos parece más correcto el término 'neo-regulación': no se trata de volver a regular algo, sino de regular de nuevo um sector, partiendo de fundamentos conceptuales, de técnicas instrumentales y de fines completamente distintos a los en la regulación anterior³⁴.

A nova regulação exige, então, novos instrumentos jurídicos, em que não é apropriado o remanejo de técnicas aos novos fins da regulação. Interessa para este trabalho os instrumentos que incentivem a concorrência nos serviços públicos.

O autor espanhol, então, demonstra que o regime jurídico do serviço público econômico parte de fundamento conceitual, de instrumentos, e de fins distintos da regulação anterior. Segundo Ferrer (2001), o fundamento conceitual repousa na confiança nas liberdades e no mercado. Com relação aos instrumentos, a nova regulação persegue o recurso às técnicas de Direito Privado e à regulação administrativa. Com relação aos fins a nova regulação é direcionada a promover a concorrência, com a garantia do respeito aos princípios norteadores do serviço público (especialmente universalidade e continuidade) e o respeito ao ambiente. A *neo-regulación* não propugna suprimir a regulação, mas sim que deve ser reformulada.

A nova regulação propugnada pelos doutrinadores do Direito do Estado de cunho liberal é uma regulação conforme o mercado. Regulação conforme o mercado possui ideia contrária à regulação intervencionista.

Os serviços públicos econômicos em regime de concorrência exigem uma regulação dos setores que tiveram sua execução à iniciativa privada para que tal regulação assegure a qualidade do serviço, proteja o usuário e incentive e promova a defesa da concorrência. Segundo Ariño (1993, apud Ferrer, 2001, p. 242), "[...] el único garante de la eficiencia económica es la competencia, acompañada por la dosis adecuada de regulación³⁵".

³⁴ Tradução livre: Por vezes se emprega para este processo o termo re-regulação, mas nos parece mais correto o termo neo-regulação: não se trata voltar a regular algo, mas de regular de novo um setor, partindo de fundamentos conceituais, de técnicas instrumentais e de fins completamente distintos aos da regulação anterior.

³⁵ Tradução livre: A única garantia da eficiência econômica é a concorrência, acompanhada por doses adequadas de regulação.

A regulação há que promover e criar normativamente as condições para o aparecimento do mercado. Para Ferrer (2001, p.243), a regulação propugnada : “No uma regulación como sustitutivo del mercado, sino una regulación al servicio del mercado, una regulación promotora e incentivadora de la competencia³⁶”. A nova regulação busca as técnicas do Direito privado para que as liberdades econômicas possam ser exercidas.

Na nossa Constituição Federal há um artigo de muita importância para o presente estudo. Este artigo é o art. 219, o qual dispõe que *o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento socioeconômico da sociedade*³⁷. Constata-se, assim, a importância do mercado para o desenvolvimento interno. Isso fica bem explicado nas palavras de Ferrer (2001, p. 244):

La base del crecimiento económico, de la reducción de la pobreza y del aumento de la calidad de vida está en el desarrollo del mercado, y los fundamentos del desarrollo de los mercados se encuentran en un ordenamiento jurídico que reconozca y garantice los derechos de propiedad, la libertad de empresa y la libre contratación. [...]. El reconocimiento eficaz de los derechos de propiedad en el campo de los servicios públicos económicos permitirá que éstos desarrollen y desplieguen su función social: la conservación de los recursos, la creación de riqueza y el fomento de la independencia entre los individuos, base de una mayor colaboración y solidaridad social³⁸.

A abertura à concorrência nos setores objeto de regulação setorial se viabiliza mediante alguns instrumentos. Estes instrumentos são analisados adiante³⁹.

³⁶ Tradução livre: Não uma regulação que substitui o mercado, senão uma regulação a serviço do mercado, uma regulação promotora e incentivadora da concorrência.

³⁷ “Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal”.

³⁸ Tradução livre: A base do crescimento econômico, da redução da pobreza e do aumento da qualidade de vida está no desenvolvimento do mercado, e os fundamentos do desenvolvimento dos mercados se encontram em um ordenamento jurídico que reconheça e garanta os direitos de propriedade, a liberdade de empresa e a livre contratação. [...] O reconhecimento eficaz dos direitos de propriedade no campo dos serviços públicos econômicos permitirá que estes desenvolvam e implantem sua função social: a conservação dos recursos, a criação de riqueza e o fomento da interdependência entre os indivíduos, base de uma maior colaboração e solidariedade social.

³⁹ De antemão se pode fazer uma breve referência acerca da separação de atividades. A ideia é que se separem as atividades de geração, transporte, distribuição e comercialização, como, por exemplo, no setor elétrico. Ao se separar as atividades há a garantia do acesso de todos às estruturas de rede. Ser proprietário da rede de transporte, por exemplo, não dá direito a monopolizar a venda do produto. Então, a separação tem por objetivo a distinção entre atividades potencialmente competitivas e não competitivas com aplicação de regimes jurídicos a cada uma dessas atividades.

Com relação ao regime jurídico das atividades competitivas, há algumas liberdades inerentes. Estas liberdades são sistematizadas por Ariño (1997 apud Ferrer, 2001). A primeira delas é a liberdade de entrada ao mercado e

Neste contexto da nova regulação Gaspar Ortiz Ariño fala da recriação do mercado. Segundo Ariño (2005, p.8)

[...] a regulação cobra um outro sentido: não tem como objetivo central o 'controle' – do sistema e dos seus operadores – senão que, pelo contrário, tenta recriar o mercado, promover a concorrência onde isso for possível e deixar fazer ao mesmo. (grifo nosso)

O autor espanhol diz que o Estado vai promover a concorrência *onde isso for possível*. Aqui reside a problemática e os limites da inserção da concorrência propugnados neste trabalho, haja vista que será defendido aqui que o valor concorrência sempre deve prevalecer. Esta discussão, contudo será tratada em momento posterior.

Então, a regulação *para a* concorrência ajuda a criar mercados nos setores que foram liberalizados, e essa regulação garante a propriedade e o cumprimento dos contratos. Para a criação de mercados a regulação deve garantir a interconexão a acesso a redes por meio de contratos, e aqui se faz necessária a intervenção do Estado; impor limites à propriedade e garantir e facilitar o acesso de terceiros a determinados bens.

Este entendimento acerca da regulação pró-concorrência é comungado por Vital Moreira^{40 41}, pelos fundamentos que passa a expor.

Moreira, Maçãs (2003, p. 09) elencam dois os traços característicos da nova relação Estado/Economia: “Por um lado, diminui o papel do Estado empresário e do Estado prestador directo de serviços públicos – é o que se chama *desintervenção do Estado na economia*”. Esta *desintervenção* dita pelo autor português significa que o Estado passa a ser regulador da ordem econômica a qual está submetida ao mercado. Com isso ocorre outro fenômeno citado pelo mesmo autor, o da *desgovernamentalização da regulação*. *Desgovernamentalizar a regulação* significa despolitizar a regulação, no sentido de distanciar a regulação de políticas governamentais e confiar a regulação a órgãos de Estado, que no caso

liberdade de investimento. A outra liberdade é a liberdade de acesso às infraestruturas. Há também a liberdade de contratação e formação competitiva de preços.

⁴⁰ Serão utilizados os ensinamentos de Vital Moreira e Fernanda Maçãs, constantes no estudo e projecto de diploma legislativo solicitado pelo Ministro da Reforma do Estado e da Administração Pública do XIV Governo Português. Este estudo e projeto constam no livro Autoridades Reguladoras Independentes: Estudo e Projecto de Lei-Quadro, constante na bibliografia deste trabalho.

⁴¹ Como já ficou demonstrado, especialmente na década de 1980, tem ocorrido uma mudança significativa na relação Estado/Economia e no que se refere à regulação econômica. Interessa para este trabalho os fundamentos da nova regulação trazidos pelo autor português.

brasileiro são autarquias sob regime especial (que aqui no Brasil são as chamadas agências reguladoras).

Moreira, Maçãs (2003, p. 10) elencam mais duas mudanças na relação Estado/Economia, a primeira atinente “[...] à passagem de uma regulação hostil ao mercado para uma regulação constitutiva e fomentadora do mercado (‘amiga do mercado’), mediante a liberalização e o fomento da concorrência”. Constata-se que os autores, juntamente com Juan de La Cruz Ferrer, enaltecem o valor livre-iniciativa como valor supremo da ordem econômica mundo do *dever ser*.

Houve, com o novo paradigma regulatório, uma separação das funções de regular e de intervir diretamente (que ocorre quando o Estado atua em regime de concorrência com os demais agentes econômicos).

O jurista português, quando fala do novo paradigma regulatório, o nomeia como o *novo sentido da regulação*. Com os processos de liberalização e privatização houve o que Moreira, Maçãs (2003, p.13) chamaram de “apagamento da esfera econômica pública e do papel econômico do Estado”. Contudo, cabe ao Estado o “papel da regulação pública da economia”, em que o Estado, nos setores de prestação de serviço público - setores de “interesse económico geral” - deve proteger interesses gerais e garantir a concorrência.

Moreira, Maçãs (2003, p. 14) entendem regulação “[...] como a capacidade para o estabelecimento de normas, garantir a sua aplicação e execução, bem como fiscalizar o cumprimento e efectivar a punição das infracções às referidas normas”, ou seja, são as funções normativa, executiva e “parajudicial”.

Como dito, a nova regulação é aquela voltada ao mercado (pró-mercado), ou seja, é aquela que não impõe regras contrárias à dinâmica do mercado. A nova regulação, nas palavras de Moreira, Maçãs (2003, p.15), visa “tão só fixar regras gerais e garantir a sua aplicação de uma forma neutra e independente”. O Estado torna-se um guardião das regras do jogo econômico.

Na *neo-regulación* vai haver aquilo que Ferrer (2002, p. 241) colaciona acerca da mudança da racionalidade regulatória, ou seja, “[...] la confianza en la dirección pública del sector se sustituye por la confianza en las libertades y en el mercado [...]”⁴². Os fins da “neo-regulación” são a promoção da concorrência com a garantia à continuidade e qualidade dos serviços.

⁴² Tradução livre: a confiança na direção pública do setor se substitui pela confiança nas liberdades e no mercado.

Constata-se que a doutrina europeia, aqui representada por Ferrer e Vital Moreira, se refere à mudança de sentido da regulação. Essa mudança abarca o que eles chamam de uma regulação conforme ao mercado. E mais, uma regulação pensada para o funcionamento do mercado e não para alcançar objetivos políticos. Esse é o escólio de Ortiz (1993 apud FERRER, 2002, p. 242), em que a nova regulação é pensada, então, “[...] para favorecer el funcionamiento de los mercados y no para alcanzar objetivos políticos”⁴³. A regulação tem o objetivo de assegurar a qualidade do serviço prestado, proteger o usuário e defender a concorrência. E aqui cabe mais uma citação de Ortiz (1993 apud FERRER, 2002, p.242), segundo o qual:

No irá mal recordar aqui, em medio de esta febre privatizadora que se extiende por todo el mundo, que la privatización no es tampoco una panacea – un monopolio privado puede ser tan ineficiente como un monopolio público – y que el único garante de la eficiencia económica es la competencia, acompañada por la dosis adecuada de regulación⁴⁴.

Pelos ensinamentos dos professores espanhóis, está-se diante de uma regulação a serviço do mercado, ou seja, a regulação propugnada não é a regulação substitutiva do mercado, senão promotora e incentivadora da concorrência e que irá compatibilizá-la com vistas a garantir os principais princípios do regime dos serviços públicos, quais sejam: continuidade, universalidade e não discriminação. Para Ferrer (2002, p. 244):

La base del crecimiento económico, de la reducción de la pobreza y del aumento de la calidad de vida está en el desarrollo del mercado, y los fundamentos del desarrollo de los mercados se encuentran en un ordenamiento jurídico que reconozca y garantice los derechos de propiedad, la libertad de empresa y la libre contratación⁴⁵.

Ferrer está a reconhecer os direitos de propriedade⁴⁶ no campo dos serviços públicos ditos econômicos. Constata-se, então, que a promoção da livre

⁴³ Tradução livre: para favorecer o funcionamento dos mercados e não para alcançar objetivos políticos.

⁴⁴ Tradução livre: Não irá mal recordar aqui, em meio a esta febre privatizadora que se estende por todo o mundo, que a privatização não é tampouco uma panaceia – um monopólio privado pode ser tão ineficiente como um monopólio público – e que o único garante da eficiência econômica é a concorrência, acompanhada de doses adequadas de regulação.

⁴⁵ Tradução livre: A base do crescimento econômico, da redução da pobreza do aumento da qualidade de vida está no desenvolvimento do mercado, e os fundamentos do desenvolvimento dos mercados se encontram em um ordenamento jurídico que reconheça e garanta os direitos de propriedade, a liberdade de empresa e a livre contratação.

⁴⁶ Quando se fala em nova regulação há que se analisar alguns aspectos, e o primeiro deles é o referente à necessidade de isolar as infraestruturas de rede. Isso para impedir seu uso exclusivo e para abrir acesso a qualquer operador, medidas às quais abrirão o setor à concorrência. O regime jurídico destas atividades é guiado por algumas liberdades: uma dessas liberdades é a liberdade de entrada ao mercado e liberdade de investimento,

concorrência e do mercado não são os objetivos exclusivos, pois é imprescindível garantir os princípios do serviço público e outros objetivos de interesse social como a proteção do meio-ambiente, por exemplo.

Constata-se que estas características regulatórias foram transportadas a outros Estados junto com a gênese da concepção de Agências Reguladoras Independentes nos Estados Unidos da América. Basicamente são duas as razões justificadoras de tais Agências: a primeira característica, já debatida, segundo Moreira, Maçãs (2003, p. 17) é que a criação dessas autoridades reguladoras independentes “[...] deveu-se ao compromisso de, por um lado, ter de haver regulação e, por outro lado, dever-se manter a economia livre da ingerência do Governo”. A segunda razão, ainda segundo Moreira, Maçãs (2003, p. 17):

Considerando a tradicional desconfiança do Congresso em relação ao Presidente, e para evitar que este acumulasse prerrogativas susceptíveis de afectarem o equilíbrio de poderes, o Congresso votou-se à criação de autoridades administrativas não sujeitas ao controlo do Presidente, enquanto chefe do executivo e da administração federal.

Vê-se que no modelo de origem⁴⁷ Americano estas agências possuem independência em relação ao Presidente, tanto que a nomeação pelo presidente reflete o princípio do bipartidarismo. Devido ao seu alto grau de independência e suas funções, alertam Moreira, Moçãs (2003) que alguns autores qualificam que tais autoridades são expressão de um *quarto poder*.

A regulação independente possui uma racionalidade comum a todos os países por onde houve a expansão das autoridades reguladoras independentes,

ou seja, qualquer operador que preencha os requisitos necessários à entrada terá direito de construir e explorar as instalações necessárias para a atividade que pretenda desenvolver. Para que o mercado exista, faz-se necessária outra liberdade, qual seja: o livre acesso às infraestruturas sobre as quais se realiza a prestação e venda dos serviços. E como última liberdade tem-se a liberdade de contratação entre os operadores, ou seja, liberdade para comprar ou vender produtos ou serviços, para estabelecer condições e preços sobre os produtos e serviços.

O gestor das redes de transporte e distribuição deve ser independente e não ter interesses nas atividades competitivas. A gestão da rede e o acesso dos operadores devem respeitar a condições objetivas, e deve haver a separação da propriedade e uso da rede, ou seja, a propriedade da rede não habilita seu titular realizar um uso exclusivo. Há que se verificar também a abolição dos direitos de exclusividade e se reconhecer o direito à construção de novas redes. Uma observação importante é que nas atividades não competitivas não é possível substituir a regulação econômica pela concorrência. A regulação econômica deve buscar incorporar em maior medida possível incentivos de eficiência para o operador da infraestrutura.

⁴⁷ Constata-se na doutrina de Vital Moreira que o ingresso dessas figuras reguladoras independentes na Europa ocorreu no início dos anos 80 por meio da Grã-Bretanha. Contudo já existiam no ordenamento jurídico britânico figuras assemelhadas às autoridades reguladoras independentes, que eram designadas genericamente pela doutrina de “quangos”. Os “quangos” assumiam competências de regulação, informação e controle de determinados setores econômicos. Como dito, então, a partir do início dos anos 80, na esteira do processo de liberalização das chamadas *public utilities*, foram criados entes reguladores independentes.

guardadas o grau de tradição da livre iniciativa em cada Estado. Tal racionalidade é explicada por Moreira, Maçãs (2003, p. 21-22):

Podemos dizer que independentemente das diferenças históricas e político-institucionais, a expansão das ARI tem subjacente duas ideias comuns aos vários países, no seguimento da substituição do paradigma do Estado intervencionista pelo actual paradigma da 'economia de mercado regulada':

_ primeira, o reconhecimento de que o mercado nem sempre dá garantias de bom funcionamento da economia, pela sua incapacidade de auto-regulação de modo eficaz e que o próprio mercado precisa de ser ele mesmo constituído e fomentado pela regulação, quer remediando os defeitos do funcionamento do mercado (*market failures*), quer fazendo valer valores sociais eminentes, nomeadamente no caso dos serviços públicos ou 'actividades de interesse económico geral'.

_ segunda, o reconhecimento de que a regulação tem uma lógica específica, que deve ser separada tanto quanto possível da lógica da política propriamente dita, de modo a conferir-lhe estabilidade, previsibilidade, imparcialidade e objectividade.

Com relação à primeira ideia exposta a retirada do Estado prestador de serviço público não implicou um esvaziamento da esfera pública. A regulação parte do pressuposto que a racionalidade do mercado muitas vezes não supre as necessidades dos administrados, especialmente na seara dos serviços públicos em que há maior complexidade de interesse público.

Com relação à segunda ideia há subjacente a proteção dos direitos dos administrados à atuação governamental. Nesta esteira há que se frisar os direitos básicos dos administrados, quais sejam, os direitos à transparência e o direito à informação.

Podem-se estabelecer, então, as notas características da regulação na figura das autoridades administrativas independentes. As características essenciais são a independência, a neutralidade e a imparcialidade⁴⁸.

A característica da independência possui um ponto nodal, qual seja, os titulares dessas agências não podem ser exonerados pelo executivo antes do término dos seus respectivos mandatos. Outra faceta da independência se refere ao fato dos seus titulares não serem originários da Administração Pública, ou seja, os titulares devem ser pessoas cujo critério de escolha é a aptidão técnico-profissional.

⁴⁸ Sempre lembrando que estas características são construções do modelo norte-americano. Isso significa que as características desse modelo nem sempre se reproduzem nos demais Estados, especialmente no modelo brasileiro.

Outra nota da independência se refere à independência funcional de tais entes, isso significa que a atuação de tais entes não sofrerá controle de mérito por parte da administração central. O controle hierárquico do poder executivo não atinge as autoridades administrativas independentes. Isso não significa, contudo, que ela não sofra qualquer tipo de controle, o qual fica a cargo do poder judiciário. Há, contudo, outra face da independência, qual seja, a independência em relação aos interesses envolvidos na atividade regulada.

Outra característica é o da neutralidade política da gestão das autoridades administrativas independentes. Aqui o ponto nodal reside no fato de as decisões dos agentes serem decisões técnicas, isentas de cunho político-partidário. Para tanto, segundo Moreira, Maçãs (2003, p. 29), “[...] a escolha dos titulares dos seus órgãos deve atender a critérios estritamente técnicos, recaindo sobre pessoas com elevada preparação científica e técnica, constituindo uma espécie de <<governo de sábios>>”.

Como última característica há que citar a imparcialidade. Segundo Moreira, Maçãs (2003, p. 30): “Actuação administrativa imparcial significa um poder-dever dirigido à Administração no sentido de valorar e ponderar todos os interesses em jogo (públicos e privados) sem privilegiar ou discriminar qualquer deles”. Ponderar todos os interesses em jogo é atender aos interesses que não estejam sob a tutela de grupos de interesses. É um dos fundamentos da prestação de serviços públicos por meio de redes.

A constitucionalidade das autoridades administrativas independentes é questionada por parcela da doutrina Europeia. O questionamento se assenta no fato de a independência dessas autoridades ferir os princípios da subordinação da Administração ao Executivo e da responsabilização do Executivo perante o parlamento. Segundo Moreira; Maçãs (2003) são entes não sujeitos ao poder hierárquico ou controle do Executivo, o que quebra, todavia, a unidade da organização administrativa tradicional.

A parcela doutrinária que não entende haver inconstitucionalidade se fundamenta no fato de a legitimidade dessas autoridades independentes não derivarem da sua dependência em relação ao executivo responsável perante o Parlamento. Pelo contrário, como bem explicam Moreira, Maçãs (2003, p.45), “A legitimidade das AAI encontra-se (...) na sua própria estrutura, indissolúvelmente

ligada à função que desenvolvem: regular de forma neutra um sector de actividade económica e proteger o exercício real de liberdades públicas”.

Então, para os críticos, administração independente significa desresponsabilização do Governo pelo setor regulado e, logicamente, a independência em relação ao governo significa independência em relação ao parlamento, o que significa carência de legitimidade democrática.

Contudo, a análise da legitimidade deve derivar daquilo que Moreira, Maçãs (2003, p.47) chamaram de *democracia procedimental*, e prosseguem com a afirmativa:

Segundo alguns autores, a natureza das suas competências, o modo como as AAI actuam na prossecução dos interesses coletivos e se relacionam com os cidadãos, grupos de interesses e operadores económicos, conferem-lhe uma particular legitimação.

Vê-se, então, segundo os ensinamentos de Vital Moreira, que a reflexão sobre a legitimidade dessas entidades independentes não deve partir da democracia política, mas sim da referida democracia procedimental, ou seja, da capacidade de mediar interesses que fogem à definição pelo executivo. Segundo o autor, o procedimento garante o contraditório, a transparência e a participação de todos os envolvidos nas decisões das autoridades administrativas independentes, o que traz benefícios aos regulados e às entidades reguladoras. Esta questão da legitimidade das entidades reguladoras é controvertida na doutrina espanhola, e quem contesta tal legitimidade assevera que a proliferação de tais entidades significa o governo dos sábios, em referência ao temido governo dos juizes.

Há que se atentar, contudo, para as características do modelo de agencificação brasileiro⁴⁹.

⁴⁹ Para tentar demonstrar as características comuns atinentes às entidades reguladoras, agora já especificamente no Brasil, este trabalho irá demonstrar as características de algumas entidades que atuam sobre setores económicos a fim de regulá-los. Estas constituem características gerais das autoridades independentes. Serão analisados a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE). Este trabalho não tem por objeto o estudo de qualquer dessas agências em específico. Este estudo, como já foi dito, serve para corroborar o até aqui exposto e para que seja traçado um conteúdo mínimo entre essas entidades independentes.

A) A primeira entidade que será objeto de estudo é a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). Esta agência tem como características:

A.1) Fonte normativa: Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996;

A.2) Natureza jurídica: Autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério de Minas e Energia;

A.3) Regime jurídico: Regime de direito público;

A.4) Nomeação dos Diretores: O Diretor-Geral e os demais diretores serão nomeados pelo Presidente da República após prévia aprovação do Senado Federal. E a lei vai além, dizendo que está impedida de exercer cargo de direção na ANEEL a pessoa que mantiver vínculos de acionista ou sócio com participação individual

direta superior a três décimos por cento no capital social ou superior a dois por cento no capital social da empresa controladora; membro do conselho de administração, fiscal ou diretoria executiva; empregado, mesmo com o contrato de trabalho suspenso, inclusive das empresas controladoras ou das fundações de previdência de que sejam patrocinadas, com qualquer empresa concessionária, permissionária, autorizada, produtor independente, autoproductor ou prestador de serviço contratado dessas empresas sob regulamentação ou fiscalização da autarquia.

A.5) Relações com o governo: A ANEEL, segundo dispõe o art. 1º, é autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, com autonomia patrimonial, administrativa e financeira. A administração da ANEEL será objeto de contrato de gestão, negociado entre a Diretoria e o Ministro de Estado de Minas e Energia, ouvidos previamente os Ministros de Estado da Administração Federal e da Reforma do Estado, da Fazenda e do Planejamento e Orçamento.

A.6) Poderes: poder regulamentar, art. 3º, I, da Lei 9427/96; fiscalizatório; sancionatório e poder de dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores.

Traçada algumas características da ANEEL, que apenas corroboram sobre um certo grau de independência em relação ao governo, será demonstrada as características de outra agência, por meio também de sua lei instituidora.

B) A segunda entidade que será objeto de estudo é a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL):

B.1) Fonte normativa: Lei 9472, de 16 de julho de 1997 ;

B.2) Natureza jurídica: Segundo o art. 8º da lei, é autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério das Comunicações;

B.3) Regime jurídico: Regime de direito público;

B.4) Nomeação dos Diretores: Os conselheiros serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de sua especialidade, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea *f* do inciso III do art. 52 da Constituição Federal.

B.5) Relações com o governo: A lei 9472 é expressa acerca da independência da ANATEL. Segundo o § 2º, do art. 8º, a natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira. O art. 9º, da lei, diz que a Agência atuará como autoridade administrativa independente, assegurando-se-lhe, nos termos desta Lei, as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de sua competência. De acordo com o inciso XXVII, do art. 19, compete à ANATEL aprovar o seu regimento interno, conforme o inciso XXVIII, do art. 19, elaborar relatório anual de suas atividades, nele destacando o cumprimento da política do setor definida nos termos do artigo anterior, conforme o inciso XXIX, do art. 19, enviar o relatório anual de suas atividades ao Ministério das Comunicações e, por intermédio da Presidência da República, ao Congresso Nacional e conforme o inciso XXX, do art. 19, rever, periodicamente, os planos enumerados nos incisos II e III do artigo 18, submetendo-os, por intermédio do Ministro de Estado das Comunicações, ao Presidente da República para aprovação;

B.6) Poderes: poder regulamentar, conforme disposto nos incisos do art.19; poder de compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações, segundo o inciso XVII, do art. 19; poder sancionatório, constantes nos incisos VI, IX, XI, XVIII e XIX, do art. 19; poder de fiscalizar a prestação do serviço no regime público, conforme inciso VI, do art. 19.

C) A terceira entidade que será analisada é o CADE. Com relação ao CADE há uma observação prévia a ser feita para se compreender melhor, mais adiante neste trabalho, os limites da regulação estatal na defesa da concorrência em setores regulados. Esta observação se refere ao fato de o CADE não se constituir em agência reguladora setorial, inobstante se constituir igualmente em autarquia federal. Veja-se que o CADE não estabelece, *a priori*, em que condições se darão concorrência dos mercados. O CADE apenas julga atos concretos. Segundo Campilongo no Ato de Concentração 08012.006762/2000-09, “o CADE não é órgão regulador de nenhum setor da economia, muito menos das condições prévias de concorrência no sistema financeiro. O CADE, apenas e tão somente, aplica a lei 8.884/94. Julga e não regula. Ou, ainda melhor, pode julgar porque não regulou.” Esta observação é importante para defender a tese da compatibilidade entre a complementaridade de competências das agências reguladoras e CADE.

C.1) Fonte normativa: Lei 8.884 de 11 de julho 1994;

C.2) Natureza jurídica : Segundo o art. 3º o CADE, criado pela lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, passa a se constituir em autarquia federal vinculada ao ministério da justiça;

C.3) Regime jurídico: Regime jurídico de direito público;

C.4) Nomeação do Plenário: De acordo com o art. 4ª, o plenário do CADE é composto por um Presidente e seis Conselheiros escolhidos dentre cidadãos de notório saber jurídico e reputação ilibada, nomeados pelo presidente da República e aprovados pelo Senado Federal.

Algumas leis harmonizaram assuntos comuns às agências reguladoras. No que tange aos dirigentes há a Lei nº 9.986/2000, a qual dispõe sobre a gestão de recursos humanos. Esta lei, em seu art.5º⁵⁰, estabelece que o presidente ou o diretor-geral e os demais membros do conselho diretor serão escolhidos pelo chefe do Poder Executivo, condicionada a escolha à aprovação pelo Senado Federal.

O art. 4º⁵¹ da mesma lei dispõe que as agências serão dirigidas em regime de Colegiado. De acordo com o prazo do mandato dos Conselheiros e dos Diretores, estabelece o art. 6º⁵² que tal prazo será fixado de acordo com a lei instituidora de cada agência.

Uma observação importante a ser feita sobre a gestão dos recursos humanos das agências é com relação à quarentena. Esta quarentena tem verdadeiro conteúdo moralizador, haja vista o conteúdo regulatório desses órgãos. Segundo o art. 8º⁵³ é proibido ao ex-dirigente exercer atividade ou prestar qualquer serviço no setor regulado pela respectiva agência por um período de quatro meses, contados da exoneração ou término do mandato.

Este trabalho utiliza os ensinamentos de Vital Moreira acerca dos fundamentos das agências reguladoras. Contudo, há que se observar que o modelo de agências europeias e o modelo norteamericano destoam das agências brasileiras

C.5) Relação com o governo: Nas palavras de Celso Campilongo, em seu voto no Ato de Concentração 08012.006762/2000-09, “A atividade jurisdicional – judicial ou administrativa (aqui incluído o CADE) –, bem como as entidades administrativas independentes (aqui incluídas as ‘agências’: Anatel, ANP, Aneel), encontram-se entre as instituições que traduzem ou implementam fins constitucionais de direção política [...]”. Veja-se, então, que o CADE é um órgão de Estado e não de governo. Não deve haver ingerência do Governo em relação ao CADE. É no interesse do Estado e da coletividade titular dos bens jurídicos protegidos pela lei 8.884/94 que se justifica a independência organizativa e funcional. A nomeação do plenário é uma expressão dessa independência. O CADE não está sob o controle hierárquico e diretivo do Governo. Veja-se, contudo, que a independência do CADE encontra limites de coordenação com diversos setores do Governo. Sua independência é ratificada pelo art. 50, da lei 8.884/94, o qual as decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo.

C.6) Poderes: de acordo com o art. 3º, o CADE é um órgão judicante com jurisdição em todo o território nacional. É a chamada jurisdição administrativa. Tem a finalidade de orientar, fiscalizar, prevenir e apurar abusos de poder econômico, atuando como tutor da prevenção e repressão de abusos de poder econômico.

⁵⁰ Art. 5º O Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente (CD I) e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria (CD II) serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal.

⁵¹ Art. 4º As Agências serão dirigidas em regime de colegiado, por um Conselho Diretor ou Diretoria composta por Conselheiros ou Diretores, sendo um deles o seu Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente.

⁵² Art. 6º O mandato dos Conselheiros e dos Diretores terá o prazo fixado na lei de criação de cada Agência.

⁵³ Art. 8º O ex-dirigente fica impedido para o exercício de atividades ou de prestar qualquer serviço no setor regulado pela respectiva agência, por um período de quatro meses, contados da exoneração ou do término do seu mandato.

no que tange aos três poderes do Estado. O motivo pelo qual é feita referência aos modelos europeu e norteamericano é porque o modelo de agências independentes não é um modelo originário do Brasil, daí a necessidade da análise dos fundamentos dessas agências por meio do direito em que elas surgiram e melhor se desenvolveram, e possuem maior tradição.

No modelo de agências reguladoras norteamericano, essas possuem maior margem de liberdade no que tange aos poderes executivo, legislativo e judiciário.

Segundo Di Pietro (2010), com relação ao regime constitucional brasileiro a independência dessas agências em relação ao Poder Judiciário é limitada. O art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Isso significa que, inobstante a agência poder dirimir conflitos em última instância administrativa, o judiciário pode rever suas decisões. Está-se diante do sistema de jurisdição única. Essa observação é importante porque há países que adotam o sistema do contencioso administrativo de tradição francesa. Este sistema admite a jurisdição administrativa paralelamente à jurisdição comum com a característica da força de coisa julgada. Aqui há a diferença entre os sistemas de jurisdição única e do contencioso administrativo. O sistema adotado pelo direito brasileiro, como se pode depreender do inciso XXXV, do art. 5º, é o da jurisdição única, cujo poder judiciário é o único que possui o atributo da coisa julgada.

Ainda sob os ensinamentos de Di Pietro (2010) outra nota deve ser feita em relação à independência em relação ao Poder Legislativo. Há que se atentar para o fato de que nenhum ato normativo expedido pelas agências reguladoras pode conflitar com as normas constitucionais e legais. Há também outro fator que mitiga esta independência, que é o controle exercido pelo Congresso Nacional dos atos do Poder Executivo, inclusive da Administração Indireta (art. 49, X, da CF⁵⁴).

⁵⁴ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

[...]

X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;

A maior proximidade do modelo de agências reguladoras brasileiro para com o norteamericano está na maior independência em relação ao Poder Executivo. Esta independência resulta do fato de as agências reguladoras se constituírem em autarquias sob regime especial. Isso significa que os seus atos não podem ser revistos pelo Poder Executivo. Aqui vige o princípio da especialidade.

Outra observação de importância, que calha aqui demonstrar, é a atinente ao poder normativo atribuído às agências reguladoras. Segundo Di Pietro (2010, p. 472) as normas expedidas pode “conceituar, interpretar, explicitar conceitos jurídicos indeterminados contidos em lei, sem inovar na ordem jurídica”. Esta função explicativa se justifica pelo caráter técnico das agências, explicitando os conceitos indeterminados contidos na lei, regulamentando-a. Então, as agências reguladoras não exercem função legislativa típica do Poder Legislativo.

Para dar continuidade a este trabalho, é importante para os capítulos seguintes a observação atinente ao art. 15, da lei 8.884/94. A referida lei 8.884/94 é aplicável a todos os setores da economia no que diz respeito à matéria concorrencial, abrangendo, nos termos do referido art. 15, todas as pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado. Esta observação é importante para a demonstração dos limites da regulação antitruste e setorial na defesa da concorrência.

1.3. Serviço Público.

Este breve item tem por objetivo demonstrar a nova noção de serviço público. Noção esta que serve de fundamento a este trabalho pelas razões que serão demonstradas. Os serviços públicos aqui desenvolvidos são os serviços públicos ditos econômicos.

Segundo Aragão (2008, p 128-129):

Os serviços públicos constituem que historicamente tende a uma amplitude bastante dilargada, oriunda da sua matriz francesa, que, via de regra, equiparava os serviços públicos a toda atividade estatal. Muito disso se deve ao caráter mítico que os serviços públicos adquiriram ao longo do tempo, como se a exclusão de alguma atividade estatal do seu conceito representasse uma *capitis diminutio*, uma desvalorização dessa atividade, lançando-a em um limbo jurídico .

Para iniciar então as considerações sobre os serviços públicos, faz-se necessário identificar a concepção adotada pela Constituição Federal de 1988. Para isso há algumas concepções que restringem e ampliam o leque de serviços públicos. O estudo dessas concepções é importante para o correto enquadramento de serviço estudado neste trabalho.

Atenta Aragão (2008) que há uma *concepção amplíssima de serviço público*, advinda das formulação de Duguit. Segundo esta concepção serviço público abarcaria todas as atividades exercidas pelo Estado⁵⁵.

Um fato importante é que esta doutrina esbarra na identificação do regime jurídico especial afeto a tais serviços. Para Jêze o regime jurídico especial é lastreado por princípios, como o da universalidade e da continuidade. Veja-se, então, que a amplitude desta teoria se reflete no fato de os ditos princípios serem aplicados a toda a administração pública, inclusive a atividades privadas⁵⁶.

A referência a essa escola é importante no que toca aos fundamentos que a refutam. Dessas conclusões, ensina Aragão (2008, p. 147-148) que:

Assim, entendemos que o único ponto mais relevante do que se poderia chamar de um regime jurídico identificador dos serviços públicos é, com a exceção dos serviços públicos sociais em razão de expressa referencia constitucional, a impossibilidade de a iniciativa privada prestá-los por direito próprio, sendo admitida apenas como delegatária do poder publico [...].

Seguindo o estudo das concepções, começa a interessar a *concepção dita restritíssima de serviço público*⁵⁷, pois é com a concepção econômica de serviço público que este trabalho trabalha.

Os serviços públicos econômicos encontram fundamento no art. 145, inciso II⁵⁸ e art. 175 da Constituição Federal, ou seja, esses serviços são

⁵⁵ Atenta Aragão (2008) que esta escola é um pouco mais restritiva na visão de JÊZE, em que os serviços públicos seriam todas as atividades exercidas pelo Estado sob regime de Direito Público. Há uma consequência importante extraída por Jêze. Segundo Jêze (1914 apud Aragão 2008), quase todas as concessões de serviços públicos se relacionam com os serviços econômicos (ditos industriais). Nesta toada Jêze estende a possibilidade de concessão a outros serviços, como o de polícia e justiça.

Colaciona Di Pietro (2010) que adotam a concepção ampla Mário Masagão, José Cretella Júnior e Hely Lopes Meirelles.

⁵⁶ Aragão (2008, p. 155) diz que esta noção ‘poderia até ser adotada em um trabalho de ciência política ou de sociologia, mas seria de escassa utilidade em um estudo jurídico, já que abrangeria atividades totalmente díspares entre si em termos de regime jurídico. Nessa acepção, uma obra sobre serviços públicos seria um tratado geral de Direito do Estado.’

⁵⁷ Por esta apenas se caracteriza como serviço público os ditos serviços públicos econômicos.

remunerados mediante taxas ou tarifas. Contudo, esta acepção ainda não é a conveniente⁵⁹.

Numa outra concepção, dita *restrita*, Aragão (2008, 148) diz que:

Essa concepção de serviço público abrangeria apenas as atividades prestacionais que tivessem um liame imediato com os indivíduos, podendo os seus beneficiários ser identificados e a sua fruição quantificada.

A diferença em relação à concepção anterior é que ficariam excluídos os serviços *uti universi*, insuscetíveis de serem remunerados pelos seus beneficiários diretos. O conceito conteria então os serviços públicos econômicos e sociais, que constituiriam a sua classificação básica.

A concepção que melhor espelha o regime jurídico constitucional é a *restrita*. Segundo Aragão (2008, p. 157), o conceito restrito de serviço público:

[...] é o mais operacional por contemplar um conjunto de atividades (serviços públicos econômicos e serviços públicos sociais) que, apesar de não terem regimes jurídicos idênticos (uns só podem ser prestados pela iniciativa privada mediante delegação do poder público, outros quando muito necessitam apenas de autorizações administrativas de polícia; uns são via de regra cobrados dos usuários, outros geralmente são gratuitos etc), possuem um mínimo satisfatório de ponto em comum ('unidade de sentido') capaz de justificar a sua inclusão no mesmo conceito (ambos são em maior ou em menor escala sujeitos à legislação consumerista; são específicos e divisíveis; geram direitos subjetivos individuais etc).

Constata-se, então, que os serviços públicos objeto de estudo são os econômicos, remuneráveis mediante taxa ou tarifa. A lógica do serviço público foi concebida por sua natureza e por força de lei como pertencente ao monopólio. É a partir desta constatação que será traçada uma breve evolução da concepção de serviço público econômico.

Segundo Aragão (2008), existiam e existem razões justificadoras para esta concepção do serviço público afeta ao monopólio. Uma delas se refere ao fato de tais serviços constituírem monopólios naturais, de feita que a presença de mais de um prestador fosse economicamente inviável. A outra razão está na estreita ligação que estes serviços tinham com os direitos fundamentais, razão pela qual não

⁵⁸ Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

[...]

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

⁵⁹ Não é conveniente porque, segundo Aragão (2008), desse conceito estão excluídos os serviços sociais, os quais não são titularizados pelo Estado com exclusividade.

poderiam estar ao julgo do lucro e do mercado. Havia a crença que a lógica do mercado era incompatível com a lógica do serviço público. Segundo Derani (2002), a lógica do serviço público é a da produção para solver necessidades sociais, ou seja, à produção de valores de uso social. Em assim sendo, numa conclusão óbvia, os serviços públicos eram tidos como incompatíveis com a lógica do mercado.

Essa concepção começa a ser modificada a partir da década de 80, cujo serviço público começa a ser caracterizado como espécie de atividade econômica. O direito começou a positivizar esta mudança no regime jurídico dos serviços públicos por meio da lei de concessões e permissões de serviços públicos (Lei nº 8.987/95), em seu art. 16. Segundo Aragão (2008, p.411-412):

É nesse sentido que se pode falar de uma mudança na tradicional ideia de regulação dos serviços públicos, existentes no Brasil desde o surgimento das concessões até a década de oitenta, em que tínhamos uma regulação eminentemente contratual (através do contrato de concessão), sobre apenas um agente (o concessionário exclusivo) e com a concepção de que a atividade fora inteiramente retirada do mercado para ser titularizada como serviço público.

Hoje, ao revés, estamos diante de uma regulação de serviços públicos na maioria das vezes incidente sobre mais de um concessionário, evitada que é a outorga de direitos exclusivos, abrindo-se em alguns casos a atividade para agentes econômicos que podem vir a prestá-la fora do regime de serviço público e com a perspectiva de que o mercado não é excluído da regulação, sendo, outrossim, por ele atraído e a ele integrado.

Vê-se, assim, que, se sempre existiu e continua existindo a regulação dos serviços públicos delegados à iniciativa privada, a inserção de mecanismos concorrenciais alterou significativamente o seu substrato e o espírito que a anima, com incontornáveis reflexos na interpretação das suas regras e na forma de sua aplicação dos paradigmas tradicionais das delegações de serviços públicos (cláusulas regulamentares, *jus variandi* da Administração Pública, equação econômico-financeira etc)

Esta noção cabe neste ponto do trabalho porque o serviço público sofreu influência das reformas pelas quais passaram os Estados ocidentais principalmente na década de 90. Justen Filho (2003) atenta para o fato de que a nova configuração do serviço público apresenta como uma característica fundamental a extinção de monopólios. A explicação dessa característica é evidente; a ausência de concorrência. Para Justen Filho (2003, p 38):

Reputa-se que a intervenção regulatória estatal é insuficiente ou inadequada para gerar a ampliação da eficiência econômica indispensável à prestação de serviços adequados. A melhor

alternativa é reduzir a intervenção estatal e ampliar os mecanismos de competição, que são o instrumento mais satisfatório para produzir eficiência.

Os monopólios, tanto estatal como privado, são indesejáveis numa economia de mercado, ressalvados os casos de monopólio natural. Essa conclusão pode ser extraída da própria lei antitruste ao não considerar ilícito o monopólio natural. Daí a implantação da competição.

De acordo com o art. 16⁶⁰, da lei 8.987, as concessões e permissões, em regra, se darão com ausência de exclusividade. Conforme o dispositivo, a exclusividade se dará no caso de inviabilidade técnica ou econômica. A impossibilidade técnica se dá, por exemplo, na concessão de serviço antecedida de execução de obra. A impossibilidade econômica se dá nos casos em que há monopólios naturais.

Outra observação digna de nota é com relação à possibilidade de fragmentação do serviço público. Como faceta da evolução da concepção do serviço público é possível fragmentar em vários núcleos a atuação do fornecimento dos serviços, com tratamento jurídico diversos. Anteriormente essa fragmentação era tratada como um todo. Um exemplo claro de onde há a fragmentação é o fornecimento de energia elétrica, em que há a atividade de geração, transporte e distribuição. Aqui é possível técnica e economicamente haver competição na geração de energia, por exemplo. Com relação à transmissão via redes não é viável economicamente haver competição.

Na inviabilidade de multiplicação de infraestruturas deve haver a chamada dissociação entre propriedade e exploração da rede. Não cabe ao proprietário da rede o monopólio de sua exploração. Aqui uma pluralidade de agentes econômicos irá compartilhar o uso da infraestrutura, dando ao usuário possibilidades de escolha.

Outra observação importante é a atinente ao dever de interconexão. Esse dever de interconexão significa que a concorrência só é possível na medida em que todos os potenciais competidores tenham acesso às redes. Para Justen Filho (2003, p. 43): “A admissão de soluções excludentes da interconexão apenas pode

⁶⁰ “Art. 16. A outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato a que se refere o art. 5^o desta Lei.”

justificar-se em virtude de exigências técnicas ou em face de atividades de utilidade restrita a certo universo de usuários”.

Atenta a doutrina que a concorrência é privilegiada não porque há um exercício comparativo pelos cientistas de quem é o melhor, se o mercado ou o Estado. A supressão dos monopólios, e a conseqüente abertura do mercado, é justificada pela constatação dos benefícios que a concorrência proporciona à coletividade.

Para finalizar as observações acerca dos serviços públicos, Di Pietro (2010) atenta para aquilo que foi denominado de crise na noção de serviço público. Segundo a autora a definição de serviço público, no Estado Liberal, compreendia três critérios: o subjetivo (Estado é o prestador); material (o serviço tem por objeto a satisfação das necessidades coletivas); formal (atinentes ao regime jurídico de Direito Público).

Esses critérios foram sofrendo relativizações, pois, segundo atenta Di Pietro (2010), conforme o desenvolvimento do Estado de Bem-Estar, algumas atividades que estavam sob a titularidade da iniciativa privada foram alçadas à categoria de serviços públicos. Outro fator de relativização colocado pela autora se refere na prestação de tais serviços por contratos de concessão e pessoas de direito privado criadas para este fim.

É a partir desses elementos que se fala em *crise na noção de serviço público*, ou seja, nem sempre o serviço público é prestado pelo Estado e nem sempre é prestado sob o regime de direito público. Contudo, segundo Di Pietro (2010) “esses avanços não permitem falar ainda em crise na noção de serviço público”. Esta é a razão que este trabalho prima pela otimização do princípio da defesa da concorrência com o objetivo de a regulação setorial cada vez mais incentivar a concorrência no âmbito dos serviços públicos regulados.

Há que se fazer referência, pois também é objeto de estudo, às atividades sujeitas à autorização constantes no art. 21 incisos XI e XII, da Constituição Federal de 88, ou seja, às atividades privadas de interesse público sujeitas à mera autorização.

Quando este trabalho discute a abertura de atividades que eram tidas como serviços públicos à iniciativa privada e à concorrência se está a analisar os benefícios da inserção da concorrência, haja vista a proporcionalidade da atuação estatal na ponderação de finalidades concorrenciais.

Estas atividades autorizadas são aquelas que foram privatizadas, ou seja, leis que qualificaram os até então serviços públicos em atividades privadas regulamentadas. Com relação a essas atividades, Aragão (2008, p. 229-230) cita:

O exemplo mais eloqüente, por ser o que mais polêmicas gerou, foi a classificação dos serviços de telecomunicações através de variados índices de publicização (de serviços públicos a atividades privadas regulamentadas), realizada pela Lei Geral de Telecomunicações (arts. 18, I, c/c arts. 62 a 64, Lei nº 9.472/97), considerada constitucional no julgamento liminar requerida na ADIN nº 1668.

Ainda segundo o autor citado a despublicização dos serviços constantes do art. 21, da CF, ocorrerá norteadas pela proporcionalidade, tornando-se atividades econômicas privadas de interesse público. E por meio do mandamento constitucional, ao se referir à “autorização”, à nova configuração tecnológica das atividades, que a hermenêutica constitucional deve ser no sentido da despublicização de certos serviços. Tal hermenêutica, contudo, segundo Aragão (2008, p. 236) é que:

[...] não se trata de ‘forçar’ a letra da Constituição para encaixá-la a fórceps na nova realidade tecnológica e econômica, tratando-se, ao revés, de uma interpretação evolutiva da Constituição plenamente compatível com a sua letra, que é o início e limite, negativo e positivo, da atividade hermenêutica.

Tirante este breve item, será evocada a noção de serviço público em diversas passagens deste trabalho.

1.4. Delimitação conceitual da regulação.

Este item se dedicará à delimitação semântica que guiará o presente trabalho. A construção da definição e a análise dos tipos de regulação terão também como ponto de partida a obra do professor titular de Derecho Administrativo, da Universidad Complutense de Madrid, Juan de la Cruz Ferrer, em sua obra “Princípios de Regulación Económica em la Unión Européa”, com o auxílio dos conceitos de Eros Grau em sua obra “A Ordem Econômica na Constituição de 88”. A opção por um autor estrangeiro, especialmente europeu, no desenvolvimento deste item, se justifica pelo fato de a ciência do direito nesses países estar na vanguarda

da elaboração da teoria geral regulatória. Tal vanguarda se justifica por vários fatores, dentre os quais, pode citar, a experiência com as guerras, cuja noção de atuação de Estado sofreu profundas modificações. Outro fator que justifica a opção pela escolha do marco teórico referido é a concepção de antitruste que guiou o desenvolvimento econômico da União Européia. Esta concepção do Direito da Concorrência será objeto de estudo em capítulo próprio, mas se pode adiantar que a lei da concorrência na União Européia é, também, um instrumento a serviço da política econômica.

Feitas essas breves considerações, cabe iniciar o desenvolvimento do objeto de estudo com a definição do termo regulação. No compreender de Ferrer (2002, p. 126):

Em su vertiente econômica, la expresión ‘regulación’ se ha venido refiriendo a una de las formas de intervención pública que restringe, influye o condiciona las actuaciones de los agentes económicos por razones de equidad, para alterar la distribución del ingreso, o de eficiencia, para mejorar la asignación de recursos⁶¹.

A definição do professor traz à baila algumas expressões que permitem compreender a noção de regulação. Cabe aqui analisar o significado delas para o melhor compreender do objeto de estudo deste trabalho. A primeira expressão de importância é a expressão “intervenção”. Mas para que se possa analisar a noção e alcance da referida expressão é necessário fazer um corte para que possa se inserir na investigação outra expressão, qual seja, “ordem econômica”. Alguns parágrafos serão utilizados para que se possa ficar demonstrado os sentidos da expressão “ordem econômica”. Para tanto, será utilizada a sistematização de Eros Roberto Grau, a qual é adotada por parcela significativa da doutrina pátria. Antes, porém, um adendo se faz necessário atinente ao Direito e à lógica, onde serão demonstrados os mundos do “ser” e do “dever ser”.

1.4.1. Mundos do “ser” e do “dever ser”

⁶¹ Tradução livre: Em sua vertente econômica, a expressão regulação vem se referindo a uma das formas de intervenção pública que restringe, influi ou condiciona as atuações dos agentes econômicos por razões de equidade, para alterar a distribuição do ingresso, ou de eficiência, para melhorar a alocação de recursos.

Esta breve análise não constitui objeto imediato de estudo da presente dissertação, aqui haverá de tecer considerações sobre os mundos do “ser” e do “dever ser” e sobre suas respectivas causalidades física e jurídica. Tal estudo constituirá fundamento à compreensão de ordem econômica.

Algumas considerações preliminares, porém, devem ser feitas sobre a correspondência entre o sujeito cognoscente e seu objeto de estudo, e nessa relação demonstrar qual o papel da linguagem: se um mero instrumento ou uma condição do conhecimento.

Segundo Carvalho (2009) a tradição filosófica sempre se baseou na idéia da linguagem como instrumento do conhecimento. Na investigação de um objeto, o sujeito buscava diretamente do objeto o conhecimento. A linguagem teria a função de apenas representar a realidade concebida pelo sujeito a partir deste objeto. O fundamento desta tradição era que existia uma realidade por si própria, independentemente de construção lingüística. Está-se diante, aqui, da filosofia da consciência.

Contudo, houve uma guinada inversa à referida concepção cujo expoente máximo é Ludwig Wittgenstein. Para explicar esta filosofia, com a palavra Carvalho (2009, p.13):

De acordo com este novo paradigma, a linguagem deixa de ser apenas instrumento de comunicação de um conhecimento já realizado e passa a ser condição de possibilidade para constituição do próprio conhecimento enquanto tal. Este não é mais visto como uma relação entre sujeitos e objeto, mas sim entre linguagens.

A filosofia da linguagem abandona a tese da instrumentalidade lingüística. Segundo Carvalho (2009) isso quer dizer que o objeto de conhecimento não é dotado do plexo de conhecimentos que o sujeito investiga, em outras palavras, o objeto de investigação não existe mais em si mesmo. Tal postura filosófica guia o conhecimento por meio da linguagem, ou seja, a linguagem passa a ser pressuposto do conhecimento. Essa premissa derrubou a noção de verdade como absoluta. De acordo com Carvalho (2009, p. 14): “Já não há mais verdades absolutas. Sabemos das coisas porque conhecemos a significação das palavras tal como elas existem numa língua, ou seja, porque fazemos parte de uma cultura”.

Então, o homem não abstrai o conhecimento das coisas. O conhecimento advém dos significados das palavras num determinado contexto cultural em que a língua se insere. Não há conhecimento fora do mundo da

linguagem. E já se pode caminhar para o fim dessas breves observações com a afirmativa de que o objeto de conhecimento são as proposições que descrevem as coisas. Pensamento este pacífico na filosofia da linguagem.

Segundo Vilanova (2000) o mundo do “ser” é onde se dá a causalidade natural, constituída pela linguagem proposicional descritiva. O mundo do “dever ser” é onde se dá a causalidade jurídica, constituída pela linguagem proposicional prescritiva. A linguagem prescritiva prescreve comportamentos intersubjetivos. Na linguagem da realidade física as proposições da linguagem se estabelecem na forma “S é P”. Na linguagem prescritiva a relação entre as proposições se estabelece na forma “S deve ser P”, cuja causalidade é estabelecida por um ato de autoridade. A linguagem prescritiva não diz como as coisas são, mas sim prescreve condutas intersubjetivas. Disso resulta que o Direito se utiliza de linguagem impositiva. Há de se observar também que as leis da natureza estão submetidas à verdade e à falsidade, ao passo que as leis jurídicas estão submetidas à validade e não-validade. Essa é a observação Carvalho (2009, p. 195), para quem:

A linguagem descritiva, própria das leis da natureza, é formalizada pela lógica Alética e submetida a valores de verdade e falsidade. A linguagem prescritiva, na qual se materializa o direito, submete-se aos valores de validade e não validade e é formalizada pela lógica Deontica.

Depois de tecidas essas breves considerações, cabe retomar o conceito de regulação trazido por Ferrer, para que se possa trabalhar as expressões por ele trazidas. A primeira expressão digna de estudo é a expressão intervenção. Antes disso, porém, cabe a análise do que vem a ser ordem econômica, pois intervenção a pressupõe.

1.4.2. Ordem Econômica.

A expressão ordem econômica pode ser tomada em três sentidos. Essas distinções da expressão em comento são sistematizadas por Vital Moreira, em citação de Eros Roberto Grau. Segundo Moreira (1973 apud GRAU, 2008, p. 64-65):

___ em um primeiro sentido, “ordem econômica” é o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta; a expressão, aqui, é termo de um conceito de fato e não de um conceito normativo ou de valor (é conceito do mundo do ser, portanto); o que o caracteriza é a circunstância de referir-se não a um conjunto de regras ou normas reguladoras de relações sociais, mas sim a uma relação entre fenômenos econômicos e matérias, ou seja, relação entre fatores econômicos concretos; conceito do mundo do ser exprime a realidade de uma inerente articulação do econômico como fato;

___ em um segundo sentido, “ordem econômica” é expressão que designa o conjunto de todas as *normas* (ou regras de conduta), qualquer que seja a sua natureza (jurídica, religiosa, moral etc), que respeitam à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos; é o sistema normativo (no sentido sociológico) da ação econômica;

___ em um terceiro sentido, “ordem econômica” significa ordem *jurídica* da economia.

Esta classificação, segundo Grau (2008), permite ao intérprete delimitar o momento em que a ordem econômica – mundo do “dever ser” – passa a ser instrumento de implementação de políticas públicas, aprimorando a ordem econômica (mundo do “ser”). Segundo a doutrina, historicamente, este momento é consubstanciado na passagem do Estado liberal mínimo para o Estado interventor. O Direito serviu como instrumento de uma mudança da ordem econômica (mundo do “ser”) liberal para uma ordem econômica guiada por valores que o liberalismo não primava.

A ordem econômica normativa (mundo do “dever ser”) diz como a ordem econômica - mundo do “ser” - deve ser. Essa análise é sintetizada por Grau (2008, p. 72) ao dizer que:

A indagação que se introduz, neste passo, respeita à consistência da afirmação de que a passagem de uma (a antiga ordem econômica, aqui tomada como parcela da ordem jurídica) para outra ordem econômica (também aqui tomada como tal) _ uma *nova* ordem econômica _ consubstanciaria uma ruptura daquela.

Com essas observações, pode-se constatar que a ordem econômica, após a superação do paradigma liberal, passou a conter normas de intervenção. Essas normas é que são objeto de estudo desta pesquisa, juntamente ao caráter instrumental que elas podem ter.

É de se observar que a ordem econômica intervencionista é composta por normas constitucionais e por normas infraconstitucionais, em que pode ser citada a lei antitruste (a qual será objeto de estudo num capítulo próprio).

Segundo Grau (2008), a ordem jurídica opera a institucionalização da ordem econômica (mundo do “ser”). O artigo 170, da CF de 88, ao se referir à ordem econômica, estabelece como a ordem econômica (mundo do “ser”) deve ser. É de se observar, todavia, que a ordem econômica normativa não se restringe à ordem econômica disciplinada pela Constituição Federal. Tal é o entendimento de Grau (2008, p.87), ao afirmar que: “Por derradeiro, *ordem econômica*, como inicialmente anotei, é expressão que se usa – ou se deveria usar, se um mínimo de precisão for desejável – para referir uma parcela da *ordem jurídica* e não da *ordem jurídica constitucional*”. A ordem econômica não se restringe à ordem econômica constitucional, posto que a ordem econômica referida, mundo do “dever ser”, é abrangida por normas infraconstitucionais.

1.4.3. Formas de atuação Estatal sobre o domínio econômico.

Feitas essas considerações, serão analisadas as formas de atuação do Estado sobre o domínio econômico. Isso será feito para que, uma vez demonstrado como o Estado intervém sobre o domínio econômico, fique melhor delimitado o objeto de estudo da presente pesquisa.

Para iniciar este assunto, faz-se necessário socorrer de uma citação de Grau (2008, p. 91): “Toda atuação estatal é expressiva de um ato de intervenção [...]”. Com isso, as formas de atuação estatal em relação ao domínio econômico parte da premissa de que *intervenção* significa atuar em área de outrem, ou seja, em área de titularidade do setor privado⁶². Eros Grau, então, diferencia atuação estatal de intervenção estatal. O mesmo autor, então, trabalha com duas expressões de importância significativa, pois a compreensão dessas expressões permite diferenciar as formas de atuação estatal.

As expressões vêm carreadas na diferenciação entre *atuação* e *intervenção*. Segundo Grau (2008, p. 92): “[...] teremos que *intervenção* conota atuação estatal no campo da *atividade econômica em sentido estrito*; *atuação estatal*, ação do Estado no campo da *atividade econômica em sentido amplo*”.

⁶² Há a opção, neste estudo, em adotar a sistematização de Eros Roberto Grau, pois constitui um estudo classificatório amplamente adotado pela doutrina brasileira.

Então, as duas expressões são a *atividade econômica em sentido amplo* e a *atividade econômica em sentido estrito*.

Essas expressões possuem o traço diferenciador na amplitude que ambas alcançam, ou seja, o que vai identificar uma e outra é a abrangência da concepção de ordem econômica ao setor de titularidade privado e/ou público. Disso resulta que intervenção é atuação estatal na *atividade econômica em sentido estrito*. Já atuação estatal significa atuação na *atividade econômica em sentido amplo*. Para comprovar tal afirmativa, com a palavra o autor da classificação, Grau (2008, p. 100):

Mais de uma razão – além daquela atinente à necessidade de bem distinguirmos *intervenção* (atuação estatal no campo da *atividade econômica em sentido estrito*) e *atuação estatal* (ação do Estado no campo da *atividade econômica em sentido amplo*) [...].

Daqui se pode adentrar a outra diferenciação, que é a relativa à atividade econômica e serviços públicos. Seguindo o escólio de Eros Grau, serviço público e atividade econômica em sentido estrito são espécies de um gênero, qual seja atividade econômica. Então, o gênero atividade econômica é composto de serviços públicos, e atividade econômica em sentido estrito pertencente ao setor privado.

De um lado há os serviços públicos, cujo desenvolvimento compete precipuamente ao setor público (e aqui está-se a falar da titularidade atribuída ao Estado pela Constituição Federal) e a atividade econômica em sentido estrito onde opera o regime de mercado.

Uma nota sobre os artigos 170 e 174, ambos da CF/88, se faz necessária para a compreensão do sentido, segundo a classificação adotada de Eros Grau, propugnado pelas normas em comento. Observa Grau (2008) que o artigo 170, da CF, traz em seu bojo a noção de atividade econômica em sentido amplo, em outras palavras, há a designação de ordem econômica em sentido amplo. O mesmo raciocínio se faz com relação ao art. 174, da CF, ou seja, a noção de atividade econômica é em sentido amplo.

Para prosseguir na delimitação do objeto de estudo cabe demonstrar a distinção entre serviços públicos e atividade econômica em sentido estrito, pois o

presente estudo tem por analisar os limites entre as finalidades regulatórias e concorrenciais⁶³.

Pode-se afirmar que serviços públicos⁶⁴ e atividade econômica em sentido estrito estão sujeitos a regimes jurídicos distintos. Isso vai ser importante quando se adentrar especificamente na questão da defesa de valores concorrenciais nos setores regulados. Mas para a conceituação de serviço público se faz necessária leitura do artigo 173, da CF. Tal artigo reporta à intervenção do Estado no domínio econômico. Este artigo permite ao Estado empreender atividade econômica em concorrência com os demais agentes econômicos.

O que interessa ao estudo são as expressões que o artigo traz para a justificativa de tal intervenção. A expressão que mais interessa, contudo, é a expressão *relevante interesse coletivo*. Isso porque se pode questionar se o referido relevante interesse público justifica a prestação de serviço público, ou atividade econômica em sentido estrito. Grau (2008, p. 127) diz que “[...] o art. 173 evidentemente respeita à exploração da atividade econômica em sentido estrito, pois *permite* ao Estado empreender atividade econômica”.

Interesse coletivo do artigo 173 reporta à atividade econômica em sentido estrito. Daqui se extrai a noção de serviço público, porque o artigo 173 permite ao Estado intervir no domínio econômico em nome do já citado *relevante interesse público*, e não em nome do *interesse social*, pois, como afirma Grau (2008, p. 128):

Serviço público, diremos, é atividade indispensável à coesão social. Mais: o que determina a caracterização de determinada parcela da atividade econômica em sentido amplo como *serviço público* é a sua vinculação ao *interesse social*.

Então, há diferença entre interesse social e interesse coletivo. São espécies, contudo, do gênero interesse público.

A idéia de serviço público trazida por Grau (2008, p. 49), na esteira do magistério de Duguit, é no sentido de que “[...] assume o caráter de serviço público qualquer atividade cuja consecução se torne indispensável à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social [...]”. Tais expressões

⁶³ Nunca é demais lembrar que o temo regulado aqui é no sentido de regulação dos serviços públicos trespassados aos particulares.

⁶⁴ No item 1.3 foi analisada a concepção de serviço público após a reforma do Estado. Neste subitem (1.4.3) será demonstrada a delimitação semântico-conceitual de serviço público de acordo com a Constituição Federal.

suscitadas revelam verdadeiros fundamentos a que a prestação de serviço público seja efetuada pelo Estado em regime de concessão ou permissão. Coesão e interdependência social revelam interesse social, razão pela qual serviço público não pode estar sob titularidade da iniciativa privada, segundo Grau(2008). Dado estar fora da titularidade da atividade econômica em sentido estrito, o serviço público é guiado pelo princípio da continuidade. O serviço público deve funcionar sem interrupções justamente porque é atividade primordial à coesão e à interdependência social.

Segundo os administrativistas, os serviços públicos, contudo, podem ser serviços públicos privativos do Estado e serviços públicos não privativos. Os privativos se enquadram na norma do artigo 175, da CF, ou seja, um serviço público será privativo quando um serviço público é prestado pelo setor privado somente mediante concessão e permissão. Já com relação aos serviços públicos não privativos, a prestação pelo setor privado ocorre independente de concessão ou permissão. Esse é o raciocínio de Grau (2008, p. 123): “Seja como for, temos que serviços de educação e saúde, em qualquer hipótese, quer estejam sendo prestados pelo Estado, quer por particulares, configuram *serviço público não privativo*, como vimos”.

O Estado, contudo, pode explorar atividades de titularidade do setor privado, quando a própria Constituição Federal assim o determina, desde que presentes duas condições, quais sejam, nos casos de imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo. O Estado também explora atividade econômica em sentido estrito quando atua em regime de monopólio, art. 177, da CF de 88. Aqui não há prestação de serviço público. Isso remete a uma observação de Grau (2008, p. 126), sobre se a tão só análise do texto constitucional permite identificar serviço público como parcela da atividade econômica em sentido amplo: “Daí a verificação de que a mera atribuição de determinada competência atinente à prestação de serviços ao Estado não é suficiente para definir essa prestação como serviço público”.

1.5. Considerações complementares sobre regulação.

Feitas essas observações, cabe retomar o escólio de Juan de La Cruz Ferrer em seu conceito de regulação. Ferrer (2002, p.126) define regulação como:

[...] un conjunto de normas o de acciones específicas, impuestas por una autoridad pública, que interfieren directamente en el mecanismo de asignación de recursos en el mercado, o indirectamente, alterando las decisiones de demanda y oferta de los consumidores y empresas⁶⁵.

Por este conceito fica evidente que a regulação se explica pelo interesse público. O Direito Público possui uma característica peculiar em relação ao Direito Privado que é a dinamicidade das mudanças legislativas e mudanças interpretativas. Esse fenômeno é lembrado por Ferrer (2002, p. 127), em referência a uma expressão, que consagra tal fenômeno, de Carl Schmitt: “legislación motorizada”.

Tal fenômeno é facilmente constatado na função regulatória do Estado. O estudo da regulação (de sua evolução, motivos e fundamentos) não pode levar em conta somente critérios econômicos. Esta “legislación motorizada” não se explica somente por meio da economia. Há que se ater a um estudo multidisciplinar para a construção de uma teoria regulatória. Esse é o ensinamento de Ferrer (2002, p. 128), para quem:

Diseñar un modelo de regulación teniendo en cuenta solamente criterios e ignorando las exigencias jurídicas, las circunstancias políticas, los condicionantes sociales o las propias condiciones tecnológicas de una industria determinada, es apostar por un modelo con muchas posibilidades de fracaso⁶⁶.

Essa constatação justifica uma análise das normas regulatórias como instrumento de desenvolvimento econômico, respeitadas as finalidades regulatórias e concorrenciais.

É importante também analisar a evolução da regulação dos serviços públicos, bem como os tipos de regulação, notadamente a regulação de conduta e de estrutura. Esta evolução é relevante para a compreensão da regulação.

⁶⁵ Tradução livre: Um conjunto de normas ou de ações específicas, impostas por uma autoridade pública, que interferem diretamente no mecanismo de alocação de recursos no mercado, ou indiretamente, alterando as decisões de demanda e oferta dos consumidores e empresas.

⁶⁶ Tradução livre: Desenhar um modelo de regulação tendo em conta somente critérios e ignorando as exigências jurídicas, as circunstâncias políticas, os condicionantes sociais ou as próprias condições tecnológicas de uma indústria determinada, é apostar por um modelo com muitas possibilidades de fracasso.

Há que se observar que as etapas que aqui serão demonstradas são de influência da experiência regulatória norte-americana, e foram sistematizadas por autores os quais serviram de marco teórico a Juan de la Cruz Ferrer. Segundo Ferrer (2002, p.129), “Mitnick (1989:56) expone y valora las etapas de evolución de los servicios públicos identificadas por Glaeser (1957), Farris y Sampson (1973) y Shepherd (1975)”.

A primeira etapa identificada, de acordo com Ferrer (2002) é a **etapa promocional**. Esta é a etapa em que os governos investem, constroem infraestrutura e implantam os serviços, porque os serviços públicos são infraestruturas que servem de base ao crescimento econômico. Esta é uma etapa com escassa regulação setorial.

Depois dessa etapa há outra, que é a **etapa do monopólio regulado**. Esta etapa foi fundamentada na idéia de que o monopólio era fundamental na área dos serviços públicos. Aqui começa a aparecer a ideia de regulação com vistas ao interesse social, e para tanto surgiram as ditas Comissões Reguladoras. Nas palavras de Ferrer (2002, p. 131):

Dado que la clave para maximizar los beneficios y rendimientos económicos del monopolio era una regulación efectiva, en Estados Unidos se establecieron Comisiones Reguladoras, tanto de ámbito estatal como federal, para asegurar las ventajas del monopolio y para librar al público de sus abusos⁶⁷.

Esta fase, contudo, entra em crise nos anos 70 tendo por consequência a revisão dos seus fundamentos teóricos e de suas consequências econômicas. Ferrer (2002, p. 132) aponta a União Européia como fundamental para o processo de liberalização de determinados setores, segundo ele “[...] la propia dinámica del Mercado Interior há supuesto una importante presión liberalizadora⁶⁸”.

Como terceira etapa, tem-se a **etapa da concorrência organizada e regulada**. Segundo Ferrer (2002, p. 132-133), nesta etapa:

[...] se requiere un nuevo modelo donde la iniciativa empresarial y la competencia quedan liberadas de regulación económica, pero proporcionando un nuevo marco de regulación civil (organización de la contratación y de los nuevos mercados) que articule las actividades competitivas con las que todavía no lo son (gestión de las redes exclusivas) y manteniendo la regulación administrativa

⁶⁷ Tradução livre: Dado que a chave para maximizar os benefícios e rendimentos econômicos do monopólio era uma regulação efetiva, nos Estados Unidos se estabeleceram Comissões Reguladoras, tanto de âmbito estatal como federal, para assegurar as vantagens do monopólio e para livrar o público de seus abusos.

⁶⁸ Tradução livre: a própria dinâmica do Mercado Interior assumiu uma importante pressão liberalizadora.

necesaria para seguir garantizando la seguridad, salubridad, protección del medio ambiente, etc⁶⁹.

Percebe-se que todo o raciocínio até aqui exposto é no sentido da liberalização dos serviços públicos. Feitas as devidas delimitações conceituais, este trabalho passará nos capítulos subseqüentes a analisar os limites entre as finalidades regulatórias e concorrenciais neste contexto regulatório proposto: a regulação pró-concorrência (a nova regulação).

⁶⁹ Tradução livre: Se requer um novo modelo onde a iniciativa empresarial e a concorrência permanecem liberadas da regulação econômica, pois proporcionando um novo marco de regulação civil (organização da contratação e dos novos mercados) que articule as atividades competitivas com as que todavia não são (gestão das redes exclusivas) e mantendo a regulação administrativa necessária para seguir garantindo segurança, salubridade, proteção do meio-ambiente etc.

2. REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA.

Introdução

Este capítulo tem por objetivo analisar a função regulatória na implementação de políticas desenvolvimentistas de Estado, iluminada pela aplicação *institucional da concorrência*⁷⁰. Para tanto toma como parâmetro os princípios do art. 170 no regramento da atuação estatal, princípios esses que estão em aparente conflito.

Analisa se a atividade regulatória do Estado no estabelecimento de políticas de desenvolvimento pode eliminar o sistema concorrencial. Logo, será analisado o alto grau de relação entre a atividade interventiva do Estado no estabelecimento de tais políticas e o direito concorrencial, conforme as premissas da reforma do Estado desenvolvidas no capítulo anterior.

Essas observações são levadas ao estudo do setor regulado. O objetivo não é estudar um determinado setor, mas sim fazer uma análise na seara de uma teoria geral. De antemão, pode-se adiantar que não é dado ênfase ao regime de mercado propriamente dito (ordem econômica em sentido estrito) no presente estudo. A problemática ganha complexidade acerca dos limites entre as finalidades regulatórias e concorrenciais no âmbito dos setores regulados haja vista o grau de intervenção estatal ser maior.

Este capítulo parte do pressuposto que até a década de 70 o desenvolvimento do país tinha como sustentáculo a política aduaneira e as atividades empresariais do Estado. Toma como premissa que os serviços públicos são fundamentais para o desenvolvimento do país. Mas toma também como premissa que o Estado é ineficaz no investimento e prestação, razão pela qual se defende a abertura para a iniciativa privada e à maior concorrência em abono a uma política concentracionista.

⁷⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p.81.

Analisa a questão do poder econômico, que, como se demonstra, é um dado estrutural do sistema econômico. Paralelamente, estuda a noção de desenvolvimento propugnado pela Constituição Federal de 1988, ou seja, a noção que repele o progresso unicamente.

Ainda neste capítulo, analisa os princípios regulatórios, na concepção de Calixto Salomão, e os instrumentos de inserção da concorrência no âmbito dos serviços públicos.

2.1. As normas programáticas econômicas

Quando se fala em instrumentalidade das normas regulatórias e antitruste, está-se a falar na concretização da constituição econômica. Em outras e melhores palavras, para Bercovici (2005, p. 33):

A diferença essencial, que surge a partir do “constitucionalismo social” do século XX, e que vai marcar o debate sobre Constituição Econômica, é o fato de que as Constituições não pretendem mais receber a estrutura econômica existente, mas querem alterá-las. Elas positivam tarefas e políticas a serem realizadas no domínio econômico e social para atingir certos objetivos.

O autor citado diz que o escopo das Constituições econômicas é a busca de certos objetivos. Neste trabalho um dos objetivos é a regulação para a implementação da concorrência. Importante deixar registrado que as normas da ordem econômica são programáticas e um dos programas é a defesa da concorrência, razão pela qual o esforço da regulação na concretização deve ser sempre à concretização da concorrência.

Neste sentido, Bercovici (2005, p. 37) anota que:

A característica essencial das Constituições Econômicas do século XX é, portanto, o seu caráter diretivo ou dirigente. A importância da Constituição Econômica, segundo Vital Moreira, é a possibilidade que ela abre de se analisar a totalidade da formação social, com suas contradições e conflitos. A Constituição Econômica torna mais clara a ligação da Constituição com a política e com as estruturas sociais e econômicas.

Ainda seguindo o escólio de Bercovici (2005), a Constituição de 1988 “[...] incorpora em seu texto o conflito [...]”. Este conflito referido é constatado

no art. 170, da CF. É sobre este dispositivo que residem as discussões ideológicas sobre a atuação do Estado sobre a ordem econômica. E ainda seguindo o raciocínio de Bercovici (2005) o capítulo da ordem econômica foi o mais desfigurado pelas reformas da década de 1990.

Esta referência do autor, acerca da distorção da ordem econômica, é vista com reservas neste trabalho. Não se está aqui a falar de distorções, mas sim em benefícios da reforma Estatal, notadamente na inserção da concorrência no âmbito de setores estratégicos. Isso porque não se pode negar a melhora que o Brasil experimentou na prestação desses serviços públicos econômicos, antes sob a tutela do monopólio Estatal. É claro que o modelo regulatório apresenta vulnerabilidades⁷¹, segundo o entendimento de Nusdeo (2008), mas não se pode aqui imprimir uma carga ideológica que desconsidere os benefícios experimentados pela maior competição.

Constata-se, num estudo histórico, a constitucionalização de questões econômicas com a Constituição mexicana (1917) e com a Constituição de Weimar (1919), sendo seguida por diversos países pelo mundo.

Na mesma toada de Bercovici, anota Nusdeo (2008, p. 205) que:

As Leis Magnas agora são vistas mais como constituições programa, por explícita ou implicitamente assinarem alguns objetivos ou metas para as comunidades às quais se dirigem ou então preverem que tais metas venham a ser periodicamente estabelecidas, através, por exemplo, de planos tendentes a materializar aspirações tais como o bem-estar, o desenvolvimento, a justiça social, a existência digna, o atendimento às necessidades básicas e assim por diante.

⁷¹ Nusdeo (2008) elenca as seguintes vulnerabilidades:

Princípios motores diversos: segundo o autor: “O Direito como sistema instrumental da Política não conseguirá impor à Economia de base hedonista padrões exógenos à ela, mas apenas injetar-lhe estímulos para serem processados endogenamente segundo a sua mecânica característica”.

Juridificação: segundo o autor: “Esse é o nome dado ao fenômeno da multiplicação das normas legais e regulamentares cuja tendência é a de criar uma babel normativa, dificilmente absorvível pelo mercado, gerando crises de absorção, de má adaptação e rejeição.

Captura : ocorre quando “[...] as exigências regulamentares passam a se amoldar às conveniências e interesses das unidades reguladas ou de alguma delas.”

Interesses próprios dos reguladores: “[...] em muitos casos, as agências oficiais desenvolvem objetivos próprios, à ilharga daqueles originalmente a elas associados, tais como o prestígio, a carreira de seus membros, a influência sobre outros órgãos, o poder e assim por diante.”

Grupos de pressão: são os famosos *lobbies*.

Poder da burocracia: segundo o autor: “Como tem sido frequentemente, na prática, mesmo quando a decisão é tipicamente política, isto é, tomada por um corpo de representantes eleitos, a agenda de apreciação e votação é previamente preparada pela burocracia, o que dá a esta última um poder decisivo em certas situações, poder esse que não deve ser negligenciado.”

Logo, caracteriza as constituições econômicas seu caráter programático, ou seja, servem de parâmetros à interpretação e elaboração de outras normas. Aqui, então, enquadram-se, por exemplo, a lei antitruste, a lei de concessões e permissões e os marcos regulatórios.

As diretrizes do sistema econômico residem principalmente nos arts. 170, 171, 172, 173 e 174, da Constituição Federal de 1988. Razão pela qual Nusdeo (2008, p. 206) diz: “Aconselha-se a leitura e análise, particularmente dos arts. 170 a 174, nos quais se define o sistema econômico brasileiro como dual ou misto, configurando-se as várias modalidades de ação do Estado: direção, absorção, indução”.

Os sistemas econômicos duais, segundo Nusdeo (2008, p.211), coloca uma problemática acerca do quanto de Estado, ou seja, “[...] a problemática de delimitar ou definir a fronteira entre as áreas próprias a cada um dos seus dois centros decisórios”. A delimitação desta fronteira, ainda sob os ensinamentos do autor citado, depende das decisões políticas tomadas pelas sociedades. Segundo Nusdeo (2008, p.212): “Em grande parte, é em torno dessa grande questão das formas e limites para a presença do Estado que se diferenciam os ideários e programas dos partidos políticos no Ocidente [...]”. Então, a fronteira entre as áreas de cada centro decisório é uma opção política de determinada sociedade. Neste trabalho, como é óbvio, é objeto de análise a opção política da sociedade brasileira positivada na Constituição Federal de 1988.

2.2. Regulação Setorial e Concorrência. Generalidades.

Para iniciar o estudo dos setores regulados faz necessário colacionar os tipos de atividade do Estado. De acordo com Ferrer (2002) os tipos de atividades são: as funções públicas, onde predomina o interesse público (polícia, exército, bombeiros etc.); as grandes infraestruturas e serviços sociais individualizados, onde predomina o interesse público e há o interesse privado secundário (saúde e educação); os serviços públicos econômicos, onde há a convergência de interesses públicos e privados (energia, transporte, comunicações etc.); as empresas de grande interesse social, onde predomina o interesse privado e

o interesse público secundário (bancos, seguros etc.); as empresas livres, onde predomina o interesse privado.

Como já demonstrado, os serviços públicos econômicos constituem objeto de estudo. Ferrer carrega um dado importante em sua classificação acerca de ditos serviços, o fato de convergirem interesses públicos e privados. É sobre esta dicotomia que também recai o objeto de estudo.

Estas atividades, segundo Ferrer (2002), são aquelas que beneficiam usuários concretos, financiáveis mediante taxas ou tarifas, na doutrina do professor espanhol. O fato que fundamenta os objetivos da presente pesquisa é a sua abertura à iniciativa privada. Segundo Ferrer (2002, p. 150): “[...] los servicios públicos deben quedar abiertos a los derechos de propiedad y a la libertad de empresa”⁷². Estes serviços, então, segundo o autor “son susceptibles de titularidad privada⁷³ y de prestación por las empresas”⁷⁴.

Estes são serviços essenciais para a vida social e econômica do país. Está-se a falar de interesse público. Segundo a visão de Duguit, interesse público é aquele interesse necessário à coesão e interdependência social. Os serviços econômicos, como a nomenclatura já indica, são essenciais para o crescimento econômico. Estas atividades, então, estão intimamente ligadas ao interesse público, razão pela qual os Estados devem regular sua prestação. Aqui fica clara a noção de Duguit acerca da coesão social.

Na esteira da prestação de serviços públicos por particulares, cabe uma observação acerca da atuação Estatal na União Europeia. Segundo pode depreender da leitura de Ferrer, há uma postura a não atuação Estatal sobre o mercado, ou seja, a teoria da concorrência imperfeita não pode ser evocada como causa justificativa para a regulação, pois na visão do autor o mercado se autorregula. Segundo Ferrer (2002, p. 156):

Las imperfecciones del mercado pueden corregirse mediante esfuerzos de progreso institucional, que hagan posible al mercado actuar espontáneamente en el sentido correcto, en lugar de introducir

⁷² Tradução livre: os serviços públicos devem ficar abertos aos direitos de propriedade e à liberdade de empresa.

⁷³ É importante observar que no regime constitucional brasileiro os serviços públicos estão sob titularidade do Estado.

“**Art. 175.** Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

⁷⁴ Tradução livre: são suscetíveis de titularidade privada e de prestação por empresas.

distorsiones regulatorias que suelen ser inmediatamente superadas por ajustes del propio mercado.⁷⁵

Essa ideia, como o próprio Ferrer anota, surge de alguns doutrinadores da Escola de Chicago e da Escola Austríaca. Para eles os governos possuem falhas, e em assim sendo não pode garantir que a atuação estatal vá corrigir as falhas de mercado.

Então, o autor propugna que o mercado só vai alocar os recursos de maneira eficiente se houver a livre concorrência entre as empresas. Daí vem a concepção que encara o monopólio, decorrente de privilégio público, como uma falha de concorrência. Fica evidente, da leitura do autor espanhol, que a livre iniciativa é um valor supremo que deve guiar a ordem econômica. Segundo Ferrer (2002, p. 157):

El Derecho de la Competencia constituye hoy el campo más relevante de la regulación pública, con una incidencia importante y grave sobre las estrategias de las empresas y la configuración de los mercados. Esta regulación corre, por tanto, el riesgo de convertirse en la nueva gran forma de dirigismo público sobre la actividad económica y de que supuestos fallos del mercado, que quizás no lo son, sean corregidos por fallos del gobierno que sí provocan ineficiencias y disfunciones.⁷⁶

Há consagrado na doutrina que a regulação persegue o interesse público⁷⁷. E aqui é que a teoria da regulação deve responder a questão: Por que

⁷⁵ Tradução livre: As imperfeições do mercado podem ser corrigidas mediante esforços de progresso institucional, que permitam ao mercado atuar espontaneamente no sentido correto, em vez de introduzir distorções regulatórias que normalmente são imediatamente superadas por ajustes do próprio mercado.

⁷⁶ Tradução livre: O Direito da Concorrência constitui hoje o campo mais relevante da regulação pública, com uma incidência importante e grave sobre as estratégias das empresas e a configuração dos mercados. Esta regulação corre, portanto, o risco de converter-se em uma nova grande forma de dirigismo público sobre a atividade econômica e de que supostas falhas de mercado, que talvez não são, sejam corrigidos por falhas de governo que, sim, provocam ineficiências e disfunções.

⁷⁷ O professor da Complutense de Madrid traz duas teorias sobre o interesse público e a atuação de grupos de interesse. A primeira é a Teoria do Interesse Público. Por esta teoria a regulação persegue objetivos de interesse público, o que exclui a possibilidade de beneficiar apenas um setor ou grupos de interesse. Segundo Ferrer (2002, p. 174): “Esta visión se fundamenta en una mentalidad de confianza en los reguladores debido a su desinterés y a su devoción al servicio público, así como a su eficiencia y a su especialización”. Esta teoria permite a tratativa de algumas questões que o mesmo autor coloca como falhas de governo. A primeira dificuldade desta teoria reside no fato do que consiste o interesse público. A segunda dificuldade enfrentada por esta teoria reside no que Ferrer (2002, p 176) chama de “planteamiento de los grupo de interes”, e é aqui que serão feitas algumas considerações sobre a captura dos reguladores.

O processo de regulação deve cumprir diversas funções. Como as agências reguladoras são mediadoras dos interesses sobre o domínio econômico, a regulação deve ser aberta de modo a permitir a participação dos diversos grupos de interesse. Disso se constata que os cidadãos devem ter acesso aos processos de discussão e elaboração de políticas regulatórias para que tenham conhecimento de quais interesses e grupos tenham participado desses processos. No primeiro capítulo foram demonstrados dois instrumentos que permitem o acesso do cidadão às decisões dos agentes reguladores.

regular? A quem deve beneficiar a regulação? Esses questionamentos devem ter suas respostas lastreadas nos princípios que guiam os serviços públicos e no regime constitucional da ordem econômica.

Como foi analisado até agora, os serviços públicos foram concebidos como atividades alheias à livre iniciativa, conseqüentemente, fora da concorrência, ou seja, os serviços públicos, tradicionalmente, ficaram sob monopólio estatal. As razões para que os serviços públicos ficassem ao julgo do monopólio estatal, fora do alcance da livre iniciativa (e a partir disso se compreender os fundamentos da regulação), residem ou residiam no fato de tais serviços públicos constituírem monopólios naturais, o que inviabilizava a presença de mais de um prestador. A outra razão reside num fato ideológico, ou seja, os serviços públicos, por serem afetos aos direitos fundamentais, não poderiam ficar sob as forças das lógicas do mercado⁷⁸.

A questão da captura do regulador é colocada por Ferrer como uma falha de governo. Segundo Ferrer (2002), a captura não consiste unicamente na captura pelos interesses regulados, senão, também, por interesses políticos partidários. A perseguição de objetivos de interesse público tornar-se-á corrompida à medida que os reguladores sucumbam às pressões e corrupção dos grupos de interesse. Ferrer (2002) continua dizendo que a captura pode resultar de problemas de informação; pelo recrutamento de pessoal que tenha trabalhado para as empresas reguladas; ou mesmo a ameaça de processos, recursos que podem levar a perdas de tempo ou a manipulações das agências.

⁷⁸ Esta última razão constitui um ponto de divergências àqueles que veem com ressalvas a inserção da concorrência no nos serviços públicos. De antemão, este trabalho defenderá a concorrência como benéfica aos usuários de serviços públicos. Aragão (2008, p. 418-420) elenca resumidamente os argumentos resistentes à introdução da concorrência nos serviços públicos:

- a) Assimetria Informacional: os prestadores privados de serviço público tendem a ter muito mais informações sobre a sua própria atividade que os reguladores, o que dificulta a aplicação pelo Estado das medidas necessárias para assegurar a observância do marco regulatório pelo prestador privado do serviço público.
- b) Os agentes em concorrência tendem a agir mais sobre as parcelas lucrativas do mercado, trazendo os benefícios da concorrência apenas aos setores de maior poder aquisitivo da população, o que vai de encontro ao espírito igualitário e universal dos serviços públicos.
- c) Paralelamente, muitos dos serviços indispensáveis à coletividade, notadamente para aqueles menos privilegiados e situados em zonas ermas, podem não ser interessante do ponto de vista exclusivamente comercial. Em outras palavras, nesses casos, se o custo do serviço fosse integralmente cobrado dos seus usuários, a prestação acabaria se inviabilizando por incapacidade financeira, impedindo a universalização dos serviços públicos.
- d) Os fatos mencionados nos itens anteriores também podem acarretar algumas externalidades, como o congestionamento das linhas de transporte mais lucrativas em contraposição a um relativo abandono das menos lucrativas, com danos ao meio ambiente e ao bom ordenamento da Cidade.
- e) A entrada de muitos competidores no mercado, principalmente quando tenha havido um otimismo exagerado em suas expectativas, pode levar ao incremento dos custos fixos e à diminuição do faturamento, aumentando desmesuradamente as tarifas, as dificuldades financeiras no setor (falências etc) e transgressão das normas jurídicas reitoras da atividade (ex: para evitar prejuízos ou alcançar os lucros que eram esperados, as empresas podem desobedecer as normas de qualidade do serviço, as normas ambientais e tributárias etc.).
- f) Havendo muitos agentes no setor, as informações são dispersas e parciais, comprometendo a eficiência global na prestação de serviços que são essenciais.

Veja-se que a transformação da atuação do Estado se traduz na caracterização de determinados serviços públicos como espécie de atividade econômica⁷⁹. Essa mudança de paradigma se deve ao fato de que começou a se constatar que a liberdade de mercado e o lucro não são contrários ao interesse público, pois a busca do lucro traz benefícios aos usuários. É uma conclusão lógica, pois as empresas passam a disputar a preferência dos usuários ao diminuir o valor das tarifas e ao melhorar a qualidade dos serviços prestados.

Pode-se dizer que essa referida constatação da não oposição entre o interesse público e lucro foi positivada pela Constituição Federal. Esta observação é feita topograficamente na carta magna. O artigo 175 pertence ao Título VII - Da Ordem Econômica e Financeira⁸⁰, do qual o art. 170 elenca princípios. O art. 170 traz como princípio a livre concorrência, que é aplicada a toda ordem econômica⁸¹ da qual faz parte os serviços públicos.

-
- g) A difusão de tipos de atividades diversas dentro de um mesmo setor, propiciada pela concorrência, pode levar à fragmentação dos mercados em virtude da proliferação de padrões técnicos incompatíveis.
 - h) Muitas atividades que integram o bloco dos serviços públicos são irremediavelmente insuscetíveis de competição (p. ex., a gestão de muitas das redes necessárias à prestação de serviços públicos), de forma que desregulação concorrencial levaria à substituição do monopólio público pelo monopólio privado.

⁷⁹ Esta constatação já foi analisada neste trabalho.

⁸⁰ Título VII - Da Ordem Econômica e Financeira Capítulo I - Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

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

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

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

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

⁸¹ Que segundo Eros Grau trata-se da ordem econômica em sentido amplo.

Nesta esteira da oposição referida, parte relutante da doutrina discute o grau de riscos que a aproximação exagerada de serviços essenciais ao bem-estar geral acarreta quando aproximados das regras simplesmente concorrenciais. Essa preocupação, especialmente na América do Sul em que não há uma cultura concorrencial como nos Estados Unidos ou na União Européia, é bem descrita por Ortiz; García Morato (2001), para os quais o direito da concorrência é um direito em geral pouco consolidado, tanto em seus conceitos econômicos como jurídicos. Entendem que é um direito muito diferente de setor para setor, em razão do que é importante identificar os seus critérios essenciais, ou seja, é um direito mal regulado, em que os juízes navegam entre conceitos econômicos abertos e conceitos jurídicos que não são tradicionais. E complementam que se trata de um direito muito imaturo, que enfrenta grandes desafios de consolidação interna e de adaptação ante ao novo contexto econômico e aos setores de concorrência neo-reguladas.

Dessa preocupação pode questionar se os agentes econômicos atuarão igualmente em setores não lucrativos. Aqui a preocupação reside no fato de se parcela da população situada em regiões não atrativas do ponto de vista comercial terão ou não os serviços socialmente desejáveis do ponto de vista do interesse público.

Esta falha colocada, contudo, não desnatura os benefícios da concorrência, razão pela qual o Estado deve regular o setor com vistas aos interesses difusos⁸².

2.3. O princípio constitucional da defesa da concorrência e os serviços públicos.

Na esteira do já anteriormente comentado, há entre os autores do Direito Econômico grande divergência sobre os benefícios da introdução da concorrência nos serviços públicos. Este trabalho parte do pressuposto que a concorrência no âmbito dos serviços públicos traz benefícios aos usuários, razão pela qual este estudo buscará a hermenêutica constitucional no sentido de conferir

⁸² Conforme propugnado por Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto, no primeiro capítulo deste trabalho.

às normas constitucionais a maior eficácia possível de acordo com os valores do art. 170, da CF. Essa busca hermenêutica pela maior eficácia possível é fundamentada por Justen Filho (2002, p. 11):

O Estado é instrumento para a promoção da dignidade da pessoa humana. Mas não se adota a crença de que o Estado seja suficiente para realizar todas as tarefas necessárias à consecução dos valores fundamentais. Os valores fundamentais da sociedade devem ser buscados através da atuação do Estado, da sociedade civil e do cidadão. A dignidade da pessoa humana não é um valor externo a cada sujeito e todos têm um compromisso moral e político com ela. (...) O processo de aperfeiçoamento axiológico com que convivemos impõe a redução das funções estatais, mas com a imposição de certos poderes-deveres à comunidade ao indivíduo. A ampliação das funções do Estado equivale à redução da liberdade e da autonomia pessoal. Mas a imposição de limites às competências estatais não pode propiciar o retrocesso a uma espécie de 'estado da natureza', em que o homem seja o lobo do homem.

Com relação aos serviços públicos, constituem seus objetivos a universalização dos seus benefícios a toda a coletividade em atenção aos interesses públicos difusos. É o que se depreende da lei de concessões e permissões de serviço público⁸³. O que se pode discutir é até que ponto as finalidades regulatórias limitam as finalidades concorrenciais.

É importante anotar, isso é face do sistema constitucional, que as empresas que operam no campo dos serviços públicos possuem menos liberdade que as empresas às quais se encontram fora dos setores de incidência de regulação por uma agência específica.

Há que se atentar, segundo Aragão (2008), em referência à doutrina italiana de Giuseppe Tolese, que as empresas prestadoras de serviços públicos por um lado estão ao julgo das forças de mercado, às quais são reguladas pela lei antitruste, e por outro prestam serviços que atendem aos interesses primários dos indivíduos. Logo, segundo (Aragão 2008), estão em jogo dois valores constitucionais: as necessidades do serviço público e a concorrência alçada a nível constitucional. Isso significa que os agentes econômicos prestadores de serviços públicos devem satisfazer aos anseios de qualidade e universalidade dos serviços

⁸³ Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

públicos e, logicamente, sofrerão maior carga de regulação do que se estivessem no regime de mercado propriamente dito.

Aragão (2008) ensina que as necessidades do serviço público encontram fundamento no art. 170, CF *caput* – “a ordem econômica deve assegurar a todos existência digna”; no art. 3º, I da CF – “a construção de uma sociedade justa e solidária”; art. 3º III – “erradicação da pobreza e na redução das desigualdades sociais e regionais”; art.3º, IV – “promoção do bem de todos”. Fundamentando a concorrência há o princípio da livre iniciativa (art. 1º, IV, 2ª parte, e art. 170, *caput*).

Com relação ao art. 170 há encontradiços valores de tradição liberal e valores de tradição do Estado Social. De um lado há o objetivo da busca da existência digna, e de outro há o princípio da defesa da concorrência. Aqui já se pode questionar se a defesa da concorrência é instrumento ideologicamente aceitável à busca da dignidade.

O art. 3º, da CF, diz que constitui objetivo da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade justa e solidária, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais. Estes objetivos são alcançáveis, também, mediante a prestação de serviços públicos. Contudo, o mesmo dispositivo diz que também constitui objetivo a garantia do desenvolvimento nacional. Há de se observar que o desenvolvimento nacional é fomentado pelo mercado (mediante doses de intervenção estatal). Esse é o mandamento do art. 219⁸⁴, da Constituição Federal de 88. O referido artigo constitucional prescreve que o *mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado*. O mercado, todavia, pressupõe a propriedade privada e a livre concorrência. Então, constatam-se valores que estão em aparente conflito.

Um exercício hermenêutico sobre a Constituição Federal de 88, então, confirma a aplicação dos valores liberais da livre iniciativa e da concorrência aos serviços públicos. Ao estabelecer o art. 170, da CF/88, que a ordem econômica é fundada na livre iniciativa e tem por princípio a livre concorrência, há de ponderar que os serviços públicos estão guiados pelos princípios dessa mesma ordem econômica, pois o art. 175, da CF/88, está inserido no título “Da Ordem Econômica e Financeira”. Com já dito, é uma constatação topográfica.

⁸⁴ Art. 219. *O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio- econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.*

Como constatado há aparentemente valores em choque⁸⁵ quando da aplicação da livre concorrência aos serviços públicos, e disso surge a questão de qual desses valores haverá de prevalecer ou mesmo serem compatibilizados atendidas as especificidades de cada setor.

Os serviços públicos, como já colacionados em momento oportuno, são instrumentos de coesão social, razão pelas quais devem ser prestados por meio de redes para que propiciem a integração da população. Disso podem ser citadas as redes de fios de telecomunicações e de energia elétrica. Observa Aragão (2005, p.28) que: “Os serviços públicos em si não se confundem nem devem ser confundidos, como visto, com as infra-estruturas através das quais são veiculados”. Isso significa que as infraestruturas, na maioria dos casos, são monopólios naturais, isso é assim porque não é viável economicamente a multiplicação das infraestruturas de rede. Em assim sendo a prestação dos serviços pode perfeitamente estar submetida à concorrência, o que não se aplica à gestão das infraestruturas devido ao seu alto custo.

Estes fatores impõem ao gestor das redes a obrigação de compartilhá-las com os prestadores de serviços. Essa é uma conclusão óbvia sob o prisma concorrencial, ou seja, só é possível haver concorrência na prestação dos serviços se os gestores permitirem acesso às redes, pois sem o acesso resta impossível a prestação dos serviços. Aqui se pode falar em atuação Estatal ao

⁸⁵ Aqui a aplicação do valor concorrência no âmbito dos serviços públicos há de resolver pela técnica da Proporcionalidade. Este é o escólio de Aragão (2005, p.16), segundo o qual: “Torna-se, então, já intuitiva a necessidade de adoção ou a refutação da concorrência nos serviços públicos serem balizadas pelo princípio da Proporcionalidade [...]”. E prossegue o professor quando da análise da proporcionalidade em seus três elementos:

- adequação: a restrição à concorrência só é admissível quando for meio idôneo para alcançar os objetivos constitucionais dos serviços públicos (ex: a liberdade tarifária que seja benéfica para o usuário);
- necessidade: entre os meios idôneos para alcançar estes objetivos o Estado deve optar pelos que não restrinjam a concorrência ou que menos a restrinjam (ex: muitas vezes na mesma atividade devem ser adotados regimes jurídicos diversos, restringindo-se a concorrência apenas naqueles serviços em que ela for insuscetível de atender o interesse público); e
- proporcionalidade em sentido estrito: ainda que determinada limitação à concorrência seja o meio adequado menos restritivo, deve ser aferido, em uma relação de custo benefício razoável, se a limitação ‘vale a pena’ diante dos resultados sociais a serem obtidos com a restrição (ex: não devem ser concedidos direitos de exclusividade para tornar mais baratos serviços de valor agregado que representem apenas um *plus* de conforto em relação aos serviços básicos para a pessoa ou para a empresa).

Da proporcionalidade, então, pode-se aferir que enquanto a iniciativa privada atender os serviços públicos de maneira satisfatória, a iniciativa privada deve ser privilegiada à atuação monopolizada do Estado e à restrição da concorrência. O raciocínio inverso pode ser feito, ou seja, se a iniciativa privada não suprir as necessidades sociais na prestação do serviço público, o Estado deve atuar restringindo a concorrência. O que se pretende demonstrar é que os valores inerentes aos serviços públicos e a concorrência não estão em colisão, pois a otimização hermenêutica destes valores é no sentido de conferir instrumentalidade à norma concorrencial para atender aos fins sociais dos serviços públicos, quais sejam, a universalidade, generalidade e qualidade. Este assunto será objeto do último capítulo.

estabelecer as regras do jogo no acesso às redes, ou seja, o Estado garante e viabiliza o mercado, enquanto esse mercado é criado pela iniciativa privada⁸⁶.

É de se verificar, contudo, que a atuação Estatal nos serviços públicos não se restringe à proteção da concorrência exclusivamente, ou seja, a atuação do Estado pode ir além, isso porque os serviços públicos não são atividades da livre iniciativa. Os serviços públicos são atividades econômicas em sentido *lato* de titularidade do Estado. É dessa constatação que se conclui pela convivência de outros fatores extraconcorrenciais. Já com relação aos setores despublicizados o grau de concorrência é maior, ou seja, as finalidades regulatórias ficam bem mais limitadas em relação aos serviços concedidos ou permitidos ao particular.

No item que se segue será analisada a instrumentalidade das normas regulatórias e sua convivência com a defesa institucional da concorrência.

2.4. Regulação como garantia da concorrência.

Neste ponto, então, se pode falar em regulação como garantia institucional da concorrência e como instrumento de política econômica⁸⁷.

Essa é a questão a ser analisada por Salomão Filho (2008, p 135), o qual questiona se seria a regulação “[...] uma garantia sistêmicas/institucional – isto é, teria ela uma conformação básica necessária -, ou seria apenas um instrumento de política econômica?”. O mesmo Salomão Filho (2008, p.136) coloca outra questão clarificando as indagações, qual seja, “[...] seriam o antitruste e a regulação concorrencial instrumentos de desenvolvimento econômico ou formas de se obter o equilíbrio nas relações econômicas?”.

Para o desenvolvimento da resposta há uma premissa básica, ou seja, a regulação e o antitruste como instrumentos de política econômica não podem atrapancar o desenvolvimento econômico. Essa conclusão decorre do próprio texto constitucional, já citado, em seu artigo 219. De acordo com as normas constitucionais, cujo ponto de partida é o referido art. 219, a regulação e o antitruste

⁸⁶ Está-se diante de um instrumento de inserção da concorrência nos setores regulados, que será retomado no item 2.6.

⁸⁷ Só para aclarar, quando se fala em instrumentos de política econômica, quer-se referir em limitação da concorrência.

têm de incentivar o desenvolvimento econômico. Outra observação que calha ser feita é que desenvolvimento econômico deve ser buscado também pela iniciativa privada, e não somente partir de uma política do Estado.

De acordo com a segunda concepção colocada por Salomão Filho (2008), a regulação e o antitruste servem para equilibrar as relações entre os agentes econômicos. Neste procura-se coibir o abuso de poder econômico.

Está-se diante, então, de duas concepções que devem ser harmonizadas.

Um breve estudo do direito comparado se faz necessário para a correta compreensão do que se está a analisar. Colaciona Salomão Filho (2008) que no direito norteamericano o direito antitruste sempre foi compreendido como garantia do sistema econômico, isso desde o *Sherman Act*. O antitruste, no período das décadas de 50 e 69, possuía função de garantia da concorrência em si. Essa concepção de antitruste, contudo, muda a partir da década de 70. Logo, o que era a principal característica do direito antitruste passa a ser visto como um defeito, pois as empresas norteamericanas, no contexto econômico da época, passaram a perder competitividade. Veja-se que há uma mudança da concepção, haja vista que a partir de então o poder econômico passou a ser visto como uma necessidade. Esta guinada no direito antitruste ajuda, inclusive, a compreender a *ratio* da nossa lei antitruste. E neste contexto ganha importância os postulados da Escola de Chicago.

No contexto da União Europeia, Salomão Filho (2008) demonstra a mesma concepção que tomou o direito antitruste norteamericano pós década de 70, haja vista a necessidade da inserção das empresas europeias no cenário concorrencial internacional.

No âmbito regulatório, segundo o escólio de Salomão filho (2008, p. 140): “A disciplina americana da regulação nasce e se desenvolve a partir da concepção clássica de regulação de monopólios”. A concepção de regulação parte do pressuposto de que os setores sob monopólios não há possibilidade de concorrência. Se não há concorrência a regulação constitui atuação que recria as condições de mercado. Essa forma regulatória, contudo, sofre mudanças a partir dos anos 80⁸⁸. Ocorreu que em alguns setores houve a criação das condições de

⁸⁸ O que já foi analisado quando do estado da reforma do Estado.

concorrência, impulsionada pela cultura concorrencial até então presente. Segundo Salomão Filho (2008, p. 141):

Assim, a passagem da regulação clássica à regulação concorrencial é relativamente simples e bem-estruturada. E note-se que – pasmem – é hoje nos setores regulados que há uma cultura mais próxima da institucional, sendo utilizada a regulação como uma forma de equilibrar as relações entre os participantes do mercado (concorrentes e consumidores).

O mesmo fato ocorre na Europa, a partir dos anos 80, em que nos setores regulados há a regulação como garantia institucional.

Quando se fala em regulação e antitruste como instrumentos de política econômica há alguns objetivos imprescindíveis que devem ser analisados. O mais importante deles é a eficiência. Esse objetivo foi muito bem ponderado por Salomão Filho (2008), e tal ponderação é importante para este trabalho. Para Salomão Filho (2008, p. 142-143): “Certos motes claramente político-ideológicos, como ‘eficiência’, são transformados em verdades científicas, o que leva à desaplicação dos princípios institucionais e sua submissão a regras neoliberais de política econômica”. Por esta observação já vai se delineando que a concorrência é um valor que não pode ser suprimido em nome de objetivos marcadamente governistas. O que Salomão Filho expõe é que a eficiência também é conseguida pela defesa da concorrência.

A eficiência é princípio fundamental para o direito antitruste. A eficiência foi o grande fundamento da onda liberalizante dos anos 90 no Brasil. A eficiência está positivada, por exemplo, no art. 20, § 1º, da lei antitruste. Este dispositivo traz a eficiência como excludente da ilicitude do poder de mercado quando este é obtido em função da maior eficiência possível. A lei antitruste brasileira também traz a figura da eficiência numa válvula de escape prevista no art. 54, § 1º, na alínea “c”. Ao estabelecer a excludente de ilicitude no controle das estruturas junto com outros requisitos, o legislador não priorizou o crescimento interno por meio de concentrações de empresas. Isso, segundo Salomão Filho (2008), se justifica pelo fato de o legislador ter priorizado o crescimento baseado na maior eficiência, pois os ganhos desta eficiência em tese foram repartidos com o consumidor. O crescimento por meio da aquisição de empresas pressupõe a eliminação dos concorrentes.

Outro objetivo de política econômica é a pesquisa e desenvolvimento tecnológicos, pois há uma relação lógica entre desenvolvimento tecnológico e competitividade no cenário internacional. Aqui há, sobretudo, interesse do Estado na busca da dianteira tecnológica. Salomão Filho (2008, p 153): “Nesses esforços os Estados estão frequentemente dispostos a excepcionar expressamente os dispositivos concorrenciais ou, então, interpretá-los extensivamente”. Tal objetivo tem importância para os países ditos desenvolvidos e mais importância para os ditos em desenvolvimento. Esse objetivo, na nossa legislação pátria, está positivado na lei antitruste, no art. 54, § 1º, em seu inciso “c”. No controle das estruturas o incentivo à pesquisa e ao desenvolvimento tecnológico, assim como a eficiência, não pode ser perseguido a qualquer custo e por si só. Este serve como causa justificadora de uma posição de poder desde que não implique eliminação da concorrência, desde que haja repartição de benefícios com os consumidores e desde que haja ganhos de eficiência.

Está-se diante de concepção de concorrência que respeitada doutrina brasileira adota⁸⁹, ou seja, a concepção da concorrência instrumental. Esta concepção instrumental é mais facilmente identificada no regime de mercado propriamente dito, fora dos setores regulados. Por essa concepção a concorrência não constitui um valor em si, mas sim um instrumento para a realização dos objetivos de interesse público. Mas essa concepção não é absoluta, como passará a ser analisado, ratificando o exposto no início deste item sobre a não supressão de valores concorrenciais.

Afora os objetivos de política econômica, a regulação e o antitruste possuem, como já dito, objetivos institucionais no entender de Salomão Filho (2008). E aqui pode ser citada a garantia institucional da concorrência e a expansão e difusão dos serviços. Esta concepção institucional é a que deve guiar a atividade regulatória.

Com relação à garantia institucional da concorrência, Salomão Filho (2008, p. 158) ensina que: “A afirmação da concorrência como valor mínimo garante a liberdade de escolha e informação o mais abundante possível para o consumidor. A ele caberá descobrir a solução mais adequada para suas necessidades”. A garantia institucional da concorrência pretende assegurar as relações entre os

⁸⁹ FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.180.

agentes econômicos de forma justa. A concepção de ordem econômica justa é a que defende a concorrência.

Importante também que não só a concorrência seja garantida, mas sim que todos tenham acesso ao serviço, onde se pode falar no objetivo de expansão e difusão dos serviços. Pela hermenêutica do art. 170, IV e V, pode-se concluir que uma das facetas de tal garantia institucional é a não-exclusão de qualquer consumidor. Salomão Filho (2008, p. 160) diz que: “Assim, o princípio da difusão dos serviços, transforma-se em uma regra de não-exclusão por via do antitruste e da regulação”. É o que está positivado no art. 58, § 1º⁹⁰, da lei antitruste, em cujo compromisso de desempenho será levado em conta os níveis de emprego.

Disso surge uma constatação lógica, observada por Salomão Filho (2008, p.161), segundo ele: “Não obstante, a experiência histórico-comparatística analisada parece demonstrar que em seu período de formação os sistemas econômicos tendem a adotar o raciocínio institucional”. E essa constatação é lógica, pois o equilíbrio do sistema econômico depende do equilíbrio econômico entre os participantes do mercado. E prossegue Salomão Filho (2008, p.161): “Os sistemas mais bem-sucedidos são os que, de uma maneira ou de outra, foram capazes de atingir esse equilíbrio”⁹¹.

Juan de La Cruz Ferrer (2002) atenta para o fato da criação de um novo entorno institucional para a concorrência⁹², que é fruto da definição de novos fins a se perseguir pela política econômica, o qual segundo Ferrer (2002, p. 240) “[...] exige nuevos instrumentos de técnica jurídica”.

⁹⁰ “Art. 58. O Plenário do CADE definirá compromissos de desempenho para os interessados que submetam atos a exame na forma do art. 54, de modo a assegurar o cumprimento das condições estabelecidas no § 1º do referido artigo”. ([Vide Lei nº 9.873, de 23.11.99](#))

“§ 1º Na definição dos compromissos de desempenho será levado em consideração o grau de exposição do setor à competição internacional e as alterações no nível de emprego, dentre outras circunstâncias relevantes”.

⁹¹ Segundo os estudos de Salomão Filho (2008), historicamente o Brasil teve sua vida econômica guiada pelas concentrações empresariais, desde a época do Brasil colônia, em que o monopólio era exercido pela metrópole com relação ao fornecimento dos produtos de consumo. A dependência dos monopólios se perpetua após a independência. E, já nos anos 90, o país se abre ao capital internacional e a economia continua a ser guiada pela concentração dos mercados, agora no mercado interno. Percebe-se uma desaplicação, no Brasil, dos instrumentos de equilíbrio nas relações econômicas. A questão que se coloca é se essa desaplicação está em consonância com a ordem econômica pátria propugnada na Constituição Federal.

⁹² No contexto que ele chama de “neo-regulación”, expressão esta que já foi objeto de estudo no item 1.2 deste trabalho. A justificativa para o uso da expressão “neo-regulación” é o fato de se regular novamente um setor a partir de fundamentos conceituais, de fins e de técnicas instrumentais completamente diferentes da anterior regulação.

Uma questão interessante que representa a discussão acima é a verificação da aplicabilidade do controle das estruturas, pois, na lei antitruste (lei 8884/94), há regras a respeito de tal controle nos arts. 54 e seguintes.

O primeiro problema a ser enfrentado, colocado por Salomão Filho (2008), é saber se, afastada a competência do ente concorrencial e existente disciplina regulamentar concorrencial o controle das estruturas é necessário em não sendo previsto tal controle. A resposta a essa questão encontra fundamento no § 4º, do art. 173, da CF, notadamente na expressão “abuso do poder econômico”, pois, segundo Salomão Filho (2008), essa expressão leva necessariamente ao controle das concentrações. O controle das estruturas deve ser aplicado necessariamente em face do *dever ser* constitucional regido pelo princípio da livre concorrência⁹³.

2.5. Função Regulatória e Desenvolvimento: a instrumentalidade das normas concorrenciais e regulatórias.

Este item se inicia com uma observação de Lourival Vilanova. Segundo Vilanova (2003, p.480):

A expansão Estatal (...) importa numa redução dos termos da equação liberal, indivíduo/Estado. Os direitos individuais, constitucionalmente discriminados, e só reduzidos, nos termos consentidos pela Regra Maior, mediante lei, e não por meio da norma regulamentar, direitos que dispõem de garantias também constitucionais e de garantias do direito do processo, que é lei secundando a Constituição, restringem-se notavelmente. Protege-se o uso da propriedade, mas reprime-se qualquer forma de abuso desse direito real; mantém-se o princípio da livre empresa, mas o Estado (coisa inadmissível no regime liberal) também assume função empresarial no sistema da produção; protege-se a liberdade de comércio, mas sem o descomedimento individualista da concorrência sem limites.

O ensinamento de Vilanova corrobora a convivência entres finalidades regulatórias e concorrenciais dos atos regulatórios do Estado, pois, pelo que ficou depreendido da citação, deve-se proteger a livre iniciativa, mas o Estado deve intervir para que coíba o abuso do direito por parte dos particulares.

⁹³ Melhor análise sobre a desconcentração é feita no item 2.6.5.

Aqui há uma questão a ser respondida, ou seja, a de como compatibilizar essa regulação com os princípios do art. 170, da CF, haja vista estarem positivados no referido artigo princípios que aparentemente são contraditórios à luz da lógica de mercado. Há princípios de tradição liberal e social que compõem o mesmo artigo. Está-se diante de uma aparente disparidade principiológica.

Esta disparidade principiológica pode ser afastada mediante uma coerente regulação sem deixar de garantir uma igualdade entre os agentes econômicos. Segundo Salomão Filho (2008), a regulação adequada neste caso é a afirmação da concorrência como valor fundamental, pois a concorrência, como já frisado, garante a liberdade de escolha e informação para o consumidor. O consumidor, então, terá a possibilidade de adotar a solução mais adequada para as suas necessidades. O conteúdo do direito da concorrência é a regulamentação do poder econômico.

Então a questão que deve ser também analisada é a atinente às normas antitruste e regulamentares como instrumentos de desenvolvimento econômico em confronto com a proteção dos princípios institucionais. A presente pesquisa, com isso, analisa a regulação para a concorrência como um fim em si mesmo ou como instrumento de objetivos de política econômica dentro do espaço de conveniência e oportunidade administrativa⁹⁴. Mas como pode se verificar, a supressão da defesa institucional da concorrência é excepcional de acordo com a interpretação constitucional.

Para isso, partir-se-á do pressuposto da corrente que contempla as normas antitruste como instrumento do Estado para a implementação de políticas governamentais, numa análise em consonância com a concepção da defesa dos princípios institucionais da concorrência. Isso significa que este trabalho procurará a ponderação da posição da não redução da defesa da concorrência à eliminação dos efeitos indesejáveis do mercado à defesa da livre-concorrência em si. Este balanceamento é importante quando da análise dos postulados concorrenciais em setores regulados.

Neste sentido, é esclarecedora as palavras de Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da Silva. Segundo Silva (2005) aspectos peculiares do setor devem

⁹⁴ Esta problemática deve ter análises distintas nos setores regulados para os não regulados.

ser sopesados pelo CADE, abrindo-se válvulas de escape por meio da regra da razão⁹⁵.

O analisado é muito bem ponderado por Campilongo no ato de concentração 08012.006762/2000-09:

Não se cogita, por isso, de nenhum conflito de competências, mas sim de identificação de precisos e distintos âmbitos de validade normativa e de construção técnico-dogmática (sistema financeiro e direito concorrencial) e diferentes planos de operacionalização jurídica da ordem econômica (regulação prudencial e adjudicação concorrencial). (extraído do site do CADE).

Analisar o âmbito de validade das normas regulatórias e concorrenciais é o que se faz neste trabalho. É nesta linha de pensamento que se analisa a instrumentalidade das normas antitruste com vistas à concretização de políticas regulatórias e como defesa institucional do valor concorrência, com fundamento no desenvolvimento propugnado pela Constituição Federal. Mas, repetidamente, esta instrumentalidade não significa a supressão da defesa institucional da concorrência. Para aclarar, com a palavra Salomão Filho (2008, p. 166):

Ora, se assim é, não existe, constitucionalmente, no Brasil qualquer autorização para a aplicação do antitruste e da regulação exclusivamente como instrumento de política econômica, sem qualquer atenção aos princípios institucionais concorrenciais.

O que existe é exatamente o inverso; a declaração expressa, em nível constitucional, da obrigatoriedade da persecução da livre concorrência em matéria econômica (art. 170, IV, da CF). A obrigatoriedade institucional do direito concorrencial e da regulação é, portanto, preemente. Isso não implica, no entanto, a exclusão total dos objetivos de política econômica do sistema antitruste e regulação.

Pode-se asseverar que a ideia de regulação se assenta na regulação com regras estabelecidas para o fim “interesse público”, ou seja, a regulação deve buscar (*deve ser*) a compatibilização da eficiência econômica sem desprezar as necessidades do consumidor e o contexto econômico. Pode-se falar, então, em “regulação para a concorrência”, nas palavras de Souto (2002, p.39).

⁹⁵ A regra da razão foi construída a partir da jurisprudência norte-americana. Anota Forgioni (2010, p. 191) que: “Pela regra da razão, somente são consideradas ilegais as práticas que restringem a concorrência de forma não razoável (que se subsumiriam, por via de consequência, à regra da proibição *per se*). Prossegue a autora dizendo que “[...] são permitidas as práticas que não impliquem obstáculo desarrazoado ao livre comércio”.

Logo, de acordo com Souto (2002), a regulação que se desenvolve é a regulação para a competição. É envolto nesta noção que o tema ganha complexidade, pois o Estado deve regular a atividade econômica com vistas à determinada política econômica, ao valor institucional concorrência e à proteção da parte mais fraca dentre os atores no domínio econômico, que é o consumidor-usuário. É a complexidade do interesse público analisada no primeiro capítulo.

A política governamental e a proteção ao consumidor têm de observar o *dever ser* normativo cuja ordem econômica deve ser guiada, qual seja, a livre iniciativa. Isso porque a livre iniciativa é fundamento da República Federativa do Brasil e fundamento da ordem econômica conforme o art. 170 do texto constitucional.

2.5.1. O caráter instrumental das normas antitrustes.

Com base nessas considerações, é essencial abordar a concepção adotada por alguns doutrinadores pátrios, como Paula Forgioni, acerca do caráter instrumental das normas concorrenciais. Dita concepção parte da hipótese de que a lei da concorrência é instrumental a determinada política econômica, com objetivos próprios. Isso significa que cada lei antitruste, de diversos Estados, possui objetivos distintos quando distintas forem as políticas econômicas. A lei antitruste deve ser analisada quando inserida num país determinado e num determinado momento por qual passa este país. Segundo Forgioni (2010, p.155-156):

É impressionante a miríade de 'objetivos máximos' que já foram atribuídos às leis antitruste: redistribuição da renda; proteção das pequenas empresas; concentração do poder político, controle regional dos negócios, proteção dos trabalhadores, eficiência econômica, bem-estar do consumidor, controle de preços, obtenção de resultados econômicos desejáveis (v.g., eficiência na utilização das riquezas, progresso, estabilidade de produção e emprego e distribuição equitativa de renda), promoção da concorrência, promoção de condutas leais, limitação da atuação e da expansão das grandes empresas, controle do poder político dos grandes conglomerados, ampliar a capacidade competitiva das empresas nacionais, para assegurar participação maior no comércio internacional e assim por diante.

Esse plexo de objetivos atribuídos à lei antitruste deve ser contextualizado segundo o grau de desenvolvimento de um país. Delimitar objetivos comuns da lei antitruste a todos os ordenamentos jurídicos é uma tarefa que desconsidera problemas de desenvolvimento em muitos países. Esse é o entendimento de Forgioni (2010, p. 157), segundo a qual a lei antitruste “[...] é instrumental a determinada política econômica, possuindo, por consequência, objetivos bem próprios, diversos daqueles das demais leis antitruste”.

É importante o estudo de ordenamentos jurídicos de outros Estados para que se tenha a compreensão dos reais objetivos do antitruste nestes a fim de traçar um estudo comparativo com o ordenamento jurídico pátrio. Logo, calha uma breve análise da visão Europeia do Direito Antitruste, como forma de ratificar o até então exposto e verificar se a lei antitruste pátria segue a mesma concepção instrumental. Segundo o art. 3º, 3, do Tratado da União Europeia:

A União estabelece um mercado interno. Empenha-se no desenvolvimento sustentável da Europa, assente num crescimento económico equilibrado e na estabilidade dos preços, numa economia social de mercado altamente competitiva que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social, e num elevado nível de protecção e de melhoramento da qualidade do ambiente. A União fomenta o progresso científico e tecnológico.

Pelos objetivos estabelecidos no Tratado a concorrência não é unicamente um fim em si, mas sim um instrumento para se atingir fim maior a ser perseguido pela União. A expressão fim maior representa a *ratio* do Direito da concorrência na União Europeia. Se há fins mais importantes que a concorrência, isso significa que esta vai ser instrumento de efetivação daqueles. Lá, então, a concorrência é um valor absoluto, mas que pode servir de instrumento a outros objetivos.

Feito esse breve comentário, cabe agora analisar a concorrência no ordenamento jurídico pátrio. E para tanto, os ensinamentos de Forgioni (2010, p. 178) se fazem necessários:

O texto da Constituição de 1998 não deixa dúvidas quanto ao fato de a concorrência ser, entre nós, *meio, instrumento* para o alcance de outro bem maior, qual seja, ‘assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social’.

Pela Constituição de 1988 pode-se evidenciar que as normas de concorrência são meio a se atingir um fim maior, que está expresso em seu artigo

170, ou seja, o *dever ser* constitucional é que as normas concorrenciais devem assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social. Forgioni (2010) diz que o princípio da livre concorrência é um instrumento da promoção da dignidade da pessoa humana. Isso significa que a livre iniciativa almejada pela Constituição Federal é a livre iniciativa fundada em valores sociais, razão pela qual a Carta Magna não primou pela concepção liberal clássica.

É de fácil constatação que a livre-iniciativa é fundamento da ordem econômica, constante no art. 170, da CF, bem como a livre concorrência a qual é princípio. Contudo, o *dever ser* constitucional é que essa ordem econômica tenha por fim assegurar a todos existência digna. Disso se extrai que os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa são instrumentos da promoção da dignidade da pessoa humana. Isso porque a Constituição não persegue modelo de mercado distante da livre iniciativa e da livre concorrência. Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal na ADI 319/4 – DF. Rel: Ministro Moreira Alves. Segundo o relator:

Portanto, embora um dos fundamentos da ordem econômica seja a livre iniciativa, visa aquela a assegurar a todos existência digna, em conformidade com os ditames da justiça social, observando-se os princípios enumerados nos sete incisos desse artigo.

Ora, sendo a justiça social a justiça distributiva – e por isso mesmo é que se chega à finalidade da ordem econômica (assegurar a todos existência digna) por meio dos ditames dela –, e havendo a possibilidade de incompatibilidade entre alguns dos princípios constantes dos incisos desse art. 170, se tomados em sentido absoluto, mister se faz, evidentemente, que se lhes dê sentido relativo para que se possibilite a sua conciliação a fim de que, em conformidade com os ditames da justiça distributiva, se assegure a todos – e, portanto, aos elementos de produção e distribuição de bens e serviços e aos elementos de consumo deles – existência digna.

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

estabelece para serem observados pela ordem econômica , coloca o da defesa do consumidor (...) e o da redução das desigualdades regionais. (disponível no site do STF).

O antitruste nas palavras de Forgioni (2010, p. 181), “[...] já não é encarado apenas em sua função de eliminação dos efeitos autodestrutíveis do mercado, mas passa a ser considerado instrumento [...]”. O antitruste é um instrumento do Estado para orientar os agentes econômicos ao desenvolvimento. Uma explicação que retrata muito bem o caráter instrumental da norma antitruste é trazida por Paula Forgioni dos ensinamentos de Frignani e Waelbroeck, da doutrina Italiana. Para Frignani; Waelbroeck (1983, apud FORGIONI, 2010) não se deve encarar a concorrência como um dogma ou um mito, o que significa que a norma concorrencial pode ser sacrificada face outros princípios conjunturais. Forgioni (2010, p. 182) explica que a política antitruste pode ser aplicada:

(i) por aplicação da Lei antitruste, ainda que por via de concessão de autorização ou isenção, ou;

(ii) pela não aplicação da Lei antitruste a práticas restritivas. Em outras palavras, o Estado, com o escopo de formatar o funcionamento do mercado, pode afastar a aplicação da Lei Antitruste, eliminando ou amenizando, por exemplo, a vigilância ou controle sobre o processo de concentração.

Quando se fala no caráter instrumental a objetivos de política econômica, estes estão presentes, na lei antitruste, nas chamadas válvulas de escape, mas desde que compatíveis com a garantia do equilíbrio entre os agentes econômicos.

As válvulas de escape, nas palavras de Forgioni (2010, p. 186-187), decorrem da “necessidade de flexibilização do texto normativo, destinada a adequá-lo à mutável realidade em que se insere”. As válvulas de escape, então, guiam o entendimento das normas antitruste como instrumento de políticas públicas, pois, mais uma vez, nas palavras de Forgioni (2010, p. 187) “é impossível dissociá-las da realidade, petrificando seu processo de interpretação/aplicação”. As válvulas de escape, então, são normas que permitem que a realidade adentre ao processo de interpretação e aplicação das normas concorrenciais. Este é o fundamento da instrumentalidade do Direito da Concorrência.

2.5.1.1. As Válvulas de escape.

Cabe agora analisar as válvulas de escape, e a primeira a ser analisada é a do artigo 54, da lei 8884/94. Pelas válvulas de escape irá se constatar os objetivos extraconcorrenciais que a norma antitruste comporta.

A lei antitruste brasileira, em seu art. 54⁹⁶, dispõe que o CADE autorizará os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços desde que tenha por objetivo aumentar a produtividade; melhorar a qualidade de bens ou serviços; propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; os benefícios decorrentes sejam equitativamente distribuídos entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro; não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens ou serviços; sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados⁹⁷.

Está-se a falar, de acordo com o artigo citado, das autorizações. As autorizações seguem algumas condições para a sua concessão pela autoridade antitruste. Tais condições são verdadeiros limites os quais são postos pela lei e devem ser respeitados haja vista que a autoridade antitruste está a eles vinculada.

Como já ficou demonstrado, a Constituição Federal pressupõe a livre concorrência como princípio que deva imperar sobre o domínio econômico, mas reconhece poder haver sacrifício da concorrência em certos setores submetendo-os

⁹⁶ Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade.

§ 1º O Cade poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;

IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

⁹⁷ É de se observar, contudo, que é impossível a legitimação de prática que tenha por objetivo o aumento arbitrário de lucros ou o abuso de posição dominante.

a regramentos diversos. Como a lei antitruste é uma lei geral, esse referido sacrifício ocorre via legislação especial. Essa é a compreensão da chamada isenção em bloco, outra válvula de escape. Segundo Forgioni (2010, p 208), as isenções são “leis específicas autorizadoras de restrições concorrenciais, que prevalecem sobre a regra geral (Lei 8.884, de 1994)”. E prossegue a autora:

Vê-se, portanto, que o sistema jurídico brasileiro admite a existência de isenções à Lei Antitruste. Como demonstrado, não é necessária disposição expressa nesse sentido; a legalidade e constitucionalidade das leis específicas autorizadoras de práticas anticompetitivas decorrem diretamente da Constituição Federal. Enfim, as isenções em bloco, no Brasil, brotam da interpretação sistemática do nosso direito.

Calha observar que as autorizações e as isenções devem ser interpretadas restritivamente, pois são restrições à livre concorrência. Mas como será demonstrado em momento oportuno, não há isenção à aplicação das normas concorrenciais nos setores regulados. Esta opção legislativa confirma que a concorrência é um valor mínimo a guiar a ordem econômica, inobstante seu caráter instrumental.

Outra válvula de escape colacionada por Paula Forgioni (2010, p. 228) é a chamada “elasticidade do mercado relevante”. Aqui se percebe, claramente, que também se trata de um instrumento de política econômica. Segundo Forgioni (2010, p 229): “Lançando mão deste ‘instrumento’, pode-se diluir o *market Power* do agente econômico [...]”. Ao se restringir o mercado relevante, as práticas de concentração serão sentidas de maneira mais incisiva. O aumento do mercado relevante faz diminuir os efeitos do impacto anticoncorrencial. Essa equação é utilizada, no Brasil, como argumento para a descaracterização da infração à ordem econômica constante na dominação de mercado relevante de bens ou serviços e abusividade do exercício de posição dominante. Igualmente o elástico conceito de mercado relevante⁹⁸ é um expediente utilizado para que não haja a incidência do § 3º⁹⁹, do art. 54, da lei antitruste.

⁹⁸ Nesta esteira faz-se necessária breve análise acerca da delimitação do mercado relevante nos setores regulados. Aqui, diferente da delimitação que ocorre nos setores “normais” da economia, segundo Silva (2005), a delimitação do mercado relevante leva em consideração os aspectos atinentes à lei 8.884/94 mais a dimensão regulamentar dos serviços. Nos setores regulados as normas editadas pelas agências reguladoras servem como uma referência para a delimitação do mercado relevante pelo CADE. A delimitação de um mercado relevante parte de características concretas, ou seja, não existe um conceito abstrato do que venha a ser este mercado. O CADE na delimitação em setores regulados deve contemplar a possibilidade de substituição entre serviços com regimes diversos, num mesmo mercado relevante, o que configurará uma amplitude à delimitação do mercado relevante. Há serviços, contudo, que podem ter a mesma base de tecnologia, mas não serem substitutos uns dos

Tirante as analisadas acima, há outra válvula de escape cujo estudo é importante. Segundo esta há que se identificar qual dos interesses presentes na norma será protegido em nome do interesse público. Segundo Forgioni (2010, p. 239):

Temos, então, contida no texto normativo, uma multiplicidade de interesses que reclamam um dos meios de que dispõe a autoridade para, utilizando-se das possibilidades que são dadas pela lei, concretizar determinada política econômica, mediante a opção por um desses interesses.

Então, uma decisão que protege determinado interesse será justificada por determinada política econômica ou governamental. Forgioni (2010, p.240) fala do jogo do interesse protegido, “[...] consubstanciada na possibilidade de decisão conforme o interesse digno de tutela jurídica, no caso concreto [...]”.

As normas antitruste abrigam interesses diversos, quais sejam: o interesse do mercado, o interesse do consumidor, eficiência alocativa etc. A referida válvula de escape sopesa o interesse a ser protegido no caso concreto, levando em consideração os diversos interesses¹⁰⁰.

outros. No ato de concentração 53500.002126/98, o Conselheiro Marcelo Calliari tomou como relatório o parecer da ANATEL. Segundo o parecer:

As restrições que pesam sobre os preços do STFC oferecido pelas concessionárias cujo controle acionário foi adquirido pelo Consórcio foram consideradas ao definir que outros serviços de telecomunicações não formam parte do mesmo mercado relevante.

O Serviço Móvel Celular não participa do mercado relevante do Serviço Telefônico Fixo Comutado, por apresentar um diferencial de preço elevado em relação à assinatura básica e tarifas do STFC. Esta análise pode ser estendida a todos os serviços de comunicação de voz via rádio frequência como o Serviço Especial de Rádio Chamada – o Paging -, o Serviço Móvel Especializado – o Trunking – e o Serviço Móvel Global por Satélites Não-Geoestacionários [...] (disponível no site do CADE).

⁹⁹ § 3o Incluem-se nos atos de que trata o *caput* aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais). (Redação dada pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000).

¹⁰⁰Disso a mesma Forgioni (2010) coloca um questionamento acerca da lei antitruste pátria, qual seja, se seria indiferente referir-se à lei antitruste como lei de repressão ao abuso do poder econômico ou lei de tutela da livre concorrência. Veja-se que cada concepção leva a interesses distintos. A lei antitruste como lei de tutela da livre concorrência protege a livre concorrência ou a livre iniciativa como interesse maior, e aqui a repressão ao abuso do poder econômico é instrumental à livre concorrência.

Uma observação importante, depois de tecidas várias considerações, é que a hermenêutica do art. 173, § 4º, da CF, segundo o entendimento desta doutrina, permite concluir que o objetivo da lei é a repressão ao abuso do poder econômico.

Esta válvula de escape relaciona-se com o art. 20¹⁰¹, da lei antitruste. Em assim sendo, cabe fazer análise de seus incisos para que fique demonstrado o interesse protegido em cada inciso.

Com relação ao inciso I, o interesse protegido é a livre concorrência ou a livre iniciativa, ou seja, para se garantir a livre concorrência são impostos limites à atuação dos agentes na ordem econômica. É a consagração do art.170, da CF/88. Vê-se que a imposição de limites via atuação estatal ao agente econômico, garantido as regras do jogo, não colide com a livre iniciativa. Pelo contrário, segundo Forgioni (2010, p 246):

A partir do momento em que o Estado passa a ser 'intervencionista' (e nessa expressão não vai qualquer carga ideológica) há uma modificação no próprio princípio da livre iniciativa que, há muito, deixou de ser correlato a uma política de laissez-fair. A atuação do Estado sobre a economia, cada vez mais, não é tida como indesejável pelo sistema jurídico que, ao contrário, a institui e regulamenta.

A observação a ser feita é que a livre iniciativa consagrada na Constituição Federal de 1988 não é a livre iniciativa do Estado Liberal clássico e, essa mesma livre iniciativa, para que seja assegurada, deve ser regulamentada pela atuação Estatal. Essa atuação, então, é no sentido de disciplinar o comportamento dos agentes econômicos que resultariam em prejuízo à livre concorrência e no sentido de implementação de políticas públicas para dar concreção aos arts. 170 e 3º, da CF/88. Com relação a este inciso, o caráter ilícito reside no prejuízo à livre iniciativa ou à livre concorrência.

O inciso III, do art. 20, coíbe o aumento arbitrário de lucros. Numa primeira análise, proibir o lucro é ir de encontro aos interesses do mercado. Aqui o dispositivo visa a proteger o consumidor e, indiretamente, protege a livre

¹⁰¹ Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.

§ 2º 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.

§ 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia (*Redação dada pela Lei nº 9.069, de 29.6.95*).

concorrência e a livre iniciativa na proporção em que o aumento arbitrário de lucros possa atentar contra esses princípios.

De acordo com Forgioni (2010), os incisos II e IV se referem à dominação de mercado e ao exercício de forma abusiva de posição dominante. A busca da posição monopolista é prejudicial à concorrência, haja vista que é um processo que culmina na eliminação dos competidores. Há que se dizer, contudo, que a eliminação dos concorrentes se dê de forma lícita, caso dos chamados monopólios naturais. Esse é o entendimento do § 1º, do art. 20, da lei antitruste. A hermenêutica do referido parágrafo faz concluir que o poder econômico é um dado estrutural da ordem econômica. Isso significa que a posição dominante não é vedada em si. Segundo Forgioni (2010, p. 250):

[...] a linha que separa o abuso de posição dominante de seu exercício normal, por vezes, é muito tênue, e não há notícias na lei de seu traço, podendo ser vivificada somente se considerados os efeitos anticoncorrenciais da prática analisada.

Logo, só vai haver abuso de posição dominante se o agente econômico prejudica a livre concorrência ou a livre iniciativa.

2.5.2. O Poder Econômico.

Sobre o poder econômico, para Elali (2007, p. 60): “Refere-se a poder econômico quando se analisa uma relação de poder no âmbito das relações econômicas”. E prossegue Elali (2007, p. 60-61):

Nos sistemas econômicos contemporâneos, em que se observa uma notória influência dos modos de produção capitalistas, o poder econômico se refere à própria liberdade, à livre-iniciativa, à livre concorrência e à força da economia.

O poder econômico na ótica de Elali (2007) é um dado estrutural da ordem econômica e que foi recepcionado pela Constituição Federal de 88. Vê-se, contudo, que, para Elali (2007), o poder econômico não representa um direito subjetivo, ou seja, o seu exercício é lastreado em razão da função social deste dado estrutural. O exercício do poder econômico é legitimado em razão dos seus benefícios que trará nos campos econômico e social.

Para uma noção de poder econômico, vale as lições de Forgioni (2010, p. 274):

Parte-se, então, do pressuposto de que mesmo a empresa que não atue sozinha no mercado pode deter poder econômico tal (ou seja, razoável) que lhe permita atuar de forma independente e com indiferença à existência ou comportamento dos outros agentes. Em virtude da ausência de ambiente concorrencial, o agente econômico titular de “razoável” poder não sofre maiores pressões de competidores.

A noção de poder econômico na citação acima se refere ao fato de um agente econômico estar imune às estratégias e pressões de mercado dos demais agentes econômicos.

A posição dominante pode ser entendida, também, como um comportamento caracterizado pela ausência de risco, ou seja, o detentor de posição dominante pode adotar uma estratégia de mercado sem preocupação com possíveis prejuízos em caso de erro de estratégia. Prossegue Forgioni (2010, p. 276) que:

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

Pelo ordenamento jurídico brasileiro não se pune a posição dominante por si só. Esse entendimento é abstraído do art. 20, § 1º¹⁰², da lei antitruste, que legitima o monopólio natural, segundo o qual a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito da dominação de mercado relevante de bens e serviços. O conteúdo normativo é que não se deve punir a eficiência, pois tal eficiência é expressão da livre concorrência.

Segundo Bruna (2001, p. 137):

Importa registrar que a repressão aos abusos do poder econômico não se inclui entre as modalidades de intervenção estatal que representam restrições às mencionadas liberdades. Com efeito, a atividade antitruste do Estado visa justamente à preservação da livre concorrência e, conseqüentemente, da livre iniciativa. Não se trata, pois, de restringir a liberdade daquele que abusa de seu poder

¹⁰² Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:
[...]

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.

econômico, já que ninguém tem liberdade para abusar. Em caso de abuso, a atividade do agente terá ido além dos limites de suas liberdades. Vê-se que não há restrição de liberdade, mas sim restauração da liberdade dos demais agentes do mercado, violada pelos atos abusivos.

No caso do abuso de poder econômico há um abuso de direito. Segundo Forgioni (2010, p. 281), “[...] o direito de que se abusa é a liberdade econômica, liberdade de iniciativa, liberdade de concorrência etc.”. Abusa do poder econômico o agente que abusa do direito à liberdade de iniciativa e liberdade de concorrência. É nesta toada que a repressão ao abuso de poder econômico deve ser um princípio que deve nortear o subsistema do Direito da Concorrência.

O poder econômico só será legitimado se não colidir com os valores sociais e econômicos reitores da ordem econômica. Então, como já ficou anotado, o ordenamento jurídico brasileiro não coíbe o poder econômico, pelo contrário, segundo Elali (2007, p. 62), “[...] o poder econômico é, ao contrário, estimulado, incentivado como um pilar do desenvolvimento econômico nacional, que deve servir para a solução dos problemas sociais”.

As atividades econômicas no domínio econômico devem se guiadas por vetores sociais. Isso significa que a Constituição Federal não concebe a livre iniciativa e a livre concorrência como valores em si mesmos, mas sim como instrumentos da busca de fins sociais. As empresas, neste contexto, passam a agir calcadas em sua função social. Segundo Elali (2007, p. 64):

De um lado, admite-se, no sistema, a liberdade das atividades empresariais, mas de outro se impõe que as empresas cumpram o seu papel, desenvolvendo a economia, empregando as pessoas e auxiliando na resolução dos conflitos sócio-econômicos. Assim, a liberdade empresarial há de ser exercida objetivando o lucro, mas também como instrumento de realização da justiça social.

Este também é o entendimento de Bruna (2001, p. 137): “Como já se viu, as disposições constitucionais relativas à ordem econômica privilegiam não a livre iniciativa ou a livre concorrência em si mesmas, mas o quanto elas possam expressar de socialmente valioso.” O autor citado diz, segundo os ensinamentos de Eros Grau, que a função social é a grande vertente do Direito Econômico.

Logo, cabem às empresas papel salutar no desenvolvimento econômico nacional. À modernização soma-se a proteção dos valores sociais, o que irá configurar um desenvolvimento sustentável. Segundo Bruna (2001, p. 141):

Assim, a liberdade de iniciativa econômica somente se legitima quando voltada à satisfação não só dos interesses privados de seu titular, mas também dos demais valores da ordem econômica, como a realização da justiça social e a valorização do trabalho humano.

A liberdade de iniciativa, aqui se inclui a liberdade de iniciativa também nos setores regulados, tem de ser exercida não somente com vistas ao lucro, mas também servir de instrumento de realização da satisfação dos interesses públicos difusos, proporcionando benefícios de maneira universal. Mais uma vez, segundo os ensinamentos de Bruna (2001, p. 141):

Isso equivale a dizer que o estabelecimento de uma ordem econômica, que tem por objetivo a realização da justiça social, através da proteção do consumidor, da busca do pleno emprego, da redução das desigualdades sociais, entre outros, condiciona não só a ação do Estado, mas as ações de toda a sociedade.

A questão a ser colocada é acerca da relação entre o poder econômico e a livre concorrência. Numa primeira análise, poder econômico e concorrência são excludentes entre si, ou seja, numa situação de concorrência perfeita não há a existência de poder econômico. Contudo, o próprio sistema jurídico, *dever ser*, considera o poder econômico, ao mesmo tempo em que busca um regime concorrencial de mercado. Questiona-se qual nível de poder econômico a se aceitar, ou seja, qual o nível de poder econômico que possibilite maior ganho de concorrência em relação ao regime concorrencial. Depreende-se desse questionamento que o poder econômico e a livre concorrência devem ser conciliados. Diz Elali (2007, p. 66):

[...] o poder econômico é um dado de eficiência econômica, devendo, para manter-se legítimo, servir para a busca dos objetivos do Estado brasileiro, especialmente o desenvolvimento econômico e a redução das desigualdades sociais e regionais, corolário daquele.

É de se notar que o primado do desenvolvimento foi atribuído também e principalmente à iniciativa privada, cuja propriedade privada deve servir ao desenvolvimento econômico e aos objetivos dos serviços públicos. Segundo Bruna (2001) o constituinte reconheceu na iniciativa privada a maior eficiência desta técnica de produção em relação às demais. Para Comparato (1983) a iniciativa está no meio termo entre um *jus* e um *múnus*.

Disso se extrai que o desenvolvimento econômico, numa ordem econômica lastreada pelo poder econômico dos agentes, deve ser iluminado pelo equilíbrio na produção, distribuição e consumo das riquezas.

Ao se referir ao desenvolvimento econômico, o art. 170, da CF/88, o proclama como um dos valores buscados pela ordem econômica. Não é apenas, contudo, tal dispositivo que faz referência ao desenvolvimento econômico. A constituição em outras partes demonstra a preocupação do Estado com o desenvolvimento econômico e social. O já estudado art. 3º, da CF/88, dispõe constituir objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil garantir o desenvolvimento nacional. Neste mesmo sentido o art. 219, da CF/88, dispõe que *o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do país, nos termos de lei federal.*

Contudo, o desenvolvimento econômico propugnado pela constituição não representa o mero crescimento da economia. Segundo Elali (2007):

[...] a expressão desenvolvimento econômico vem sendo utilizada no sentido de representar um estado de harmonia entre o crescimento e a modernização da economia com a proteção dos valores sociais. Não se está relacionando a citada expressão a um mero estado de expansão das atividades econômicas, mas como algo mais amplo, ligado à função social da empresa [...].

Colocam-se, então, em confronto, as noções de desenvolvimento e progresso. Segundo Elali (2007) um Estado que viabiliza apenas a modernização é um Estado apenas modernizado. Um Estado que conjuga a modernização com outros elementos de proteção social é um Estado que busca o desenvolvimento. A noção de desenvolvimento não é atrelada somente à ideia de crescimento econômico. Um crescimento às custas da exploração ambiental, da flexibilização da legislação trabalhista, do consumidor não pode ser considerado desenvolvimento.

Segundo Nusdeo (2002, p. 16), “[...] o desenvolvimento é um caminho, um itinerário, uma passagem de um estado de coisas para outro”. O autor trata o desenvolvimento como um processo, o “processo desenvolvimentista”. Um processo, contudo, composto de várias fases.

Interessante a distinção entre crescimento e desenvolvimento colocado por este autor. Nusdeo (2002, p.17) diz que em ambos os casos há aumento do PIB, mas, no desenvolvimento, o crescimento do PIB “[...] faz-se

concomitantemente com profundas alterações em toda a estrutura do país envolvido, por trazer como conseqüência uma série enorme de modificações de ordem não apenas econômica, mas também cultural, psicológica e social”. Para o autor, são essas modificações que respondem pela autossustentabilidade do desenvolvimento econômico.

Com relação ao crescimento econômico, Nusdeo (2002, p. 17-18) diz que “caracteriza-se, como o desenvolvimento, por entranhar um crescimento da disponibilidade de bens e serviços, porém sem que essa maior disponibilidade implique uma mudança estrutural e qualitativa da economia em questão”. A diferença entre crescimento e desenvolvimento reside justamente na sustentabilidade do processo, ou seja, o crescimento é um ciclo e não um processo, e é um ciclo impulsionado por fator externo.

O desenvolvimento econômico, propugnado pela constituição, ao dizer que constitui objetivo da República Federativa do Brasil o desenvolvimento nacional, rompe com a concepção de desenvolvimento estritamente econômico. Para Nusdeo (2002, p.24):

Parece fundamental distinguir entre o que seja objetivo de políticas econômicas e o que sejam instituições econômicas que, como vimos, aproximam-se bastante dos chamados objetivos restritivos. Assim, a defesa da concorrência, das relações de consumo do meio ambiente, do emprego e da estabilidade monetária, mais do que objetivos de política econômica, devem configurar instituições permanentes, voltadas para a sua manutenção, de tal sorte que as suas exigências possam permanentemente ser cotejadas com a perseguição compulsiva dos objetivos de política econômica, por mais prementes, necessários e autojustificáveis que possam ser. Não é possível imaginar que estes últimos prescindam dos primeiros e das instituições que lhe dão corpo.

Pois bem, falar de desenvolvimento num contexto de subdesenvolvimento requer uma atenção ao poder econômico e sua conseqüente concentração de conhecimento econômico. O problema de desenvolvimento está exatamente no problema de difusão de conhecimento econômico.

Pelo art. 20 e seus incisos, da lei antitruste, conclui-se que há a proteção da livre iniciativa e livre concorrência (como dispõe o art. 170 *caput* e seu inciso IV). Há, também, a repressão ao abuso do poder econômico que vise ao aumento arbitrário de lucros (como dispõe o art. 173, § 4º, da CF). Então, no art. 20,

há duas tutelas, chamadas por Marenco (1986 apud Forgioni, 2010) de “duas almas”.

De todas as premissas até agora colocadas, pode-se concluir com Silva (2005):

[...] que aspectos peculiares do setor financeiro devem ser necessariamente sopesados pelo CADE quando da aplicação do direito da concorrência, abrindo-se ‘válvulas de escape’ por meio da regra da razão. Em setores regulados, o ‘valor concorrência não tem aplicação tão mecânica como em setores ‘normais’ da economia’.

Esta citação, como base num julgado do CADE, é autoexplicativa, cujo objeto de análise será desenvolvido no capítulo seguinte.

Então, diante do exposto neste capítulo, o desenvolvimento será o fim (*ratio*) das normas regulamentares e concorrenciais. Este é o entendimento de Maria João Pereira Rolim em citação de Aragão (2005), para quem a concorrência como fundamento da ordem econômica somente se justifica à medida que trouxer benefícios para o consumidor e servir como um valor-meio para a realização de uma política econômica, de modo que os agentes econômicos prestem os serviços com vistas ao desenvolvimento do país como um todo¹⁰³.

2.5.3. Princípios regulatórios.

Segundo Salomão Filho (2008) há três princípios desenvolvimentistas positivados na Constituição Federal que guiam a regulação. São feitas referências a estes princípios para que se possa efetuar hermeneuticamente a otimização dos valores da ordem econômica para a maior eficácia do valor concorrencial.

Estes princípios desdobram-se em instrumentos que concretizam o *dever ser* normativo-constitucional. Essa construção principiológica de Salomão

¹⁰³Vale a pena tecer uma observação, qual seja: No caso de inaplicabilidade das normas antitruste por força de um monopólio, há que se verificar a aplicação das normas concorrenciais no processo de licitação para a concessão do serviço público. Segundo Garcia (2002), a parcela considerável da regulação se dará *a priori*, quando da elaboração do edital de licitação e do contrato de delegação.

Filho (2008), como proposta de uma teoria regulatória, serve como mandados de otimização às atividades regulatórias pró-concorrência.

O primeiro a ser objeto de estudo é o princípio da *difusão do conhecimento*.

Este princípio, como aponta Salomão Filho (2008) se desdobra em outro princípio, o princípio do acesso necessário. Por este princípio se faz necessária uma regulação efetiva e ativa que garanta condições de uso da rede. Está-se a falar aqui do amplo acesso à rede, o que configura um caráter público das redes. E mais, o direito de propriedade sobre as redes deve ser fundado em razão do cumprimento de sua função social. Veja-se que a função social aqui tratada significa a obrigatoriedade dos bens dos quais depende o acesso. Segundo Salomão Filho (2008, p.71):

Aqui, função social e institucionalismo se vinculam. Pode-se admitir que o puro e simples acesso de vários concorrentes ao mercado cumpra uma função social desde que se compreenda a concorrência como um processo institucional que, de um lado, garante as eficiências distributivas e, de outro, assegura que a concorrência não resulte em processo de exclusão social.

A função social propugnada é mais incisiva, pois o compartilhamento de bens fundamentais ao acesso ocorre pela copropriedade desses bens ou pela restrição do direito de propriedade do titular da rede. A ideia da copropriedade dos bens de acesso é que todos que dependem desses bens possuem propriedade.

Com relação ao compartilhamento dos bens de acesso há duas implicações: a primeira se refere ao fato de determinado agente econômico ser o titular da rede não significa que o agente econômico possa fazer uso exclusivo da rede, e nem exigir condições para que outros agentes tenham acesso à rede. Segundo Salomão Filho (2008, p. 73), no compartilhamento “[...] há propriedade da rede por um só agente, que, de diversas formas, deve permitir que algum ou alguns elementos do direito de propriedade (portanto, uso, gozo e fruição) sejam detidos por terceiros (concorrentes)”.

O titular da rede, então, deve compartilhá-lo com os demais concorrentes, devendo com eles contratar. Este princípio está positivado, por exemplo, no art. 73¹⁰⁴, da lei 9.472 (lei geral das telecomunicações). Há também

¹⁰⁴ “**Art. 73.** As prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo terão direito à utilização de postes, dutos, condutos e servidões pertencentes ou controlados por prestadora de serviços de telecomunicações

positivação expressa no art. 155¹⁰⁵, da também lei 9.472 (lei geral das telecomunicações). Cabe à regulação, como se pode notar dos dispositivos citados, estabelecer proteção institucional para o acesso ao mercado, compatibilizando os contratos com seus efeitos perante à sociedade. Essa é a ideia da função social, o impacto do negócio jurídico sobre a sociedade.

Há outro princípio, desdobramento do princípio da difusão do conhecimento, de importância significativa para este trabalho, que é o princípio da aplicação institucional do direito antitruste¹⁰⁶.

Aqui, com fundamento na regra da razão, não é suficiente para caracterizar o ilícito antitruste a mera ocorrência formal da ilicitude. Segundo Forgioni (2010, p. 193): “A regra da razão, por sua vez, é o método de interpretação que impõe a ilicitude, apenas, das práticas que restringem a concorrência de forma ‘não razoável’”. A regra da razão pressupõe a existência de poder no mercado e as justificativas para o ato. Com relação às justificativas para o ato, há de se verificar as justificativas concorrenciais e de política econômica.

Com relação às justificativas concorrenciais, se existente uma justificativa pró-concorrencial não se caracterizará o ilícito antitruste. Há, também, as justificativas de política econômica. Por esta, mesmo havendo dano concorrencial, será admissível justificativa que demonstre a existência de benefício de ordem político-econômica. Aqui reside uma diferença importante da aplicação do antitruste em setores regulados dos não-regulados. Segundo Salomão Filho (2010, p.82-83) “o que se pode dizer é que nenhuma justificativa extraconcorrencial é admissível tratando-se de setores regulados”. Nos setores regulados há a prevalência do raciocínio institucional da concorrência, o que significa que justificativas extraconcorrenciais para restrições concorrenciais não devem ser admissíveis

ou de outros serviços de interesse público, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis”.

¹⁰⁵ “**Art. 155.** Para desenvolver a competição, as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo deverão, nos casos e condições fixados pela Agência, disponibilizar suas redes a outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo.”

¹⁰⁶ Pode-se falar aqui, segundo Salomão Filho (2002, p. 39), da “diluição dos centros de poder econômico e político e a consequente difusão de informações e conhecimento por toda a sociedade”. Por este princípio há a concepção de que a governabilidade do sistema econômico é alcançada por meio da diluição do poder econômico. Parte-se do pressuposto de que a indução do desenvolvimento só é alcançável, segundo Salomão Filho (2002, p.45), “com combate às condições estruturais da economia que favoreçam a concentração do poder e, portanto, a ingovernabilidade econômica”. Como já foi demonstrado anteriormente, aqui se pode falar em procedimentalização da atividade econômica. A regulação tem como fundamento, segundo Salomão Filho (2002, p. 46), “criar uma igualdade jurídica material, e não apenas formal, entre todos os agentes econômicos, e garantir a correção de seu procedimento no mercado”.

unicamente, ou seja, a razão de ser da regulação é justificada pela perseguição da concorrência.

As justificativas extraconcorrenciais devem ser admitidas somente quando compatíveis com os objetivos concorrenciais. Veja-se, portanto, que diferentemente do setor regulado, no setor de mercado propriamente dito há maior liberdade de adaptação da legislação antitruste às políticas econômicas, pois a liberdade no regime de mercado propriamente dito é maior.

Outro princípio que norteia a regulação é o princípio redistributivo¹⁰⁷. Quando das funções do Estado, Salomão Filho (2008, p. 93) explica que:

Em vez apenas de gestão abstrata e macroeconômica da sociedade, cumpra-se também fazer algo que o particular e o mercado jamais farão: incumbe-lhe *redistribuir*. É na redistribuição que deve ser identificada a grande função do novo Estado. Trata-se, portanto, de um Estado que deve basear sua gestão (inclusive no campo econômico) em valores, e não em objetivos econômicos.

A redistribuição pelo autor tratada é bem facilmente verificada pela tributação¹⁰⁸. A redistribuição deve, então, ser objetivo da regulação. Ocorre a redistribuição quando a regulação exige dos monopolistas a universalização de serviços à população que não tem acesso a estes serviços, ou seja, a redistribuição significa estender a rede até os consumidores-usuários que estão instalados em local distante e aos consumidores que não possuem poder aquisitivo.

O princípio redistributivo e o princípio da diluição dos centros de poder econômico garantem a liberdade de escolha com o maior conhecimento possível. Essa conclusão é evidente, pois não existe liberdade de escolha quando presente a exclusão social ou a concentração de poder econômico.

Há um terceiro princípio como reitor da regulação: é o princípio da “cooperação”. Tal princípio ganha importância especialmente numa seara em que prevalece o individualismo, que é o domínio econômico. A proposta de Salomão Filho (2002) é demonstrar a não oposição entre cooperação e o benefício individual. O

¹⁰⁷ A redistribuição é forma de dar eficiência ao Estado. O Estado deve pautar sua gestão não em objetivos estritamente econômicos. Há a redistribuição quando a prestação do serviço deve alcançar a todos os membros da coletividade por força do princípio da universalização dos serviços públicos.

Segundo Salomão Filho (2002, p.38): “O resultado mais saliente e incontestável da análise histórico estrutural é a convicção de que nos países subdesenvolvidos, alterações de demanda e não alterações no processo produtivo são os grandes elementos propulsores do crescimento. Consequentemente, não há justificativa para centrar a filosofia regulatória em torno da eficiência.”

Isso significa que a regulação deve ser voltada à redistribuição para expandir o consumo pela sociedade, ou seja, é a ideia da associação do desenvolvimento econômico e distribuição dos seus frutos.

¹⁰⁸ Especialmente pelas normas tributárias indutoras.

mote da cooperação é que, nas lições de Salomão Filho (2008), é do benefício público que deriva o privado, e não o contrário.

A cooperação, acima de condições individuais, é dependente de condições institucionais. Segundo Salomão Filho (2008) há três condições mínimas para o sucesso de soluções cooperativas: pequeno número de participantes, existência de informação sobre o comportamento dos demais e existência de relação continuada entre os agentes. No mundo de hoje, contudo, essas condições são cada vez menos observadas. Há grande número de relações que tendem a não se repetir, ou seja, isso implica em relações frágeis, que não estimulam a cooperação.

Em assim sendo há a necessidade de induzir a cooperação, de criar as condições necessárias ao seu aparecimento. A ideia é que num ambiente cooperativo as decisões econômicas são cumpridas naturalmente, e não coercitivamente. Num ambiente de cooperação há o controle do cumprimento pelos próprios participantes da relação.

Papel importante para a indução da cooperação, contudo, cabe ao direito. Este papel é decisivo porque o comportamento cooperativo não aparece naturalmente na sociedade, conclusão essa de Salomão Filho (2008): “Não há nessa afirmação qualquer concepção hobbesiana da natureza humana, mas simplesmente o reconhecimento de que existem condicionantes sociais a dificultar seu comportamento”. A condicionante, ainda segundo o autor, é o receio do comportamento estratégico da outra parte. Cabe ao Direito, então, com o auxílio do aporte teórico da Filosofia, eliminar esta condicionante. A cooperação é um valor que se constitui em uma alternativa de comportamento no domínio econômico.

Nos setores regulados a cooperação é essencial para o desenvolvimento. Para Salomão Filho (2008, p 101), a cooperação “assegura que as partes (aqui entendidas o agente regulador, todos os agentes regulados e todos os usuários dos serviços) possam descobrir os comportamentos de maior proveito social (ainda que de menor proveito individual)”.

2.6. Instrumentos de inserção da concorrência nos serviços públicos

A regulação para a concorrência se caracteriza em algumas liberdades, constituindo em verdadeiro regime jurídico. Tem-se a liberdade de entrada; livre acesso às infraestruturas de rede; liberdade de investimento e liberdade de contratação. Essas liberdades são traduzidas em instrumentos da concorrência.

São analisados, resumidamente, esses instrumentos de inserção da concorrência. Segundo Souto (2000): “Esses instrumentos são indispensáveis para que se possa realizar a competição – que é pressuposto da eficiência na prestação dos serviços objetos de tais atividades competitivas”. A questão é que certos setores são constituídos como monopólios naturais, e é justamente essa a finalidade de tais instrumentos: inserir a competição onde tal seria inviável.

Estes instrumentos, segundo Aragão (2008) são: facilitação à entrada no mercado; redução do espaço de titularidade estatal exclusiva; relativa liberdade de preços; assimetria regulatória; desverticalização e desconcentração; separação entre gestão da infraestrutura e prestação dos serviços; competição entre setores distintos de serviços públicos; compartilhamento de infraestruturas;

O primeiro que pode ser citado é à **facilitação à entrada no mercado**. Na esteira da proporcionalidade, segundo Aragão (2008, p. 429): “Tem-se buscado facilitar a entrada e o investimento nos mercados dos serviços públicos, aceitando-se apenas as restrições que sejam indispensáveis ao atendimento dos interesses públicos visados pela atividade.”

Está-se diante da abertura do setor à iniciativa privada e da competição à prestação do serviço. O requisito à entrada ao mercado, para as atividades que não precisam preencher o princípio da universalidade do serviço público, é uma autorização administrativa àqueles que preenchem os requisitos à prestação, mas com regulação do Estado.

Os serviços de telefonia celular, por exemplo, passaram por este processo, e os benefícios à população foram muitos, como, por exemplo, os baixos preços e as inúmeras vantagens que as operadoras oferecem no mercado.

Lembra ainda Aragão (2008) que mesmo sendo a atividade de titularidade do Estado, a concessão pode ser outorgada a vários interessados sem exclusividade por força do art. 16 da lei de concessões.

O segundo é a **redução do espaço de titularidade exclusiva**. Aqui entram aqueles serviços que deixaram de ser de titularidade do Estado para serem

livremente explorados mediante autorizações. É o que se chama de despublicização das atividades que antes eram serviços de titularidade do Estado.

O terceiro instrumento é a **relativa liberdade de preços**. Neste, segundo Aragão (2008, p.431- 432):

Busca-se, com intensidade variante de acordo com o setor, diminuir a imposição dos preços dos serviços públicos pela Administração Pública. O que se pretende é que os preços sejam o Máximo possível determinados pela livre concorrência entre os diversos agentes econômicos prestadores de uma determinada atividade, razão pela qual a arena para essa maior liberdade de preços é a dos serviços em que também houver, ao menos parcialmente, liberdade de entrada.

A liberdade de preço, ainda segundo o autor, é mais adequada nos setores que foram despublicizados haja vista o maior grau de concorrência e o menor grau de intensidade regulatória do Estado. Mas esta liberdade tem que concorrer com finalidades regulatórias com vistas ao não prejuízo dos consumidores.

Outro instrumento digno de nota é a chamada **assimetria regulatória**. Este instrumento leva em consideração as várias atividades e as atribuem maior ou menor intensidade regulatória.

Segundo Aragão (2008) trata-se do desmembramento da atividade, o que é facilmente verificável no setor de energia elétrica, ou seja, a geração, transmissão e comercialização de energia eram exploradas por monopólio e com a fragmentação é possível a concorrência na geração e comercialização.

Tem-se também a **desverticalização e desconcentração**. Ao tratar do tema dos limites do controle das estruturas, há que se fazer uma distinção acerca da desconcentração empresarial. A partir desta distinção poder-se-á traçar a sua extensão no campo regulamentar. Salomão Filho (2008) distingue a desconcentração punitiva de uma desconcentração meramente estrutural; a primeira, segundo Salomão Filho (2008, p. 108-109) é “decorrente de condutas anticoncorrenciais às quais não se considera possível dar resposta conveniente através da disciplina das condutas ilícitas”. A segunda é “aplicada sem que haja qualquer ato de concentração a controlar ou qualquer comportamento passado impugnável do ponto de vista concorrencial”.

Em primeiro lugar cabe fazer algumas observações sobre a desconcentração nos setores não-regulados, pois aqui o Estado se vê limitado pelo princípio da livre iniciativa. Esta diferenciação é importante para a melhor

compreensão do tratamento da disciplina nos setores regulados e nos não regulados. A questão colocada, então, face ao referido princípio é que a desconcentração industrial em setores não regulados pode caracterizar uma medida de dirigismo econômico. A livre iniciativa é um princípio de mão dupla, ou seja, ao mesmo tempo em que limita a ação de desconcentração do Estado, limita, também, a ação do Estado em proibir uma concentração. Vale aqui lembrar a observação feita por Salomão Filho acerca da livre iniciativa (2008, p 115), “[...] a liberdade de iniciativa não como uma liberdade anárquica, porém social, e que pode, conseqüentemente, ser limitada”.

Quando se fala em desconcentração em setores regulados e em setores não-regulados, a questão que gravita é até que limite esse princípio é aplicado, ou seja, sendo um princípio um mandamento de otimização, qual o limite a se conferir maior eficácia possível às normas interpretadas à luz da livre iniciativa. Como bem observou o autor citado, os limites normativos à iniciativa privada, conseqüentemente, os limites à atuação do Estado no setor não-regulado, encontram-se no artigo 174, da CF de 88. A conclusão do autor citado é que a regulamentação da atividade privada não pode chegar ao limite do planejamento econômico.

À luz do princípio da liberdade de iniciativa deve ser interpretado o art. 173, § 4º, da CF, o qual prevê que a lei reprimirá o “abuso do poder econômico”. A maior eficácia dessa norma é no sentido de que o poder econômico é permitido pela ordem jurídica, e que qualquer medida de desconcentração caracteriza dirigismo Estatal. Disso pode-se extrair uma conclusão importante, qual seja: a desconcentração meramente estrutural em setores não-regulados fere o princípio da livre iniciativa. Conclui Salomão Filho (2008, p. 118) “[...] que nos setores não-regulados a desconcentração compulsória é constitucionalmente admissível na modalidade punitiva”.

O raciocínio é outro quando se analisa a desconcentração em setores regulados. E aqui já se pode afirmar que é possível a desconcentração meramente estrutural. A lei deve indicar a possibilidade de desconcentração estrutural, caso contrário a desconcentração caracterizará planejamento econômico. Caso a lei não indique a possibilidade de desconcentração meramente estrutural, haverá somente a possibilidade de desconcentração punitiva. Então, em assim sendo, há de se procurar na lei que regula cada setor, tal possibilidade de

desconcentração. A lei deve indicar a ilegalidade da pura e simples detenção de monopólio ou de posição dominante, como, por exemplo, ocorre no art. 220, § 5º, da CF/88.

Tirante o exemplo dos meios de comunicação, o setor de energia elétrica traz a possibilidade de desconcentração empresarial estrutural por expressa disposição da lei, decorrendo tal regra da defesa da concorrência. Tal regra está no art. 3º, VIII, da lei 9.427¹⁰⁹. Esta desconcentração é designativa de regulação como defesa institucional da concorrência. Na lei antitruste, segundo Salomão Filho (2008), não é reconhecida a possibilidade de desconcentração meramente estrutural.

O objetivo da desverticalização e desconcentração é a quebra da concentração num determinado setor. Segundo Aragão (2008) o objetivo é a distinção entre atividades competitivas e não-competitivas, caso em que o Estado vai intervir aplicando diferentes regimes jurídicos.

Outro instrumento relevante para a inserção da concorrência é a **separação entre gestão da infraestrutura e prestação dos serviços**. Esta separação permite o acesso às redes, isso porque a duplicação de tais redes serem inviáveis do ponto de vista econômico. Com essa medida interventiva se tem de um lado a gestão das redes e de outro os prestadores do serviço. É uma condição de acesso às infraestruturas. Segundo Aragão (2008, p 440-441):

O ideal é que o gestor da rede sequer seja prestador do serviço, mas, ainda quando isso não lhe for defeso, mantém-se incólume o direito dos demais prestadores de usarem a rede ou a infra-estrutura, em condições justas, para prestarem os seus serviços de maneira mais racional e menos onerosa para si – o que é mais importante –, para os usuários, já que na maioria da vezes a duplicação das infra-estruturas é, senão impossível, pelo menos irracional do ponto de vista econômico e/ou urbanístico, caracterizando-se a sua gestão como um monopólio natural.

Outro instrumento de concorrência é a **competição entre setores distintos de serviços públicos**. A ideia aqui é a competição entre setores distintos mesmo quando há inviabilidade de competição entre empresas do mesmo setor.

¹⁰⁹ “VIII - estabelecer, com vistas a propiciar concorrência efetiva entre os agentes e a impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica, restrições, limites ou condições para empresas, grupos empresariais e acionistas, quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e à realização de negócios entre si.”

E, por último, o instrumento concorrencial de maior relevância: o **compartilhamento de infra-estruturas**.

Lembra Aragão (2008, p. 442-443) que:

Dada a sua essencial função de instrumento da coesão social, os serviços públicos, em sua grande maioria, devem ser organizados em rede, já que só fazem sentido se propiciarem a integração da maioria da população. Para isto foram (e são) construídas vultuosas infra-estruturas através das quais são prestados as redes de cabos dos serviços de telecomunicações e de energia elétrica, dutos de água e gás, o conjunto dos aeroportos e das rodovias, as linhas férreas, as rodovias para os serviços de transporte por ônibus, o sistema de portos e armazéns portuários etc.

Veja-se que a inserção da concorrência é mais intensa na prestação dos serviços. Isso porque é inviável do ponto de vista econômico e até físico a duplicação dessas infraestruturas, como já observado anteriormente. Então, a saída para tal impossibilidade é a separação entre a gestão das redes e a prestação dos serviços. Um dado interessante sobre a possibilidade de desconcentração é que, segundo Aragão (2008, p. 443):

Hoje já se pode desconcentrar a gestão da maioria das redes pressupostas da prestação dos serviços públicos, não podendo ser ignoradas também as evoluções tecnológicas que possibilitam o pluralismo do acesso a muitas redes que até há pouco eram, por suas características tecnológicas, restritivas do acesso.

Percebe-se então que prestação de tais serviços na atualidade, fomentada pelo avanço tecnológico, passou a ser passível e benéfica à concorrência. Não faz mais sentido a gestão monopolizada estender a ausência de concorrência na prestação. Está-se diante da necessidade de atuação estatal para garantir o acesso às redes de prestação dos serviços. Segundo Aragão (2008, p. 446):

A obrigação de compartilhamento das redes de serviços públicos provocou uma forte regulação legislativa e infralegislativa disciplinando a extensão e os condicionamentos do correspondente direito, regulação essa, predominantemente de Direito Administrativo, mas derivada da Teoria das Instalações Essenciais (*Essential Facilities Doctrine*) do Direito Econômico e da common Law norte-americana.

Sobre a Essential Facilities Doctrine anota Aragão (2008, p. 448) que:

A importância do estudo da Teoria das Instalações Essenciais para a concorrência nos serviços públicos é, portanto, imensa, por três razões: 1º) geralmente as normas regulamentadoras acompanham as diretrizes básicas da Teoria; 2º) no silêncio da norma regulamentadora do serviço são os parâmetros da Teoria das Instalações Essenciais que são aplicados; e 3º) em caso de lacuna, contradição ou nebulosidade da regulamentação, a Teoria das Instalações Essenciais será um importante elemento interpretativo e integrador.

O compartilhamento das redes deve ser feito no interesse da concorrência, isso significa que o interesse público na concorrência é superior ao interesses das partes envolvidas. Isso não significa, contudo, que as partes não possam obter vantagens no negócio jurídico.

Essa teoria é aplicada onde há os monopólios, caso das infraestruturas em que permanecem com apenas um gestor. É neste sentido que os marcos regulatórios regulam o acesso a tais redes.

Uma questão importante a ser analisada, trazida por Aragão (2008) é sobre a natureza jurídica do acesso. Este autor lembra que nos EUA o direito de acesso constitui um *duty to contract*, ou seja, apenas um dever de contratar. E mais, sublinha ainda o autor que este direito de acesso não é equiparado à nossa servidão administrativa. Essa observação é importante, sobretudo pela inclinação da doutrina brasileira equiparação com as servidões administrativas¹¹⁰.

Contudo, Aragão (2008) refuta a tese da servidão administrativa e invoca a função social da propriedade, notadamente dos bens a serem garantidos o acesso. Para o referido autor, o compartilhamento tem natureza de contrato privado, com uma “limitação administrativa da liberdade de contratar”.

¹¹⁰ A exemplo de Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

3. PONDERAÇÃO ENTRE OS OBJETIVOS DA REGULAÇÃO E DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA.

Introdução

Este último capítulo analisa a ponderação entre os objetivos regulatórios e concorrenciais com vistas à prevalência dos últimos haja vista os benefícios da concorrência.

Parte da premissa que a concorrência no âmbito dos serviços públicos não é um valor em si, mas deve ser o princípio a guiar a regulação num mandado de otimização. É um princípio à consecução dos objetivos dos serviços públicos que somente sofre restrições excepcionalmente. Segundo os ensinamentos de Aragão (2008, p. 422):

A concorrência como fundamento da ordem econômica somente se justifica à medida que trazer benefícios para o consumidor e servir como um valor-meio, ou seja, um instrumento de realização de uma política econômica cujo escopo principal seja o de estimular todos os agentes econômicos a participarem do desenvolvimento do País como um todo.

Nesta toada será demonstrada a visão do CADE acerca desta instrumentalidade colocada por Aragão.

É defendido que a liberalização de tais serviços com doses adequadas de regulação e a abertura à concorrência é benéfica à população. Disso se pode dizer que deve haver a ponderação entre as finalidades regulatórias e concorrenciais. Propugna que a iniciativa privada atende satisfatoriamente os interesses públicos, razão pela qual deve ser privilegiada em face do monopólio estatal e à concessão exclusiva.

Neste sentido, será seguido o entendimento de Aragão (2008, p. 426):

Para a combinação desses valores constitucionais em potencial conflito (necessidades dos serviços públicos *versus* concorrência), devem ser buscados, em um “mandado de otimização”, os mecanismos que dêem a maior efetividade possível a ambos, o que, em um ponto ótimo, será alcançado através de políticas e medidas regulatórias que façam com que a concorrência seja o meio que melhor atenda aos interesses sociais dos serviços públicos.

Como desdobramento da problemática proposta, há que se observar, já a título de nota introdutória deste capítulo, que a lei 8.884 não traz normas de interação entre o CADE e as agências reguladoras. Disso se pode aclarar o delineamento deste capítulo ao se questionar a competência do CADE, por meio da legislação antitruste, em matéria também da alçada das agências reguladoras. Esta discussão é um reflexo de toda esta análise, pois o CADE, por meio de seus conselheiros, enfrenta em várias ocasiões usurpação de competência por parte das agências reguladoras.

Está, portanto, traçado o fio condutor deste capítulo. Estas discussões permitem uma análise do processo brasileiro de abertura advinda com a reforma do Estado e o efetivo benefício à população pela maior inserção da concorrência.

3.1. O valor constitucional concorrência.

Diante das premissas colocadas, pode-se analisar o equilíbrio entre finalidades setoriais e finalidades concorrenciais com o fim de equacioná-las em atendimento à ordem jurídico-constitucional.

Um dado importante colhido na doutrina de Salomão Filho é que no Brasil nunca houve a formulação de uma teoria geral da regulação. Mas esta afirmação tem uma razão de ser, um motivo. E o motivo, segundo Salomão Filho, para este fato é que as funções do Estado eram dicotomizadas entre a prestação de serviços públicos e o exercício do poder de polícia.

Então, a concepção de regulação dada por Calixto Salomão é, como ele mesmo atribui, uma concepção ampla. Para Salomão Filho (2008, p.21), a regulação: “Engloba toda a forma de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção através da concessão de serviço público ou o exercício de poder de polícia”. A regulação estatal, no campo econômico, tem fundamento na redução da intervenção direta do Estado na ordem econômica e no aumento do poder econômico.

Feitas essas breves considerações, a questão que se coloca é a relação entre a regulação, inserção da concorrência e a aplicação do antitruste. Segundo Salomão Filho (2008), a diferença entre o direito antitruste e a regulação está na forma de intervenção. A atuação do direito antitruste é essencialmente passiva, ou seja, o antitruste controla a formação de estruturas e sanciona condutas. Na disciplina antitruste o Estado não cria a utilidade, ele apenas as fiscaliza ou as controla. Diferente ocorre com a regulação, em que há uma intervenção ativa. Segundo Salomão Filho (2008), na regulação o Estado não se restringe ao controle ou fiscalização, ou seja, aqui o Estado cria a utilidade via regulação.

E logo se chega ao ponto central da pesquisa, nas lições de Salomão Filho (2008, p.37), segundo o qual: “A utilidade pública, nos setores reguláveis, consiste exatamente na efetiva criação de um sistema de concorrência”. A imposição da concorrência em setores passíveis da atuação das regras de mercado é colocada como principal razão da regulação.

Segundo Salomão Filho (2008) a existência de concorrência garante a liberdade de escolha e informação para o consumidor. Esta liberdade de escolha o fará perseguir a solução mais adequada para as suas necessidades. Isso porque, ainda segundo o autor, direito concorrencial representa uma superação das regras mandamentais e o surgimento de regras institucionais e procedimentais. São regras que dão garantias ao cidadão, pois contêm valores democráticos. O direito composto por tais regras leva à solução mais justa. O direito da concorrência, então, garante a instituição concorrência ao mesmo tempo em que possui regras as quais asseguram e efetivam tal instituição por meio de regras procedimentais, ou seja, por meio de regras comportamentais e estruturais. Conforme Salomão Filho (2008), são regras que possibilitam assegurar a presença dos agentes econômicos no domínio econômico da forma mais justa e eficiente possível.

Logo, a competição é tratada como valor a guiar a regulação. Segundo Salomão Filho (2008, p.40): “A possibilidade de efetiva competição é, portanto, um valor fundamental da regulação. Na sua aplicação deve o Estado agir com energia, garantindo a efetiva existência de concorrência”.

A concorrência é tomada como um valor fundamental e mínimo a guiar a regulação. E por que mínimo? Mínimo, segundo Salomão Filho (2008, p. 41), “porque é o único a permitir o conhecimento, a avaliação crítica – por consumidores e concorrentes -, dos demais valores que deve a regulação a perseguir”.

É imprescindível, para que haja a possibilidade de livre escolha ou de descoberta das melhores opções que o mercado pode oferecer, a efetiva concorrência, pois, assim, pode haver a escolha pelo preço, qualidade dentre outros fatores. De acordo com Salomão Filho (2008) concorrência passa a ser concebida como um processo de descoberta, isso porque quanto mais opções o consumidor tiver à sua disposição mais sua escolha será cercada de informações relativas às suas preferências. Este raciocínio é evidente, isso porque a concorrência é o único instrumento capaz de proporcionar informações ao consumidor.

Então, como já demonstrado, constata-se o caráter procedimental afeto à concorrência, o qual permite ao consumidor a livre escolha. Isso significa que a concorrência é a garantia procedimental do conhecimento.

Conseqüentemente, segundo Salomão Filho (2010, p. 44), “a concorrência, e não o mercado, é o valor institucional a ser protegido”. Essa conclusão se assenta no valor social que constitui a possibilidade de escolha, e como tal este valor deve ser reconhecido e tutelado pelo Estado. Pelo referencial adotado por Calixto Salomão, o mercado não garante este valor, ou seja, cabe ao Estado intervir para garantir a concorrência e não para garantir o mercado. Segundo o escólio de Salomão Filho (2008, p. 45):

No campo da regulação do funcionamento dos mercados as regras de concorrência desempenham exatamente as duas funções (...): facilitar a escolha individual e reconhecer o elemento valorativo no processo de escolha. Em primeiro lugar, possibilitam a escolha individual; e, em segundo, sendo regras eminentemente procedimentais, permitem a descoberta das melhores opções econômicas através, única e exclusivamente, de seu próprio exercício. Uma vez atribuída importância a uma regra de procedimento econômico, permitem a participação individual (do consumidor) no processo de escolha dos objetivos econômicos. Finalmente, cumprem um terceiro e fundamental objetivo: o de difundir o conhecimento econômico, necessariamente redistributivo. A difusão de conhecimento é incompatível com a existência de poder econômico. A democracia cognitiva proporcionada pela concorrência traduz-se também em maior isonomia econômica.

Está a referir o citado autor que a ausência de isonomia entre os agentes econômicos é incompatível com a difusão do conhecimento econômico. Controlar as estruturas que favorecem a concentração do poder é um pressuposto para se assegurar a governabilidade do sistema econômico.

Está-se a discutir, portanto, a profundidade do papel regulatório do Estado num contexto econômico como o brasileiro. Veja-se a necessidade de propulsão do desenvolvimento pelo Estado por meio da tentativa de minimizar os problemas estruturais ao mesmo tempo difundir o referido conhecimento econômico.

E aqui cabe invocar os princípios elencados por Salomão Filho (2008), analisados no item 2.5.3 deste trabalho, em sua tentativa de elaboração de uma teoria geral com vistas ao desenvolvimento. Relembrando, segundo o autor citado, três são os princípios que devem orientar o processo de desenvolvimento, quais sejam: o princípio *redistributivo*, o princípio da *diluição dos centros de poder econômico e político e da conseqüente difusão de informações e conhecimento por toda a sociedade* e o princípio da *cooperação*. Como se pode notar, o princípio desenvolvido neste trabalho é o segundo, positivado no art. 170, IV, da Constituição Federal.

A concessão ou permissão de serviços públicos não descaracterizam os serviços públicos como tais, mesmo quando prestados por empresas privadas. Esses serviços, então, continuam a ser serviços públicos pela própria Constituição, mesmo que sejam regulados. Para a adaptação dos referidos princípios regulatórios, Salomão Filho (2008 p. 58) propõe uma hermenêutica do art. 175, da CF:

O art. 175 da CF deve ser interpretado no sentido de permitir uma intervenção regulamentar muito mais abrangente nos contratos, em prol da introdução efetiva da concorrência e do amplo acesso aos serviços. É possível regular diretamente os contratos de concessão e fiscalizar seu cumprimento, as relações entre concorrentes e consumidores, mesmo que isso implique forte dirigismo contratual (profundo a ponto de impor determinado tipo de contratação).

A questão da instrumentalidade da regulação estatal como fim aos ditames de política econômica foi desenvolvida neste trabalho em sintonia com a garantia institucional da concorrência. Contudo, interessa neste capítulo que, ao se tratar especificamente da instrumentalidade, é de se analisar qual o limite desse fim perante a ordem econômica. Isso significa analisar a ponderação entre os fins regulatórios e os fins concorrenciais.

No ordenamento jurídico brasileiro os limites à atuação do Estado sobre a ordem econômica estão no art. 174, da CF. Este dispositivo prescreve a regulamentação da atividade econômica. O art. 174, *caput*, estabelece que o

planejamento é determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. Esta norma afasta o dirigismo do Estado sobre a economia. No entendimento de Salomão Filho (2008), afastado o *dirigismo* é necessário determinar a forma de *intervencionismo* propugnada pelo constituinte haja vista a competência normativa e reguladora do Estado ser ampla.

Esta amplitude, contudo, é delimitada pelo art. 170, da CF. Nesse artigo constitucional estão os fundamentos, os fins e os princípios da ordem econômica. Estes fundamentos e fins constituem limites a qualquer fim a que pretende atingir um governo por meio de suas políticas. Mas há que se atentar para a hermenêutica deste artigo. É necessário um exercício hermenêutico a se compatibilizar os princípios da livre iniciativa e defesa da concorrência com os serviços públicos.

3.2. Da interpretação dos princípios da ordem econômica.

Este conflito, contudo, é dirimido mediante exercício hermenêutico. Logo, a questão aqui deve ser analisada sob o paradigma do neoconstitucionalismo ou neopositivismo¹¹¹. É importante verificar esta ponderação, pois assim verificar-se-á a proporcionalidade da abertura de um determinado setor à iniciativa privada e à concorrência.

Uma breve explanação sobre a diferenciação entre regras e princípios se faz necessária, pois o regime jurídico da ordem econômica é composta por regras e princípios. Segundo Guerra Filho (2001, p. 150), “[...] a Constituição, assim como todo o sistema de normas interno ao ordenamento jurídico, um sistema de regras e princípios”. Então há normas que são regras e há normas que são princípios¹¹².

Com relação às diferenças: Uma primeira diferença se refere à abstração. Os princípios são dotados de muito maior grau de abstração e vaguidade que as regras. Os princípios não se reportam a nenhuma hipótese normativa, ao contrário das regras. Outra diferença está na aplicação dessas diferentes normas, ou

¹¹¹ Esta última expressão a mais correta.

¹¹² Os princípios passam a ter força normativa sob o paradigma do neopositivismo.

seja, para a aplicação dos princípios há a necessidade da intermediação normativa de outros princípios e regras, enquanto as regras possuem aplicação direta, sem a intermediação de outras regras ou princípios. Outra característica se refere ao conteúdo que cada tipo de norma carrega, ou seja, as regras se reportam a determinado fato, enquanto os princípios se reportam a valores. As regras podem ser excludentes entre si, fato que não ocorre com os princípios. Segundo Guerra Filho (2001, p. 150-151), distinguem-se regras e princípios também:

[...] pela separação 'onto-lógica' (*rectius*: 'deontológica') radical de ambos os tipos de normas, quando se tem, por exemplo, a possibilidade de princípios, em virtude de sua natureza, existirem implicitamente no sistema normativo, algo impensável para as regras, ou ainda a circunstância de regras contraditórias gerarem uma antinomia normativa, a ser desfeita com o afastamento de uma delas, ao passo que é da própria natureza dos princípios, como já salientamos, se apresentarem como contrapostos uns aos outros.

Constata-se, então, que a hermenêutica do art. 170, da CF, deve ser realizada com vistas a esta diferença entre normas que são regras e normas que são princípios. Esta característica é importante para a análise dos princípios do art. 170, da CF com relação aos serviços públicos.

Ao se analisar a reforma do Estado, faz-se necessário interpretar a Constituição Federal de 1988, especialmente o capítulo da "Ordem Econômica e Financeira", em sintonia com a opção política explicitada nas leis que propiciaram a concorrência nos serviços públicos¹¹³.

¹¹³ Para este mister, é importante elencar os princípios que interessam à hermenêutica do artigo 170, da CF. O primeiro princípio é o "Princípio da unidade da Constituição". Por este princípio, segundo Novelino (2011), as normas constitucionais são interdependentes e integram um sistema integrado. Estas normas encontram justificativa em valores gerais expressos em outras normas até chegar ao valor mais alto da Constituição. Nas resoluções de problemas jurídico-constitucionais a Constituição deve ser interpretada de forma a evitar antagonismos entre as normas originárias da Constituição. É de se dizer que neste sistema não há hierarquia entre as normas, esse é o entendimento do STF na ADI 4097 sobre a constitucionalidade do art. 14, § 4º, da CF. Outro princípio instrumental que deve ser levado em consideração quando da interpretação dos princípios do art. 170, da CF, é o "Princípio do efeito integrador". Este princípio, segundo Novelino (2011), tem como premissa o fato de a Constituição ser o principal elemento integrador da comunidade. Na resolução de problemas jurídico-constitucionais deve ser dada primazia aos critérios que favoreçam a integração política e social produzindo um efeito conservador da unidade.

Outro princípio que tem relevância para o estudo é o "Princípio da força normativa da Constituição". Este princípio, que tem como seu expoente Konrad Hesse, deve ser entendido no sentido de que na aplicação da Constituição deve ser dada preferência às soluções concretizadoras de suas normas que as tornem mais eficazes e permanentes. Este princípio afasta interpretações divergentes da Constituição, pois interpretação divergente da Constituição enfraquece a sua força normativa.

Outro princípio de relevante importância para a hermenêutica dos princípios do art. 170, da CF, é o "Princípio da concordância prática ou da harmonização". Este, segundo Novelino (2011), parte do pressuposto uma colisão diante do caso concreto. Nos casos de colisão cabe ao intérprete coordenar e combinar bens jurídicos em conflito realizando uma redução proporcional do âmbito de proteção de cada um deles, evitando o sacrifício total de uns em benefício dos outros.

Para este mister é imprescindível a *Proporcionalidade*¹¹⁴. Esse princípio, ou mais especificamente postulado normativo de interpretação é de importância tal que, segundo Guerra Filho (2001, p.153):

Para resolver o grande dilema da interpretação constitucional, representado pelo conflito entre princípios constitucionais, aos quais se deve obediência, por ser a mesma posição que ocupam na hierarquia normativa, preconiza-se o recurso a um 'princípio dos princípios', o princípio da proporcionalidade, que determina a busca de uma 'solução de compromisso', na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo o(s) outro(s), e jamais lhe(s) faltando minimamente com respeito, isto é, ferindo-lhe seu 'núcleo essencial'.

Falar em proporcionalidade no direito administrativo é se referir à evolução do mesmo face a alguns pressupostos que alteraram o poder político. Segundo Medauar (2003, p. 241):

À tradicional lista de princípios do direito administrativo extraída, em grande parte, das decisões do Conselho de Estado Francês juntam-se outros. Embora alguns já fossem invocados antes, adquiriram relevo no decorrer da década de 90 do século XX, recebendo atenção da doutrina e da jurisprudência a partir de então. O tema dos princípios em geral adquiriu grande força a partir de 1990, com reflexos no direito administrativo [...].

Esta observação da autora citada calha neste momento do trabalho, pois, conforme foi analisado no primeiro capítulo, Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto ensina que as transformações conjunturais internacionais e na sociedade demandam um novo poder político. Esse contexto de transformações tem seu ápice na década de 1990, razão pela qual Medauar tomou essa data como marco temporal.

No âmbito da regulação Estatal cabe analisar a aplicação da proporcionalidade na atividade regulatória do Estado, pois assim se compatibilizam os objetivos regulatórios aos valores concorrentes sem prejuízo ao desenvolvimento e ao atendimento das necessidades da população.

¹¹⁴ Virgílio Afonso da Silva fala em regra da proporcionalidade. Segundo ele:

A regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito - no que diz respeito ao objeto do presente estudo, de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais -, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É, para usar uma expressão consagrada, uma *restrição às restrições*. Para alcançar esse objetivo, o ato estatal deve passar pelos exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Esses três exames são, por isso, considerados como sub-regras da regra da proporcionalidade.

A análise que se faz neste trabalho acerca da atividade regulatória do Estado é que pelos postulados normativos de interpretação (proporcionalidade), da Constituição, uma política regulatória não pode substituir ou eliminar o sistema concorrencial, senão excepcionalmente.

No âmbito dos setores regulados propriamente dito, segundo Aragão (2008, 424), “a restrição à concorrência só é admissível quando for meio idôneo para alcançar os objetivos constitucionais dos serviços públicos”. Uma política que elimine a concorrência de forma desarrazoada, e aqui se está a utilizar a proporcionalidade como princípio, significa a supressão do princípio da defesa da concorrência.

Este trabalho parte do pressuposto que a busca da justiça social pressupõe o ambiente concorrencial. Contudo, as normas regulatórias como instrumentos de políticas sociais devem compreender o desempenho do serviço público de forma universal, o que significa que deve alcançar a todos. A regulação, fundamentada pela universalidade, proporcionalmente, pode justificar o sacrifício da concorrência quando tais objetivos afetos ao serviço público não puderem ser atendidos pela livre iniciativa. Segundo Aragão (2008, p.426):

Para a combinação desses valores constitucionais em potencial conflito (necessidades dos serviços públicos *versus* concorrência), devem ser buscados, em um ‘mandado de otimização’, os mecanismos que dêem a maior efetividade possível a ambos, o que, em um ponto ótimo, será alcançado através de políticas e medidas regulatórias que façam com que a concorrência seja o meio que melhor atenda aos interesses sociais dos serviços públicos.

Em assim sendo, o valor constitucional que deve prevalecer é o valor livre concorrência (art. 170, IV, da CF), positivador do princípio da difusão do conhecimento econômico¹¹⁵. É importante frisar que os valores em conflitos devem ser colocados na balança da proporcionalidade e, em se tratando de princípios, deve se conferir a eles, por meio de um mandado de otimização, a maior efetividade possível, conforme ensinou Alexandre Santos de Aragão.

Tal entendimento também é demonstrado por Ortiz, García-Morato (2001), para os quais concorrência e regulação não são ideias contrapostas, mas sim complementares. Segundo Salomão Filho (2008, p. 166): “A obrigatoriedade de aplicação institucional do direito concorrencial e da regulação é, portanto, preemente”.

¹¹⁵ Princípio sistematizado por Calixto Salomão Filho visto acima.

Prevalecer, contudo, não significa a eliminação dos objetivos de política econômica. A regulação, e aqui se pode falar tanto em regulação setorial como em regulação geral, deve ser analisada no contexto ao qual se insere. Num contexto como o do Brasil a regulação econômica deve se voltar também à perseguição de objetivos de política econômica de desenvolvimento.

A questão é que tanto na regulação geral como na regulação setorial o poder público possui atribuições de funções regulatórias da economia. A intensidade da regulação variará desde um grau menor, como a que ocorre nas atividades em regime privado (atividade econômica em sentido estrito), até um grau maior, como nas atividades reservadas ao regime de serviço público. Tanto nos serviços públicos como nas atividades econômicas em sentido estrito e nas atividades econômicas privadas regulamentadas vai haver algum grau de incidência de regulação estatal. Como dito, o que irá variar é a intensidade da regulação. Mas em ambos o valor que deve nortear, num mandado de otimização, é a defesa da concorrência.

Este fundamento foi positivado pela lei 8.987, em seu art. 29, XI¹¹⁶, ao dispor que compete ao poder concedente incentivar a competitividade.

Essa prevalência dos valores concorrenciais se justifica haja vista o modelo de regulação implementado a partir da reforma do Estado dos anos 90 foi feita para estimular a concorrência e nunca para afastá-la.

No item que se segue é demonstrada a visão da própria autoridade antitruste na questão dos objetivos da regulação e da concorrência.

3.3. A visão do CADE na ponderação dos objetivos em jogo.

Como visto neste trabalho, seguindo a tendência mundial, o programa brasileiro de reforma do Estado, além da desestatização das empresas, optou por introduzir a concorrência nos setores dos serviços públicos, que até então eram fechados.

¹¹⁶ Art. 29. Incumbe ao poder concedente:
[...]
XI - incentivar a competitividade;

Veja-se, primeiramente, que se a Constituição reserva a titularidade dos serviços públicos, isso significa que a opção pela realização e efetivação dos princípios da livre iniciativa e livre concorrência pertence ao Estado. Mais do que conveniência a oportunidade, fala-se aqui numa verdadeira opção política da sociedade com vistas ao desenvolvimento do país. Isso significa que, segundo o entendimento de Sundfeld (2000), são juridicamente viáveis tanto a opção pela exploração monopolista, estatal (uma empresa estatal como única prestadora do serviço) ou privada (via concessão com direito à exclusividade na exploração), como a preferência por uma exploração concorrencial.

Pela Constituição Federal a opção pela desestatização e pela inserção da concorrência nesses setores é uma opção do poder político. O que este trabalho analisa é a opção carreada na reforma do Estado de acordo com uma política de desenvolvimento puxada a reboque pela eficiência.

Uma vez confirmada a opção pela exploração concorrencial cabe verificar o limite concorrencial nestes setores. Isso porque, segundo Sundfeld (2000), o Estado, com a reforma, não renuncia a sua competência para determinar a estrutura do mercado e nem tampouco sua competência para fixar o ritmo da liberação. Prossegue o autor citado que a incompetência dos órgãos de defesa da concorrência é apenas em razão da matéria (exclusivamente no que se refere às opções regulatórias quanto à organização e prestação do serviço público em si). Estas opções são as opções políticas que estão fora da competência do órgão da concorrência. Logo, não pode o CADE adentrar na esfera da discricionariedade administrativa.

Neste momento é importante captar os argumentos da autoridade antitruste acerca dos limites entre os objetivos regulatórios e concorrenciais em jogo. Esses limites podem ser discutidos via atribuições de competência em matéria concorrencial em setores regulados. Serão colacionadas, então, algumas decisões do CADE acerca da sua competência em setores que sofrem regulação setorial por meio das agências reguladoras.

Para iniciar, no CADE pode ser citado o processo administrativo número 08012.007443/1999-17¹¹⁷.

¹¹⁷ EMENTA: Processo Administrativo. Infração à ordem econômica. Abuso de posição dominante por parte dos terminais portuários de contêineres localizados na área de influência do porto de Santos, ao estabelecerem cobrança para a liberação de contêineres (THC2 ou taxa para a liberação de contêineres), em prejuízo dos

Por este julgado já se pode perceber que toda a discussão acerca da regulação pró-concorrência reflete nas discussões sobre as competências do CADE e Agências Reguladoras no âmbito da regulação dos serviços públicos desestatizados e concedidos. A primeira observação que deve ser feita, então, é sobre a convivência entre as competências da agência reguladora e o CADE.

Segundo o voto do relator:

Daí, a importância de que as agências que atuam na regulação tradicional e os órgãos de defesa da concorrência atuem concertadamente no mesmo setor, porque da mesma forma que não compete ao antitruste a função de regular, o fato de um setor ser alvo de uma regulação específica não o exime da observância legislação antitruste. *(extraído do site do CADE)*

E prossegue o relator, em seu voto:

A existência de regulação no setor portuário não impede a aplicação da Lei 8.884/94. Ao contrário, o modelo de regulação proposto prevê expressamente a concorrência entre os atores envolvidos, qual só pode ser preservada com a observância da Lei de Defesa da Concorrência.

[...]

A regulação, nesse modelo, é feita para estimular a concorrência e nunca para afastá-la. A doutrina do “State Action”, usada para a configuração de excludente de ilicitude, não é aplicável ao caso concreto, já que a regulação não pretendeu substituir a concorrência. *(extraído do site do CADE)*

No mesmo sentido a procuradoria do CADE. Segundo a manifestação da procuradoria do CADE:

Não se pode aceitar o argumento de que a atividade está sujeita a regulação e, portanto, fora do alcance da lei antitruste. Mesmo em mercados regulados, os agentes econômicos, como maximizadores de lucro, tendem a adotar condutas anticompetitivas. Estas, por sua vez, causam falhas no mercado e podem eliminar a concorrência, tornando necessária a intervenção estatal para corrigir as falhas, protegendo os interesses públicos envolvidos. *(extraído do site do CADE)*

recintos alfandegados independentes e dos consumidores. Ilícitude da cobrança frente às disposições da lei 8.884/94 – condutas tipificadas. Inexistência de conflito entre a agência reguladora setorial (Agência Nacional dos Transportes Aquaviários – ANTAQ) e o CADE. Inexistência de conflito regulação e aplicação da legislação antitruste. Determinação para a cessação das práticas, aplicação de multas e penalidades acessórias. *(extraído do site do CADE)*.

Por este julgado do CADE fica evidente que o valor concorrência deve nortear atividade regulatória, o que inclui a não supressão da atuação do CADE e da legislação antitruste, desde que não adentre às funções regulatórias das agências reguladoras.

No mercado regulado, a promoção da concorrência é definida pelo marco regulatório. Como exemplo de implantação da concorrência em setores regulados, o art. 151, da lei nº 9.472/97¹¹⁸:

Art. 151. A Agência disporá sobre os planos de numeração dos serviços, assegurando sua administração de forma não discriminatória e em estímulo à competição, garantindo o atendimento aos compromissos internacionais. (grifo nosso).

Uma análise preliminar, com base em um julgado, já demonstra a possibilidade e a necessidade da atuação do CADE nestes setores.

O que se depreende por este julgado, e que se repetirá em outros, é que as competências aludidas não são excludentes, ou seja, a competência da Agência Reguladora não pressupõe a supressão da competência do CADE no setor objeto de regulação específica. Logo, como demonstrado no julgado do CADE, as atribuições do CADE e das agências reguladoras são complementares e não exclusivas ou excludentes.

Esta relação de complementaridade se assenta na diferença de funções do CADE e da agência reguladora. O CADE não estabelece as condições de concorrência dos mercados, esta autarquia não regula nenhum setor da economia (e aqui se está a falar em regulação setorial). O CADE apenas julga atos concretos à luz dos princípios da ordem econômica. O CADE não é órgão que estabelece regras prévias de concorrência, é órgão que somente aplica a lei antitruste, ou seja, somente julga. Esta é a razão de não haver conflito de competência em setores regulados, pois o CADE nada regula. Se não regula, ele pode julgar porque nada regulou.

O voto do ministro Celso Campilongo, sobre a competência complementar do CADE, ratifica o exposto sobre o assunto. Segundo ele:

A exploração dos serviços locais de gás canalizado, nos termos da Constituição Federal, pode se dar sob a forma de monopólio estatal ou mediante a concessão a particulares (...) a competência para a

¹¹⁸ Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995.

definição da modelagem mais adequada para o desempenho dessa atividade pertence ao Estado. Manter o monopólio ou outorgar concessões, introduzir a concorrência de modo gradual ou acelerado, criar o próprio órgão regulador ou desregular o setor, por exemplo, são opções políticas que a Lei Maior reservou ao Estado-Membro. Invadir o âmbito de validade espacial da normatividade dos Estados e pretender, na esfera federal, mitigar ou subverter esse poder seria incorrer em inadmissível inconstitucionalidade (extraído do site do CADE)¹¹⁹.

Deste julgado pode extrair algumas conclusões. O CADE não pode entrar na conveniência e oportunidade da Administração Pública para favorecer a concorrência. Logo, as decisões do CADE são decisões administrativas técnicas, que inobstante gerarem repercussão política, econômica e social não pode esta autarquia funcionar como formuladora de políticas públicas. Aqui está estabelecido os limites concorrenciais nos setores regulados.

Por outro lado, como outro fator, segundo constatação empírica, a agência reguladora não está apta instrumentalmente a efetuar a defesa da concorrência. Retirar a competência da autoridade antitruste em setores regulados é tornar um setor imune à aplicação antitruste, o que vai contra à norma do art. 1º, da lei antitruste.

Confirma-se, então, o caráter complementar e interdisciplinar entre o CADE e as agências reguladoras. Neste sentido o CADE, no já citado processo administrativo 08012.007443/1999-17 assentou o seguinte entendimento:

[...] o CADE tem se deparado com questões que abarcam os temas de regulação e defesa da concorrência. Nessas diversas oportunidades, o CADE já assentou seu posicionamento no sentido de que é sim competente para análise das operações que envolvam agentes econômicos atuantes em mercados regulados, sem que o exercício desta competência implique em interferência indevida nas esferas de atuação dos órgãos reguladores. Ademais, a relação de complementaridade e interdisciplinaridade incidente nessas atividades evidencia cada vez mais a necessidade de interação e otimização dos esforços entre autoridades antitruste e regulatória. É importante deixar bastante claro que a atuação do CADE não visa reformular eventual política pública aplicável aos setores regulados; não visa intervir na regulação concernente ao regime tarifário ou aos contratos de concessão já efetivados; não visa avocar para si a competência legalmente conferida ao Poder Concedente, no que se refere à fiscalização e regulamentação das concessões. Desse modo, a intervenção do CADE – bastante pontual e limitada – incide apenas e tão somente naquilo que é necessário para a manutenção do ambiente concorrencial. Portanto, mais uma vez, legítima é a intervenção do CADE no que tange à defesa da concorrência e na

¹¹⁹ Voto do Conselheiro-relator no Ato de Concentração nº 08012.004550/99-11.

prevenção ao abuso do poder econômico, mesmo que sua decisão: (i) incida sobre agentes econômicos atuantes em mercados sujeitos à regulação setorial; e (ii) desde que não ultrapasse os limites delineados pela legislação de defesa da concorrência e disposições que lhe são aplicáveis. (extraído do site do CADE)

Como já exposto, a atuação das autarquias (CADE e agência reguladora) deve ser de complementaridade, ou seja, a atuação da agência reguladora não atinge a competência específica do CADE. É este modelo de coordenação de competências que tem sido adotado em relação à regulação setorial. Veja-se, a despeito disso, o ato de concentração nº 08012.004550/1999-11, no voto do Conselheiro Celso Campilongo:

Entre a atividade regulatória das agências setoriais e a função preventiva e repressiva desempenhada pelo CADE na defesa da livre concorrência há relação de complementaridade e não de exclusão ou de conflitos de competências. (extraído do site do CADE).

Sobre esta questão da competência entre o CADE e agência reguladora, não se pode deixar de lado o recente embate entre o CADE e o BACEN, e aqui se pode expor a posição do judiciário por meio do TRF da 1ª região, na Apelação em Mandado de Segurança nº 2002.34.00.033475-0 DF. Um trecho do acórdão deve ser destacado:

3. A Lei Bancária e a Lei Antitruste devem ser aplicadas tendo presente a regra da complementaridade. Com efeito, dessa idéia matriz extrai-se a possibilidade de coexistência da Lei 4.595/64 com a Lei 8.884/94, uma vez que a primeira fica limitada ao exame da questão concorrencial como instrumento necessário à defesa do equilíbrio do sistema financeiro, ao passo que a segunda versa especificamente à tutela da concorrência, refletindo com mais propriedade e nitidez os princípios que presidem a ordem econômica e financeira e, no particular, a preocupação do legislador constituinte com a defesa da concorrência e do consumidor, em situação mui diversa do que sucedia na época da edição da Lei 4.595/64. Isso sem contar que a autarquia antitruste é dotada de longa experiência e de estrutura técnico-jurídica especializada que garantem ao Estado maior eficiência na proteção contra os abusos do Poder Econômico. (Acórdão publicado em no DJU em 05/10/2007).

Outra observação, no entendimento da Secretaria de Acompanhamento Econômico no processo administrativo nº 08012.000677/1999-70, é sobre a adoção de políticas econômicas na atividade regulatória. Essa questão já foi objeto de análise, e a conclusão é que no setor regulado a política econômica não pode substituir por todo o regime concorrencial. Segundo a SEAE:

A livre concorrência, princípio constitucional impositivo da ordem econômica, não pode ser afastada por qualquer medida governamental. Sua observância é imperativa nos atos e medidas legislativas do poder público. É um imperativo de uma sociedade fundada na propriedade privada e na livre iniciativa. (extraído do sítio da SEAE do Ministério da Fazenda).

Fica evidente que a atividade regulatória não é uma atividade discricionária. A independência das autarquias não significa dar um “cheque em branco” a estes entes. A atividade regulatória encontra limites nos princípios constitucionais.

3.4. Ponderação entre as finalidades regulatórias e concorrenciais.

Neste último item é analisada propriamente a relação entre poder regulamentar e o direito antitruste.

Dentre as funções do Estado na ordem econômica – como agente direto na ordem econômica; como agente fiscalizador do exercício da atividade econômica e como agente normativo da atividade econômica – a primeira não pairam objeções quanto à sujeição das Estatais às normas concorrenciais. A questão é mais complexa quando das atividades fiscalizatórias e normativas. A função normativa, especificamente, é objeto deste trabalho.

Salomão Filho (2007) evoca duas teorias recorrentes na jurisprudência norteamericana que explicam a relação entre poder regulamentar e o sistema concorrencial. A primeira é a State Action Doctrine¹²⁰ e a segunda é a Pervasive Power Doctrine¹²¹. Essas teorias ensinam que o poder regulamentar é exercido sem observância dos princípios concorrenciais quando a competência dos órgãos regulamentares seja extenso a ponto de excluir a aplicação das normas antitruste. Segundo Salomão Filho (2007, p. 243): “Isso se verifica quando a lei

¹²⁰ Por esta, segundo Salomão Filho (2007), estabeleceram-se dois critérios básicos para determinar se a regulamentação estadual conferia ou não imunidade à aplicação do direito antitruste: o primeiro é que a decisão tomada ou a regulamentação seja expedida em razão de uma política expressa de substituição da concorrência pela regulamentação; o segundo é que haja supervisão ativa e constante do cumprimento das obrigações impostas pela regulamentação.

¹²¹ Aqui, segundo Salomão Filho (2007), será afastada a aplicação do antitruste quando o poder do órgão é extenso o suficiente para afastar qualquer outra competência, como o fim de substituir o sistema concorrencial. Será afastada também quando o poder é profundo o bastante para afastar a aplicação do antitruste. Aqui o poder conferido à agência independente já inclui a competência para aplicar a lei antitruste.

claramente substitui o sistema concorrencial pela regulamentação, declarando expressamente esse objetivo e/ou oferecendo meios para tal.”

Diante destas teorias se pode falar em imunidade antitruste e identificar se nos serviços públicos econômicos pátrios há a imunização da atuação regulamentar em face do direito antitruste. Para Salomão Filho (2007) a questão da imunização da conduta do agente por força da atuação governamental não apresentaria dificuldade em presença de declaração constitucional expressa de imunidade para esse ou aquele setor. Na nossa Constituição, contudo, não há previsão de qualquer imunidade. Razão pela qual é suscitada a teoria das imunidades implícitas¹²².

A observação feita por Salomão Filho (2007) é que a Constituição Federal não cria imunidades ao direito antitruste. Soma-se a essa constatação a norma do art. 15¹²³ da lei antitruste a qual determina aplicar a lei 8.884 às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal. A conclusão que se chega é que a não aplicação das normas concorrenciais ocorra excepcionalmente¹²⁴.

A introdução da concorrência nesses setores traz a possibilidade de escolha por parte dos consumidores. No setor de energia elétrica, por exemplo, a positividade dessa possibilidade ocorre nos arts. 15¹²⁵ e 16¹²⁶ da lei 9.074/95 e o art.

¹²² Essa teoria, segundo Salomão Filho (2007), desenvolveu-se na doutrina norteamericana com o propósito de resolver a questão de determinar até que ponto uma decisão de um órgão de fiscalização e controle seria imune à aplicação do antitruste.

¹²³ Art. 15. Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

¹²⁴ Há uma observação de extrema importância acerca de um dos marcos teóricos adotados. Quando da análise da teoria do pervasive power, Calixto Salomão Filho diz que a não aplicação do direito antitruste deve ser excepcional. Este autor elenca como um fator de exceção a regulamentação com objetivos redistributivos, ou seja, o Estado deve intervir regulando exaustivamente o setor. A questão que interessa aqui é que segundo Salomão Filho (2007) este objetivo é “identificável naquelas atividades econômicas definidas como serviço público, mas realizadas pelos particulares a título de concessão ou permissão (art. 175, CF)”. Quando faz referência aos setores de energia elétrica e telecomunicações, Salomão Filho (2007) se refere a setores antes caracterizados como serviço público (em sentido formal) e que foram aproximados do sistema de mercado. Na sistemática do autor, este trabalho se refere a estes setores – que são tidos como serviços públicos econômicos.

¹²⁵ Art. 15. Respeitados os contratos de fornecimento vigentes, a prorrogação das atuais e as novas concessões serão feitas sem exclusividade de fornecimento de energia elétrica a consumidores com carga igual ou maior que 10.000 kW, atendidos em tensão igual ou superior a 69 kV, que podem optar por contratar seu fornecimento, no todo ou em parte, com produtor independente de energia elétrica.

¹²⁶ Art. 16. É de livre escolha dos novos consumidores, cuja carga seja igual ou maior que 3.000 kW, atendidos em qualquer tensão, o fornecedor com quem contratará sua compra de energia elétrica.

10¹²⁷ da lei 9.648/98. Logo a opção política da sociedade brasileira foi pela introdução da concorrência, opção essa positivada pelos marcos regulatórios.

A introdução das normas concorrenciais, contudo, não livra tais setores das normas regulamentares. Segundo Salomão Filho (2007, p. 253):

Assim, embora as normas introduzidas pela Lei n. 9.648/98 reconheçam a aplicação da lei concorrencial ao setor elétrico, a conclusão é que o sistema atual é híbrido, oscilando entre a introdução gradual de livre concorrência e o controle pela regulação.

Observa ainda Salomão Filho (2007) que haveria a imunidade concorrencial no setor de energia elétrica se a ANEEL exercesse seu poder de forma profunda (*pervasive*).

Logo, verifica-se a aplicação da norma concorrencial em setores regulados. Mas como tais setores sofrem incidência de norma regulamentar, há limites para a aplicação de tais normas nesses setores. É por esse motivo que Salomão Filho (2007, p. 253) diz que: “Para que esses limites sejam determinados com clareza, é fundamental a boa interação entre o sistema regulamentar e o sistema concorrencial”.

A clareza desses limites depende de cada setor onde houve a instituição do marco regulatório. Lembra Salomão Filho (2007) que no setor de telecomunicações a opção do legislador pela concorrência é mais clara. Há a garantia de acesso das operadoras à rede de telecomunicações (é o que se depreende do título IV¹²⁸ da lei).

¹²⁷ Art. 10. Passa a ser de livre negociação a compra e venda de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados, observados os seguintes prazos e demais condições de transição.

¹²⁸ Art. 145. A implantação e o funcionamento de redes de telecomunicações destinadas a dar suporte à prestação de serviços de interesse coletivo, no regime público ou privado, observarão o disposto neste Título.

Parágrafo único. As redes de telecomunicações destinadas à prestação de serviço em regime privado poderão ser dispensadas do disposto no *caput*, no todo ou em parte, na forma da regulamentação expedida pela Agência.

Art. 146. As redes serão organizadas como vias integradas de livre circulação, nos termos seguintes:

I - é obrigatória a interconexão entre as redes, na forma da regulamentação;

II - deverá ser assegurada a operação integrada das redes, em âmbito nacional e internacional;

III - o direito de propriedade sobre as redes é condicionado pelo dever de cumprimento de sua função social.

Parágrafo único. Interconexão é a ligação entre redes de telecomunicações funcionalmente compatíveis, de modo que os usuários de serviços de uma das redes possam comunicar-se com usuários de serviços de outra ou acessar serviços nela disponíveis.

Art. 147. É obrigatória a interconexão às redes de telecomunicações a que se refere o art. 145 desta Lei, solicitada por prestadora de serviço no regime privado, nos termos da regulamentação.

Art. 148. É livre a interconexão entre redes de suporte à prestação de serviços de telecomunicações no regime privado, observada a regulamentação.

Art. 149. A regulamentação estabelecerá as hipóteses e condições de interconexão a redes internacionais.

O art. 37, *caput*, da CF, elenca que a administração direta e indireta deve obedecer aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. No capítulo da ordem econômica a questão é mais complexa, pois há princípios que aparentemente são contraditórios. A questão ganha mais complexidade haja vista o art. 1º, da CF/88, elencar como fundamento da República Federativa do Brasil a livre iniciativa¹²⁹.

No âmbito da prestação de serviços públicos, a lei 8.987/95, em seu art. 6º¹³⁰, estabelece o que é serviço adequado, e seu § 1º elenca que Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

Então, já se pode delinear com mais precisão a atividade regulatória, a qual, nas palavras de Marques Neto (2005, p.9), é “[...] circunstância excepcional,

Art. 150. A implantação, o funcionamento e a interconexão das redes obedecerão à regulamentação editada pela Agência, assegurando a compatibilidade das redes das diferentes prestadoras, visando à sua harmonização em âmbito nacional e internacional.

Art. 151. A Agência disporá sobre os planos de numeração dos serviços, assegurando sua administração de forma não discriminatória e em estímulo à competição, garantindo o atendimento aos compromissos internacionais.

Parágrafo único. A Agência disporá sobre as circunstâncias e as condições em que a prestadora de serviço de telecomunicações cujo usuário transferir-se para outra prestadora será obrigada a, sem ônus, interceptar as ligações dirigidas ao antigo código de acesso do usuário e informar o seu novo código.

Art. 152. O provimento da interconexão será realizado em termos não discriminatórios, sob condições técnicas adequadas, garantindo preços isonômicos e justos, atendendo ao estritamente necessário à prestação do serviço.

Art. 153. As condições para a interconexão de redes serão objeto de livre negociação entre os interessados, mediante acordo, observado o disposto nesta Lei e nos termos da regulamentação.

§ 1º O acordo será formalizado por contrato, cuja eficácia dependerá de homologação pela Agência, arquivando-se uma de suas vias na Biblioteca para consulta por qualquer interessado.

§ 2º Não havendo acordo entre os interessados, a Agência, por provocação de um deles, arbitrará as condições para a interconexão.

Art. 154. As redes de telecomunicações poderão ser, secundariamente, utilizadas como suporte de serviço a ser prestado por outrem, de interesse coletivo ou restrito.

Art. 155. Para desenvolver a competição, as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo deverão, nos casos e condições fixados pela Agência, disponibilizar suas redes a outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo.

Art. 156. Poderá ser vedada a conexão de equipamentos terminais sem certificação, expedida ou aceita pela Agência, no caso das redes referidas no art. 145 desta Lei.

§ 1º Terminal de telecomunicações é o equipamento ou aparelho que possibilita o acesso do usuário a serviço de telecomunicações, podendo incorporar estágio de transdução, estar incorporado a equipamento destinado a exercer outras funções ou, ainda, incorporar funções secundárias.

§ 2º Certificação é o reconhecimento da compatibilidade das especificações de determinado produto com as características técnicas do serviço a que se destina.

¹²⁹ Essas questões já foram debatidas nos capítulos anteriores.

¹³⁰ Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

excludente da regra matriz de liberdade de iniciativa”. E prossegue Marques Neto (2005, p.10):

Para justificar essa exceção, haverá sempre que existir razões suficientemente densas e relevantes a ponto de derrogar, parcialmente, o princípio da livre iniciativa. Apenas a presença (a conseqüente demonstração) dessa finalidade pública, essa Razão de interesse público, é que torna legítima e justificável a restrição da liberdade econômica mediante incidência da regulação. Somente diante dessas finalidades é que se pode fechar a equação posta pela Constituição, calibrando liberdade de empresa com regulação econômica.

Essa excepcionalidade se justifica porque a ordem constitucional erigiu a liberdade de iniciativa como princípio da ordem econômica. Isso significa que a intervenção estatal será subsidiária, residual. A atuação estatal se faz imperativa sempre que os agentes econômicos se mostrarem incapazes de atingir uma finalidade de interesse geral, qual seja, o incremento da concorrência. A defesa e promoção da concorrência, como demonstrado neste estudo, é um objetivo de interesse público. Para o estabelecimento da regulação, seja mediante atos administrativos ou lei ordinária, não basta uma decisão de poder. Tem que existir razões justificadoras para a restrição da liberdade de iniciativa.

Quando se fala em limites à atuação estatal o princípio da proporcionalidade elencado por Willis Santiago Guerra Filho, e já brevemente citado acima, é um princípio de extrema importância para a ponderação dos valores constitucionais¹³¹.

O princípio da proporcionalidade teve seu nascedouro na necessidade de limitar o uso do poder extroverso do Estado tanto na função judicante, legislativa e principalmente administrativa. Contudo, o inverso pode usar o princípio da proporcionalidade como fundamento. Isso significa que a proporcionalidade pode ser usada como fundamento para a omissão ou ação insuficiente do Estado¹³².

Está-se a analisar, em meio ao sopesamento dos valores constitucionais da ordem econômica, que a livre concorrência não deve ser

¹³¹ Este princípio remonta mesmo do constitucionalismo, quando da limitação do poder ao Direito. É a ideia da proporcionalidade no exercício do poder pelo Estado.

¹³² De acordo com Virgílio Afonso da Silva: “Conquanto a regra da proporcionalidade ainda seja predominantemente entendida como instrumento de controle contra *excesso* dos poderes estatais, cada vez mais vem ganhando importância a discussão sobre a sua utilização para finalidade oposta, isto é, como instrumento contra a *omissão* ou contra a *ação insuficiente* dos poderes estatais.”

menoscabada em face de objetivos regulatórios (regulação setorial)¹³³. O princípio da livre concorrência não deve ser a exceção nos setores regulados, mesmo porque um valor não se reduz à exceção quando da aplicação da proporcionalidade.

Este trabalho teve como referencial alguns autores de países da União Europeia. Essa opção se justifica pelo fato de que o direito europeu se orienta pelo reconhecimento da livre concorrência como um princípio orientador da ordem econômica, pois a doutrina europeia reconhece a nova articulação entre o serviço público e a economia de mercado. Os serviços públicos, como espécie do gênero atividade econômica, tendem a se submeter à lógica de mercado, da propriedade privada e da concorrência, sem menoscabar os princípios orientadores dos serviços públicos tais como a universalidade e a continuidade, dentre outros.

Esta equação pode ser demonstrada pelo Tratado de Roma em seu art. 86º, 2:

2. As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse econômico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal, ficam submetidas ao disposto do presente Tratado, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada.

Não é objetivo precípua deste trabalho o estudo específico do princípio da proporcionalidade, mas algumas questões devem ser abordadas. A primeira observação que se pode fazer acerca deste princípio é que ele está implícito na nossa Constituição Federal, ou seja, não é um princípio dito expresso. No Common Law este princípio é extraído da cláusula do devido processo legal, o que na Constituição brasileira de 1988 corresponde ao art. 5º, LIV. Na Alemanha este princípio é extraído do Estado de Direito, o que corresponde ao art. 1º, da Constituição Federal de 88. Para Alexy este princípio está presente na própria estrutura dos direitos fundamentais, e a proporcionalidade se constitui em norma-regra. Bem, com relação aos subprincípios da proporcionalidade tem a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Pela adequação se tem a relação entre meio e fim, ou seja, o meio utilizado deve ser apto a alcançar ou promover o fim pretendido. Com relação a este subprincípio não resta dúvidas que regulação é um meio apto a promover o fim

¹³³ Aqui há que se atentar para o fato da relativização da concorrência somente quando isso se justificar pelos imperativos dos serviços públicos.

pretendido. No que tange aos valores concorrenciais em setores regulados, Aragão (2008, p.424) diz que “a restrição à concorrência só é admissível quando for meio idôneo para alcançar os objetivos constitucionais dos serviços públicos [...]”.

O subprincípio necessidade significa a menor ingerência possível, ou seja, dentre os vários meios existentes e que promovam igualmente um determinado fim deve se optar pelo menos gravoso possível. Ao se aplicar a regulação, o Estado deve ingerir o menos possível sobre a ordem econômica. No que tange à concorrência, Aragão (2008, p.424) explica a necessidade, “entre os meios idôneos para alcançar esses objetivos o Estado deve optar pelos que não restrinjam a concorrência ou que a restrinjam menos [...]”.

O terceiro subprincípio, proporcionalidade em sentido estrito, consiste no sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a realização do direito fundamental que se pretende promover. Aqui há o sopesamento de princípios da ordem econômica, seus fundamentos e objetivos. No que se refere à concorrência, Aragão (2008, p. 424) ensina que:

ainda que determinada limitação à concorrência seja o meio mais adequado menos restritivo, deve ser aferido, em uma relação de custo-benefício razoável, se a limitação ‘vale a pena’ diante dos resultados sociais a serem obtidos com a restrição [...].

Este princípio é bem compreendido naquilo que Canotilho designou de princípio da proibição do excesso. Este princípio vai se constituir como um limitador do poder de polícia, um moderador do exercício do poder. Segundo Marques Neto (2005, p. 16):

No que toca ao controle do poder de polícia, o núcleo do princípio da proporcionalidade acaba por oferecer duas ordens de condicionamento ao exercício do poder extroverso. De um lado, prediz que o exercício do poder polícia, entendido como intervenção na seara de direitos dos particulares, só deverá se dar quando necessário para concretização de interesses públicos. De outro, que tal intervenção, ditada pelo manejo do poder de polícia, deverá ser mensurada no limite mínimo do necessário. Essa dupla ordem de condicionantes acaba por ditar um critério de balanço, de equilíbrio, entre os ônus impostos ao particular e os bônus auferidos pela coletividade (...). Ferido esse equilíbrio, desbalanceada a equação em desfavor do particular, restará ferido o princípio da proporcionalidade.

No CADE, o princípio da proporcionalidade serviu como fundamento de decisão no Processo Administrativo nº 0800.022579/1997-05. Segundo o conselheiro Ronaldo Porto Macedo Jr:

[...] embora a Constituição de 1988 não tenha adotado de forma expressa o princípio da proporcionalidade, sua aplicação é corolário dos direitos e garantias nela expressos e implícitos, em especial o princípio do Estado Democrático de Direito, e do devido processo legal substantivo. (...). O curioso é que no Brasil a consagração do princípio da proporcionalidade tenha se demonstrado pioneiramente na jurisprudência brasileira, no domínio do Direito Constitucional, e não no Direito Administrativo, contrariamente ao que se deu no direito europeu. (extraído do site do CADE).

Da análise do princípio da proporcionalidade conclui que se a regulação extrapolar no estabelecimento de regras, o ato normativo ferirá o princípio da proporcionalidade, padecendo, assim, de ilegalidade ou de inconstitucionalidade.

Uma observação importante, evocada por Silva (2010) e que calha ser feita, é que se verifica a tendência de setorização do direito antitruste. Mas há de se anotar com base em Silva (2010) que os setores regulados não estão alheios entre si e muito menos alheios aos demais setores da economia. O que não justifica a setorização do antitruste. A excessiva especialização dos setores pode levar aquilo que a doutrina chama de captura das agências reguladoras.

Neste contexto da *neo-regulación* cabe ao CADE uma nova postura. De acordo com Silva (2005, p.5): “A questão não é a de simplesmente articular competências entre as agências e o CADE, que de resto constitui apenas o primeiro passo neste processo, mas de inserção do Conselho na nova configuração regulatória do Estado”. O princípio da concorrência se aplica a toda ordem econômica, indistintamente. O que irá diferenciar a aplicação do antitruste em setores regulados é a intensidade do direito antitruste.

A relação entre regulação e a concorrência pode vir claramente estabelecida pelo marco regulatório, como ocorreu com a lei instituidora da ANATEL, Lei 9.472/97. Contudo, pode ocorrer de esta relação entre as autarquias não vir claramente estabelecida. Mas esta relação não inexistirá, haja vista que tais setores estejam em sintonia com os princípios informadores da Ordem Econômica.

Então, constata-se que nos setores regulados há outras finalidades que convivem com a concorrência. Grande parte dos serviços públicos regulados não comporta concorrência plena, como ocorre na atividade econômica em sentido estrito. Veja-se que os serviços públicos são norteados por alguns princípios, como a da universalização e continuidade da prestação, princípios os quais nem sempre são compatíveis com os princípios concorrenciais.

À atuação do CADE, nos setores regulados, deve haver o sopesamento dos valores que norteiam os setores regulados com os princípios da ordem econômica. É nesta toada que Silva (2005, p.11) desenvolve a ideia de “concorrência possível”, ou seja, “o antitruste é aplicável na medida em que não comprometa referidas finalidades regulatórias”.

Vê-se que este trabalho demonstrou que o valor concorrência deve guiar a atividade regulatória, mas há que se atentar para o fato de que a regulação econômica não se pauta somente pela ótica da competição. Em nome da universalização e da continuidade do serviço público, pode haver a preterição de um regime de concorrência plena. Este é o próprio entendimento do CADE no voto do Conselheiro Celso Campilongo no ato de concentração nº 08012.006762/2000-09:

Aliás, os aspectos específicos do setor serão obrigatoriamente sopesados pelo CADE quando da aplicação do Direito da Concorrência, abrindo-se “válvulas de escape” por meio da regra da razão. Aqui, o valor concorrência não tem aplicação tão mecânica quanto em setores “normais” da economia. O que se deve afastar, de plano, é a idéia de uma isenção antitruste para o setor financeiro. É possível que, em determinados setores da economia, a não incidência do direito da concorrência (controle de condutas e estruturas) seja parcial ou até mesmo total. Estes setores, dotados de características específicas (imperfeições estruturais, limitação de recursos, abertura à exploração, privatização, etc), podem ter substituídas a aplicação do controle das estruturas ou até mesmo de condutas pela utilização de mecanismos prévios de regulação. (extraído do site do CADE).

Vê-se que esta decisão não concluiu pela supressão da aplicação do direito concorrencial aos setores regulados. O que se está a defender neste último capítulo é a aplicação da proporcionalidade nos atos regulatórios do Estado. Esse posicionamento se sustenta porque a noção de atividade econômica adotada neste trabalho é a noção de Eros Grau, o qual classifica os serviços públicos dentro da atividade econômica em sentido amplo, razão pela qual se aplica os princípios da Ordem Econômica insculpidos no art. 170, da CF/88, aos setores regulados. Silva (2005, p. 12) arremata este entendimento dizendo que:

Não se está aqui a advogar que as finalidades que sempre presidiram a noção de serviço público devam ser abandonadas, mas, justamente, que o seu alcance depende da idéia global de defesa da *concorrência possível* nestes setores.

Defender a concorrência no âmbito dos serviços públicos significa, como já pode se depreender, que a mesma não vai se tornar um valor unicamente

em si. A concorrência também é um instrumento¹³⁴ de difusão e boa prestação dos serviços públicos. Segundo Aragão (2008, p. 422):

se deve proceder à abertura ao mercado sempre que a concorrência ensejar uma satisfação desses objetivos de maneira melhor ou pelo menos igual à que propiciaria a prestação dos serviços públicos em regime não concorrencial.

Há, então, segundo Aragão (2008), dois valores que devem ser sopesados, quais sejam: as necessidades sociais dos serviços públicos e a concorrência.

Segundo Guerra Filho (2000)¹³⁵ estudo da regulação estatal deve ser feito à luz dos princípios, regras e procedimentos no Direito. Segundo o autor as constituições da contemporaneidade se inserem numa sociedade complexa, razão pela qual não cabem mais as explicações clássicas sobre essas leis supremas. Segundo, ainda, os ensinamentos de Guerra Filho (2000, p. 16):

Muito pelo contrário; o que se espera hoje de uma constituição são linhas gerais para guiar a atividade estatal e social, no sentido de promover o bem-estar individual e coletivo dos integrantes da comunidade que soberanamente a estabelece.

Ainda segundo Guerra Filho (2000) cada vez mais aumenta a frequência com que se recorre a princípios para a solução de problemas jurídicos, razão pela qual ganha importância o procedimento. Está-se diante do movimento de procedimentalização do direito constitucional, em que o processo é instrumento para a realização da Constituição e das leis ordinárias. Essa abordagem teórica parte do pressuposto de que diante dos problemas enfrentados pela sociedade contemporânea não se poder pretender encontrar no ordenamento as soluções para estes problemas. Segundo Guerra Filho (2000, p.35): “O objeto da ciência jurídica não seria propriamente normas, mas sim os problemas que a elas cabe viabilizar a solução”. As normas procedimentais regulam como atender os interesses que se manifestam em situações concretas.

No jogo do aparente embate dos valores da ordem econômica, Aragão explica (2008, p. 427) que:

¹³⁴ Essa instrumentalidade, como já foi citada, é mais perceptível nos setores da regulação de serviço público. O limite da atuação estatal na ordem econômica para a defesa da concorrência possui intensidades de profundidade distintas quando da aplicação do antitruste no regime da atividade econômica em sentido estrito e no regime dos serviços públicos.

¹³⁵ Este autor não diz especificamente que o estudo da regulação deve ser feito à luz dos princípios, regras e procedimentos no Direito.

Em se tratando de valores, dotados de grande abstração, eventualmente contraditórios, mas com a mesma hierarquia normativa constitucional, a definição de qual deve prevalecer ou de como conciliá-los só pode ser feita por setor e, muitas vezes, apenas nos casos concretos com os quais o intérprete se deparar, sempre respeitada a preferência que a presunção de constitucionalidade das leis dá à ponderação previamente realizada pelo legislador, desde que razoável e plausível.

E mais, mesmo após ser alcançada uma solução, ela não pode, face ao princípio do *Trial and error* das políticas públicas, ser considerada perene e absoluta, devendo haver um processo de contínuo ajuste no marco regulatório diante dos resultados verificados e da evolução socioeconômica e tecnológica do setor. Tais ajustes devem, sempre que possível, levar ao aumento da concorrência, ou, não é de se destacar, à sua restrição quando, com razoabilidade, for verificado que os interesses públicos serão melhor atendidos dessa forma.

A ideia contida na citação de Gaspar Ariño Ortiz quando se referiu ao direito da concorrência como um direito ainda pouco consolidado calha no final deste trabalho. Veja-se que a ponderação de valores acima propugnada parte do pressuposto de que o direito da concorrência, segundo Ortiz; Garcia Morato (2001) é um direito que passa por um processo de adaptação ante o novo contexto econômico e os setores de concorrência *neo-regulada*, e que as experiências britânica e norte-americana demonstram que os valores concorrenciais e regulatórios não são conflitantes entre si.

Vê-se que a integração entre regulação setorial e concorrência enfrenta desafios, desafios esses até no âmbito institucional. Institucional porque as autoridades reguladoras e o CADE não possuem vinculação hierárquica e não há uma lei geral que concerte a atuação de ambas autarquias.

A defesa da concorrência proposta neste trabalho é um princípio que reflete o interesse público, mas no jogo dos interesses presentes nos setores regulados a defesa da concorrência convive com outros objetivos. Mas a hermenêutica de tal princípio é no sentido que lhe confira maior efetividade possível. A opção regulatória pela menor efetividade da defesa da concorrência deve estar acompanhada de motivos de interesse público que beneficiem de fato a população usuária. Isso significa que a autorização de uma conduta anticoncorrencial ou de uma opção estrutural deve servir a fins de política pública que vise ao desenvolvimento propugnado pela Constituição Federal.

Toda esta análise ganha complexidade especialmente no âmbito dos serviços públicos de competência dos estados e municípios. Isso é fruto de uma

tradição consistente no desprezo da concorrência nestes setores, em que a concessão com exclusividade tem sido a regra. Razão pela qual este trabalho se insere no âmbito de uma teoria geral regulatória, sem adentrar nas especificidades de cada setor e na titularidade da pessoa política.

Neste sentido ganha importância a análise dos casos concretos por parte das agências reguladoras e do CADE, mais importante ainda, com o poder da coisa julgada, as decisões do judiciário, e também a reflexão sobre a proporcionalidade nas concessões monopolísticas realizadas nos âmbitos municipais e estaduais. Razão pela qual foi invocada a proporcionalidade neste trabalho.

Para encerrar as reflexões a que este trabalho se propôs, ficou analisada a otimização do princípio da livre iniciativa mediante a nova regulação do Estado. Segundo Souto (2002, p. 107):

A regulação na ordem econômica tem por objetivo viabilizar o princípio da livre iniciativa e a defesa do consumidor, instituindo e preservando a competição onde ela seja viável e minimizando os efeitos do monopólio, onde ele se faça indispensável.

Os ensinamentos de Souto ratificam a ideia da concorrência possível propugnada por Silva e a ponderação de valores concorrenciais e regulatórios proposto neste trabalho. A nova regulação, pelo menos na ordem jurídica brasileira, é uma opção política lastreada no texto constitucional de abrir os antigos serviços públicos à iniciativa privada e à concorrência.

Para Sundfeld (2000) a nova regulação tem por objetivo construir uma estrutura de mercado economicamente viável, inserir as empresas no sistema concorrencial sem prejuízos para a qualidade do serviço.

A abertura à concorrência é benéfica à população, cujo exemplo mais latente é o setor de telefonia celular. Neste sentido, calha uma citação de Aragão (2008, p. 235)

A argumentação é fortalecida pela permanente revolução tecnológica que atingiu vários setores, com destaque para as telecomunicações, possibilitando a concorrência entre um número até há pouco impensável de agentes. Tanto é assim que, talvez paradoxalmente para os mais maniqueístas, são justamente os serviços que foram inteiramente despublicizados (telefonia celular - e não os serviços públicos – que, na prática, estão propiciando a universalização das telecomunicações no Brasil. Com isso, objetivamente são os serviços privados de telecomunicações, e não os serviços públicos de telecomunicações, que estão melhor realizando os objetivos

constitucionais de melhoria das condições de vida das pessoas (arts. 1º, 3º e 170, CF).

Na realidade os benefícios elencados pelo autor advém da crescente concorrência no setor, o que traz benefícios e desenvolvimento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho analisou a nova regulação estatal. Regulação que tem como valor norteador a concorrência. Neste contexto se fez necessário análise acerca da ponderação entre os fins da atividade regulatória e as finalidades da norma concorrencial.

Constata-se que o art. 219 da Constituição Federal erigiu o mercado como patrimônio nacional que deve ser incentivado com vistas ao desenvolvimento nacional. Por este *dever ser* constitucional a ordem econômica deve ser orientada pelo Estado em sua atividade regulatória. A ordem econômica, contudo, é orientada por fundamentos e princípios constantes no art. 170 da CF/88 constituindo um verdadeiro regime jurídico. Este trabalho se orientou e se fundamentou no princípio da defesa da concorrência.

O contexto que este trabalho está inserido é o da reforma do Estado ocorrida nos anos de 1990. É de se notar que a reforma do Estado possui como característica fundamental uma nova relação entre Estado/economia, em que o mesmo deixa de ser interventor direito na ordem econômica e passa a ser regulador da mesma voltada para a concorrência.

Discute-se a proporcionalidade da atividade regulatória na inserção da concorrência em tais setores. Num primeiro momento pode-se analisar a proporcionalidade na abertura de serviços públicos prestados sob o monopólio do Estado à livre iniciativa e à concorrência. Aqui se analisa à transmutação de serviços públicos em atividades privadas regulamentadas, bem como a concessão de serviço público a mais de um agente para propiciar a concorrência. É ponderar os benefícios proporcionados pela abertura tendo em vista uma maior eficiência.

É de se observar que o grau de intensidade da atuação estatal nos setores dos serviços públicos, ou mesmo em tais atividades econômicas privadas, é maior que nos setores de mercado propriamente dito (ou ordem econômica em sentido estrito). Isso significa que há outros objetivos naqueles setores os quais devem ser ponderados com a defesa institucional da concorrência. Analisa-se que são distintos âmbitos de validade normativa e diferentes planos de operacionalização jurídica da ordem econômica.

É sob o âmbito de validade normativa que o trabalho evocou a ideia

colacionada pela doutrina citada que entende a inserção da concorrência naquilo que não ir de encontro aos objetivos regulatórios. Esta posição é a adotada pelo CADE em diversos julgados. O entendimento predominante é que ao CADE não compete adentrar no mérito regulatório, ou seja, nas políticas regulatórias.

Analisa que, em vista do *dever ser* constitucional, as normas regulatórias e concorrenciais são instrumentos a se alcançar o desenvolvimento do país. Quando se fala em desenvolvimento se rechaça de plano a concepção de progresso meramente, razão pela qual a ordem econômica *mundo do ser* deve ser orientada conforme valores da ordem econômica constitucionalmente consagrados.

A nova regulação trouxe consigo a constatação que o lucro não é incompatível com os serviços públicos, razão pela qual se justifica doses de regulação para não haver incompatibilidades supervenientes. A ideia propugnada neste trabalho é que a transformação da atuação do Estado se traduz na evolução da noção de determinados serviços públicos como espécie de atividade econômica.

É de se reafirmar, conforme o exposto no primeiro capítulo sobre interesses públicos, que o Estado desafiado se vê forçado a criar instituições que garantam canais de comunicação com a sociedade e proteja os interesses difusos encontrados. Neste desafio está a tarefa de fazer a eficiência penetrar nestes setores os quais passam a ser guiados pela defesa da concorrência.

Este estudo permite refletir a importância da concorrência para a prestação dos serviços públicos. Neste sentido se pode refletir a proporcionalidade de uma opção política de concessão exclusiva na prestação de um serviço. A proporcionalidade aqui conota a menor intervenção Estatal na livre iniciativa. A título de exemplificação nessas considerações finais, constata-se que a realidade brasileira, nos municípios e nos estados da federação, é a concessão exclusiva, em detrimento da concorrência, e maior intensidade regulatória. A realidade dos municípios pelo Brasil afora, notadamente no âmbito dos serviços de transporte, aponta que a empresa detentora da exclusividade da prestação tende à baixa qualidade de seus serviços. Nestes casos a autorregulação do mercado é mais eficaz que a regulação estatal. A seleção natural do mercado indica que a perda de usuários é mais drástica para uma empresa do que sanções impostas pelo poder público.

A grande questão da reforma, lembrada por Gaspar Ariño Ortiz, é que a transformação da gestão dos setores regulamentados não implica somente

uma transformação de propriedade das mão do poder público para o privado, mas sim uma quebra de paradigmas sobre as funções do Estado. Reitera o doutrinador espanhol que o papel do Estado deve ser outro, e isso foi demonstrado pelos estudos da escola liberal de Chicago. Neste contexto Alfred Kahn diz que a gestão em monopólio suprime a inovação e fomenta a ineficiência.

Os serviços públicos e as atividades de interesse geral formam um conjunto de atividades estratégicas e são imprescindíveis ao desenvolvimento do país, razão pela qual devem ser gerados e prestados de maneira eficiente. A introdução da concorrência proporciona de imediato a liberdade de escolha, a melhora na qualidade do serviço prestado, pela “ameaça do concorrente”, e um barateamento no preço das tarifas.

Analisou-se, então, a atividade regulatória e concorrencial como instrumentos do desenvolvimento propugnado pela Constituição Federal. Contudo, o desenvolvimento propugnado não é expressão de uma política de governo, mas sim uma política de Estado. As políticas de Estado encontram fundamento na Constituição Federal.

Este tema é relevante para economias que buscam ascensão como é o caso brasileiro, pois o que se verifica no Brasil é um crescimento econômico com gargalos na prestação dos serviços públicos, o que pode verificar com a recente crise energética (com os apagões) e mais atualmente no setor de aviação civil, caso em que seria proporcional abrir a administração aeroportuária à iniciativa privada.

Os valores liberais ainda são vistos com reservas na América Latina, mas se pode constatar que economias ainda estatizadas não atingiram o grau de desenvolvimento e eficiência econômica que outros países com maior tradição liberal, e conseqüentemente concorrencial, tiveram. Um exemplo que pode ser citado é a China, em que gradativamente há abertura à iniciativa privada e à concorrência, proporcionando a este país posições de destaque no cenário econômico.

Como foi analisado, o valor concorrência deve nortear a atividade regulatória. Isso implica a liberalização de setores, e naqueles serviços sob titularidade estatal prestados em regime de concessão e permissão, deve ser incentivada a concorrência conforme estabelecido no art. 20, XI, da lei 8987/95.

Neste caminho em busca do desenvolvimento deve haver um aparato legislativo que concilie de forma concertada as finalidades regulatórias e

concorrenciais, fixando de maneira clara a competência da autoridade concorrencial com as agências setoriais.

No mais União, Estados, DF e Municípios devem fazer opções políticas que sempre privilegiem a concorrência na prestação de serviços e a despublicização de serviços que possam ser melhor prestados pela iniciativa privada em um ambiente concorrencial.

BIBLIOGRAFIA

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

ARIÑO, Gaspar Ortiz. **Sucessos e Fracassos da Regulação**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 3, agosto/setembro/outubro de 2005. Disponível na internet: [HTTP://www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br). Acesso em: 03 de setembro de 2010.

_____. **Serviços Públicos e Concorrência**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Instituto de Direito Público da Bahia, número 1 – fevereiro/março/abril 2005. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 02 de janeiro de 2011.

BANDEIRA DE MELLO. **Curso de Direito Administrativo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiro Editores, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1998**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BRUNA, Sérgio Varella. **O Poder Econômico: e a conceituação do abuso em seu exercício**. 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Noeses, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DERANI, Cristiane. **Privatização e Serviço Público: as Ações do Estado na Produção Econômica**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

ELALI, André. **Tributação e Regulação Econômica: um exame da tributação como instrumento de regulação econômica na busca da redução das desigualdades regionais**. São Paulo, MP Editora, 2007.

FERRER, Juan de La Cruz. **Princípios de Regulacion Económica en la Unión Europea**. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2002.

FORGIONI, Paula. **Os Fundamentos do Antitruste**. 4ª ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2010.

GARCIA, Flávio Amaral. **Os Monopólios Naturais e sua Regulação**. Coord. Marcos Juruena Villela Souto e Carla C. Marshall. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

GARCÍA-MORATO, López de Castro; ORTIZ, Gaspar Ariño. **Derecho de la Competencia em Sectores Regulados**. Granada: Editora Comares, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da Ciência Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Teoria Processual da Constituição**. São Paulo: Celso Bastos editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação Estatal e Serviços Públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Limites à Abrangência e à intensidade da Regulação Estatal**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, Nov/dez 2005, jan 2006. Disponível na internet: [HTTP://www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br). Acesso em: 03 de setembro de 2010.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda. **Autoridades Reguladoras Independentes: Estudo e Projecto de Lei-Quadro**. Coimbra: Coimbra editora, 2003.

_____. **Administração Autónoma e Associações Públicas**. Coimbra: Coimbra editora, 2003.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Editora Método, 2011.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: introdução ao direito econômico**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da CONCORRÊNCIA**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ORTIZ, Gaspar Ariño; GARCIA MORATO, Lucía Lopéz de Castro. **Derecho de la Competencia en Sectores Regulados: Regulación Empresarial y Mercado de Empresas**. Comares, Granada, 2001.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A Reforma do Estado dos anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle**. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica (princípios e fundamentos jurídicos)**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. **Direito Concorrencial: as estruturas**. 3ª. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. (Org.). **Regulação e Desenvolvimento**. São Paulo, Malheiros Editores, 2002.

SANTIAGO, Luciano Sotero. **Direito da Concorrência: Doutrina e Jurisprudência**. Salvador: Jus Podivm, 2008.

SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da, **Direito da Concorrência e Regulação dos Serviços Públicos**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 1, fevereiro de 2005. Disponível na internet: [HTTP://www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br). Acesso em: 03 de setembro de 2010.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico**, coordenação de Carlos Ari Sunfeld. S.Paulo, Malheiros ed., 2.000.

VILANOVA, Lourival. **Escritos Jurídicos e Filosóficos**. Vol. 2. São Paulo: Axis Mundi : IBET 2003.

_____. **As Estruturas Lógicas e o sistema do Direito Positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997.