

A DEFESA DA CONCORRÊNCIA SOB A PERSPECTIVA DOS ENTES DE REGULAÇÃO: UMA ANÁLISE CRÍTICA

*Marcelo de Oliveira Milagres**

SUMÁRIO

I - INTRODUÇÃO

II - UMA TENTATIVA DE DEFINIÇÃO

III - CAUSAS JUSTIFICADORAS DA REGULAÇÃO

IV - PRINCÍPIOS INFORMATIVOS

4.1 - Princípio do acesso necessário

4.2 - Princípio da função social da propriedade dos meios de acesso ao mercado

V - AS DENOMINADAS AGÊNCIAS REGULADORAS

5.1 - Definição crítica

5.2 - Os poderes das agências: a problemática do poder normativo

VI - O NOVO ESTADO REGULADOR BRASILEIRO

6.1 - O modelo econômico adotado

6.2 - A problemática das agências reguladoras

6.3 - O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE- e os entes de regulação: a diferença entre adjudicação e regulação

VII - CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

I - INTRODUÇÃO

Hoje, quando se fala em concorrência, é imprescindível, notadamente, no plano nacional, o estudo da realidade invocada pelas ditas "agências reguladoras".

Conquanto se trate de uma preocupação cadente, a concepção de regulação, em sua essência, não apresenta novidade¹, porquanto de há muito, no

* Aluno de pós-graduação em Direito Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais -UFMG

contexto brasileiro, v.g., vislumbrava-se o Instituto do Açúcar e do Alcool, IAA, como autêntico órgão estatal de regulação econômica. De igual medida, sublinhe-se que o Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica - DNAEE - cumpria a finalidade, hoje, outorgada à ANEEL. Podendo-se, ainda, sublinhar as funções regulatórias do Banco Central do Brasil, criado pela Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

O foro de atualidade do tema se deve ao modelo adotado e a realidade econômica vivenciada pela maioria dos Estados, marcados notadamente pelo princípio da subsidiariedade², vale dizer, a ação estatal só se justifica pelos pressupostos da imprescindibilidade, garantindo-se ao particular o exercício direto da atividade econômica, e, ao estado, as atribuições de regulador.

Sobrelevando notar, nesse sentir, a necessidade do desenvolvimento de uma teoria como resposta as muitas e múltiplas inquietações.

Nem se diga, nesse sentir, que a regulação econômica é típica de um modelo econômico planejado. Trata-se de uma ilação equivocada. A regulação se manifesta com maiores fundamentos e estrutura, notadamente, em economias ditas de mercado. Nesse diapasão, é o exemplo dos Estados Unidos da América³, com maior histórico e instrumentos em aperfeiçoamento constante de regulação.

GALLOT⁴, com muita propriedade, assevera que "Il est vrai que la libéralisation génère un besoin croissant de régulation." E, citando Elie Cohen, cunha a idéia de "capitalisme régulé."

De igual sentir, NETO⁵, ao asseverar que a "transferência ao setor privado de ativos estatais ou mesmo de serviços públicos não significa, portanto, desregulação."

¹ Cf. MENDES, Conrado Hübner. Reforma do estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 123.

² Cf. LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito econômico*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.236.

³ Sobreleva notar que as agências reguladoras são antigas no direito americano, sendo que a primeira agência, a Interstate Commerce Commission (ICC), foi instituída em 1887. Cf. Robert E. Cushman, *The independent regulatory commissions*, Nova York, Octagon Books, 1972 e Marver H. Bernstein, *Regulating business by independent commission*, Princeton, Princeton University Press, 1955.

⁴ GALLOT, Jérôme. Qu'est-ce que la régulation? Contribution pour une définition. *Revue de la concurrence et de la consommation*, Paris, 119, janvier-février/2001, p.5.

⁵ NETO, Floriano Azevedo Marques. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 75.

Oportuna, no mesmo sentido, é a consideração de PACHECO⁶:

"(...) pero el mercado como esfera libre de toda configuración jurídica es una ficción, de la misma forma que es ficticia la identificación de la regulación con la fase del intervencionismo estatal en la economía, como su contrapartida. La 'autonomía' del mercado no significa ausencia de regulación; antes bien, el mercado es una esfera regulada, aunque esa regulación sea una regulación mediante no intervención. Las normas reguladoras del mercado operan a un nivel que podríamos llamar 'constitucional'"

Como se depreende, o estudo dessa Teoria da Regulação, no dizer de FILHO⁷, demanda o afastamento de alguns equívocos, perpassando, nessa medida, nosso esforço, pela tentativa de definição de regulação, as suas causas justificadoras, princípios informativos, poder normativo, o problema da captação, e, em síntese, uma análise crítica do modelo do Estado regulador brasileiro, ressaltando a ação dos entes de regulação e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, tudo sob a perspectiva da liberdade de mercado, pois, os entes reguladores, em última análise, objetivam conformar o exercício da atividade econômica aos princípios de extração constitucional, notadamente àqueles insculpidos no art. 170, dentre os quais sobreleva o da livre concorrência.

Destarte e de pronto, afasta-se a idéia de que a ação estatal, no plano exposto da concorrência, vem em detrimento da liberdade de iniciativa. Em verdade, a oposição é aos abusos e à forma indevida desse exercício.

Essa é a nossa proposta, analisar a garantia e defesa da concorrência, sob a perspectiva atual e crítica dos entes de regulação.

II - UMA TENTATIVA DE DEFINIÇÃO

Quando se inicia o estudo de determinado instituto, logo sobrevem uma natural inquietação concernente à sua definição, tudo como necessário ponto seguro do início e alcance do objeto de especulação.

⁶ PACHECO, Pedro Mercado. *El analisis economico del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, 73.

⁷ FILHO, Calixto Salomão. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001.

Diverso não ocorre com a regulação. Nesse sentido é a percepção de GALLOT⁸ ao asseverar que:

" La régulation est aujourd'hui un concept à la fois mystérieux, fourre-tout et catalogué. Il est donc à la fois très employé et très critiqué, probablement parce que l'on ne sait pas exactement ce qu'il recoupe et aussi en raison de son origine et de son acception anglo-saxonnes. Celle-ci est d'ailleurs fondatrice d'une autre ambiguïté puisqu'une traduction anglais du mot 'régulation' donnera 'réglementation' ce qui n'est qu'une partie de la vérité."

Contudo, consoante já exposto, a idéia de regulação não é novidade. Nada mais é, como próprio define GALLOT⁹, "une modalité de l'action publique."

FILHO¹⁰, em sua clássica obra *A intervenção do estado no domínio econômico*, a partir da perspectiva de Direito Econômico proposta por BERNARD CHENOT, distinguia o Direito Regulamentar, "no qual o Estado desempenha o papel exclusivamente normativo; e o ramo do Direito Institucional, em que o Estado desempenha diretamente o papel de agente econômico."¹¹ (Grifamos)

Destarte, podemos aproximar regulação a uma forma de ação do Estado no domínio econômico, ação indireta, com fundamento, em nosso ordenamento jurídico, no art.174, caput, da Constituição da República, "Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento ..."

Com efeito, a regulação, no dizer de SUNDFELD¹², é "característica de um certo modelo econômico, aquele em que o Estado não assume diretamente o exercício da atividade empresarial, mas intervém enfaticamente no mercado utilizando instrumentos de autoridade".

⁸ GALLOT, Jérôme. Qu'est-ce que la régulation? Contribution pour une définition. *Revue de la concurrence et de la consommation*, Paris, 119, janvier-février/2001, p.5.

⁹ *Loc. cit.*

¹⁰ FILHO, Alberto Venâncio. *A intervenção do estado no domínio econômico*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968, p. 16.

¹¹ Cf, também, a nomenclatura de intervenção imediata e mediata defendida por MONCADA, Luís S. Cabral. *Direito económico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p.33.

¹² *Op. cit.*, p. 23.

E, hoje, como bem preleciona BALDWIN et al¹³, a regulação " tornou-se uma forma central de intervenção do estado na economia." Não se podendo, segundo LEOPOLDINO DA FONSECA¹⁴, "afastar completamente o Estado do compromisso segundo o qual o progresso material decorre da lógica da evolução do mundo, pois que ele passa a atuar como o garantidor da coerência e da segurança dessa nova forma de regulamentação dos comportamentos humanos."

Cumpre-nos, dessarte, perquirir as causas justificadoras dessa intervenção, bem como os princípios que a informam.

III - CAUSAS JUSTIFICADORAS DA REGULAÇÃO

Em síntese, ao nosso sentir, a causa fundamental da regulação se consubstancia na promoção e garantia da economia, na sua concepção de livre e mais justa circulação de riqueza.

BREYER¹⁵, em sua citada obra, enumera, em resumo, a principal causa justificadora da regulação: controle do monopólio, com vistas à promoção de um mercado realmente competitivo, promovendo, inclusive a mudança da distribuição de riqueza e rendimento.¹⁶

FILHO¹⁷adverte que, no campo econômico, "a utilização do conceito de regulação é a correspondência necessária de dois fenômenos. Em primeiro lugar, a redução da intervenção direta do Estado na economia, e em segundo o crescimento de concentração econômica."

Daí, a relevante e estrita conexão da regulação com a concorrência.

O Estado, quando atua no domínio econômico, por intermédio de sua "mão visível", deve objetivar a melhor satisfação dos interesses do ho-

¹³ BALDWIN, Robert, SCOTT, Colin, HOOD, Christopher. *A reader on regulation*. Oxford: Oxford Readings, 1998, p.4.

¹⁴ *Op. cit.*, p.257.

¹⁵ BREYER, Stephen. *Regulation and its reform*. Cambridge: Havard University Press, 1982.

¹⁶ *Op. cit.*, p. 71, "Moreover, intervention - or rearrangement of rights and liabilities - changes the distribution of wealth and income."

¹⁷ FILHO, Calixto Salomão. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001, p.15.

mem, centro do ordenamento jurídico, consubstanciados na mais justa produção e circulação dos bens econômicos¹⁸.

Nessa medida, a Escola do Interesse Público e a Escola Neoclássica da regulação¹⁹, pelo manifesto reducionismo, não podem justificar a regulação. Em verdade, é a busca do interesse público, na expressão de conformação e correção do mercado, causa principal da ação indireta do Estado. A razão é a "igualdade jurídica material e não meramente formal entre todos os agentes econômicos". "A possibilidade de efetiva competição é, portanto, um valor fundamental da regulação."²⁰

E o exercício dessa regulação é informado por alguns princípios, objeto da exposição seguinte.

IV - PRINCÍPIOS INFORMATIVOS

Os princípios informativos da regulação econômica têm em comum a garantia de igualdade de condições de concorrência entre os agentes econômicos, condições de acesso e permanência no mercado. Dessarte, em qualquer setor da economia objeto de regulação, mister a observância dessa regra geral.

Partindo dessa premissa, FILHO²¹ enumera os princípios do acesso necessário e da função social da propriedade dos meios de acesso ao mercado, ressaltando que uma "regulação com ênfase na criação coercitiva de um ambiente concorrencial incentiva o equilíbrio das forças de mercado, permitindo a difusão do conhecimento econômico".²²

4.1 - Princípio do acesso necessário

A regulação, como já sublinhado, tem por escopo a promoção de um mercado realmente competitivo. Daí, a premência de uma igualdade material,

¹⁸ Cf. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 144- 168, pugnando pelo princípio segundo o qual a "pessoa é o centro do ordenamento jurídico".

¹⁹ FILHO, Calixto Salomão. *Op. cit.*, p. 16/26.

²⁰ *Op. cit.*, p. 30/34.

²¹ FILHO, Calixto Salomão. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 51/82.

²² *Op.cit.*, p.82.

e não meramente formal, de todos os agentes econômicos. A todos deve ser assegurado o acesso ao mercado.

Dentro dessa perspectiva, FILHO²³ cita, com muita propriedade, a chamada *essential facility doctrine* como elemento de aproximação entre a teoria regulatória e a disciplina "antitruste interventiva" :

" A *essential facility doctrine* foi desenvolvida para aquelas situações identificadas pela doutrina econômica como de monopólio natural, em que há um bem (geralmente uma rede) de tal importância que é impossível minimamente competir sem que exista acesso a esse bem."
24

Sobreleva, nessa medida, a intervenção regulatória ativa que possibilite condições materiais de acesso ao mercado, com manifesta repercussão nos interesses dos consumidores. Nesse sentido²⁵:

" A outra face da regulação das situações de posição dominante está exatamente na estruturação da forma de atendimento ao consumidor. Se a rede é a única, o problema principal desse atendimento passa a ser a maneira pela qual é possível e/ou viável a organização do acesso de todos os consumidores à rede. A questão do acesso adquire, então, aqui, o codinome de problema da chamada universalização, aplicável a todos os setores regulados em que há dependência de um canal principal de acesso."

4.2 - Princípio da função social da propriedade dos meios de acesso ao mercado

Dada a relevância do acesso ao mercado, não se pode opor, singelamente, à *essential facility doctrine* a tese do direito de propriedade, porquanto, em nosso ordenamento jurídico, esse direito não se apresenta de forma absoluta.

²³ *Op. cit.*, p.53.

²⁴ *Op. cit.*, p.54.

²⁵ *Op.cit.*, p. 57.

A propriedade, consoante art.5º, XXIII, da Constituição da República, deve atender a sua função social. Destarte, " ao se falar em bens de acesso, a função social significa uma limitação muito mais incisiva ao direito de propriedade. Trata-se da obrigatoriedade de compartilhamento dos bens dos quais depende o acesso."²⁶

A regulação se orienta, nessa perspectiva, pela garantia de acesso dos vários concorrentes ao mercado, por intermédio da restrição, ou, noutro dizer, da conformação do direito de propriedade do titular da rede. Essa conformação, por sua vez, deve ser mínima, na medida suficiente de garantia desse ambiente competitivo de mercado, ou, no dizer de BREYER²⁷, uma " procompetitive/less restrictive alternative."

V - AS DENOMINADAS AGÊNCIAS REGULADORAS

5.1 - Definição crítica

A forma pela qual o Estado se faz, indiretamente, presente no mercado, consubstancia-se nas ditas agências reguladoras.

Trata-se de infeliz e pura tradução da denominação americana " regulatory agencies." Infeliz, porquanto se contrapõe a nossa tradição de "conselhos"²⁸, em uma demonstração manifesta de tudo copiar sem ajustes ao modelo ou análise da realidade vivenciada. Nesse sentido, oportunas são as críticas endereçadas ao anteprojeto de lei de criação da Agência Nacional de Defesa do Consumidor e da Concorrência que, não obstante os questionáveis interesses políticos subjacentes, busca infirmar a consagrada marca CADE, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, no dizer do Professor Gesner Oliveira²⁹.

Nessa cultura de infirmar a tradição, destruindo sem a perspectiva de aperfeiçoar, já foram criadas, em nosso ordenamento, as seguintes "agencies":

²⁶ FILHO, Calixto Salomão. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 61.

²⁷ BREYER, Stephen. *Regulation and its reform*. Cambridge: Havard University Press, 1982, p.341.

²⁸ Nesse sentido, não se furtou o ordenamento jurídico português à tradição de manutenção dos Conselhos. A propósito, SANTOS, Antônio Carlos dos, GONÇALVES, Maria Eduarda, MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito económico*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993,p.112.

²⁹ A propósito da marca CADE, cf. reportagem da GAZETA MERCANTIL, Quarta-feira, 6 de junho de 2001, p. A-4, em que pese a avaliação da revista GLOBAL COMPETITION REVIEW.

ANATEL, Agência Nacional de Telecomunicações (Lei n. 9.472, de 16.7.1997); ANA, Agência Nacional de Águas (Lei n. 9.984, de 17.07.2000); ANEEL, Agência Nacional de Energia Elétrica (Lei n. 9.427, de 26.12.1996); ANP, Agência Nacional de Petróleo (Lei n. 9.478, de 06.08.1997) ; ANS, Agência Nacional de Saúde (Lei n. 9.961, de 28.1.2000); e, ANVISA, Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Lei n. 9.782, de 26.1.1999).³⁰

Todos esses entes reguladores foram criados sob a forma jurídica de autarquia federal, todos, alguns com maior intensidade, com problemas estruturais, consoante exposição seguinte.

5.2 - Os poderes das agências : a problemática do poder normativo

Sob essa epígrafe, LEOPOLDINO DA FONSECA³¹ nos coloca duas cadentes indagações: sendo independentes, as agências se cingiriam à política governamental ? Segundo, na esteira do poder normativo, poderiam editar normas e, por conseguinte, determinar sanções ?

A resposta a essas indagações perpassa pela análise do ordenamento jurídico em que estão inseridas.

Em nosso caso, sobreleva o princípio da legalidade de extração constitucional, tão bem delineado pelos estudiosos. A propósito MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.71/77; MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 67; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 8. ed. São Paulo, 1997, p. 61; e MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 82.

Nesse diapasão, como resposta notadamente a segunda indagação, teríamos como limite, ao poder normativo dos órgãos reguladores, o conteúdo e alcance da legislação. Com efeito, em que pese o declínio do princípio da generalidade da lei³², sobretudo em razão da complexidade e celeridade dos fenômenos econômicos, mister ressaltar a proibição dos ditos atos normativos autônomos. Oportuna é a advertência de MELLO³³, segundo a qual " a função

³⁰ Oportuna é a observação do Prof. LEOPOLDINO DA FONSECA, *Op. cit.*, p.28, segundo a qual o Banco Central do Brasil sempre teve funções de regulação e de controle.

³¹ *Op. cit.*, p.260.

³² Cf. LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito econômico*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.25.

³³ *Op. cit.*, p.75.

do ato administrativo só poderá ser a de agregar à lei nível de concreção; nunca lhe assistirá instaurar originariamente qualquer cerceio a direitos de terceiros." Grifamos.

Destarte, os órgãos reguladores podem editar normas e, por consequência, impor sanções, desde que presentes os fundamentos e limites legais. No mesmo sentido, SUNDFELD³⁴ e BREYER³⁵. E tais atos, de manifesta natureza administrativa, a teor do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, não se exime do Judicial review³⁶.

Quanto à política governamental, percuciente é a conclusão de NETO³⁷:

"A independência, aqui, deve servir para que o órgão regulador seja um instrumento de política governamental, e não um instrumento de política de um governo."

Irretocável a observação. As ações do órgão regulador se cingem a decisões de ordem estritamente técnica, não se motivando por determinações de cunho político, em sua negativa acepção. E essa independência deve apresentar-se, outrossim, em relação aos agentes econômicos exploradores da atividade regulada, sob pena do conhecido fenômeno da captação. A propósito, diverso não é o entendimento sufragado por NETO³⁸:

" Obviamente , o órgão regulador deve ter total independência perante os agentes econômicos exploradores da atividade regulada. Perder tal independência significaria negar a própria razão de ser da regulação. Isso não significa que a atividade regulatória deva ser exercida contra o regulado. No novo contexto da regulação estatal que aqui tratamos (onde o traço da competição e da pluralida-

³⁴ *Op. cit.*, p. 27.

³⁵ *Op. cit.*, p.350. "*The agency could order private persons to act ou to refrain from acting only as authorized by specific laws, through which Congress controlled agency action.*"

³⁶ BREYER, Stephen. *Regulation and its reform*. Cambridge: Havard University Press, 1982, p. 351: " Judicial review had to be available to ensure that the agency did not overstep the bounds set out in its legislation. 4. Agency procedures had to facilitate the exercise of this judicial review."

³⁷ NETO, Floriano Azevedo Marques. A nova regulação estatal e as agências independentes. *In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 87.

³⁸ *Op. cit.*, p 85.

de de prestadores constitui eixo vetorial) os operadores da atividade regulada são parte fundamental. Porém em que pese a manter com eles uma permanente e transparente interlocução, o órgão regulador deve poder divisar os interesses gerais que tutela, dos interesses específicos (embora legítimos) dos regulados."

(...)

" Em suma, a independência das agências as torna menos atreladas ao curso do devir político, em especial das variáveis eleitorais, muito mais dependentes da permanente comunicação, balizada por objetivos previamente definidos, com o setor específico objeto da sua atividade regulatória. Ela se concretizará mediante alguns instrumentos essenciais: i) a estabilidade dos dirigentes, ii) a autonomia de gestão do órgão, iii) o estabelecimento de fontes próprias de recursos para o órgão, se possível geradas do próprio exercício da atividade regulatória, iv) a não-vinculação hierárquica a qualquer instância do governo; v) a inexistência de instância revisora hierárquica dos seus atos, ressalvada a revisão judicial."

E o melhor exercício desse poder independente dos órgãos reguladores, a despeito do cuidado sublinhado, pressupõe, outrossim, a seleção de pessoal capacitado, mudanças nos procedimentos administrativos, sempre com observância do devido processo legal e possibilidade de controle jurisdicional, tudo como ressaltado por BREYER³⁹ em conclusão de sua obra *Regulation and its reform*.

VI - O NOVO ESTADO REGULADOR BRASILEIRO

6.1 - O modelo econômico adotado

Nosso modelo constitucional econômico, como é de trivial sabença, deu primazia à ação indireta do Estado, consubstanciada nas funções de planejamento, incentivo e fiscalização da atividade econômica, consoante disposto no art. 174, caput, da Constituição da República.

³⁹ *Op. cit.*, p. 341/368.

Essa opção constitucional, contudo, não tem sido exercida sem maiores atropelos, sendo freqüentes as críticas.

Esses questionamentos, conforme sublinhado, devem-se, não à opção constitucional em si, senão ao exercício levado a cabo pelo Poder Executivo Federal.

Com efeito, há muito se encontram esquecidos os valores e princípios insculpidos no art. 170 da Constituição da República, realiza-se a concepção do Estado mínimo sem a preocupação com o centro de todas as ações, vale dizer, o homem.

Nessa perspectiva, vislumbramos, no plano institucional, a inflação das chamadas agências reguladoras que, sob uma nova denominação, retratam uma problemática antiga, objeto do item que se segue.

6.2 - A problemática das agências reguladoras

Segundo exposição anterior, podemos apontar, em nosso ordenamento jurídico, a criação das seguintes "agencies": ANATEL, Agência Nacional de Telecomunicações; ANA, Agência Nacional de Águas; ANEEL, Agência Nacional de Energia Elétrica; ANP, Agência Nacional de Petróleo; ANS, Agência Nacional de Saúde; e, ANVISA, Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

A despeito da nomenclatura distante da nossa cultura jurídica, os presentes órgãos de regulação, alguns com maior intensidade, apresentam sérios problemas estruturais, dentre os quais salientamos: a) ausência de independência; b) deficiência na formação do corpo técnico; c) ausência de uma cultura de regulação.

A independência serve para que o órgão regulador seja um instrumento de política governamental, e não um instrumento de política de um governo. Infelizmente, essa garantia não se faz presente como seria necessária. Nesse diapasão, é, v.g., a realidade vivenciada pelo setor de energia elétrica, em que medidas de planejamento não foram realizadas e executadas por motivações de conveniência política. Oportuna é a conclusão de DUTRA⁴⁰, segundo a qual " No Brasil é expressiva a resistência em admitir-se a regulação independente como a melhor forma de servir ao interesse público." E, mais adiante, adverte:

⁴⁰ DUTRA, Pedro. O novo Estado regulador brasileiro. *Monitor Público*, Rio de Janeiro, 12, ano 4, p. 11.

" No Brasil, a força do autoritarismo, próprio de nossa tradição política, expressa quase sempre no mando pessoal de titulares do Executivo e no conseqüente desprezo pelos princípios constitucionais que regem a administração pública, esteve na base da criação dos órgãos reguladores, iniciada na ditadura Vargas."⁴¹

Quanto ao corpo técnico, é manifesta a deficiência, tudo como conseqüência da ausência de uma mudança planejada pela opção reguladora. Trata-se da problemática concernente à cultura de regulação.

Em verdade, conquanto a essência da regulação não seja nova, o modelo constitucionalmente adotado e realidade econômica vivenciada afiguraram-se diversos. Daí a impossibilidade de aplicabilidade de princípios administrativos e mecanismos já ultrapassados. O modelo é novo e a realidade também, sendo premente uma necessidade de aperfeiçoamento e ajustamento, tudo, segundo BREYER⁴², mediante uma reforma compassada e individualizada (*encouraging step-by-step reform*), *verbis*:

" The focus is on the individual program.

(...)

These include efforts to attract better personnel, to improve agency procedures, to restructure the relationship of the agency to other parts of the government, and to encourage substantive reform."

O que se depreende, entretanto, no plano nacional, é o descaso com essa política de aperfeiçoamento e ajustamento. Motivações de ordem pessoal, oportunistas, impedem o desenvolvimento de uma cultura e estrutura de regulação. Os exemplos mais cadentes dessa difícil realidade são a crise de geração de energia elétrica e a proposta de criação da já sublinhada Agência Nacional de Concorrência - ANC, a despeito da melhor proposta minimalista de aperfeiçoamento dos instrumentos de regulação e concorrência.

6.3 - O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE - e os entes de regulação : a diferença entre adjudicação e regulação

⁴¹ *Op. cit.*, p.12.

⁴² *Op. cit.*, p. 341.

Na esteira da perspectiva proposta de análise da proteção da concorrência sob o viés dos entes de regulação, cumpre trazer a lume recente discussão iniciada pelo Parecer 00762/DEJUR/PRIRE, do Banco Central do Brasil, aprovado pelo Presidente da República, segundo o qual é aquela autarquia federal, privativamente, competente, " para analisar e aprovar atos de concentração de instituições integrantes do sistema financeiro nacional, bem como para regular as condições de concorrência entre instituições financeiras e aplicar-lhes as penalidades cabíveis."⁴³

A análise da problemática é oportuna, porquanto permite melhor apreensão do nosso modelo institucional de promoção de concorrência, percebendo, nesse diapasão, os meios de ação próprios dos entes de regulação e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.

Conforme exposição inicial, atribuímos ao Banco Central do Brasil a real função regulatória do sistema financeiro nacional, objetivando conformar, preventivamente, a ação dos agentes econômicos aos princípios e normas do modelo econômico sufragado. Dessa observação, não ressaí qualquer questionamento.

Contudo, equivocando-se da análise do conteúdo e alcance dessa premissa, o Banco Central do Brasil, firme, sobretudo, em interpretação da superioridade hierárquica da Lei n. 4.595/64, particularmente do seu art. 18, § 2º, segundo o qual " o Banco Central do Brasil, no exercício da fiscalização que lhe compete, regulará as condições de concorrência entre instituições financeiras, coibindo-lhes os abusos com aplicação da pena", atribui-se a competência privativa de analisar e aprovar qualquer ato de concentração concernente ao setor financeiro, afastando, por conseguinte, qualquer atribuição funcional do CADE.

De pronto, impende afastar maiores incursões lógicas e doutrinárias, quanto ao entendimento equivocado de aplicação de lei de natureza complementar em detrimento daquela de natureza ordinária (Lei n. 8.884/94), porquanto assim somente se afigura, quando a abrangência material dos referidos diplomas legais for idêntico, o que, não é o caso. Trata-se, na análise desse aparente conflito legislativo, de observar a hipótese de reserva legal qualificada (competência *ratione materiae*) e não de superioridade hierárquica.⁴⁴

⁴³ Parecer publicado no Diário Oficial da União, Seção 1, quarta-feira, 25 de abril de 2001, p. 13/15.

⁴⁴ Cf. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 247-250;

Com efeito, o Banco Central do Brasil, em sua atividade de regulação do setor financeiro, como qualquer outro ente regulatório, não julga atos concretos à guisa dos princípios legais e constitucionais de ordem econômica, atribuição única e específica do CADE, somente, a teor de sua atividade, regula as condições de concorrência, em manifesto exercício administrativo preventivo, tudo em homenagem a questões técnicas prudenciais. Nesse sentido, sobrelevando a atividade de regulação prudencial, é o magistério de COUTINHO ⁴⁵, ao dissertar sobre os objetivos do Banco Central do Brasil:

"(...) promover práticas bancárias seguras e sólidas, promover a eficiência do setor bancário, zelar pela proteção aos depositantes e outros credores e manter a estabilidade dos mercados financeiros. Dentre estes, o mais importante é o último, que pode ser traduzido como preocupação em evitar falências de bancos que possam conduzir, através, por exemplo, do sistema de depósitos e pagamentos, a um colapso do sistema financeiro."

Com efeito, na esteira do exemplo trazido pelo Banco Central do Brasil, temos que a competência dos entes de regulação não se confunde com aquela própria do CADE, ao contrário do mencionado parecer, afigura-se ausente qualquer conflito de atribuições. Trata-se, em verdade, de competências distintas e complementares, os entes, distintos do CADE, regulam as condições de concorrência no âmbito das atividades que lhe são afetas, esse último, por seu turno, não regula nenhum setor da economia, apenas julga, a teor da Lei n. 8.889/94, atos concretos de concorrência, em manifesta atividade de adjudicação.

Com efeito, os entes de regulação e o CADE, dentro de suas atribuições específicas, promovem a defesa da concorrência, sejam, os primeiros, no âmbito prudencial (controle per se), seja no âmbito de adjudicação da matéria concorrencial pelo último.

Nesse sentir, conforme noticiado na GAZETA MERCANTIL ⁴⁶, pugnano pela ausência de conflito de atribuições entre o Banco Central do Brasil e o CADE, é o entendimento majoritário sufragado por aquele Conselho em julgamento pendente do Ato de Concentração n. 08012.006762/2000-09, tendo como requerentes Banco Finasa de Investimento S/A , Brasmetal Indústria S/A e Zurich Participações e Representações.

⁴⁵ COUTINHO. Paulo. Regulação Prudencial e Concorrência no Setor Bancário. *In: Seminário Internacional sobre Regulação e Defesa da Concorrência no Setor Bancário*, Brasília, CADE, 1999, p.214-215.

⁴⁶ GAZETA MERCANTIL. Quinta-feira, 27 de setembro de 2001, p. A-10.

Em verdade, seja qual for a decisão desse caso, em homenagem à harmonização dos interesses e atribuições dos entes estatais, tudo em proveito da difícil e árdua missão de defesa da concorrência, reiteramos nosso entendimento exposto, acreditando, tão-somente, na elevada promoção de uma melhor e mais equilibrada ordem econômica nacional, realizando-se, destarte, valores de extração constitucional.

VII - CONCLUSÃO

A defesa da concorrência, princípio de extração constitucional, não prescinde, a toda evidência, da ação dos entes estatais, sobrelevando, nesse sentir, as denominadas agências reguladoras.

Em verdade a regulação, em sua essência, não se afigura como novidade em nosso ordenamento jurídico. O novo é a sua inserção no modelo econômico constitucionalmente adotado, são os desafios de ordem estrutural, é a sensibilidade necessária para aperfeiçoar os mecanismos existentes, pensar melhor as estratégias de implementação, é, notadamente, a percepção do seu exercício, pelos entes constituídos, em proveito da defesa da concorrência, tudo sem infirmar as atribuições do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ao revés, em contribuição valiosa e distinta na difícil missão de conformar a atividade econômica às regras do jogo concorrencial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALDWIN, Robert, SCOTT, Colin, HOOD, Christopher. A reader on regulation. Oxford: Oxford University Press, 1998.

BREYER, Stephen. Regulation and its reform. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

COASE, Ronald. The problem of social cost. The Journal of Law and Economics. V. III, 1960, p. 1-44.

COUTINHO, Paulo. Regulação Prudencial e Concorrência no Setor Bancário. In: Seminário Internacional sobre Regulação e Defesa da Concorrência no Setor Bancário, Brasília, CADE, 1999, p. 214-215.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 8. ed. São Paulo, 1997.

DUTRA, Pedro. O novo Estado regulador brasileiro. Monitor Público, Rio de Janeiro, 12, ano 4, p. 11-18.

FILHO, Alberto Venâncio. A intervenção do estado no domínio econômico. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968.

FILHO, Calixto Salomão. Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2001.

GALLOT, Jérôme. Qu'est-ce que la régulation? Contribution pour une définition. Revue de la concurrence et de la consommation, Paris, 119, janvier-février/2001.

GAZETA MERCANTIL. Quinta-feira, 27 de setembro de 2001, p. A-10.

_____. Quarta-feira, 6 de junho de 2001, p. A-4.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. Direito econômico. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. Fundamentos do direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MONCADA, Luís S. Cabral de. Direito económico. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

PACHECO, Pedro Mercado. El analisis economico del derecho. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1994.

SANTOS, António Carlos, GONÇALVES, Maria Eduarda, MARQUES, Maria Manuel Leitão. Direito económico. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) Direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros, 2000.

