

AS AGÊNCIAS REGULADORAS E A DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da Silva

Aos meus pais, Pedro Aurélio e Maria Tereza, pelo amor e carinho.

Ao amigo e sempre mestre de direito, Jacintho de Arruda Câmara, exemplo de seriedade científica, pela amizade e pelos ensinamentos.

SUMÁRIO

1. Considerações Preliminares

2. Regulação e Defesa da Concorrência
 - 2.1. O Estado Regulador
 - 2.2. A Relação entre Defesa da Concorrência e a Livre Iniciativa no Estado Regulador

3. As Agências Reguladoras
 - 3.1. Primeiras Considerações
 - 3.2. O direito norte-americano
 - 3.3. As Agências Reguladoras Brasileiras

4. Mecanismos Regulatórios de Defesa da Concorrência pelas Agências Independentes (Regulação Concorrencial Setorial)
 - 4.1. O Princípio da Assimetria Regulatória
 - 4.2. A Interconexão e o Compartilhamento de Meios ou Recursos entre Prestadoras do Serviço de Telecomunicações

5. Breves Conclusões

1. Considerações Preliminares

Nosso propósito neste presente ensaio é o de tecer algumas considerações sobre o recente fenômeno da implementação e defesa da concorrência em setores antes sob o domínio exclusivo do Estado por meio da ação das chamadas agências reguladoras independentes (ANATEL, ANEEL, ANP, etc.).

Assim, tratamos dos *novos desafios regulatórios na defesa da concorrência*, dando especial atenção a este “embrionário” conceito de tutela concorrencial presente na atuação de entes estatais cuja tarefa é a de fazer a ponte entre o antigo monopólio e o mercado livre que ganha gênese.

Queremos, com isto, despertar os estudiosos do direito da concorrência para o fato de que a defesa da concorrência é também um vetor da atuação das agências reguladoras, ainda que, muitas vezes, sob aspectos diferenciados em relação a atuação do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica). Para tanto, estudamos a importante relação entre *regulação e defesa da concorrência*.

Não é nossa intenção, no entanto, o estudo específico da atuação conjunta do CADE e das Agências Reguladoras na defesa da concorrência, uma vez que, na verdade, buscamos, justamente, demonstrar que as agências possuem um *raio de atuação autônomo*, que não se confunde com a atuação do CADE, relativo à tarefa de implementar e tutelar a concorrência em setores específicos – alguns com descendência direta de monopólios naturais³² (telecomunicações, energia elétrica, petróleo, etc), por meio de mecanismos regulatórios previstos em lei. Trata-se, neste passo, da análise do que chamamos *regulação concorrencial setorial*³³ – distinta da *regulação concorrencial do mercado como um todo*.

Com efeito, exemplos da utilização de mecanismos regulatórios em prol da concorrência não faltam: as licitações para introdução gradativa de competidores em dado setor; a imposição de compartilhamento de recursos e meios entre prestadores de setores diversos e entre prestadores do mesmo setor de modo a viabilizar a entrada de novas prestadoras que não tenham

32 Para Calixto Salomão Filho, “monopólio natural é aquela situação de monopólio criada naturalmente e não em função da ação dos agentes econômicos direcionada a sua constituição”. Direito Concorrencial - As Estruturas, Malheiros Editores, São Paulo, 1998, p. 194.

33 Entre os mecanismos regulatórios setoriais, existem aqueles cuja finalidade, ainda que indireta, é a introdução e defesa da concorrência. Daí adotarmos a expressão *regulação concorrencial setorial* que difere da *regulação concorrencial do mercado*.

recursos suficientes para implementar a infra-estrutura necessária, pois os custos fixos são demasiadamente maiores que os custos variáveis (item 4.2); a obrigatoriedade de interconexão de redes de telecomunicações para viabilizar a comunicação entre usuários de operadoras de telecomunicações em regime de competição (item 4.2) e, entre outros, a prática da *assimetria regulatória* (item 4.1).

Analisamos, nesta linha, *o surgimento e o significado das agências reguladoras independentes*, com o objetivo de também contribuir para o projeto de reestruturação do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) que, provavelmente, passará a possuir o figurino de um ente regulador autônomo. Por esta razão, é de grande valia o estudo do tema com base no direito norte-americano que serviu de inspiração para a criação das atuais agências brasileiras. Importante destacar que o órgão antitruste dos EUA se reveste, exatamente, do formato de uma agência reguladora independente (*Federal Trade Commission*).

Por fim, procedemos ao estudo de casos em que há utilização de mecanismos regulatórios, buscando defender a concorrência.

2. Regulação e Defesa da Concorrência

2.1. O Estado Regulador

As alterações, empreendidas pelas reformas da Constituição Federal de 1988, significaram mudanças de grande vulto no direito brasileiro. Estas modificações decorrem, de certa forma, do que se tem chamado *crise do Estado*.

Esta crise se traduz nas substanciais alterações que se dão no seio do Estado do bem estar social, como que promovendo a formação de um novo “formato” de Estado. Segundo Eros Grau, “o que se encontra enterrado sob o muro de Berlim (...) é esse *modelo de Estado*. Da crise do Estado decorre não apenas a crise do socialismo, mas uma outra crise, mais ampla, que abrange os sistemas econômicos apoiados sobre aquele modelo de Estado, o *direito formal* e os próprios mercados”³⁴.

As transformações trazidas por esta crise apontam para o surgimento de um “novo” modelo de Estado baseado em *novas* formas de intervenção no domínio econômico.

34 O Direito Posto e Pressuposto, São Paulo, Malheiros Editores, 2ª ed., 1998, pp. 92-93.

Neste sentido, as privatizações das empresas estatais e o ensejo à competição nos serviços antes dominados pelo Estado, sem dúvida, representaram uma alteração substancial no modelo de Estado brasileiro. Elas se traduzem na desestatização das empresas prestadoras dos tradicionais serviços públicos e das exploradoras de atividade econômica peculiar do setor privado, ou mesmo, sem que haja privatização (como é o caso do setor petrolífero), na **idéia nuclear de se introduzir a concorrência**, possibilitando-se a participação das empresas privadas em setores antes dominados pela participação estatal.

Esta política insere-se na chamada *desregulamentação* da economia, que poderia ser definida como o esforço da política estatal em mitigar as regulamentações econômicas hipertrofiadas com a “inflação legislativa” imposta pelo Estado do bem estar. Assim, “cumpre observar (...) a proposta de *desregulamentação*, enquanto atinente à *substituição de regras rígidas, dotadas de sanção jurídica, por regras flexíveis, meramente indutoras de comportamento*”³⁵. O objetivo desta política “é o de que o Estado desenvolva tão-somente, como agente, as atividades que o setor privado não esteja devidamente aprestado a executar, seja porque não tem condições de exercer ou não deseja exercê-las, seja porque as exercerá de modo contrário ao interesse geral”³⁶.

Neste contexto, ganha relevância o conceito de *regulação econômica*. Para compreendermos o seu significado, é preciso entender a distinção existente entre *desregulação* e *desregulamentação*.³⁷

Desregular significa, simplesmente, o *deixar de orientar ou ordenar a atividade econômica, pelo Estado, enquanto desregulamentar se traduz numa necessidade de deixar de ordenar a atividade econômica por meio de procedimentos de ampla interferência estatal no setor privado, para melhor regulá-la ou orientá-la, agora, com técnicas mais sofisticadas e complexas*. De qualquer forma, no entanto, é preciso ressaltar que os fins básicos do Estado Democrático de Direito, plasmados na Constituição Federal, constituem vetores, cuja consagração impõe-se, inexoravelmente, ao Estado (arts. 1º, 3º, 4º, 5º, 170 da CF). Deste modo, as técnicas regulatórias adotadas devem estar em conformidade com esta “busca”, não podendo, em hipótese alguma, desvirtuar tais valores essenciais ao país.

35 Idem, p. 98. Destacamos.

36 Idem, ibidem.

37 Adotamos aqui conceitos “primários” sobre regulação, objetivando introduzir, posteriormente, a noção de Estado Regulador. Para uma compreensão mais profunda sobre o tema, consultar Paulo T. L. Mattos, *Agências de Regulação no Brasil: Regulação Econômica e Democracia* (obra no prelo).

Esta distinção ganha relevância, justamente, pela forma como a doutrina norte-americana trabalha com tais conceitos. Como revela Eros Grau, o termo *regulation* é usado por ela como sinônimo do que designamos “regulamentação”. Por sua via, *deregulation* significaria “regulação”³⁸. “A *deregulation* dos norte-americanos está para a *regulation*, assim como, para nós, a ‘regulação’ está para a ‘regulamentação’”³⁹.

De maneira análoga, Carlos Ari Sundfeld destaca que “quando, especialmente na doutrina norte-americana, fala-se em ‘desregulação’ como sendo (ou devendo ser) a tendência da postura estatal relativamente aos lá denominados ‘serviços de utilidade pública’, *está-se tratando justamente do movimento de introdução da competição nesses serviços*, eliminando-se a parte da regulação que, tendo sido criada para controlar os monopólios (controle das tarifas, p. ex.), passou a ser apontada como a grande responsável pela própria manutenção deles. Mas essa ‘desregulação’ não elimina, antes supõe, a intervenção estatal via ‘regulação’, só que **agora com outras técnicas e novos objetivos**⁴⁰, todos coerentes com o projeto de eliminação dos monopólios” (destacamos).⁴¹

Com base nestas distinções, proponho a pergunta: o fato de *desregulamentar* importa no de deixar de orientar a economia ou de *não regulá-la*? Temos que a desregulamentação alcança, basicamente, no caso brasileiro, a mitigação ou eliminação *da intervenção estatal por absorção ou participação*⁴². Por *intervenção por absorção*, entende-se o controle integral, pelo Estado, dos meios de produção e/ou troca em certo setor da atividade

38 Entendemos, com o devido respeito à posição do eminente jurista, que *deregulation* representa uma técnica específica de regulação, ao menos consoante a assimilamos, e não, exatamente, a regulação em si. Isto porque, em outros tempos, talvez tenha a regulamentação constituído uma técnica regulatória específica apta a cumprir a função que, hoje, corresponde à desregulamentação.

39 *Idem*, p. 93.

40 A afirmação “novos objetivos” não se choca, estamos certos, com a noção segundo a qual os fins do Estado Democrático Social devam ser preservados. Na verdade, certas finalidades regulatórias são instrumentais à realização de valores maiores plasmados na Constituição Federal, não podendo com os mesmos conflitarem. Assim, à guisa de exemplo, a competição passa a constituir um objetivo ancilar à consagração destes valores superiores.

41 *Direito Global*, Carlos Ari Sundfeld e Oscar Vilhena Vieira (coordenadores), São Paulo, Ed. Max Limonad, 1999, p.161.

42 A classificação, que distingue as modalidades de intervenção, é brilhantemente desenvolvida por Eros R. Grau em *A Ordem econômica na Constituição de 1988* (interpretação e crítica), Malheiros Editores, São Paulo, 4ª ed., 1998, pp. 156-160, a qual, desde já, acolhemos.

econômica (regime de monopólio); *por participação* deve-se compreender o controle parcial destes meios (já em regime de competição).

Com as privatizações e a **implementação da concorrência**, há a nítida quebra deste tipo de intervenção na ordem econômica. Daí se falar que o *Estado empresário* - fruto do Estado do bem estar social⁴³ plasmado, pelo menos antes das reformas, na Constituição Federal de 1988 - tende a desaparecer, cedendo lugar ao, que se tem chamado, *Estado neoliberal*⁴⁴.

A consideração do renascimento de um autêntico Estado Liberal, em substituição ao Estado Empresário significaria, em termos técnicos, o deixar à deriva toda e qualquer forma de intervenção estatal na economia. Ou se preferimos, a tarefa reguladora, no seu sentido mais *lato*, estaria, nestes tempos, sendo deixada de lado. No entanto, a realidade jurídico-positiva demonstra que fórmulas deste tipo não são consentâneas com a mentalidade moderna, de modo que uma configuração, um tanto peculiar, veio remodelar o Estado brasileiro. Com a reforma do Estado brasileiro, ganham gênese as **Agências Reguladoras Independentes**, que trazidas ao ordenamento jurídico brasileiro, sob inspiração do direito norte-americano, passam a compor o *verdadeiro novo modelo de Estado*, mesmo que ainda difuso, caracterizado pelo relevo ao controle dos monopólios, dos serviços públicos e da concorrência.

Com efeito, nasce ou desenvolve-se, destarte, o que poderíamos denominar **Estado regulador ou controlador**, vincado na necessidade de se preservar a concorrência em certas atividades, de se exigir padrões e metas na prestação de outras, enfim, assumindo, sim, o papel de **regulador** de distintas atividades.

Mas este novo modelo de Estado não seria o avesso do Estado do bem estar social?

Neste passo, são esclarecedoras as palavras de Tomas de La Quadra-Salcedo que, tratando da implementação da *competição* no setor de

43 Eros Grau tece crítica aguda no que toca à transformação do Estado social, para este jurista, “tal como postulada nas propostas a seu propósito definidas no mundo desenvolvido, a desregulação consistiria em uma correção dos rumos do Estado social. Há sociedades, no entanto – e muitas delas, como o Brasil, na América Latina -, nas quais as condições efetivas do Estado social não foram ainda realizadas, de sorte que configura algo no mínimo estranho, porque dissociado destas realidades sociais, a importação, sem ressalvas, para que nelas sejam aplicadas, das soluções européias e norte-americanas, cujos resultados já estão a se manifestar.” (O Direito Posto..., ob. cit., pp. 99 e 100).

44 Para Eros Grau, “o discurso neoliberal postula o rompimento da concepção de Estado do bem-estar”. (Idem, p. 90).

telecomunicações no direito continental europeu e norte-americano, afirma que “os objetivos que sempre foram procurados pelo Estado não desapareceram e nem se destruíram, simplesmente, transformaram-se. O que ocorre, em definitivo, **é que se trata de conseguir os mesmos objetivos por meios distintos**. O instrumental que se utiliza continua sendo, em boa medida, o direito público”.⁴⁵

É necessário destacar que as formas de intervenção do *Estado Regulador* são, de alguma forma, expressões maximizadas das já existentes formas de atuação do Estado do bem estar, com exceção da *intervenção por participação* e *por absorção* (intervensões empresariais) já referidas. Assim, além desta, já se podia falar em *intervenção por direção* e *intervenção por indução*. A primeira caracterizada pelo fato de o Estado exercer pressão sobre a economia, agindo como *regulador das atividades econômicas*, ou seja, por meio da edição de normas compulsórias e através da utilização de múltiplos mecanismos de controle. A segunda, por sua vez, caracteriza-se pela manipulação, empreendida pelo Estado, das leis que regem o funcionamento do mercado, consubstanciada no *direito premial*.

Antigamente, não se relevava o sentido de *regular*, já que não havia a competição em setores importantes da economia brasileira⁴⁶. Mesmo assim, o Estado já detinha a função de controlador, mesmo que não lançasse mão dela com a devida eficiência, até mesmo porque não fazia sentido, muitas vezes, se “auto-controlar”.

45 Tradução livre; destacamos. O autor destaca ainda que a intervenção administrativa, para se implementar a competição, tende a ser mais intensa, complexa e afinada. “Telecomunicaciones y Derecho Publico”. Derecho de las Telecomunicaciones, Javier Cremades (coordenador), La Ley-Actualidade, p.141. Há quem entenda também que a atuação do Estado vem se valendo cada vez mais de recursos tecnológicos dos mais sofisticados. A respeito, consultar amplamente Pedro Paulo de Rezende Porto Filho em sua A Administração Pública sob a Perspectiva da Internet no Ano 2000 (no prelo).

46 Para Vital Moreira, o movimento designado genericamente de desregulação, “se fez diminuir o papel econômico do Estado, não conduziu por isso a uma diminuição da regulação. Esta mudou de áreas, tomou novas formas, mas não desapareceu. Mais: as políticas de privatização obrigaram em muitos casos a uma densificação da regulação (...), isso implicou a constituição de uma rede normativa e de instâncias reguladoras específicas, de caráter público ou de auto-regulação, como sucedeu na Grã-Bretanha. Por isso, a desregulação gerou uma re-regulação de diferente natureza”. Auto-Regulação Profissional e Administração Pública, Almedina, Coimbra, 1997, p. 43. Destacamos.

A verdade é que só se passa a *regular*, verdadeiramente, com a implementação da competição. Esta idéia ganha corpo, e passa a servir de vetor para que o Estado brasileiro se preocupe em controlar não só as atividades, cuja titularidade antes lhe pertencia, mas também as demais atividades econômicas. O alcance de tal *regulação* estaria, grosso modo, atrelado à importância da atividade, às suas imperfeições estruturais e às finalidades almejadas.

Neste contexto, “a regulamentação é necessária para ***proteger os próprios competidores***. Como visto, a introdução da competição em setores que requerem monopólios naturais pode levar a concorrência predatória e à destruição dos competidores.

“Se o mercado é dotado de uma ‘imperfeição estrutural’, ***é justificável a intervenção regulamentar do Estado*** para corrigir ou, pelo menos evitar os efeitos danosos (para os consumidores e concorrentes) dessa imperfeição”.⁴⁷

Com efeito, cresce a importância da atividade normativa regulamentar do Poder Executivo como um *controle prévio* das atividades setoriais. De certa forma, a novidade deste *controle* está no fato de ser realizado, principalmente, *a priori* e por meio, fundamentalmente, de normas gerais e abstratas (regulamentos), esvaziando a importância do típico controle, efetuado pelo Executivo, em face da já ocorrência de um caso individual e concreto. Passa-se a relevar, por consequência, um controle administrativo significativo e substancial das atividades econômicas em sentido amplo, até mesmo, em certos casos, como corolário da complexidade intrínseca na implementação da competição em setores específicos dotados de alto grau de detalhamentos técnicos.⁴⁸

47 Calixto Salomão Filho, ob. cit., p. 195. Destacamos.

48 Paralelamente ao crescimento desta atividade regulatória, presencia-se a valorização do processo administrativo na tomada de decisões pelo Estado, ou seja, se por um lado a atividade reguladora exige elasticidade normativa, por outro, há a exigência de que, antes da edição dos atos normativos, um iter esplendidamente democrático seja seguido, sob pena de ilegitimidade de tais atos. Daí a necessária obediência ao devido processo legal, ao princípio da motivação e da transparência das decisões, etc. Neste sentido, destacam-se as duas recentes leis de procedimento administrativo aprovadas, primeiro, no âmbito estadual (Lei n.º 10.177/98), depois, no federal (Lei n.º 9.784/99) e, singularmente, a Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/97), em que ficou bem vinculada a preocupação procedimental. A respeito deste tema, consultar Luís Felipe Valerim Pinheiro em seu O Processo Administrativo e as Agências Reguladoras (no prelo).

Sobre o fenômeno, são esclarecedoras as palavras de Fernando Herren Aguillar, segundo o qual “o fenômeno da liberalização econômica, que precede logicamente a globalização, impôs ao Estado ainda um novo figurino. **O Estado deixa de atuar como agente econômico para ocupar o posto de agente normatizador das atividades econômicas.** De prestador de serviços públicos passa a ser preferencialmente seu regulador (...) Em tempos de globalização (...), são os particulares quem têm assumido preferencialmente o desempenho dos serviços públicos. O Estado tem adotado cada vez mais o papel de fiscalizador da prestação”⁴⁹.

Desta forma, o Estado passa a utilizar mecanismos regulatórios para “forçar” a concorrência nos setores abertos à iniciativa privada, criando as chamadas *agências reguladoras independentes* como veículos de tal pretensão.

2.2. A Relação entre Defesa da Concorrência e a Livre Iniciativa no Estado Regulador

Antes de estudarmos o tema das agências reguladoras, é importante, ainda que brevemente, tecer algumas palavras sobre os princípios da defesa da concorrência e da livre iniciativa no atual cenário do Estado Regulador.

A Constituição Federal traz no artigo 170 dois princípios básicos que devem nortear a atividade econômica, a saber, o da livre iniciativa (*caput*) e o da livre concorrência (inciso IV). Trata-se de dois valores independentes que, muitas vezes, se contrapõem. Enganam-se aqueles que os assimilam como sinônimos. É o que diz Fernando Herren Aguillar, para quem “o princípio da liberdade de concorrência é o contraponto do princípio da liberdade de iniciativa e não seu sinônimo, como alguma doutrina acaba sustentando”.⁵⁰

Neste sentido, qual a importância da dicotomia “*liberdade de iniciativa X livre concorrência*” nestes tempos de abertura econômica?

Entendemos que a busca da livre concorrência num país acostumado aos monopólios estatais passa a ser um grande desafio regulatório no contexto contemporâneo brasileiro. A dicotomia acirra-se e a intervenção estatal nas atividades econômicas parece ganhar um ingrediente muito relevante, qual seja, o da defesa da concorrência em setores em que, antes, não era possível sequer falar em livre iniciativa e livre competição.

49 Direito Global, ob. cit., pp. 277 e 278. Destacamos.

50 Direito Global, ob. cit., p. 273. Destacamos.

O princípio da liberdade de concorrer pressupõe uma intervenção estatal, enquanto a liberdade de iniciativa uma abstenção. A implementação da competição em setores antes dominados pelo Estado passa a ter uma sofisticação: tal intervenção não pode se dar nos moldes tradicionais, mas por meio de mecanismos regulatórios prévios e claramente bem definidos. Para Fernando Aguillar, “a defesa do princípio da liberdade de concorrência depende do Estado. Apenas, como consequência da globalização, aposta-se hoje numa *regulação baseada na competitividade de mercado* e não no controle direto pelo Estado de certas atividades de interesse público. Ainda não sabemos se essa opção por tal forma de se exercer a regulação funcionará. ***Mas sabemos que ela (opção regulatória) não funcionará se apenas preponderar o princípio da liberdade de empreender, que exige abstenção do Estado, sobre o princípio da liberdade de concorrer, que exige ação do Estado***”.⁵¹

Este é o entendimento também de Calixto Salomão Filho, segundo o qual “obviamente, uma ordem econômica em que o poder privado não tem limite não pode se autocontrolar. O Estado deve exercer poder de direção constante”.⁵²

Como se vê, a atuação positiva do Estado na defesa da concorrência é fundamental. Faz-se necessário então verificar, especificamente, como tal intervenção se dará na abertura dos mercados antes sob monopólio estatal (telecomunicações, energia elétrica, petróleo, etc.) e com a utilização de quais mecanismos regulatórios. Passamos assim ao estudo das Agências Reguladoras.

3. As Agências Reguladoras

3.1. Primeiras Considerações

O surgimento das agências reguladoras brasileiras é um fenômeno que decorre, basicamente, da globalização.

51 Ob. cit., p. 274. Os dois princípios referidos demonstram, é certo, uma nítida contradição, pois “para que haja liberdade é necessário restringir a liberdade” (idem).

52 Ob. cit., p. 46.

Com efeito, o aparecimento de tais entes tem se dado em diversos países, *denotando verdadeira tendência o seu surgimento em âmbito global*.⁵³

É no direito norte-americano, no entanto, que, primeiramente, as agências reguladoras vicejaram, e, *posteriormente*, serviram à proliferação de seu modelo, com as devidas adaptações, por diversos países, principalmente, como corolário da *desregulamentação* dos mercados consubstanciada, neste caso específico, nas privatizações das empresas estatais.

O desenvolvimento, remoto por sinal, de tais entes nos EUA explica-se, em parte, pela própria tradicional ausência daquele Estado, como agente empresarial, na economia, é dizer, desde o momento em que o Estado norte-americano, de uma maneira geral, não *absorveu* os meios de troca e de produção e deles não *participou* diretamente, criou-se, não há dúvida, a necessidade de que, de alguma forma, o poder público orientasse a economia. Eis que a maneira escolhida foi, exatamente, a intervenção no domínio econômico através de técnicas diversas da intervenção direta, notadamente, com a regulação de setores da economia, cujo interesse social era grande. Daí a criação de entes reguladores com alto grau de independência em relação ao Governo e com uma grande aproximação dos setores regulados.

Ora, o que vemos nos países que passam a adotar tal modelo, entre eles o Brasil, é, exatamente, a supressão da função empresarial do Estado, com o que surge a necessidade de *regulação* de setores da economia antes absorvidos pelo poder público⁵⁴. Sem discutirmos o mérito das privatizações, é possível dizer que o modelo escolhido, portanto, como não poderia deixar de ser, pelas peculiaridades apontadas, foi inspirado no padrão norte-americano.

3.2. O direito norte-americano

53 Destaca-se que o modelo de agências reguladoras teve gênese nos Estados Unidos e se proliferou, com as devidas adaptações, no âmbito mundial. Assim, por exemplo, na Europa Continental foram denominadas, de um modo geral, autoridades administrativas independentes; na Argentina, entes reguladores, e no Brasil, agências reguladoras.

54 Essa é a idéia básica a respeito do surgimento das agências reguladoras no Brasil. No entanto, à guisa de uma compreensão mais completa do fenômeno, faz-se necessário não olvidar que o modelo não se restringe a tal idéia.

O modelo das agências reguladoras implementado no direito brasileiro tem inspiração, como já dissemos, no padrão das *regulatory agencies* ou *regulatory commissions* do direito norte-americano.

Essas *comissions* acompanharam o desenvolvimento da legislação americana referente à intervenção estatal no domínio econômico. As primeiras delas surgiram no âmbito estadual (Connecticut – 1832; New Hampshire – 1844; Rhodes Island – 1844 e New York – 1850), encarregadas, basicamente, da regulação do setor ferroviário, no qual havia forte tendência monopolística.⁵⁵

Estes órgãos possuíam, inicialmente, meras funções consultivas, não sendo, pois, dotados das características que, em verdade, determinariam o modelo de agência reguladora.

Com efeito, é somente após a guerra de secessão que tais entes articulam-se em duas categorias: as *weak commissions*, de caráter consultivo (*advisory type*) e as *strong commissions*, com plenas funções de regulação (*regulatory type*).

A primeira agência reguladora norte-americana, no âmbito federal, tem gênese com a aprovação da Lei de Comércio Interestadual de 1887. Trata-se da *Interstate Commerce Commission*, cujo objetivo era, basicamente, o de fixar tarifas rodoviárias, impedir a formação de *pools* e evitar discriminações tarifárias.

Para Luis Alberto Pomed Sánchez, tal lei constituiu uma importante evolução no direito público norte-americano, contribuindo, de certa forma, para o nascimento de um direito administrativo no nível federal. Para este jurista, “pode-se dizer que, com ela, começa a retirada das competências econômicas dos Estados Federados. Por outro lado, a Lei em questão inicia o processo de regulação pública das atividades privadas”⁵⁶.

A *Interstate Commerce Commission* (Comissão de Comércio Interestadual), apresentava as características básicas de uma agência reguladora. Foi o aparecimento de tal agência que determinou a existência

55 Como se vê, a noção de agência reguladora independente, desde sua concepção no direito norte-americano, já estava atrelada a idéia de defesa da concorrência.

56 Tradução livre. No original, o autor preconiza: “se puede decir que con ella comienza el desapoderamiento de los Estados federados en el ámbito de las competencias económicas. Por otro lado, la Ley en cuestión inicia el proceso de regulación pública de actividades privadas”. *Fundamento y Naturaleza Jurídica de las Administraciones Independientes*, Revista de Administración Pública, vol. 32, Madrid, 1993, p. 123.

deste padrão de organização e a sua generalização no contexto do direito administrativo norte-americano.

Para Cass, Diver e Beermann, em obra coletiva, “com base naquele modelo (da *Interstate Commerce Commission*), o Congresso gradualmente expandiu sua vigilância regulatória sobre a economia americana pelas quatro décadas que se seguiram – regulando alimentos e medicamentos em 1906, métodos de competição injusta em 1914, embarque de mercadorias em 1916, projetos de hidroeletricidade em 1920, o comércio de *commodities* em 1922 e rádio em 1927”⁵⁷.

Após a primeira guerra mundial, o esforço dos EUA em reorganizar sua economia levou ao aumento do espectro de competências das agências reguladoras existentes (principalmente através do *Transportation Act* de 1920) e à criação de muitas outras, como a *Federal Radio Commission* (1927) e *Federal Power Commission* (1930).

No período da Grande Depressão, na década de 30, há a criação de outras agências reguladoras e, novamente, mas de forma jamais presenciada, o grande aumento das funções das agências já existentes, no intuito de se aumentar o controle do Estado sobre a economia, como que em reflexo ao intervencionismo que ganhava corpo. Três *regulatory agencies* foram criadas: a *Security Exchange Commission*, a *Civil Aeronautic Board* e *National Labour Relations Board*.

O jurista Enrique García Llovet relaciona a proliferação das agências com o incremento da intervenção estatal. Para este autor, a evolução das agências significou o “paulatino incremento de seu número de acordo com o incremento da intervenção pública e o crescimento da complexidade técnica de alguns dos setores em que se produzia esta intervenção”⁵⁸. Desta forma, é digno de realce a estreita conexão existente entre a intervenção pública do Estado norte-americano na vida econômica e a aparição das agências

57 Traduzimos. No original, dizem os autores: “Building on that model, Congress gradually expanded its regulatory surveillance of the American economy during the next four decades – regulating food and drugs in 1906, unfair methods of competition in 1914, shipping in 1916, hydroelectric projects in 1920, commodity trading in 1922, and radio in 1927”. Ronald A. Cass, Colin S. Diver e Jack M. Beermann, New York, Ed. Aspen Law & Business, 3ª ed., 1998, p. 4.

58 Tradução livre. No original o autor preconiza que o “paulatino incremento de su número de acuerdo con el incremento de la intervención pública y el crecimiento de la complejidad técnica de algunos de los sectores donde esta intervención se producía”. Autoridades Administrativas Independientes y Estado de Derecho, in *Revista de Administración Pública*, vol. 131, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 83.

reguladoras⁵⁹. Neste ponto, calham as palavras de L. G. Paes de Barros Leães, para quem “a técnica da regulação do processo econômico, através da intervenção do Estado, originou-se da defesa contra as ‘disfunções’ que ameaçavam o sistema de um capitalismo abandonado a si mesmo”⁶⁰.

O conceito de *agência reguladora* deriva de uma divisão fundamental que se dá no núcleo de um outro conceito anterior, qual seja, o de *agência* simplesmente. Isto porque *agência* é gênero, enquanto *agência reguladora* é espécie do gênero *agência*.

Desta forma, ao falar-se em *agência* nos EUA, é incorreta a sua imediata identificação com o conceito de *agência reguladora*, eis que se trata de conceito amplo no qual este último se insere.

Com efeito, o *Administrative Procedure Act* (APA)⁶¹ define *agência* como:

“Qualquer autoridade do governo dos Estados Unidos, quer esteja ou não nele inserido ou sujeita ao controle de outra agência, com exceção:

- A) *do Congresso;*
- B) *das Cortes dos Estados Unidos;*
- C) *dos Governos dos territórios ou possessões dos Estado Unidos...;*
- D) *do Governo do Distrito de Columbia..., etc”*⁶².

59 Neste sentido, Luis Alberto Pomed Sánchez destaca que “conviene tener presente la estrecha relación existente entre la intervención pública en la vida económica y la aparición de Agencias Reguladoras Independientes”. Ob. cit, p. 124.

60 Mercado de Capitais e ‘Insider Trading’, S. Paulo, 1978, p. 30.

61 O APA foi criado logo após à Segunda Guerra Mundial em 1946. Trata-se de uma lei de procedimentos administrativos norte-americana, cujo objetivo inicial era o de, exatamente, unificar as regras adjetivas que regiam as agências. Iniciativa que foi, apenas parcialmente, bem sucedida, uma vez que o Congresso continuou criando procedimentos especiais aplicáveis a agências individualmente consideradas. Apesar disto o APA manteve e mantém uma posição central como uma espécie de Constituição do direito administrativo federal norte-americano. *Administrative Law*, ob. cit., p. 7-8.

62 Tradução livre. No original consta: “‘agency’ means each authority of the Government of the United States, whether or not it is within or subject to review by another agency, but does not included – A) the Congress; B) the courts of the United States; C) the governments of the territories or possessions of the United States; D) the governments of the District of Columbia...”.

Grosso modo, com exceção dos três Poderes do Estado, as demais autoridades públicas são consideradas agências, de modo que o direito administrativo norte-americano é identificado com o florescimento das agências. Daí chegar-se à afirmação apenas aparentemente extrema de que o direito administrativo norte-americano é o direito das agências⁶³.

Mas quais, afinal, as **características básicas** de uma *agência reguladora norte-americana*?

O conceito de agência reguladora norte-americana gira em torno de sua *independência* em relação ao Poder Executivo (baseada na autonomia administrativa e normativa, na estabilidade e mandato fixo dos dirigentes, na ausência de subordinação hierárquica e na autonomia financeira)⁶⁴; sua capacidade, delegada pelo Congresso, de editar normas que interferem nas liberdades dos cidadãos (a chamada função *quase-legislativa*); sua função de dirimir conflitos entre empresas e entre estas e os particulares (semelhante à função jurisdicional), além de uma gama extensa de competências, cujos objetivos são *regular* um setor específico da economia.⁶⁵

3.3. As Agências Reguladoras Brasileiras

Entre as agências reguladoras brasileiras criadas, vale citar, entre outras, a ANATEL - Agência Nacional de Telecomunicações, prevista pelo art. 21, inc. XI, da CF, através da alteração pela Emenda n^o 8/1995, criada

63 Eloísa Carbonell e José Luis Muga, *Agencias y Procedimiento Administrativo en Estados Unidos de América*. Madrid, Ed. Marcial Pons, 1996, p. 24.

64 Sobre a independência das agências reguladoras em geral, ensina o jurista argentino Julio Rodolfo Comadira: “La independencia funcional de los entes reguladores es, asimismo decisiva, porque la experiencia ha demostrado que el poder político es no pocas veces incapaz de sustraerse a las tendencias de sacrificar los objetivos a largo plazo, en aras de la metas diarias de la política”, ou como, de igual forma, preconiza Gaspar Arino Ortiz, “el poder político es incapaz de escapar a la tentación de sacrificar los objetivos a largo plazo en aras de las exigencias inmediatas de la política diaria”, segundo este mesmo autor, “pero una cosa es esta influencia lógica y razonable del poder político sobre la administración y outra la manipulación constante de sus decisiones según las conveniencias del momento, o la medida burda del cese fulminante por una diferencia de opinión com la autoridad política de turno”. Apud Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 1, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 4^a ed., 1997, p. XV-6.

65 Trata-se de um conjunto de caracteres que realçam um modelo jamais visto no direito pátrio, o que tem trazido diversas polêmicas quanto a constitucionalidade das atuais agências reguladoras brasileiras.

pela Lei n ° 9.472/97; a ANP - Agência Nacional do Petróleo, prevista pelo art. 177, § 2º, inc. III, criada pela Lei n ° 9.478/97, a ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica, criada pela Lei n ° 9.427/96 e a ANVS – Agência Nacional de Vigilância Sanitária, criada pela Medida Provisória n ° 1.791/99 convertida na Lei 9.782/99.

As agências reguladoras brasileiras são autarquias federais especiais caracterizadas por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira⁶⁶, que têm por finalidade precípua regular determinadas atividades que o direito positivo considera imprescindíveis, ora fiscalizando-as, ora zelando por padrões mínimos qualitativos e quantitativos dos serviços, ora dirimindo conflitos entre prestadores, ora assegurando a continuidade e a universalidade dos serviços públicos, tendo como vetor fundamental em suas atuações a implementação e tutela da concorrência.⁶⁷

É necessário ressaltar que são inúmeras as funções das agências reguladoras, sofrendo variações conforme a incidência de atuação das mesmas, vale dizer, tais entes poderão atuar no controle das prestações de serviço público ou no controle das atividades econômicas em sentido estrito⁶⁸ segundo determinação legal e constitucional.

Tais agências exercem, com independência, amplo poder normativo que se soma a poderes secundários tais como o sancionatório e o fiscalizatório.

A *independência* das Agências está baseada nos seguintes pontos fundamentais:

a- estabilidade e mandato fixo dos dirigentes da Agência;

66 É o que preconiza, por exemplo, o artigo 8º, § 2º da Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/97) que criou a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações).

67 Aqui vale o ensinamento de Agustín Gordillo: “La disparidad de origen normativo y del contenido de los respectivos textos, la diferente composición y nombramiento de sus autoridades, etc., hace imposible generalizar conclusiones” ; destarte, a caracterização, que aqui se faz das agências, é apenas de natureza introdutória. (Tratado de Derecho Administrativo, tomo 1, 4ª ed. , 1997)

68 Os conceitos supramencionados (atividade econômica em sentido estrito e serviço público) fulcram-se em interpretação constitucional efetuada por Eros Roberto Grau. Para a sua compreensão, consulte A Ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica), ob. cit.. pp. 134-155.

- b- independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, autonomia financeira;
- c- independência normativa

Assim, entendemos que o processo de reestruturação do CADE deverá levar em consideração estas características, caso se queira adotar o figurino de uma *agência reguladora independente*.⁶⁹

Com relação à *independência das agências reguladoras*, merece destaque a necessidade de que tais entes possuam capacidade de captação de recursos e gerenciamento financeiro próprios, ficando submetidos apenas ao controle do Tribunal de Contas da União e, por óbvio, ao controle de legalidade efetuado pelo Poder Judiciário (art. 5º, inc. XXXV da CF).

A ingerência do Poder Executivo sobre a atuação das entidades independentes, sob o pretexto de um controle orçamentário, tem-se mostrado nociva nos EUA, a partir da aprovação da *Executive Order 12.291*, de 1981, cuja essência consubstancia-se em forçar a inatividade das agências, com base no controle das receitas das mesmas. Esta tendência tornou-se mais pronunciada com a aprovação da *Executive Order 12.948*, de 1985, a qual transformou a intervenção política *a posteriori* em intervenção prévia, de modo que as agências passaram a ter de comunicar à OMB (*Office of Management and Budget*), agência executiva responsável por tal controle, as condutas a serem tomadas em dadas matérias e a requerer autorização antes de tomar certas decisões. Com isto, o Executivo passou a orientar a intervenção das agências em setores específicos, impondo, por conseguinte, a política do Governo⁷⁰ em detrimento de uma regulação independente e técnica.

4. Mecanismos Regulatórios de Defesa da Concorrência pelas Agências Independentes (Regulação Concorrencial Setorial)

69 Há, é verdade, uma diferença “de raiz” em relação a estas agências independentes e o órgão antitruste, baseada no fato de que as primeiras regulam setores específicos (ANATEL – telecomunicações; ANEEL – energia elétrica, etc.). Na hipótese de criação de uma agência de defesa do consumidor e da concorrência, não será o caso de um ente setorial, mas de tutela de toda economia. Por este motivo, o padrão de agência reguladora independente tomado como base para a construção do modelo da nova agência precisa ser adaptado a realidade concorrencial.

70 Luis Alberto Pomed Sánchez, “Fundamento y Naturaleza Jurídica de las Administraciones Independientes” in Revista de Administración Pública, vol. 132, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p.130.

Tratamos neste tópico de algumas das principais regulações por parte das agências independentes que giram e torno da idéia da defesa da concorrência: *o princípio da assimetria regulatória, o compartilhamento de redes entre prestadoras do setor de telecomunicações e interconexão de redes.*

4.1. O Princípio da Assimetria Regulatória

Neste ambiente de implementação da concorrência em setores recentemente abertos à iniciativa privada, o ***princípio da assimetria regulatória*** merece destaque.

A *assimetria regulatória* deriva de dois outros princípios constitucionais, quais sejam, a *igualdade* (art. 5º, *caput*, da CF) e a *defesa da concorrência* (art. 170, IV, da CF). Tal princípio funda-se na idéia de que as agências devem promover condutas regulatórias cujo objetivo seja prestigiar os futuros prestadores, que estejam em situação desfavorável em relação a um determinado concorrente já estabelecido, seja na concessão de um regime de prestação menos rígido em relação aos primeiros ou, entre outras posturas regulatórias possíveis, na limitação das áreas nas quais o atual prestador poderá ampliar seu serviço.

Com efeito, como um exemplo de previsão legal deste princípio da assimetria regulatória, vale mencionar o artigo 71 da Lei Geral de Telecomunicações - LGT que determina:

*“Visando a propiciar **competição efetiva** e a impedir a concentração econômica no mercado, a Agência poderá estabelecer restrições, limites ou condições a empresas ou grupo empresariais quanto à **obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações**”.* (destacamos)

As atuais prestadoras não podem esperar que o tratamento que lhes seja dispensado corresponda a favorecimentos em detrimento das novas competidoras. As Agências ***devem*** adotar condutas regulatórias cujo objetivo nuclear é a busca de competição efetiva no mercado.

A LGT, como acima mencionado, prevê como uma das ferramentas para que tal finalidade seja alcançada, exatamente, a possibilidade de imposição de restrições, limites ou condições às empresas no que diz respeito à obtenção e transferência de concessões e autorizações. Em nome do ***princípio da assimetria regulatória***, não é possível atribuir mais vantagens às atuais prestadoras de serviços de telecomunicações em face da já superioridade de mercado que ostentam.

4.2. A Interconexão e o Compartilhamento de Meios ou Recursos entre Prestadoras do Serviço de Telecomunicações

A *interconexão* e o *compartilhamento de meios ou recursos entre prestadoras do serviço de telecomunicações* são institutos semelhantes e advêm da necessidade do disciplinamento do uso das redes destinadas a dar suporte à prestação de serviços de telecomunicações, *no intuito de se viabilizar a competição*. Sem estes institutos, não há como se implementar a competição, eis que, primeiramente, no que toca, *ao compartilhamento de meios físicos* entre as prestadoras, nas palavras de Jacintho Arruda Câmara, “em virtude dos altos custos que envolvem a construção e instalação de uma rede de telecomunicações; tal fato demanda a necessidade do máximo aproveitamento dos recursos existentes, inclusive por terceiros, que não os proprietários das redes”⁷¹, e, por outro lado, no que diz respeito à *interconexão*, “se num mercado como esse existe apenas um operador dominante, que detém a imensa maioria dos clientes, a entrada de um novo competidor somente será viabilizada se for garantido a ele (novo competidor) o acesso à rede do operador dominante, de modo que os seus usuários, desde logo, tenham como se comunicar com os demais usuários do serviço, mesmo aqueles vinculados a um outro operador”⁷².

Como se percebe, o *compartilhamento de meios* está muito ligado à idéia de economia de infra-estrutura, sem o que seria, praticamente, impossível a entrada de um novo prestador no setor, uma vez que os custos para implantação de uma rede física alternativa são muito elevados. Com efeito, possibilita-se a utilização, por parte do novo prestador, da rede física do prestador já estabelecido, de modo que o primeiro não precise despender grandes quantias para o seu estabelecimento, pagando apenas pelo “empréstimo” dos meios.

No que concerne à *interconexão*, temos que tal instituto está ligado à idéia de possibilidade de comunicação entre usuários de serviços, cujas redes são distintas, isto é, consoante a LGT, em seu art. 146, 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”. Caso não fosse possível a realização da *interconexão*, um concorrente encontraria tremendas dificuldades para entrar no mercado, uma

71 “Telecomunicações e Globalização”, Direito Global, ob. cit., p. 187.

72 Ob. cit., p. 88.

vez que, como afirma Calixto Salomão Filho, “não há nenhum interesse para o usuário em adquirir uma linha telefônica que não permita a comunicação com praticamente ninguém”.⁷³ Calixto, então, conclui, no que concordamos, “daí por que fundamental para a existência de competição no setor de telefonia é a garantia de que todos os operadores possam ter acesso a uma rede única (...). Trata-se de uma condição necessária para a existência de competição no setor”.⁷⁴

Pelo art. 155 da LGT, “*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” (destacamos).

Como se vê, tanto a *Interconexão* como o *Compartilhamento de Meios entre Prestadoras do Serviço de Telecomunicações* têm como idéia basilar a defesa da concorrência.

5. Conclusão

Tentamos demonstrar neste ensaio a importância de se vislumbrar a atuação regulatória realizada pelas agências independentes brasileiras na *defesa da concorrência*.

Muito embora tal intervenção (*regulação concorrencial setorial*) seja diametralmente oposta à empreendida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (*regulação concorrencial de mercado*) no que respeita aos meios utilizados, quanto ao fim buscado possuem ambas uma linha comum consubstanciada, exatamente, no equilíbrio entre os princípios da *livre iniciativa e livre concorrência*.

Assim, a *regulação* estatal assume a relevante tarefa de introduzir e viabilizar a concorrência por meio da utilização constante de mecanismos preventivos de controle dos respectivos setores. Trata-se, como se verificou, de uma atuação estritamente técnica e com base em critérios previamente fixados em lei, tendo como pilar de sustentação a Carta Magna.

Além da questão do possível conflito de competências entre as Agências Reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência no que diz respeito à *regulação concorrencial de mercado*, é preciso indagar até que ponto a própria *regulação concorrencial setorial* não apresenta impactos

73 Ob. cit., p. 194.

74 Idem, ibidem.

sobre a primeira, ou seja, quais os limites de uma e outra e quais as soluções do eventual conflito entre elas.

Preferimos, porém, tratar de tal assunto em outra oportunidade, pois assim nos sentiremos animados ao contínuo estudo deste tema que é tão fascinante.

Esperamos também ter contribuído para o projeto de reestruturação do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) que, ao que tudo indica, passará a possuir o figurino de um ente regulador autônomo. Com a ressalva de que, entre o CADE e as agências reguladoras, há uma distinção *de raiz*, afinal o primeiro não se presta à regulação setorial, mas do controle do mercado como um todo. Daí a necessária cautela na atribuição de poderes ao futuro ente de defesa da concorrência tais quais os assimilados aos entes reguladores. Quanto à *independência*, parece não haver problemas na sua atribuição ao novo órgão.

Despertar, então, para o estudo deste *novo direito concorrencial* talvez seja um dos grandes desafios dos estudiosos do tradicional *direito da concorrência* na atualidade.

