

A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NAS UTILIDADES PÚBLICAS E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Luís Felipe Valerim Pinheiro *

Capítulo I - A defesa da concorrência e a função regulatória do estado; Capítulo II - A atuação indireta do estado sobre as utilidades públicas – as competências decisórias dos órgãos reguladores; Capítulo III - As Decisões Regulatórias e o Devido Processo Legal - A Pretexto de Conclusão.

Ao meu pai, exemplo de homem.

À minha irmã, companheira pela vida.

À minha mãe, por tudo que aprendo além do Direito.

Ao Prof. Jacintho A. Câmara, hoje meu Amigo e Professor .

I. INTRODUÇÃO

O tema da defesa da concorrência nos mercados abertos à livre iniciativa é, por si só, complexo, em decorrência de sua interdisciplinariedade entre o direito, a economia e as definições das políticas públicas de ação do Estado na Economia. Quando o tema envolve a implementação de concorrência em setores em que encontramos monopólios naturais a serem dissolvidos, garantia de escolha a usuários, desregulação dos serviços até pouco tempo completamente regulados (prestação direta pelo Estado), entre outros fatores adiante apontados, a complexidade cresce consideravelmente.

No esforço de tentar compreender o fenômeno da implementação de concorrência nos antigos serviços públicos, hoje por nós denominados utilidades públicas, empreendemos este estudo. Primeiramente, traçamos um perfil da Ordem Econômica, com a classificação das espécies de atividades econômicas, conforme julgamos mais conveniente para compreensão do regime jurídico aplicável às referidas utilidades públicas. Em seguida, enquadramos os princípios aplicáveis aos serviços de telecomunicações e de energia elétrica, escolhidos como modelos da atual transição da intensa regulamentação estatal para um regime de livre concorrência entre prestadores privados. Ainda neste tópico, elencamos as competências decisórias da regulação ativa exerci-

* Aluno de graduação do curso de Direito de PUC-SP

da pela ANATEL e pela ANEEL, bem como a competência decisória da regulação reativa exercida pelo CADE. Por fim, tentamos introduzir algumas considerações acerca da importância do devido processo legal para a implementação de concorrência nas utilidades públicas, tanto como parâmetro decisório como de controle pelo Poder Judiciário.

CAPÍTULO I

A DEFESA DA CONCORRÊNCIA E A FUNÇÃO REGULATÓRIA DO ESTADO

1. A Atividade Econômica. 2. O Princípio da Livre Concorrência. 3. A Regulação Indireta da Economia e a Aplicação do Princípio Livre Concorrência.

1.A Atividade Econômica.

A Ordem Econômica, conforme tratado pela Constituição Federal de 1.988, prevê tanto os princípios norteadores da atividade econômica como, também, as formas de intervenção e de atuação do Estado na economia. A Constituição configura um modelo de Estado que age sobre a economia, de maneira que insere uma concepção jurídica abstrata de Ordem Econômica, a fim de aparelhá-lo de instrumentos capazes de garantir a realização dos valores e objetivos da República Federativa do Brasil, previstos em seus arts. 1º ao 4º.¹

A atividade econômica é, portanto, incorporada e regulada pelo direito. Cabe, para os fins do presente estudo, delimitar a abrangência que a Carta Magna atribuiu para o conceito jurídico “atividade econômica”. A disciplina da matéria, em seus arts. 170 a 181, rege desde as atividades desempe-

¹ Mencionamos, aqui, a concepção de Estado intervencionista como forma de garantia do próprio capitalismo, isto é, a Constituição Federal adota um conjunto de princípios e normas balizadores da atividade econômica. Sendo assim, existe a incorporação, pelo direito, de valores a serem perseguidos e garantidos pelo Estado, ou seja, a atividade econômica do mundo real é constatada e incorporada pelos pontos de cognição do direito (Poderes Constituinte e Legislativo), que a disciplina de forma cogente (normas jurídicas). A partir deste ponto, o Estado, através do direito, passa a disciplinar as atividades econômicas e a agir sobre ela, nos termos em que julgar politicamente conveniente (sempre conforme o Direito), objetivando, sempre, a realização dos objetivos previstos no art. 3º da CF/88. A respeito do conceito de Ordem Econômica, consultar profunda análise de Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1.988*, 3ª ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 1997, pp. 41 a 57.

nhadas livremente pelos particulares até os serviços públicos e monopólios. Todas estas atividades estão condicionadas aos mesmos princípios (CF, art. 170), havendo diferenças apenas na composição destes princípios, pelo próprio texto constitucional (CF; arts. 175 e 177) e pelo legislador ordinário, com fulcro neste mesmos princípios. Esta pequena, mas nevrálgica, diferença tem o condão de dar asa a questões jurídicas de grande monta, como p. ex., a definição do regime jurídico específico aplicável a cada atividade econômica.

A doutrina, encabeçada por Eros R. Grau², classifica a atividade econômica em sentido amplo (CF; arts. 170 e 174 da CF), como gênero do qual são espécies a atividade econômica em sentido estrito (CF; art. 173 e 177) e os serviços públicos (CF; art. 175). Neste sentido, a intervenção do Estado na economia, como ente normatizador e regulador (CF, art. 174), deverá obedecer aos princípios enumerados no art. 170 da CF, notadamente ao princípio da livre concorrência, para os fins deste estudo. Em outras palavras, o desempenho das atividades econômicas pelo setor privado (livres de outorga ou regulamentação pública ou na prestação de serviços públicos delegados) ou pelo Poder Público (intervenção nas atividades econômicas típicas do setor privado ou atuação na prestação de serviços públicos) deverá respeitar, como regra geral, os princípios vetores da Ordem Econômica³.

Importante ressaltar que a atribuição de regime concorrencial (CF; art. 170, IV) aos serviços públicos depende de uma vontade política de governo, verificada no regime jurídico (lei em sentido formal) que disciplina determinada atividade. A razão para esta interpretação é dada pelo próprio texto constitucional, que dispõe poder o Estado prestar o serviço público diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão a particulares (prestação indireta), de maneira que este tem a prerrogativa de retirar qualquer possibilidade de regime concorrencial para a fruição da atividade econômica (o serviço público), através da exploração direta, e, quem pode prestar diretamente pode inse-

² GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica...*, pp. 129 a 147.

³ Sobre este tema, Fernando Herren Aguilar (*Controle Social dos Serviços Públicos*, 1ª ed., Ed. Max Limonad, São Paulo, 1999, pp. 117 a 159) classifica as atividades desempenhadas pelo Estado como: função pública exclusiva (p. ex. repressão ao uso da força), função pública não-exclusiva (p. ex. resolução de conflitos, educação e saúde), serviços públicos (desempenhados pelo Estado, concedido e permitido) e atividade econômica desempenhada pelo Estado (monopólio – p. ex. petróleo e em regime de concorrência com os particulares – p. ex. instituições financeiras). Eros R. Grau (*A Ordem Econômica...*, pp. 143) enumera os serviços de saúde e educação como espécies de serviço público não privativos do Estado, visto que podem ser exercidos livremente pelos particulares, em regime de concorrência, independentemente de outorga do Poder Público, salvo aquela autorização ordinária decorrente do exercício do poder de polícia.

rir o grau de concorrência que entender conveniente para a atividade econômica sob sua titularidade.

Convém mencionar, ainda sobre esta questão, que as atividades econômicas em sentido estrito, sob o regime de monopólio estatal, justamente pelo fato de não poderem ser exploradas pelos particulares (CF, art. 177), também podem ter o seu regime jurídico, no que tange à aplicação do princípio da livre concorrência, disposto conforme a conveniência do governo, através da via legislativa⁴.

2. O Princípio da Livre Concorrência.

Após estas breves considerações acerca das atividades econômicas, devemos traçar algumas linhas a respeito do princípio da livre concorrência (CF/88; art. 170, IV) e sua relação com o princípio da liberdade de iniciativa (CF/88; arts. 1º, IV e 170, *caput*), visto que, no atual regime regulatório do Estado (intervenção indireta por direção), como se verá adiante, estes são vetores fundamentais da decisão do Poder Público, tanto na regulação econômica setorial (ativa), como na regulação econômica geral (reativa).

O princípio da liberdade de iniciativa constitui um primado da Ordem Jurídica pátria, pelo qual as relações jurídicas devem ser pautadas com base na liberdade de empreender do particular em face de outro particular e do Poder Público. A ação do Estado sobre a economia⁵ deverá levar em consideração este princípio constitucional garantidor da liberdade econômica.

⁴ A Emenda Constitucional nº 09/95 deu nova redação ao § 1º do art. 177 da CF/88 e acrescentou o § 2º ao mesmo dispositivo, os quais disciplinam as hipóteses de contratação, entre a União e os particulares, para desempenho das atividades econômicas em sentido estrito relativas ao setor petrolífero. Vale observar que a Agência Nacional do Petróleo – ANP poderá outorgar o direito de exploração das atividades através de uma modalidade de concessão *sui generis*, em que a exploração e produção se dará por conta e risco do particular – produz um contrato administrativo, regido por princípio e normas de direito público, porém sem garantia, como p. ex., ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato – ou por autorização, nos termos da Lei Federal nº 9.478, de 06 de agosto de 1.997, arts. 23 a 26, 43 e 44, 53 e 56. A respeito da natureza jurídica do contrato de concessão para exploração e produção de petróleo consultar: MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Comentários à Lei do Petróleo*, 1ª ed., Ed. Atlas, São Paulo, 2000, pp. 125 a 137.

⁵ Adotamos, aqui, tanto a concepção de *intervenção* do Estado na atividade econômica em sentido estrito quanto (direta, como p. ex.: empresas públicas ou sociedades de economia mista, ou indireta, como p. ex.: regulação econômica ativa e reativa de atividades livres à exploração pelos particulares – serviço de saúde suplementar) a *atuação* do Estado nos serviços públicos (direta, como p. ex.: exploração de serviço

A liberdade de iniciativa é um princípio constitucional que se refere exclusivamente aos particulares, vale dizer, não há o que se falar em liberdade de iniciativa do Estado, pois esta ocorrerá apenas nos serviços públicos, monopólios e nas demais atividades econômicas em sentido estrito, quando presentes os requisitos enumerados no art. 173, *caput* da CF/88. Observe-se, ainda, que a valorização do trabalho humano (CF/88; art. 1º IV e 170, *caput*) pressupõe o desempenho de atividade econômica por particulares (pessoas) e não pelo Estado, conforme entendimento de Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁶ (“A Economia e o Controle do Estado”, parecer publicado *in: O Estado de São Paulo*, edição 04.06.89).

Entretanto, a garantia material de liberdade de iniciativa depende do seu princípio ancilar, qual seja, a livre concorrência. É através deste que o Estado Pós-Social buscará efetivar a liberdade de iniciativa do empreendedor e o direito de o consumidor ter opções e de realizar a melhor escolha⁷. A adoção deste princípio demonstra a assunção, pelo texto constitucional, da desigualdade de oportunidades entre concorrentes existente no mercado (ordem econômica real). Para contorná-la, o Estado conta com o princípio instrumental da livre concorrência como meio para implementação de sua ação, principalmente sobre a economia.

O princípio da livre concorrência assume um aspecto de crescente importância nos setores regulados da economia, pois é fundamento autônomo

público por empresa pública ou sociedade de economia mista, ou indireta, como p. ex.: regulação econômica ativa e reativa de serviços públicos outorgados aos particulares – serviços de energia elétrica e de telecomunicações) e em atividades econômicas em sentido estrito sob o regime de monopólio (direta, como p.ex.: empresa pública ou sociedade de economia mista, ou indireta, como p. ex.: a regulação ativa e reativa da indústria do petróleo explorada por particulares), hipótese esta em que o Poder Público tem a prerrogativa de disciplinar a concorrência conforme decisão política-legislativa. Percebemos, neste ponto, uma diferença na disciplina constitucional, no que tange à restrição à liberdade de iniciativa, das prerrogativas para a regulação estatal indireta da atividade econômica em sentido estrito em geral em oposição à regulação estatal indireta dos serviços públicos concedidos, qual seja, a possibilidade de maiores condicionamentos à liberdade de iniciativa nesta segunda em comparação com a primeira, em razão da atuação estatal incidir sobre atividades econômicas (serviços públicos ou monopólios) sob sua titularidade exclusiva ou conferido unicamente a ele o direito de explorá-la. Esta nossa classificação difere, em seu conteúdo, daquela elaborada por Eros R. Grau (*A Ordem Econômica...*, pp. 130 e segs.). Tratamos, ainda, indistintamente as expressões “intervenção sobre a economia” e “intervenção na economia”.

⁶ *Apud.* GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica...*, pp.228 e 229.

⁷ Adiante, mencionaremos as teorias que institucionalizam a concorrência como um “valor institucional”.

para implementação de concorrências em tais setores (regulação econômica ativa), assumindo um caráter autônomo do conteúdo do art. 173, § 4º da CF/88, que se refere, exclusivamente, à prevenção e repressão de abuso do poder econômico (regulação econômica reativa). A regulação econômica ativa, empreendida pelas agências reguladoras setoriais, tem, em suas leis específicas, com grande variação qualitativa, a previsão de *standarts* setoriais específicos sobre a proteção da concorrência no respectivo setor, que balizam a suas atuações. Isto é assim em razão da extrema peculiaridade técnica que estes setores da economia atingem, não sendo possível criar um “regime jurídico geral de implementação de concorrência para os setores regulados”.

Sendo assim, o princípio da livre concorrência exige uma conduta pró-ativa do Estado, no sentido de implementar a igualdade material entre os agentes do mercado e de garantir a difusão do conhecimento econômico, ao contrário do princípio da liberdade de iniciativa que possui a abstenção de atuação do Poder Público como conteúdo jurídico, em proteção da liberdade de empreender pertencente à pessoa física ou jurídica de direito privado⁸.

A partir das privatizações ocorridas nos setores de infra-estrutura brasileiros, o Estado, por opção político-legislativa, tem se retirado da gestão dos serviços públicos (atuação direta do Estado na economia), assumindo o papel de regulador destes serviços (regulação indireta da economia). Como forma de acabar com a aplicação de recursos públicos em atividades que podem ser exercidas pelos particulares e, ao mesmo tempo, objetivando atrair a aplicação de recursos pelo setor privado nestas atividades, se chegou ao consenso de que os serviços deveriam ser privatizados, juntamente com uma política de desregulação destes setores da economia⁹.

A desregulação pressupõe, principalmente, a flexibilização dos mecanismos de acesso ao mercado¹⁰ (*unbundling*, autorizações prévias vincula-

⁸ Cf. AGUILLAR, Fernando Herren. *Op. cit.*, pp. 58 a 60.

⁹ Mister observarmos que a Lei de Concessão de Serviços Públicos nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1.995, em seu art. 29, XI, já atribuía, como encargo do Poder Concedente, o dever deste incentivar a competitividade na prestação do serviço público. Entretanto, esta função do Poder Público nunca foi implementada a fim de garantir o direito de escolha dos usuários.

¹⁰ A viabilização de acesso ao mercado para novos agentes tem sido efetivada mediante a outorga de autorizações para prestação de serviços, com um regime jurídico diverso daquele classicamente tratado pela doutrina administrativista. Estas novas autorizações não são discricionárias, não podem ser revogadas sem devido processo legal e, em regra, geram direito à indenização ao particular quando cassadas. Cf. MACHADO, Santiago Muñoz. *Servicio Público y Mercado*, Vol. I – Los Fundamentos, 1ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1998, pp. 309 a 316.

das etc.), livre acesso ao mercado (às redes de distribuição e a infra estrutura para prestação do serviço), liberdade de contratação e formação de preços para os segmentos em que existe viabilidade técnica¹¹, liberalização da aplicação de investimentos sem vinculação com taxas de retorno (para os prestadores em regime privado)¹². A redução indireta da intervenção do Estado na economia em tempos de concentração econômica, para Calixto Salomão Filho¹³, é a razão para aproximação entre a regulação econômica setorial (ativa) e a regulação econômica antitruste (reativa)¹⁴. Em nossas palavras, diríamos que a regulação do Estado passou a ser indireta sobre a economia, como reflexo da privatização de setores em que havia monopólios naturais e, por consequência, a regulação passou a abarcar novos parâmetros, agora nos serviços públicos delegados, dentre eles a função de implementar a livre concorrência e de garantir o seu controle¹⁵.

Percebe-se, portanto, que a desregulação dos serviços públicos delegados é seguida de uma nova técnica de ação do Estado na economia, qual seja, a regulação para inserção de concorrência nestes setores ou regulação concorrencial¹⁶. Através da desregulação, o serviço público passa a ser pres-

¹¹ Sobre a desregulação dos preços e tarifas nos serviços de telecomunicações : Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. “A Regulação de Preços e Tarifas dos Serviços de Telecomunicações”, in: *Direito Administrativo Econômico*, 1ª ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 2000, p. 321.

¹² Cf. ORTIZ, Ariño et alli. “Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico (hacia un nuevo modelo de regulación”, in: *El Nuevo Servicio Público*, 1ª ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 20 e segs.

¹³ Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica – Princípios e Fundamentos Jurídicos*, 1ª ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 2001, pp. 15 e 16.

¹⁴ Neste contexto, a aproximação entre o Direito Administrativo, disciplinando as regras de ação do Estado no domínio econômico (regulação econômica) e o Direito Econômico, tratando da disciplina das relações de caráter econômico e seus condicionamentos em função dos princípios da Ordem Econômica, se faz presente. Surge, então, um Direito Administrativo-Econômico que abarca os aspectos dos novos regimes jurídicos oriundos pós reforma do Estado.

¹⁵ No capítulo seguinte, discutiremos a aplicação de outros princípios à função regulatória do Estado, os quais delinearão o arcabouço normativo balizador da decisão de cada órgão regulador (setorial ou geral), bem como a finalidade de cada espécie regulatória, seus instrumentos e competências.

¹⁶ A este respeito: “Participants recognized that even in the context of liberalized trade regimes and procompetitive privatization programs, there is still scope for anticompetitive behavior by private enterprises. It was argued that competition law should apply to all sectors of economy, including those that undergo privatization process. There was a consensus that economic reform should be oriented to the pro-

tado pelo particular, sob uma incidência maior das regras do mercado e, para garantia do funcionamento deste sistema concorrencial, existe um incremento de normas estatais diretivas, tanto por meio das leis setoriais (telecomunicações, energia elétrica e, ainda por vir, correios e saneamento básico) quanto pelo exercício do poder normativo das agências reguladoras setoriais.

Passaremos a analisar, no próximo tópico, de forma mais detida, a atribuição de uma competência regulatória com finalidade de inserção de concorrência nos novos setores regulados e sua repercussão nas decisões dos órgãos estatais de regulação indireta da atividade econômica.

3.A Regulação Indireta da Economia e a Aplicação do Princípio da Livre Concorrência.

Conforme afirmado alhures, o modelo regulatório atual consiste em uma ação indireta do Estado sobre a atividade econômica, ora sob *intervenção* ora sob *atuação* sobre a ordem econômica¹⁷.

As agências reguladoras setoriais devem agir na Ordem Econômica a fim de implementar a concorrência, uma vez garantida, também, a maior subsunção do princípio da livre concorrência, por via legislativa, em garantia da liberdade de iniciativa à exploração dos serviços públicos com sua outorga destinada aos particulares (regulação por atuação indireta do Estado). A implementação da concorrência, nestes setores, é pró-ativa, isto é, exige o exercício de competências positivas das agências reguladoras setoriais, no sentido de construir uma estrutura de mercado e de aplicação das normas específicas capazes de garantir, em última análise, o direito de escolha e o bem estar do consumidor. Esta é uma das prerrogativas do Estado Regulador em sua feição Pós-Social.

Outra prerrogativa deste modelo de Estado, quanto à defesa da concorrência, é o controle preventivo e de repressão às infrações da Ordem Econômica, vale dizer, a ação indireta sobre a Ordem Econômica, por meio, por vezes da atuação (em mercados regulados em que o particular atua como exceção) e da intervenção (mercados em que a regra é a atuação livre do particular). Esta forma de regulação econômica é reativa, pois implica uma conduta positiva do Estado, tão somente para corrigir aqueles atos que possam gerar prejuízos à Ordem Econômica, isto é, implica uma atuação do particular que

motion of sustainable procompetitive market structures, and that the objectives of competition policy should be taken as their own by regulators and privatization agencies.”(WORLD BANK, The. Competition Policy and Economic Reform – An Interpretative Summary, 1998, p. 5).

¹⁷ Ver nota 5.

traga prejuízo ao livre exercício das forças de mercado. Esta competência é atribuída ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, que tem a função de repressão às infrações à Ordem Econômica (controle de condutas) e de controlar a produção de efeitos de atos jurídicos que causem, de fato ou em hipótese, prejuízos à Ordem Econômica (controle de estruturas)¹⁸.

Para Calixto Salomão Filho¹⁹, a regulação econômica setorial busca, entre outros objetivos, a imposição do Direito Antitruste (intervenção ativa) sobre os setores regulados, de forma que o direito concorrencial passa a ter papel relevante na função regulatória estatal. A intervenção ativa através das agências reguladoras setoriais tem o condão de gerar a criação de uma utilidade pública, vale dizer, a criação de um sistema concorrencial. Enquanto isto, a atuação do Direito Antitruste (CADE), por si só, é eminentemente passiva, limitando-se a fiscalizar e controlar a observância dos princípios norteadores da atividade econômica, buscando fundamento na clássica concepção de poder de polícia.

Agora se faz mais claro o fato de adotarmos esta concepção para classificação da regulação da Ordem Econômica pelo Estado, pois teremos um arcabouço normativo diverso a ser aplicado tanto pelas agências reguladoras setoriais quanto pelo CADE no que se refere à defesa da concorrência, dependendo do setor da atividade econômica envolvido na decisão a ser tomada, cada qual com princípios a serem seguidos, regimes jurídicos e peculiaridades técnica e instrumentos jurídicos próprios.

Esta é a razão da utilidade de nossa classificação das formas de intervenção na Ordem Econômica, pontificada no regime jurídico aplicável a determinada atividade econômica., que determinará o direito aplicável à decisão tanto das agência reguladoras setoriais quanto do CADE, a qual deverá observar, para ambas as formas de regulação econômica, as normas jurídicas de proteção à Ordem Econômica (Lei Federal nº 8.884/94) e, também, os princípios setoriais envolvidos (leis específicas), não apenas para implementação de concorrência, mas ainda os objetivos exógenos às relações econômicas de determinadas atividades, como forma de contornar as externalidades sociais (p. ex.: dever de universalização e continuidade na prestação do serviço público em regime de direito público).

A ação estatal tem debruçado suas atenções para a mencionada intervenção indireta do Estado na economia (principalmente à regulação setorial das atividades econômicas não monopolizadas). Este fenômeno tem funda-

¹⁸ O CADE foi instituído como autarquia independente pela Lei Federal nº 8.884, de 11 de junho de 1.994, sendo estas competências previstas, principalmente, em seus arts. 20, 21 e 54.

¹⁹ Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.*, especialmente pp. 31, 32 e 41a 46.

mento, parte em razão a um “modismo institucional” (agências reguladoras), parte em função do movimento natural destes mercados para criação de concentrações empresariais e paralelismos de condutas entre seus agentes. A opção política adotada, é dizer, permitida constitucionalmente, foi regular tais setores como forma de implementar ou garantir a permanência de concorrência juntamente com outros objetivos exógenos ao mercado (como p. ex.: higiene do mercado)²⁰.

A regulação econômica ativa e a reativa devem considerar a concorrência como um valor institucional em si mesmo, isto é, uma utilidade a ser implementada e garantida pelo Poder Público (CF/88, arts. 1º, IV, 5º, XXXII, 170, IV e V e 173, § 4º)²¹. A regulação estatal da economia deve balizar sua conduta no intuito de realizar a Ordem Econômica pressuposta pelo sistema social-capitalista e posta na Constituição Federal de 1.988 (Eros R. Grau²²). Para tanto, a decisão a ser emanada dos órgãos reguladores deve compor o princípio da livre concorrência e da proteção do consumidor com os demais princípios constitucionais balizadores da Ordem Econômica, mantendo-se a idéia de arcabouço normativo específico aplicável aos setores regulados.

Destarte, a regulação econômica deverá perseguir, nomeadamente, os princípios: da dignidade da pessoa humana; dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; liberdade de associação profissional e sindical; busca da justiça social; a soberania nacional, a propriedade e a função social da propriedade; a defesa do meio ambiente, busca do pleno emprego, e tratamento favorecido para as empresas brasileiras

²⁰ Calixto Salomão Filho destaca que a concorrência sempre requer a diluição forçada do poder econômico. Cf. SALOMÃO FILHO. *Op.cit.*, pp. 16, 34 e 46 a 50.

²¹ A teoria do conhecimento econômico, em breves linhas, diz que o conhecimento econômico é adquirido individualmente, através do processo de escolha. Sendo assim, a preservação da concorrência busca garantir a preservação do direito de escolha, para que o consumidor descubra a verdadeira utilidade dos produtos e serviços e as melhores opções. Por esta teoria, os objetivos do sistema econômico são revelados pelas escolhas individuais dos consumidores, devendo o Direito fazer uso de suas normas cogentes para garantir a multiplicidade de escolha, a informação para o consumidor fazer a melhor opção e, por fim, diluir estas duas primeiras finalidades pela sociedade. Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. “Globalização e Teoria Jurídica do Conhecimento Econômico”, in: *Direito Global*, coord. Carlos Ari Sundfeld e Oscar Vilhena Vieira, 1ª ed., Ed. Max Limonad, São Paulo, 1999, pp. 266 a 268).

²² GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, 2ª ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 1998, pp. 42 e segs.

de capital nacional de pequeno porte; integração do mercado interno ao patrimônio nacional (CF/88; arts. 1º, III; 3º, I a III; 8º; 9º, 170 *caput* e I a IX, 219)²³.

A composição destes princípios é o desafio que se impõe aos órgãos reguladores (agências setoriais e ao CADE), a fim de coordenar a desregulação econômica (maior liberdade de iniciativa), em face de seus princípios condicionadores acima enumerados, a fim de garantir que todos os agentes econômicos possam, efetivamente, empreender e que estes benefícios sejam partilhados com a sociedade.

CAPÍTULO II

A ATUAÇÃO INDIRETA DO ESTADO SOBRE AS UTILIDADES PÚBLICAS – AS COMPETÊNCIAS DECISÓRIAS DOS ÓRGÃOS REGULADORES.

1. Principiologia Aplicável. 2. Modelos Existentes – Os Extremos. 3. A Regulação Ativa. 4. A Regulação Reativa.

1. Principiologia Aplicável.

No Capítulo anterior, tratamos da concepção por nós adotada acerca da classificação das atividades econômicas, a possibilidade de aplicação dos princípios da Ordem Econômica nos setores regulados e a aplicação do princípio da livre concorrência nas atividades econômicas em face da atual opção pela ação indireta do Estado sobre a economia, tanto pela regulação através da intervenção, quanto pela regulação através da atuação.

Passaremos a analisar, com maior afinco, a ação do Estado na implementação e controle da concorrência nos setores em que age por atuação, quais sejam, as utilidades públicas ou, como tratado pela doutrina administrativa clássica, os serviços públicos²⁴. Esta parcela da Ordem Econômica possui

²³ Eros R. Grau elenca, ainda, mais alguns princípios conformadores da Ordem Econômica prevista pela Constituição Federal de 1.988 em: GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica...*, pp. 215 e segs.

²⁴ Entendemos que o conceito de serviço público, até hoje encontrado nos clássicos autores pátrios, não mais define as atividades econômicas sob a titularidade exclusiva do Estado, prestadas diretamente por este ou por quem lhe faça as vezes, abarcando todos os reflexos jurídicos desta configuração (como p. ex.: contrato de concessão, equilíbrio econômico e financeiro do contrato, limitação do número de prestadores, reversão dos bens ao término da outorga, entre outros). A desregulação dos serviços de telecomunicações e de energia elétrica trouxe uma nova conformação para estes

um caráter de especialidade em relação às demais atividades, visto que outros princípios norteiam a sua regulação pelo Estado, princípios estes que se somam àqueles singelamente enumerados no Capítulo I.

Mister salientar, desde logo, que trataremos de uma atuação estatal, exatamente devido à existência destes princípios específicos vetores das utilidades públicas, visto que a titularidade detida pelo Estado tem o condão de lhe atribuir uma série de prerrogativas adicionais, a fim de garantir a promoção da concorrência(utilidade) nestes setores. Estas competências, na atual feição do Estado, estão investidas nas agências reguladoras setoriais de atuação do Estado sobre o domínio econômico, mais precisamente para este trabalho, Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL²⁵ e Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL²⁶.

serviços, iniciada pela EC nº 08/95 e delineada pelas leis ordinárias referidas. Neste sentido, estes serviços continuaram sob a titularidade do Estado, mas podem ser prestados em regime público ou privado nos termos da lei, de maneira que passam a constituir serviços sobre os quais existe uma intensa regulação estatal, no sentido de lhes retirar sua configuração de monopólios naturais e de garantia de obtenção de certas metas de caráter social (como p. ex., a continuidade e a universalização). Tais metas são exigidas como objetivos de uma conduta empresarial mais flexível do particular, isto é, existe uma maior abertura para as forças de mercado atuarem na regulação do serviço (regulação não-estatal). O próprio berço da noção de serviço público (Europa) desenvolveu noções diversas desta para tratar o que antes era configurado sob este rótulo. Hoje existe as noções de serviço social, serviço de interesse econômico geral e utilidade pública. A respeito da crise do conceito de serviço público, Carlos Ari Sundfeld escreve: “Os velhos serviços públicos de regime jurídico afrancesado e explorados diretamente pelo Estado, estão desaparecendo, com as empresas estatais virando particulares e o regime de exploração dos serviços sofrendo sucessivos choques de alta tensão. Telecomunicações, energia elétrica, portos são alguns dos setores em que a noção de ‘serviço público’, se algo ainda diz, diz pouco admite-se a exploração em regime privado, por meio de autorizações, não mais pelas clássicas concessões; introduz-se a competição entre prestadores, suscitando a aplicação do ‘direito da concorrência’ (ou antitruste) e a interferência dos órgãos incumbidos de protegê-la” (SUNDFELD, Carlos Ari. *A Administração Pública na Era do Direito Global*” in: *Direito Global*, Carlos Ari Sundfeld e Oscar Vilhena Vieira (coord.), 1ª ed., Ed. Max Limonad, São Paulo, 1999, p. 161).

²⁵ Instituída pela Lei Federal nº 9.472 (Lei Geral de Telecomunicações - LGT), de 16 de julho de 1997, como integrante da Administração Pública Federal sob regime autárquico especial, nos termos de seu arts. 8º e segs.

²⁶ Instituída pela Lei Federal nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, também integrante da Administração Pública Federal sob regime autárquico especial, nos termos de seu art. 1º.

Como dissemos, estes órgãos reguladores setoriais deverão observar os princípios da Ordem Econômica, inclusive o relativo à livre concorrência e à proteção dos consumidores, por expressa vontade do legislador ordinário ao delinear o regime jurídico destas utilidades públicas. Enquanto que cabe ao CADE exercer o controle do exercício do poder econômico dos agentes destes setores regulados e seus efeitos em mercados afins.

A regulação reativa ganha destaque quando ocorre a mencionada desregulação da prestação das utilidades públicas, já que uma considerável parte da regulação é transferida das mãos do Poder Público para as forças de mercado, é dizer, é dada uma liberdade de iniciativa maior ao particular, que recebe a outorga para prestação do serviço, que deverá conjugar os esforços que considerar necessários para atender às metas impostas pelas agências reguladoras setoriais. Uma vez presente esta maior liberdade de iniciativa, no Estado Pós-Social, deve existir meios de controle de seu exercício abusivo. Neste ponto, é imperiosa a regulação reativa do Estado para conter os abusos e a formação de estruturas empresariais danosas ao mercado.

Entretanto, a complexidade existente na composição dos princípios da Ordem Econômica, em especial da tutela à livre concorrência, em face dos princípios vetores da prestação das utilidades públicas é, hodiernamente, uma das principais (senão a principal) questões enfrentadas pelo Direito Administrativo Econômico. Entendemos que o relacionamento entre as agências reguladoras setoriais e o CADE consiste em uma integração destes princípios e sua correta valoração, tanto na decisão final da ANATEL ou da ANEEL (regulação ativa) quanto do CADE (regulação reativa).

Mencionaremos, brevemente, alguns princípios aplicáveis às utilidades públicas de telecomunicações e de energia elétrica, como forma de ilustrar o arcabouço normativo²⁷ a ser aplicado nestes setores, conjuntamente a garantia da liberdade de iniciativa e seu corolário, princípio da livre concorrência.

São aplicáveis aos serviços públicos, no abalizado entendimento de Dinorá A. M. Grotti²⁸, os seguintes princípios, que trazemos de forma tópica:

. Princípio da Continuidade;

²⁷ No capítulo III, abordaremos o nosso entendimento acerca do ‘arcabouço normativo’, aplicável a estes setores, para que se obtenha uma melhor decisão administrativa, balizada pelos princípios oriundos da cláusula do Devido Processo Legal e pelo princípio da eficiência administrativa.

²⁸ GROTTI, Dinorá A. M. “Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação”, *in*: *Direito Administrativo Econômico*, Carlos Ari Sunfeld (coord.), 1ª ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 2000, pp. 49 a 65.

- . Princípio da Regularidade;
- . Princípio da Igualdade ou da Uniformidade;
- . Princípio da Neutralidade;
- . Princípio da Generalidade ou Universalidade, também denominado Universalização;
- . Princípio da Obrigatoriedade;
- . Princípio da Mutabilidade ou da Adaptação Constante;
- . Princípio da Modicidade, no caso das telecomunicações, Razoabilidade dos Preços;
- . Princípio da Participação do Usuário;
- . Princípio da Cortesia;
- . Princípio da Eficiência;
- . Princípio da Responsabilidade.

A composição destes princípios com a inserção de concorrência nas utilidades públicas, como já foi dito, é tarefa exclusiva dos órgãos reguladores setoriais. O fato de o Estado titularizar uma determinada atividade econômica, por vontade constitucional ou legislativa, a impregna de uma série de ônus, deveres e objetivos a serem perseguidos, ora por este atuando diretamente, ora delegando a sua prestação a particulares, que farão as vezes do Estado, isto é, incorporarão os mesmos ônus, deveres e objetivos. A busca de inserção de competição nestes setores não poderá atingir o ponto de comprometer os objetivos, contidos nos princípios acima elencados, desta utilidade pública.

Um importante ponto levantado por Carlos Ari Sundfeld²⁹ é a proteção do consumidor potencial do serviço, qual seja, aquele que não possui, ainda, a sua fruição. A agência reguladora setorial deve conduzir sua regulação para que tais pessoas, em número muito elevado no Brasil, tenham – primeiramente – acesso a serviço (universalização) para, em um segundo momento, exigir sua prestação com qualidade, a existência de possibilidade de escolha e o seu efetivo direito de escolher.

Como bem observa o autor, estes interesses da sociedade não são traduzidos pelos critérios de eficiência econômica, constituindo verdadeiro ônus a ser atribuído aos particulares, que deverão estender o serviço a áreas

²⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. “Serviços Públicos e Regulação Estatal – Introdução às Agências Reguladoras” *in: Direito Administrativo Econômico*, Carlos Ari Sundfeld (coord.), 1ª ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 2000, pp. 34 a 36.

em que não haverá retorno econômico. Neste ponto, é imprescindível que a agência reguladora garanta condições para que estes investimentos se concretizem, o que, por certo, será uma decisão que não incentivará a concorrência, mas sim constituirá uma prerrogativa deste prestador em regime público, pois haverá o financiamento da universalização pelos prestadores que já possuem o serviço.

Nesta questão, está inserida a discussão sobre o conceito de preço justo ou razoável pelo serviço, a ser fixada pelas tarifas, dando preferência aos consumidores efetivos ou aos consumidores em potencial³⁰. O jogo, então, consiste em equilibrar as metas de expansão do serviço (interesse dos consumidores em potencial) com os preços, a qualidade e as opções (interesse dos consumidores efetivos) do mesmo³¹.

A implementação de concorrência (valor institucional) nas utilidades públicas visa a obtenção da longínqua concorrência perfeita (noção idealizada) nestes setores tradicionalmente configurados como monopólios naturais³², em razão das circunstâncias históricas de sua implementação, monopólios naturais públicos no Brasil. Entretanto, a regulação se faz presente para inserir gradualmente a concorrência conjuntamente com outros valores institucionais,

³⁰ Neste sentido: “Para assegurar efetiva universalização há que se estabelecer um regime de preços com limites para a cobrança deste serviço (evitando o expurgo dos usuários que já dispõem do serviço). Porém, tem que se assegurar margens de remuneração que permitam os investimentos necessários a ampliar o conjunto daqueles que disporão dos serviços.” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “Direito das Telecomunicações e ANATEL”, in: *Direito Administrativo Econômico*, Carlos Ari Sundfeld, 1ª ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 2000, p. 308).

³¹ A respeito da racionalidade econômica do empresário particular, Calixto Salomão Filho faz consciente análise do tradicional regime jurídico de concessões nas seguintes linhas: “... o regime de concessão de serviço público parte de uma imperfeição de fundo quase insolúvel. Assenta suas bases na crença de que é possível transformar agentes privados em persecutores do interesse público.” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.*, p. 20). É preciso constatar a realidade da lógica empresarial privada, que tenderá obter o maior lucro possível com o menor trabalho. A proteção do consumidor e respeito aos seus direitos não serão conseguidos apenas com deveres jurídicos, mas sim através da existência de efetiva concorrência entre os agentes de um determinado mercado, a fim de que os benefícios auferidos pelo empresário sejam repassados aos seus consumidores como forma de arregimentar, mesmo, um maior número de clientes e, portanto, maior lucro pela eficiência econômica.

³² Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – As estruturas*, 1ª ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 1998, pp. 192 a 194.

como p. ex., a universalização dos serviços e o dever de continuidade, entre os demais contidos nos princípios enumerados³³.

A opção do legislador pátrio foi por inserir a concorrência nas utilidades públicas, mormente nos serviços de telecomunicações e de energia elétrica. Esta empreitada, através da regulação reativa deve ser feita de forma gradual, por meio da desregulação destes serviços e do incremento do papel regulador do Estado com vistas a assegurar a obtenção tanto dos objetivos sociais destas atividades, quanto a fruição do valor concorrência, também, nestes mercados. Estamos em uma fase de transição, sem dúvida duradoura, entre o regime jurídico de serviços públicos intensamente regulados e a prestação de utilidades públicas por particulares em que apenas a proteção reativa à livre concorrência seria capaz de assegurar os interesses dos usuários, todos efetivos, dos serviços³⁴.

O presente estudo busca, portanto, traçar parâmetros jurídicos para a integração de princípios e dos valores neles contidos no desempenho da função regulatória ativa e reativa, a fim de que o Estado, através, in casu, da ANATEL, da ANEEL e do CADE (órgãos dotados de poder decisório), possa compor a obtenção da máxima eficiência econômica possível, nesta fase de transição, conjuntamente com a realização das políticas públicas eleitas por lei para estes segmentos³⁵.

2. Modelos Existentes – Os Extremos.

³³ Os elementos para a existência de concorrência perfeita em um determinado mercado são trazidos por Raymond Barre: (i) atomicidade do mercado, (ii) homogeneidade do produto, (iii) livre entrada na indústria, (iv) perfeita transparência do mercado. Este mesmo autor continua: "... a 'concorrência efetiva' implica uma noção dinâmica, em oposição ao modelo estático tradicional. Ela se estabelece entre firmas de dimensões, de custos, de horizontes diferentes e políticas diversas. Ela tende ao progresso, isto é, a uma melhoria dos métodos econômicos de produção, a uma diferenciação crescente das qualidades e dos tipos de produtos. Ela permite a difusão dos benefícios devidos a este progresso a favor dos clientes (sob a forma de preços baixos) e a favor dos fatores de produção (sob a forma de elevação de suas remunerações)." (*Apud*, VAZ, Isabel. *Direito Econômico da Concorrência*, 1ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1993 p. 28 a 30 e 99 e 100).

³⁴ Cf. NUSDEO, Ana Maria. "Agências Reguladoras e Concorrência", in: *Direito Administrativo Econômico*, Carlos Ari Sundfeld (coord.), 1ª ed., Ed. Malheiros, São Paulo, pp. 157 a 189.

³⁵ A título de conclusão de nosso raciocínio, remetemos o leitor a: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. "Universalização de Serviços Públicos e Competição – O caso da distribuição do gás natural", in: *Revista de Direito Administrativo*, Ed. Renovar, Vol. 223, jan./mar 2001, em especial pp. 138, 140 e 142.

A integração dos princípios aplicáveis ao novo regime jurídico das utilidades públicas, descritos alhures, exige a compreensão, por parte dos estudiosos do direito, dos vários sistemas adotados para a defesa da concorrência nestes setores, com peculiaridades ímpares, não vislumbradas nas atividades econômicas em sentido estrito.

Estas diferenças vão desde os valores perseguidos pela regulação ativa, sobretudo nos serviços públicos, contidos na principiologia acima mencionada, até na abrangência da competência decisória dos órgãos públicos de regulação setorial, com foco à implementação da livre concorrência, em face da esfera de competência dos órgãos responsáveis pela prevenção e repressão do abuso do poder econômico no mercado.

Neste estudo, adotamos dois modelos de regulação ativa dos serviços públicos, quais sejam, aquele previsto para o setor de telecomunicações e o previsto para o setor de energia elétrica. Importante dizermos, desde logo, que os interesses políticos que envolveram a criação destes modelos regulatórios são percebidos na precariedade normativa do setor elétrico em comparação com o setor de telecomunicações, o que demanda um maior esforço interpretativo do hermenauta, a fim de obter conclusões jurídicas muitas vezes expostas de forma quase didática na Lei Federal nº 9.472/97 (LGT)³⁶.

Trata-se de marcos regulatórios extremos, uma vez que as competências decisórias em cada função regulatória (ativa e reativa) e os princípios aplicáveis tanto pela ANATEL, quanto pelo CADE, no setor de telecomunicações, são expostos de forma clara pela LGT, enquanto que tais competências e princípios devem ser depreendidos da Ordem Jurídica vigente, por meio de uma interpretação sistemática desta, sempre com a precaução de não atribuir o exercício de competências inexistentes para a ANEEL e aplicar princípios exteriores ao setor elétrico.

A regulação ativa dos serviços de telecomunicações e de energia elétrica, empreendida pelas agências reguladoras setoriais (ANATEL e ANEEL), constitui competência decisória exclusiva destas autarquias, visto que cabe a estes órgãos implementar as políticas governamentais, nos termos previstos em seus respectivos marcos regulatórios.

³⁶ O setor de energia elétrica já demanda uma reforma institucional, visto que o atual modelo foi incapaz de propiciar a aplicação de recursos pelos particulares no intuito de aumentar a oferta de energia e de, ao menos, diversificar a nossa base energética extremamente dependente da hidroeletricidade. Temos notícias de que o governo está conjugando esforços na tentativa de adequar o marco regulatório a uma efetiva competição entre os agentes, conforme se lê em: “Governo quer modificar modelo elétrico”, in: *Gazeta Mercantil*, 26/09/2001, p. A-8.

Importante observar que a regulação ativa está fundada na competência destas agências implementarem, nos termos da discricionariedade a elas conferida no âmbito da norma abstrata, a concorrência em seus respectivos setores, a partir da criação de normas gerais e abstratas e da aplicação destas aos casos concretos. Por outras palavras, estas agências reguladoras exercem a função regulatória exclusiva em razão da matéria, qual seja, dentre outras, implementação de concorrência ideal³⁷ nos serviços de telecomunicações e de energia elétrica.

A regulação reativa possui um tratamento totalmente diverso entre os setores de telecomunicações e de energia elétrica, visto que existe uma maior minúcia normativa e clara separação procedimental do primeiro, entre as funções instrutórias e decisórias, em relação aos serviços de energia elétrica. Nestes serviços, porém, a regulação reativa é exercida pela ANEEL em articulação com o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)³⁸. No tópico seguinte, abordaremos, com maior detença, os instrumentos conferidos por lei à ANATEL e à ANEEL, a fim de desempenharem a função de implementação e controle da livre concorrência em seus respectivos setores da economia, assim como o âmbito de abrangência do exercício das funções institucionais do CADE, em face da regulação imprimida pelos órgãos reguladores setoriais.

Neste momento, cumpre-nos salientar a escolha por estes modelos. A análise da implementação da concorrência, em setores com trato jurídico tão diverso, dará uma visão abrangente do sistema delineado por lei para o setor de telecomunicações e apreendido pela interpretação da Ordem Jurídica para o setor de energia elétrica.

A articulação entre a regulação ativa e reativa de ambos os setores é complementar, na medida em que se constata uma competência de implementação de concorrência exclusiva da ANATEL e da ANEEL (positiva) e um controle das condutas e estruturas de mercado (negativa) de competência decisória exclusiva do CADE.

Entretanto, internamente à regulação reativa destes setores, percebe-se uma relação complementar exclusivamente entre a ANATEL e o CADE.

³⁷ Entendemos “concorrência ideal” aquela aferida pela agência reguladora setorial, em conformidade com o arcabouço normativo aplicável ao setor regulado, isto é, com a razoável e racional integração dos princípios e regras a serem aplicados na regulação do serviço em questão.

³⁸ Atividade instrutória e consultiva da Secretaria de Acompanhamento Econômico, vinculada ao Ministério da Fazenda e pela Secretaria de Direito Econômico, vinculada ao Ministério da Justiça. A competência decisória pertence ao já mencionado Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

Aquela desenvolverá a atividade instrutória, a celebração de termos de cessação de condutas anti-competitivas e a aplicação de medidas preventivas, dentre outras atribuídas originalmente à Secretaria de Direito Econômico – SDE³⁹, mas estendidas à ANATEL por força do art. 19, XIX da Lei nº 9.474/97, mantendo o CADE a sua competência decisória sobre o controle das estruturas do mercado.

No setor de energia elétrica, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência mantém todas as suas competências instituídas pela Lei 8.884/94, no que tange à sua regulação reativa, cabendo apenas à ANEEL “articular-se” com a SDE, no sentido de contribuir na tomada de decisão, possuindo, portanto, um caráter de órgão consultivo.

Importante observar que a ANEEL poderá descentralizar suas atividades complementares de regulação, controle e fiscalização entre os Estados e o Distrito Federal, por meio de convênios de cooperação. Existe, aqui, uma forma supletiva de exercício de competências regulatórias, visto que caberá, primordialmente, à ANEEL desempenhá-las caso tais órgãos não as façam⁴⁰.

Passaremos, agora, a descrever os instrumentos regulatórios e competências decisórias atribuídas à ANATEL e à ANEEL no que tange à regulação ativa e a estas autarquias, em conjunto com o CADE, para desempenho da regulação reativa destes setores.

3. A Regulação Ativa.

Passaremos a tratar dos instrumentos regulatórios atribuídos à ANATEL e à ANEEL para, entre outras finalidades específicas dos respectivos setores, a implementação de concorrência em seu âmbito de competência decisória. A regulação ativa, empreendida por estas agências, tem como instrumentos: (i) o Poder Normativo, (ii) o Poder de Adjudicação de Concessões e

³⁹ Conforme dispõe o art. 14 da Lei Federal nº 8.884, de 11 de julho de 1994.

⁴⁰ Importante mencionar que a aplicação das doutrinas norte-americanas para integração das competências regulatórias e antitruste ou, como denominamos, regulação ativa e reativa dos mercados, na Ordem Jurídica pátria deve ser feita com cautela. A *state action doctrine* e a *pervasive action doctrine* não se sobrepõem ao nosso mais elevado princípio do Direito Público, qual seja, o princípio da legalidade para atribuição de competências decisórias aos órgãos reguladores, bem como ao fato de que, ao menos para as utilidades públicas tratadas aqui, haver uma extensa discricionariedade normativa para atuação do Estado na definição do grau de concorrência aplicável, justamente pelo fato de tais serviços serem excluídos da atividade econômica, esta sim sempre regida pelos princípios da liberdade de iniciativa e da livre concorrência. A respeito destas teorias, consultar: SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial...*, pp. 201 a 205.

Autorizações em geral e (iii) o Poder de Solução de Conflitos na esfera administrativa.

Descreveremos, de forma sucinta, estes instrumentos e sua aplicação para defesa da concorrência para, em seguida, avaliarmos a incompetência do CADE para revisão e, mesmo, para avaliação de tais decisões.

Primeiramente, cumpre observarmos que estes poderes decorrem da atuação do Estado sobre a Ordem Econômica, visto que são instrumentos para a viabilização das políticas públicas setoriais, delimitadas por lei e pelo Presidente da República, conforme o caso. As agências reguladoras setoriais são a longa manus do Poder Público, conceitualmente uno, para a regulação indireta das utilidades públicas, competindo a estas tomarem as decisões para a implementação das políticas públicas definidas acima. Por outras palavras, a ANATEL e a ANEEL são os únicos órgãos implementadores de políticas públicas, dentre as quais inserir as normas jurídicas para busca de competição e dos demais valores sociais intrínsecos a estas utilidades públicas; delimitar a forma como a inserção de concorrência se dará (condições, metas, número de participantes etc.), assim como interpretar tais regras e solucionar os conflitos oriundos de sua aplicação.

Deste fato decorre a impossibilidade de revisão destes atos na esfera administrativa, tanto pelo CADE quanto pelo próprio Chefe do Poder Executivo. No Capítulo III veremos que o exercício destas competências deve obedecer ao princípio do Devido Processo Legal, tanto em seu aspecto subjetivo, quanto adjetivo, a fim de que o Poder Judiciário possa aferir a razoabilidade da decisão discricionária tomada pela agência reguladora e para que esta tenha legitimidade e eficácia social.

Por primeiro, trataremos dos instrumentos atribuídos à ANATEL pela Lei Federal 9.474/97 (LGT) e pelo Decreto nº 2.338, de 7 de outubro de 1997, que aprova o regulamento desta agência.

A LGT, em seus arts. 1º a 7º, tratou de forma pormenorizada dos princípios aplicáveis ao setor de telecomunicações, os quais devem ser observados tanto pela própria ANATEL no desempenho de todas suas funções institucionais e pelo CADE ao decidir uma determinada questão envolvendo este setor, quanto pelo Presidente da República ao regulamentar a LGT nas competências a ele atribuídas pelo seu art. 18, vale dizer, competências estas definidoras de políticas públicas para o setor. A aplicação de tais princípios pelos demais órgãos será melhor comentada no Capítulo III.

O art. 19 da LGT traz as competências privativas da ANATEL no setor de telecomunicações, as quais são delineadas de forma mais específicas,

por meio dos standards dispersos na lei⁴¹. Para retratar seu poder normativo, destacamos os incisos I, IV, X, XIV. Os arts. 71, 84 § 1º trazem os vetores para a elaboração destas normas gerais e abstratas, que têm o condão de criar direitos e obrigações aos usuários e agentes do setor de telecomunicações. Por estes dispositivos legais, a agência deverá criar as regras e padrões e limites para a inserção de concorrência no setor, observados os demais princípios que orientam a prestação do serviço de telecomunicações⁴².

O poder de adjudicação de concessões e autorizações em geral lhe é conferido pelos incisos V e XI do art. 19 combinado com o art. 97 da LGT. Estes dispositivos legais atribuem à ANATEL o dever-poder de realizar as licitações para efetuar as concessões de serviço, assim como avaliar a existência das condições objetivas e subjetivas (132, 133 e 136) para outorga de autorizações para prestação do serviço, assim como o exercício do poder de polícia na fiscalização do setor, v.g., a homologação de acordo de interconexão entre empresas prestadoras (art. 153). Mister destacar que esta competência é exercida pela agência tendo em vista a aplicação da LGT e das normas oriundas de seu poder normativo e, portanto, se referem a um controle prévio da estrutura dos mercados com fulcro nas regras setoriais. Este controle prévio é competência exclusiva da ANATEL.

O poder de solução de conflitos é, também, competência exclusiva da ANATEL, conforme dicção dos incisos XVI e XVII do art. 19 da LGT. Sendo assim, conflitos decorrentes da aplicação das normas jurídicas setoriais serão decididos pela agência⁴³. Desta decisão não caberá revisão no âmbito administrativo, leia-se, pelo CADE, justamente por ser esta uma competência

⁴¹ Cf. Mello, Vanessa Vieira de. *Regime Jurídico da Competência Regulamentar*, 1ª ed., Ed. Dialética, São Paulo, 2001, em especial pp. 87 a 98.

Cf. CUÉLLAR, Leila. *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*, 1ª ed., Ed. Dialética, São Paulo, 2001, em especial pp. 128 e seg.

⁴² Acerca da exploração das utilidades públicas, aqui tratadas, tanto em regime público como em regime privado ver: GROTT, Dinorá A. M. *Op. cit.*, pp. 65 a 71; MARCHES NETO, Floriano de Azevedo. “Direito das Telecomunicações e Anatel” in: *Direito Administrativo Econômico*, 1ª ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 2000, pp. 308 a 316 e SUNDFELD, Carlos Ari. “A regulação de preços e tarifas dos serviços de telecomunicações”, in: *Direito Administrativo Econômico*, 1ª ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 2000, pp. 318 a 323.

⁴³ A respeito da atividade mediadora das agência reguladoras ver interessantes considerações em:

MENEZELLO, Maria D’Assunção Costa. *Comentários à Lei do Petróleo*, 1ª ed., Ed. Atlas, São Paulo, 200, pp. 99 a 104.

MACHADO, Santiago Muñoz. *Servicio Público y Mercado*, Vol. I – Los Fundamentos, Ed. Civitas, Madrid, 1998, pp. 301 a 304.

ancilar da regulação setorial, isto é, a aplicação das normas aos casos concretos fixando o entendimento do órgão regulador setorial acerca das lides oriundas de sua regulamentação⁴⁴.

Estes mesmos instrumentos são previstos para ANEEL na Lei Federal nº 9.427/96 e no Decreto nº 2.335, de 06 de outubro de 1997, que aprova seu regulamento. Entretanto, a forma como tais dispositivos estão redigidos é capaz de gerar dúvidas ao intérprete da norma. O seu poder normativo, no que se refere à implementação de concorrência, está previsto no art. 3º da Lei nº 9.427/96, que dispõe acerca da criação de normas a fim de propiciar a efetiva competição entre os agentes do setor, assim como a impedir a concentração econômica nos segmentos do setor de energia elétrica, estabelecendo limites, restrições e condições para entrada de agentes e transferência de outorgas⁴⁵.

Este poder normativo é melhor vislumbrado quando se analisa as prerrogativas da União, exercidas pela ANEEL, constantes nas Leis Federal nº 9.074, de 07 de julho de 1995, arts. 26 e segs. e Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, arts. 27 e 29. Importante observar que estas leis são inteiramente aplicáveis aos serviços de energia elétrica, no que não entrem em conflito com a mencionada Lei nº 9.427/96 e com a Lei Federal nº 9.648, de 27 de maio de 1998, estas últimas implementadoras das reformas do setor elétrico. O Decreto nº 2.335/97, define, de forma mais clara, a atribuição de competências normativas à ANEEL, em seus arts. 3º, II e III; 4º, II e IV; 12, IV e 13, caput.

O já mencionado poder de adjudicação está previsto nos arts. 3º, II e IV, VI e VII da Lei nº 9.427/96, assim como nos arts. 4º, XI, XII, XXX, XX-

⁴⁴ Trazemos, aqui, as palavras de Vital Moreira: “Um processo de regulação implica tipicamente as seguintes fases: formulação das orientações da regulação; definição e operacionalização das regras; implementação e aplicação das regras; controlo da aplicação das regras, sancionamento dos transgressores, decisão dos recursos. Condensando e agregando estes diversos níveis, podem ser reunidos em três etapas fundamentais: (a) aprovação das normas pertinentes (leis, regulamentos, códigos de condutas, etc.); (b) implementação concreta das referidas regras (autorizações, licenças, injunções, etc.); (c) fiscalização do cumprimento e punição das infrações. É por a regulação poder conjugar estes três tipos de poderes – um poder normativo, um poder executivo e um poder parajudicial – que a doutrina norte-americana refere as comissões reguladoras independentes como um concentrado dos três poderes típicos do Estado (legislativo, executivo e judicial).” (MOREIRA, Vital. *A auto-regulação profissional e Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1997, pp. 36 e 37).

⁴⁵ Para compreensão da divisão da cadeia produtiva do setor elétrico, ver didática exposição em: WALTENBERG, David A. M. “O direito da energia elétrica e a ANEEL”, in: *Direito Administrativo Econômico*, 1ª ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 2000, em especial pp. 358 a 372.

XI, XXXII do Decreto nº 2.335/97. Importante frisar que este poder engloba desde o conteúdo dos editais para promoção de licitações (limites, deveres, obrigações e metas) até a efetiva outorga do direito de concessão, assim como a autorização prévia para concentrações entre empresas do setor e transferências acionárias e a fixação de preços (tarifa) de transporte de energia pelos segmentos de transmissão e de distribuição (atividades prestadas em regime de serviço público).

O poder de solução de conflitos vem estipulado no art. 3º, V e VI da Lei nº 9.427/96 e nos arts. 4º, XIX e 18, II e IV do Decreto nº 2.335/97. Como se vê, a ANEEL também tem, como atribuição legal e regulamentar, o poder inerente à implementação da regulação reativa de solucionar as lides decorrentes da aplicação das normas no setor elétrico. A importância deste instrumento é muito ampla no que tange à inserção de concorrência nos serviços de energia elétrica, visto que conflitos oriundos, v. g., da liberdade de acesso à rede básica do sistema interligado de transmissão entre o agente detentor da rede e os demais (produtor, distribuidor ou comercializador de energia), instrumento este de implementação da competição (unbundling), quando solucionados pela ANEEL, não poderão ser submetidos ao controle pelo CADE, visto que tal decisão já incorpora o aspecto concorrencial e a proteção dos consumidores finais, em consonância com os demais princípios do setor.

Trouxemos à colação tais dispositivos legais e regulamentares apenas no intuito de demonstrar a enorme abrangência de decisões da ANATEL e da ANEEL, que não comportam reexame no âmbito administrativo, visto que são instrumentos inerentes à regulação ativa dos setores de telecomunicações e de energia elétrica. É de grande relevância dizer que o art. 7º, X da Lei 8.884/94 não tem o condão de munir o CADE do poder de requisitar a execução de medidas que entender necessárias para inserção de concorrência nos setores regulados. Esta é a nossa conclusão, retirada da interpretação sistemática entre as leis ordinárias setoriais e de defesa da concorrência e o regime jurídico constitucional das utilidades públicas.

Passaremos à análise dos instrumentos pertencentes à regulação reativa destes setores, a fim de analisarmos a integração entre estas agências regulatórias setoriais e o CADE.

4. A Regulação Reativa.

A regulação reativa da economia atua de forma a evitar os distúrbios decorrentes do efetivo ou potencial abuso do poder econômico dos agentes no mercado. Esta espécie de regulação tem o objetivo de proteger a concorrência existente em um setor da economia, interferindo na estrutura já existente apenas na raríssima exceção :cisão forçada da empresa, diga-se, nunca efetuada

na história da aplicação do direito antitruste pátrio e contida no art. 24, V da Lei nº 8.884/94, sempre a título de sanção por infração grave à Ordem Econômica. Portanto, a regulação reativa está fundada em um controle da Ordem Econômica já existente, com o objetivo de garantir a existência da utilidade pública concorrência.

Os instrumentos regulatórios deste controle reativo consistem no poder de prevenção de efeitos danosos à Ordem Econômica, bem como de repressão de abusos contra a mesma. O primeiro caso envolve o controle de estruturas do mercado (Lei 8.884/94, art. 54), enquanto que o segundo abarca o controle de condutas (Lei 8.884/94, art. 20 e 21). Importante destacar que a regulação reativa age sobre os sujeitos do mercado, sem restrições, conforme se depreende dos art. 15 da Lei 8.884/94, isto é, sobre a conduta e sobre os atos de qualquer pessoa física ou jurídica, quanto aos efeitos das iniciativas empresariais por eles praticadas concretamente.

No setor das telecomunicações, a ANATEL assumiu todas as competências atribuídas pela Lei nº 8.884/94 à SDE (art. 14), conforme se depreende dos arts. 7º, caput e 19, XIX da LGT. Entretanto, restou à ANEEL um papel subsidiário na instrução de processos, inclusive quanto à tomada de decisões referentes às medidas preventivas e aos termos de cessação de conduta (Lei 8.884/94, arts. 52 e 53). Esta agência deverá apenas contribuir para a tomada destas decisões, o que será feito pela SDE.

O CADE possui a competência decisória final exclusiva nos processos administrativos de aplicação de regulação reativa em quaisquer atividades econômicas (em sentido amplo), o que engloba as utilidades públicas titularizadas pelo Estado, de maneira que este decidirá em última instância sobre a aplicação do direito antitruste sobre os atos e condutas das empresas nos mercados, inclusive no setor de telecomunicações e de energia elétrica. Destaque-se que o CADE deverá observar, também, o arcabouço normativo aplicável a estes setores, a fim de obter uma decisão que esteja em conformidade com a tutela da concorrência e com os valores perseguidos pelas políticas públicas setoriais, contidos nos princípios já mencionados.

Por fim, é salutar mencionar que o aparente conflito de competências entre o CADE e as agências reguladoras setoriais, quanto a promoção da utilidade livre concorrência, é vislumbrada por alguns justamente pelo caráter de fiscalizatório e de adjudicação que a regulação reativa possui. Entretanto, compreendidas as esferas de atuação de cada órgão do Poder Público percebe-se que este conflito quanto a competência adjudicatória desaparece, visto que a agência setorial fará o controle prévio de estruturas do mercado observando o princípio da livre concorrência e os princípios setoriais. Uma vez aprovada a operação pela agência reguladora setorial, o CADE efetuará seu julgamento a

partir dos mesmos princípios mencionados e tendo em vista os demais mercados relacionados, sobre os quais poderá existir tais operações.

Se tais competências decisórias forem realizadas com a inteira aplicação do arcabouço normativo do setor e não houver captura do órgão regulador por interesses dos grupos envolvidos (governo, empresas reguladas ou consumidores), as decisões tendem a ser no mesmo sentido, isto é, pela aprovação da operação, uma vez que o exame do CADE apenas ocorrerá após a aprovação pela ANATEL ou pela ANEEL.

CAPÍTULO III

AS DECISÕES REGULATÓRIAS E O DEVIDO PROCESSO LEGAL - A PRETEXTO DE CONCLUSÃO

1. Considerações Iniciais. 2. O Devido Processo Legal e Aspectos da Função Regulatória.

1. Considerações Iniciais.

O enfoque deste estudo buscou traçar os contornos jurídicos para aplicação do princípio da livre concorrência nas atividades econômicas sob a titularidade do Estado, por nós denominada utilidades públicas. Consideramos a livre concorrência, também, como uma utilidade pública a ser garantida à coletividade e exercida por esta na Ordem Econômica pátria. Este é o valor inserido neste princípio jurídico constitucional, verdadeiro delimitador da liberdade de iniciativa.

Entretanto, a aplicação do princípio da liberdade de iniciativa e da livre concorrência encontram obstáculos para sua implementação nas utilidades públicas, qual seja, a vontade política estatal em colocar estas atividades, sob sua titularidade por determinação constitucional, a uma maior influência de tais princípios. Esta opção ocorreu nos serviços de telecomunicações e de energia elétrica, diga-se bem, com maior clareza no primeiro. Em razão disto, pudemos desenvolver o tema proposto aqui, analisando, inicialmente, a abrangência do princípio da livre iniciativa e a sua aplicabilidade pelo Estado em sua atuação indireta sobre o domínio econômico.

Tentamos focar a atenção nos próprios limites de aplicação do princípio da livre concorrência, por contraditório que possa parecer em tempos de confiança nas forças do mercado como resposta para os problemas enfrentados pela ausência de recursos estatais para manutenção e ampliação dos tradicionais serviços públicos. Como se vê, é preciso considerar a gama de princípios envolvidos na prestação das utilidades públicas na decisão regulatória destes setores.

Este problema ganha dimensão quando existem agências de regulação setorial (ANATEL e ANEEL) e agências de regulação geral dos mercados (CADE), visto que, em uma análise superficial, surgem conflitos aparentes de competência ou verdadeiras antinomias entre as normas jurídicas aplicáveis. O estudo empreendido buscou os fundamentos constitucionais da regulação ativa das utilidades públicas tratadas, propondo uma classificação da intervenção do Estado com foco no domínio econômico, abrangido pela atuação deste, é dizer, nossas considerações acerca da regulação reativa das utilidades públicas partiram do pressuposto de que o Estado estaria, aqui, atuando sobre a Economia, visto que este setor lhe é próprio.

Por fim, destacamos o enorme plexo de competências decisórias exclusivas, atribuído tanto à ANATEL e à ANEEL, quanto ao CADE. Estas decisões devem ser pautadas nos princípios setoriais com atenção à implementação de livre concorrência nos setores sob a ação das agências setoriais, assim como o CADE deve decidir com enfoque na preservação de concorrência nestas utilidades públicas, mas com vistas aos princípios setoriais (v.g. universalização e continuidade). Esta racionalidade na decisão dos órgãos reguladores setoriais e de regulação geral busca a proteção dos usuários dos serviços, tanto o efetivo quanto o potencial, como formas de implementar a justiça e o desenvolvimento social e buscar a dignidade da pessoa humana, valores constitucionais estes pouco observados em nosso país.

A questão que resta abordar refere-se aos contornos jurídicos desta racionalidade, isto é, quais são os instrumentos ou parâmetros jurídicos para aferição da observância ao arcabouço normativo aplicável ao setor regulado. É a isto que nos dedicaremos a seguir.

2. O Devido Processo Legal e Aspectos da Função Regulatória.

Esboçaremos algumas reflexões iniciais sobre a aplicação da cláusula do devido processo legal, prevista no art. 5º, LIV da CF/88 e sobre as garantias processuais inerentes a esta primeira, é dizer, o contraditório e a ampla defesa, esculpidos nos art. 5º, LV, também da Carta Magna vigente.

O princípio do devido processo legal, recepcionado por nossa Constituição Federal, tem origem no direito anglo-saxão (*by the law of the land*). O desenvolvimento de seu conteúdo jurídico teve grande destaque a partir da construção da jurisprudência norte-americana, a partir de sua internalização ao direito daquele país pelas 5ª e 14ª Emendas (*due process of law*) à Constituição dos Estados Unidos da América.

A construção jurisprudencial revelou a grande utilidade desta cláusula como forma de controle do arbítrio grande do Poder Público, controlando a razoabilidade e a racionalidade da decisão estatal. A cláusula do devido

processo legal, neste aspecto substantivo, visto que tem o condão de analisar o mérito (substância) da decisão estatal, teve grande utilidade na análise dos limites da intervenção do Estado na crise pós 1929⁴⁶.

A construção jurisprudencial norte-americana, também, observou que a restrição à liberdade ou à propriedade de um particular apenas estaria observando o *devido* processo legal se houvesse seguido determinados atos processuais, que garantissem o direito ao contraditório e à ampla defesa do particular em face do Poder Público. Este é o aspecto adjetivo do princípio do devido processo legal.

Não nos cabe, no presente momento, traçar maiores considerações sobre este fundamental princípio do Estado de Direito, mas tão somente chamarmos a atenção para sua existência com *status* de princípio constitucional e o fato de que a razoabilidade e a racionalidade do conteúdo dos atos do Poder Público poderem ser controlados por meio deste direito fundamental⁴⁷.

Lembramos que o princípio da razoabilidade é orientador do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, conforme dispõe o art. 2º caput da Lei Federal 9.784 (Lei Geral de Processo Administra-

⁴⁶ Para uma visão completa das repercussões da Cláusula do *Due Process of Law* no direito anglo-saxão e norte-americano, ver: GALLIGAN, D. J. *Due Process and Fair Procedures*, 1ª ed., Ed. Clarendon Press, Oxford, 1996.

⁴⁷ A este respeito, escrevemos: “Podemos dizer que a cláusula do *due process of law* consiste em seguir um procedimento justo, como meio para obtenção de um ato final, qual seja, uma decisão executiva, legislativa ou judicial emitida pelo Estado, nas hipóteses em que estiver em questão os bens : vida, liberdade ou propriedade (*procedural due process*); assim como a prerrogativa de exame do conteúdo desta decisão, segundo os padrões da razoabilidade e da racionalidade, para proteção dos direitos fundamentais (*substantive due process*).

É bem verdade que não podemos admitir que o constituinte norte-americano, em 1.789, tenha previsto esta amplitude de aplicação para a cláusula do *due process of law*. Esta perspectiva do instituto é dada pela evolução jurisprudencial desenvolvida pela Suprema Corte dos Estados Unidos desde sua previsão constitucional. A Constituição Federal brasileira de 1.988 incorporou em seu texto esta cláusula sobre a denominação **devido processo legal**, no art. 5º, LIV, com patente inspiração no instituto similar norte-americano. Parece claro que o conteúdo jurídico do devido processo legal, previsto em nossa Constituição, se remete àquele angariado pela Suprema Corte norte-americana no transcorrer destes anos, a fim de propiciar a máxima garantia aos direitos fundamentais e à cidadania na atuação do Poder Público.” (PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. *O processo Administrativo nas Agências Reguladoras*. Dissertação apresentada como conclusão de Pesquisa de Iniciação Científica, CEPE/PUC-SP, (mimeo), pp. 15 e 16.)

tivo Federal), de 29 de janeiro de 1999. Importante mencionar que esta lei constitui a positivação do que o legislador ordinário considerou como sendo o devido processo legal na esfera administrativa federal. Segundo nossa tradição jurídica romano-germânica., o papel da jurisprudência (precedente) tem diminuta função em relação aos Direitos de tradição da *common law*, devendo a legislação infraconstitucional delinear os contornos dos direitos fundamentais, apesar de serem exigíveis de pronto⁴⁸.

Esta lei traça o devido processo legal em seu aspecto adjetivo, constituindo verdadeiro código da atuação das agências reguladoras setoriais e um importante vetor para a tomada de decisão pelo CADE⁴⁹. A razoabilidade constitui um princípio decorrente da cláusula constitucional do devido processo legal, que deverá pautar tanto a tomada de decisão pelos órgãos reguladores em um sentido positivo, isto é, como estopim para a atuação estatal em determinada direção, privilegiando determinado princípio em detrimento de outro, como em um sentido negativo, como forma de controle do conteúdo dos atos administrativos emanados da ANATEL da ANEEL ou do CADE pelo Poder Judiciário⁵⁰.

⁴⁸ Sobre um aspecto mais amplo da proteção de direitos difusos pelo processo administrativo, consultar: ANTUNES, Luís Felipe Colaço. *A Tutela dos Interesses Difusos em Direito Administrativo – Para uma legitimação procedimental*, 1ª ed., Ed. Almedina, Coimbra, 1989, em especial pp. 88 a 136.

⁴⁹ Importante mencionar que sob o argumento de que a Lei Geral de Processo Administrativo Federal tem aplicação subsidiária em relação aos procedimentos específicos, como é aquele previsto pela Lei 8.884/94, o atual posicionamento do CADE é de repudiar sua aplicação. Entendemos que este verdadeiro estatuto do cidadão contém normas gerais de primeira importância, que não estão previstas na Lei 8.884/94. Neste ponto, o caráter de subsidiariedade assume relevância para a proteção dos particulares em face do arbítrio da Administração Pública. Outro aspecto relevante está nas regulamentações do processo administrativo, contido nas resoluções do CADE, que, ao irem além do disposto na Lei nº 8.884/94, devem obediência à Lei Geral de Processo Administrativo. Por fim, mas não menos importante, lembramos que quanto a principiologia do processo administrativo, a legitimidade para atuar no processo, os direitos e deveres dos administrados, as regras de competência (impedimentos e suspeição), a anulação, revogação e convalidação dos atos administrativos e quanto aos prazos processuais o CADE deve obediência à Lei nº 9.784/99. Como se vê, o procedimento administrativo previsto para a atuação do CADE em muito pouco encobre os dizeres da Lei Geral de Processo Administrativo.

⁵⁰ Entendemos ser o Poder Executivo o principal Poder na atual conjuntura de atuação do Estado, visto ser este o mais apto a dar as respostas exigidas pela sociedade complexa. Esta prevalência é, para nós, meramente em razão das circunstâncias que ensejaram a reforma do Estado e o crescente intervencionismo através da regulação. Contudo, nos filiamos ao entendimento de Willis Santiago Guerra Filho, no tocante a

O princípio da razoabilidade poderá, portanto, constituir um parâmetro jurídico entre o conteúdo da decisão dos órgãos reguladores e a finalidade buscada por esta. Neste processo será possível, primeiramente, ao próprio órgão decisor e, em um segundo momento, ao Poder Judiciário, através da motivação⁵¹ da decisão administrativa (pressuposto formalístico de validade do ato administrativo) avaliar a hierarquização de princípios realizada pela ANATEL, pela ANEEL ou pelo CADE no caso concreto, isto é, será possível extrair o valor contido no princípio posto como o primordial a ser seguido em determinada questão, por meio da interpretação sistemática do arcabouço normativo aplicável ao setor⁵².

Uma questão tormentosa, ainda, é a abertura do processo como instrumento de legitimidade da decisão administrativa a ser tomada, tanto no aspecto de efetividade desta no seio da sociedade,⁵³ quanto para a obtenção de uma melhor decisão administrativa, com fundamento no princípio da eficiência pela participação do administrado (representação democrática direta pelo processo administrativo). É fato que as questões postas para a Administração Pública decidir são, hoje, de grande complexidade técnica, sobretudo nestes setores regulados. É comum o regulado ter uma expertise maior que o próprio regulador do serviço, nas questões envolvidas na decisão. Somado a isto, temos a falência do interesse público como conceito universal e uno, visto que na sociedade complexa existem, é verdade, inúmeros interesses coletivos e

função de controle, não de ação, a ser exercida pelo Poder Judiciário sobre a atuação dos órgãos reguladores: “Vê-se, portanto, como efetivamente se pode sustentar a tese, que talvez seja a principal, que a mim interessa defender no momento: a de que o Judiciário deve assumir, na atualidade, a posição mais destacada, dentre os demais poderes estatais, na produção do Direito.” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Auto-poiese do Direito na Sociedade Pós Moderna – Introdução a uma Teoria Social Sistemática*, 1ª ed., Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1997, p. 79).

⁵¹ A este respeito, consultar recente obra: FIGUEIREDO, Lucia Valle (coord.). *O Ato Administrativo e o Devido Processo Legal*, 1ª ed., Ed. Max Limonad, São Paulo, 2001.

⁵² Juarez Freitas discorre com perfeição acerca dos processos de interpretação do direito, dizendo que “... interpretar é hierarquizar sentidos teleológicos dos princípios, das normas e dos valores, mais do que simplesmente esclarecê-los”. Entendemos que o arcabouço normativo aplicável ao setor de telecomunicações consiste desde as normas constitucionais referentes aos serviços públicos e a Ordem Econômica até as regulamentações da ANATEL, passando pela LGT, o Código de Defesa do Consumidor, Leis Ambientais entre outras. A decisão será a razoável, juridicamente, quando prestigiar no caso concreto a composição de todos os interesses envolvidos.

⁵³ Cf. LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*, Ed. Universidade de Brasília, Brasília, 1980.

difusos que devem ser selecionados pelo órgão regulador como o merecedor de proteção pelo Estado.

Esta tarefa apenas logrará êxito com a abertura do processo administrativo de formação da vontade estatal para a participação procedimental dos administrados, trazendo seus interesses à baila dialética do processo e seus conhecimentos acerca, muitas vezes, da atividade desempenhada pelas outras partes⁵⁴.

Como derradeira consideração, entendemos que o Direito Administrativo tende a focar sua atenção no processo administrativo como instrumento imprescindível para a formação na vontade estatal. O processo, em qualquer esfera de poder, tende a ser um mecanismo jurídico de obtenção da melhor decisão do Poder Público, posto que o Direito tende à criação de instrumentos para garantir a decisão estatal mais razoável e coordenada com os valores contidos nos princípios aplicáveis à questão posta para decisão do Estado. Sendo assim, o sistema jurídico tende a se compor de processos, sobretudo o administrativo no Estado Regulador, para a busca da melhor decisão pautada nos valores institucionais contidos nos princípios jurídicos⁵⁵.

Estas são algumas reflexões iniciais sobre o tema aqui proposto, que possuem como primeiro objetivo trazer algum conforto para as inquietações do ora autor, assim como fornecer apenas um ponto de partida para o debate acadêmico de tão importante e complexa questão, como é a defesa da concorrência nas atualidades públicas.

⁵⁴ Cf. DUARTE, David. *Procedimentalização, Participação e Fundamentação: Para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*, 1ª ed., Ed. Almedina, Coimbra, 1996.

⁵⁵ Calixto Salomão Filho assim se manifesta: “As regras institucionais e procedimentais contêm em si valores democraticamente estabelecidos e debatidos. Por outro lado, não predefinem a solução mais conveniente. Ao mesmo tempo em que dão estabilidade ao sistema e garantias aos cidadãos, permitem o experimentalismo social e institucional. O Direito assim concedido leva à – e não decorre da – solução mais justa. É a um só tempo mais seguro – pois decorre de instituições seguras – e mais flexível, já que permite seu aperfeiçoamento.” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *A Regulação...*, p. 34).