

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E
ECONÔMICA E REGULAÇÃO**

GIOVANI CLARK

PAULO RICARDO OPUSZKA

JOSÉ BARROSO FILHO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Transformações na ordem social e econômica e regulação [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNICURITIBA;

Coordenadores: Giovani Clark, José Barroso Filho, Paulo Ricardo Opuszka – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-382-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Ordem Social. 3. Ordem Econômica. 4. Regulação. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO

Apresentação

Não se pode esquecer que Economia, para além das escolhas sobre o uso dos recursos escassos necessários a vida e no incremento das forças produtivas, é decisão política e opção de prioridades.

Em tempos de crise econômica, seguida de grave crise política, e ainda do questionamento da legitimidade da atividade estatal – fragilizada pelo estágio puberdade/obsoleto da Democracia Brasileira, a partir de fissuras institucionais em que as funções do Estado disputam hegemonia em torno do Poder – enfrenta a academia a tarefa de compreender o estágio de desenvolvimento econômico e político do "projeto" brasileiro de Nação.

No Grupo de Trabalho: TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO I, a partir da elaboração de 25 artigos aprovados e apresentados, cujos temas variavam entre a constituição econômica brasileira, desenvolvimento sustentável e regulação de vários setores, mais uma vez, o Direito Econômico foi problematizado com eximia competência e profundidade, típicas do CONPEDI, na sua presente edição, assim como nas passadas.

Na tarefa profícua de análise dos trabalhos e intervenções da bancada coordenadora, percebeu-se trabalhos versando sobre o papel do Estado no processo produtivo, em face da sua intervenção direta e indireta, na busca do desenvolvimento socioeconômico; ou ainda, na visão de alguns, objetivando a efetivação do capitalismo humanista.

Destacou-se ainda os seguintes temas: regulação do petróleo; intervenções econômicas e direito na Internet - via discussão sobre o seu marco civil; serviço público de saúde a partir da entrada do capital estrangeiro no setor; inovadoramente, a inexistência de regulação da nanotecnologia no Brasil, essencial na saúde humana.

Também, sobressaiu os conteúdos relativos a produção científica voltada ao incentivo ao cooperativismo, enquanto o objeto de políticas públicas planejadas, a fim de efetivar o pluralismo produtivo constitucional; análise das práticas de abuso do poder econômico privado nas relações de consumo, etc.

O Grupo de Trabalho teve o intuito de construir uma oportunidade para a dialética e a retomada do projeto de desenvolvimento social, em meio a reincidência ao neoliberalismo de austeridade, sempre no sentido de problematizar a condição do Estado como propulsor /indutor da economia na produção capitalista da América Latina, ao mesmo tempo em que o projeto de síntese capital/trabalho globalizante, desde o desenvolvimentismo do setor público, vem sendo atropelado, de forma avassaladora, pela financeirização da Economia, e é preciso, então, compreendê-lo em suas nervuras.

Paulo Ricardo Opuszka/UFPR

Giovani Clark - PUC Minas/UFMG

José Barroso Filho - Ministro do STM

O PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NA DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA

THE ROLE OF THE REGULATORY AGENCIES IN THE DEFENSE OF COMPETITION

Antonio Pedro De Melo Netto

Resumo

As Agências Reguladoras foram idealizadas para serem autarquias de regime especial, encarregadas da regulação, controle e fiscalização de serviços públicos, politicamente neutra e imparcial, estabilizando o convívio de interesses públicos, coletivos e privados, instituídas em razão do fim do monopólio estatal. Assim, busca-se esclarecer o nascimento dessas instituições, o ambiente que propiciou seu surgimento, as competências delegadas para gerenciar e apresentar uma correlação entre as teorias econômicas adotadas pelo mundo, e pelo Brasil, para determinação do formato da intervenção do Estado na economia através destas entidades e analisar os comandos das agências na defesa da concorrência.

Palavras-chave: Agências reguladoras, Defesa, Concorrência

Abstract/Resumen/Résumé

Regulatory Agencies were designed to be authorities of special regime, responsible for the regulation, control and supervision of public services, politically neutral and impartial, stabilizing the interaction of public, society and private interests, imposed because of the end of the state monopoly. Thus, it seeks to clarify the creation of these institutions, the environment that led to its emergence, the powers delegated to manage and present a correlation between economic theories adopted by the world, and Brazil, to determine the state intervention format in the economy through these entities and analyze the commands of agencies in the defense of competition.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Regulatory agencies, Defense, Competition

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre Agências Reguladoras e seu papel na defesa da concorrência. Encontra-se, portanto, num ponto de interdisciplinaridade jurídica, perpassando pelo sobre Direito Constitucional, Administrativo e Econômico.

Destarte, objetiva-se esclarecer, durante a primeira etapa deste estudo, o nascimento destas instituições, o ambiente que propiciou seu surgimento e os fatos que a elas foram delegados para gerência. Ademais, ainda apresenta-se uma correlação entre a teoria econômica adotada pelo mundo, e pelo Brasil, para determinação do formato da intervenção do Estado na economia através destas entidades. A metodologia utilizada para a pesquisa foi de revisão bibliográfica, utilizando-se a doutrina, julgamentos e normas no estudo para atingir a conclusão através do método dedutivo.

Em princípio, é fundamental ressaltar que Agências Reguladoras são autarquias de regime especial, encarregadas da regulação, controle e fiscalização de serviços públicos, atividades e bens transferidos ao setor privado, politicamente neutras e imparciais, de setores e mercados específicos, estabilizando o convívio de interesses públicos, coletivos e privados, instituídas em razão do fim do monopólio estatal.

Assim, as primeiras *agencies* nasceram nos Estados Unidos da América, na tentativa de limitar a concentração do mercado ferroviário americano, dando aos usuários mais garantias e certa concorrência ao setor. No decorrer do tempo, entretanto, o Estado avolumou-se na economia, diminuindo sua dinamicidade, sendo esta a razão do nascimento da teoria neoliberal e da imperatividade da sua implantação através da reconfiguração do Estado para liberar os instintos excessivamente dominados do capital.

Neste contexto externo, conjugado com a necessidade de reforma do Estado no Brasil, é que as Agências Reguladoras são inseridas no ordenamento jurídico brasileiro. As agências reguladoras deu-se poder para regular e fiscalizar o mercado que passava a ser “privado”, estabelecendo garantias e regras para que os servidores das agências não fossem cooptados pelos interesses do Poder Público nem pelos da iniciativa Privada.

Por fim, visa-se analisar a responsabilidade das agências pela preservação na defesa da concorrência, tendo em vista a profunda discussão sobre usurpação de competência dos órgãos originariamente criados para tal fim.

2 AGÊNCIAS REGULADORAS

2.1 HISTÓRICO

As Agências Reguladoras surgiram nos Estados Unidos da América, no fim do século XIX, e tinham por objetivo proteger a sociedade estadunidense das distorções econômicas causadas pela ideologia liberal, que acreditava que a mão invisível do mercado regularia a economia, mas que terminou por ocasionar a Grande Depressão de 1930.

A crise descrita do modelo liberal é a que dá origem ao direito de intervenção econômica, tópico do Direito Econômico. Segundo Ortiz (1999, p.199), este Direito Econômico não é sempre o direito da intervenção, mas o Direito da ordenação econômica, intervencionista ou liberalizadora.

Assim, as Agências Reguladoras surgem como contraposição ao liberalismo econômico e, por consequência, ao Princípio do *Pacta Sunt Servanda*, como se pode identificar na exposição de Binenbojm (2008, p. 98):

As agências reguladoras se formam, portanto, no cenário político norte-americano, como entidades propulsoras da publicização de determinados setores da atividade econômica, mitigando garantias liberais clássicas da propriedade privada e da autonomia da vontade.

Desde então esses institutos se disseminaram pelo mundo, sendo usados como reguladores eficientes de algumas atividades consideradas estratégicas e essenciais pelo Estado. Entendendo-se que, para o desenvolvimento desses segmentos, seria necessário, muitas vezes, contrariar, atrair e complementar interesses públicos e privados, é que se decidiu delegar a regulação às Agências Reguladoras, entidades públicas de grande independência junto ao Poder Estatal e ao Mercado.

Assim, os regimes regulatórios, principalmente os inspirados no modelo americano, como o nosso, são arranjos político-institucionais; um desenho específico de políticas e instituições que equilibra o relacionamento entre interesses sociais, o Estado e os atores econômicos em diversos setores da economia.

Destarte, a regulação imposta por estas entidades é para Carlos Ari Sundfeld (2002, p. 15-50):

[...] característica de um certo modelo econômico, aquele em que o Estado não assume diretamente o exercício de atividade empresarial, mas intervém enfaticamente no mercado utilizando instrumentos de autoridade. Assim, a regulação não é própria de certa família jurídica, mas sim de uma opção de política econômica.

Durante o século XX, mais precisamente após a Segunda Guerra Mundial, as “*Agencies*”, do modelo americano, foram aumentando sua influência ano após ano, fato este que resultou numa regulamentação considerada excessiva da atividade econômica, o que, segundo os economistas George Stigler e Alfred Kahn, durante estudos feitos ao longo das décadas de 1960 e 70, era a causa da ineficiência das empresas americanas, haja vista que o protecionismo a setores da indústria contribuiria para manter os preços artificialmente altos e dificultavam o desenvolvimento tecnológico.

A partir de tal conclusão, ganha força a corrente neoliberal que iniciou um processo de desregulamentação e privatização de setores industriais com o fito de combater a inflação, aumentar a eficiência econômica, diminuir a intervenção do Estado na Economia e proteger o interesse do consumidor nos Estados Unidos e na Inglaterra, sob o comando de Reagan e Margareth Thatcher, respectivamente.

No Brasil, as Agências Reguladoras foram propostas em meio a uma mudança na compreensão do papel do Estado e em virtude da efetiva desestatização da Ordem Econômica. Assim, na década de 1990, migrou-se de um Estado intervencionista que avocava para si a exploração de atividades econômicas para um de papel de amplo espectro na qualidade de agente normativo e regulador de sua economia, de maneira a permitir que a persecução do lucro e dos melhores resultados advindos da exploração de atividade econômica empreendida pelos agentes privados proporcionasse, concomitantemente, a realização de metas previamente estabelecidas com finalidade socialmente desejável.

Neste contexto é que foram criadas as agências reguladoras que, segundo Leonardo Vizeu (2011), são:

[...] fruto de uma profunda mudança na relação do aparelho estatal com a sociedade, especificamente com a ordem econômica. Observe-se que na concepção clássica, a intervenção estatal sempre se centrou no princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, não havendo, por parte do Estado, maiores preocupações com o equilíbrio de interesses dos diversos entes que compõem e participam da vida econômica de mercados específicos da economia.

Esta reforma do Estado brasileiro, foi direcionada visando a implementação de uma administração pública gerencial, englobando, segundo Pimenta (2007):

- a) Privatização, enquanto venda de ativos públicos que não deveriam mais permanecer dentro do setor público;
- b) A publicização, que é a transformação de órgãos estatais em entidades públicas não estatais, de direito privado e sem fins lucrativos;
- c) A manutenção, no Poder Executivo, somente daqueles funcionários públicos diretamente responsáveis pela formulação e acompanhamento da implantação de políticas públicas;
- d) A execução de serviços não diretamente vinculados à administração pública, através da contratação de terceiros;
- e) A desburocratização, através da modernização e uso da tecnologia da informação, com vistas também a uma mudança cultural nas organizações;
- f) A descentralização dos processos decisórios internos, externos e entre as esferas do governo;
- g) A implantação dos princípios da transparência e *accountability*, de forma a favorecer o controle social e de resultados da ação das agências e órgãos estatais.

No mesmo sentido, segundo Fernanda Marinela (2012, p. 134):

O Governo Federal, objetivando reduzir o déficit público e sanear as finanças públicas, criou o Programa Nacional de Desestatização (PND), que permitia a transferência à iniciativa privada de atividades que o Estado exercia de forma dispendiosa e indevida, tendo todos os seus parâmetros previstos em lei.

Todavia, antes do processo de privatização, era necessário discutir e estabelecer um novo marco regulatório, uma vez que os setores na mira do processo de privatização eram os setores de infraestrutura e serviços públicos, que não poderiam apenas ser privatizados e sua regulação deixada por conta do mercado, em vista do risco de substituição do monopólio público pelo privado e de perda da qualidade na prestação dos serviços públicos.

Diante deste contexto, consolidando a transição de modelos estatais é que em 1995 foram aprovadas as Emendas Constitucionais nº 8 e 9, que alteraram a redação dos arts. 21, XI, e 177, § 2º, III, da Carta Magna, que passou a exigir a instituição de órgãos reguladores para determinados serviços públicos, que seriam independentes e deveriam regulamentar e fiscalizar as áreas as quais estavam legalmente obrigados. Tendo a nova redação dos retrocitados artigos ganhado a seguinte redação:

Art. 21. Compete à União:

[...]

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95:)

Art. 177. Constituem monopólio da União:

[...]

§ 3º A lei disporá sobre o transporte e a utilização de materiais radioativos no território nacional. (Renumerado de § 2º para 3º pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

2.2 CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E REGIME ESPECIAL

As agências reguladoras são autarquias de regime especial, encarregadas da regulação, controle e fiscalização de serviços públicos, atividades e bens transferidos ao setor privado, politicamente neutras e imparciais, de setores e mercados específicos, estabilizando o convívio de interesses públicos, coletivos e privados, instituídas em razão do fim do monopólio estatal.

Pelo fato das agências reguladoras nada mais serem do que espécies de autarquias, torna-se importante conceituar o gênero ao qual pertencem. Assim, segundo o decreto-lei nº200/67, art. 5º, I, autarquia é “o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita própria, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”.

Todavia, esta qualificação não acompanhou as mudanças no ordenamento jurídico brasileiro, sendo considerada incompleta ou inadequada pela doutrina. Com o intuito de sanar tal distorção, Fernanda Marinela (2014) propõe o seguinte conceito:

As autarquias são pessoas jurídicas de direito público que desenvolvem atividades administrativas típicas de Estado e gozam de liberdade administrativa nos limites da lei que as criou. Não são subordinadas a órgão nenhum do Estado, mas apenas controladas, tendo direitos e obrigações distintos do Estado.

Devido ao regime especial que garantem maior independência e estabilidade aos entes que as criaram, as agências reguladoras apresentam características únicas, previstas nas leis que as instituíram e na Lei 9.986/00, tais quais: apesar de ser vinculadas ao Ministério competente para o trato da respectiva atividade, o que dá poder de supervisão dos atos praticados, este não pode exercer qualquer poder de revisão sobre os mesmos; seus dirigentes são nomeados pelo Presidente da República, mas depende de prévia aprovação pelo Senado Federal; seus dirigentes ainda têm a garantia de mandado a prazo certo, exercendo-o em mandatos fixos; e seus dirigentes, terminado o mandato, cumprirão a quarentena, que é a proibição de exercer atividades no setor anteriormente regulado.

Ademais, no cenário brasileiro, na regulação das atividades econômicas de interesse geral, o Poder Público deve limitar-se a expedir as normas que digam respeito aos interesses primários a serem atendidos, não podendo também impor uma regulação que as igualem a concessões, isto é, o Poder Público não pode ter poderes correspondentes aos que existiam se a atividade fosse um serviço público, sob pena de agressão constitucional.

Assim, segundo Efig (2009, p.67), “as Agências Reguladoras não podem exercer funções normativas não previstas, anteriormente, como competência da administração direta, ou mesmo, superior a outros entes da administração”.

Já sobre o Poder de Normatização dos entes reguladores, Eros Grau apud Efig (2009, p. 67), estatui:

As Agências Reguladoras estariam autorizadas a criar direito novo, por meio de regulações, ainda que despidas de previsão legal, pois defende que o Poder Normativo abarca tanto o poder legislativo, quanto o regulamentar e regimentar. A função normativa regulamentar da Administração Pública adviria de um poder derivado, todavia, poderia instituir normas primárias, sem que isso viesse a caracterizar a derrogação do princípio da separação dos poderes. Desta maneira, uma ausência de moldura legislativa não impediria a administração de dispor de direitos e impor obrigações aos particulares, inovando assim a ordem jurídica, pois é próprio da administração do poder regulamentar, inserido na função normativa. Todavia, a posição do autor é somente para demonstrar a diversidade doutrinária que abarca esta polêmica discussão da função normativa, pois esta visão é minoritária.

Todas essas características especiais visam permitir que as agências reguladoras tenham uma maior distância das partes interessadas, não sendo influenciadas por parte do setor sob seu campo de regulação. Por isso é que, para Gaspar Ariño Ortiz (1999, p. 1999), são duas as grandes vantagens das Agências Reguladoras, a especialização e a independência, e complementa:

[...] a independência de juízo e a decisão resultam particularmente necessárias nestas matérias por razões fundamentais: primeiro porque para o político o mais fácil é adiar o problema; segundo porque nos encontramos diante de situações que afetam diretamente os direitos e liberdades do cidadão, onde as decisões devem ser tomadas com a imparcialidade e independência de um juiz.

Um problema comum às Agências Reguladoras que terminam por limitar sua independência é o fenômeno da “captura”, que devido a grande interação entre reguladores e regulados, por vezes, ocorre dos setores regulados passarem a determinar as condutas das agências e a usá-las para proteger os seus próprios interesses, em lugar dos interesses públicos.

Como forma de consolidar a independência, o regime de pessoal inicialmente implementado foi o de emprego público, regido pela Consolidação das Leis do Trabalho

(CLT). Todavia, o art. 1º da Lei 9.986/00 teve sua eficácia suspensa por decisão cautelar na ADI nº 2.310-1, do Distrito Federal, proposta pelo Partido dos Trabalhadores, do Ministro Marco Aurélio.

Diante do conflito entre o que rezava a lei e o posicionamento do STF, a situação foi solucionada através da Lei 10.871/04, que definiu o regime estatutário para esses agentes, a exigência de concurso público para preenchimento dos cargos, jornada de trabalho de quarenta horas semanais, regras para promoção e remoção dos servidores, possibilidade de gratificações e de contratação temporária em caráter excepcional, pelo prazo de doze meses, mediante processo seletivo simplificado. Importante trazer à tona o exposto por Celso de Mello (2012, p. 185) ao discutir sobre a temática afirma que

Se a atividade é realmente apenas temporária não se justifica contrato que possa se estender por 36 meses, que este seria um “temporário” longuíssimo. Se o preenchimento é que deveria ser temporário, pela necessidade ingente de preencher cargos, ou empregos necessários, então é igualmente absurdo o prazo, pois não se concebe que seja necessário tanto tempo para realizar o cabível concurso público (MELLO, 2012. P. 185).

A palavra especial posta às agências reguladoras quando denominadas de autarquias em regime especial não afirma o interesse público seja posto ao largo pela não realização do previsto no Art. 37, II, da Constituição Federal. O interesse público, portanto, somente estará resguardado quando da realização do concurso público. Não cabendo ao passageiro agente governamental o exercício de sua vontade em detrimento da Res Publica.

Não estamos questionando que até a realização do concurso público de provas e títulos para preenchimento dos cargos devidos haja a contratação em sentido temporário a atender o interesse público. Estamos, sim, a discutir a eternização da temporalidade do contratado. A contratação sem a realização do certame público deve encontrar respaldo nas “restritas hipóteses previstas pela própria Constituição Federal” (CUNHA JÚNIOR, 2013. P. 927)

O reforço legal à discussão posta é encontrado na Súmula nº 685 do STF onde é possível enxergar na mesma que

É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido (STF 685).

Não é, portanto, o caráter especial das agências reguladoras que coloca a estas o direito de não cumprir o imposto no Art. 37, II da Constituição Federal. Além disso devem pautar

sua atividade administrativa na legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência conforme reza o Caput do Art. 37 da Carta Magna. A não realização do certame público que traga igualdade de acesso ao serviço público termina por atentar contra os princípios citados.

Outro ponto interessante é o processo licitatório a que as agências reguladoras estão submetidas. Apesar de algumas leis que criaram agências reguladoras as excluírem da obediência à Lei 8.666/93, essas disposições, como exemplo o art. 54, parágrafo único, da Lei 9.472/97 – a que cria a ANATEL – foram objeto de controle concentrado de constitucionalidade, via Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI nº 1.668, que entendeu ser inconstitucional tal dispositivo. Devendo, assim, as autarquias se sujeitarem as regras previstas na Lei de Licitação.

2.3 FORMAS DE CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

As Agências Reguladoras são vinculadas ao ministério que as criou, apesar serem detentoras de uma ampla autonomia e independência. Porém, estas garantias se situam no campo do exercício de suas atribuições técnicas, na qualidade de ente regulador de mercado econômico ou setor de relevante interesse coletivo, sem guardar qualquer relação de subordinação hierárquica com o Poder Executivo, haja vista quase busca evitar ingerência política em suas atividades.

Todavia, elas são parte da administração pública, portanto, estão sujeitas aos Poderes do Estado, principalmente quanto ao exercício das funções Legislativa e Judiciária. Assim, como todo ente da Administração Pública, a agência reguladora submete-se aos seguintes tipos de controle, segundo Vizeu (2011):

- 1 – financeiro: exercido, de forma restrita, pelo Tribunal de Contas, órgão do Legislativo, no que se refere à aplicação de bens e serviços a seu cargo, bem como no que tange à arrecadação e gastos de suas receitas e despesas públicas. Apesar de poderem arrecadar receitas que lhes são próprias e outorgadas em lei, bem como poderem realizar as despesas que lhes são inerentes e necessárias, tal sistemática financeira deve obedecer, estritamente, aos comandos constitucionais e legais para tanto;
- 2 – finalístico: Exercido, de forma restrita, pelo Executivo e pelo Legislativo (Comissões Parlamentares de Inquérito), bem como por toda a sociedade, no que se refere, tão-somente, ao cumprimento das políticas públicas, dos objetivos e das finalidades da atividade de regulação a ser alcançado pela agência. Observe-se que não cabe controle de mérito administrativo, tampouco de juízo de conveniência e oportunidade sobre as atividades reguladoras da Agência;

3 – juridicidade: exercido, previamente, pelas Procuradorias das Agências Reguladoras, na qualidade de órgãos externos vinculados à Advocacia-Geral da União (art. 131 da CRFB), bem como, *a posteriori*, pelo Judiciário, em respeito ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5^a, XXXV, da CRFB), sobre os atos e normas editados pela Agência Reguladora, quando exorbitantes de seus limites legais, ou ainda, quando não guardarem relação de razoabilidade e proporcionalidade com os fins colimados pela Administração Pública.

O estabelecimento de um sistema de controle das agências reguladoras faz-se mister para se garantir que não haja desvirtuamento, tampouco captura, do processo de regulação. Isto porque autonomia não significa insubmissão ao Estado Democrático de Direito, mas exatamente a preservação da independência técnica de determinados entes e órgãos públicos, em razão das constantes mudanças decorrentes do processo eleitoral democrático.

Todavia, o limite da autonomia das agências reguladoras há que ser as normas constitucionais estabelecidas, bem como os comandos normativos derivados de seus poderes constituídos, a saber, as funções legislativas e judiciárias, observando-se que a agência atua como ente independente do poder constituído executivo.

3 AGÊNCIAS REGULADORAS E A DEFESA DA CONCORRÊNCIA

3.1 A LIVRE CONCORRÊNCIA E PRÁTICAS ANTICONCORRENCIAIS

Conforme já explicado em capítulo anterior, o Estado vivenciou a incidência de imperfeições de mercado, que é incapaz de autorregular-se, e a ocorrência cíclica de crises no sistema capitalista, notadamente a de 1929 e as duas Grandes Guerras Mundiais, e que normatizar o capitalismo era mais que uma opção, era uma necessidade econômica e social.

Assim é que se inicia a intervenção no domínio econômico através da regulação e do direito antitruste nos países, notadamente nos EUA e na Europa e só, posteriormente, na América Latina.

Inicialmente as normas de proteção contra atos contrários à livre concorrência eram de caráter privado, entretanto, em um segundo momento elas ganham caráter publicista. Segundo Nusdeo (2004, p. 23):

Num segundo momento é que surgiram as normas de caráter publicístico destinadas à proteção do mercado e da concorrência no interesse público – vale dizer, no interesse dos consumidores, da proteção à livre iniciativa e dos valores da sociedade.

Assim, o início da intervenção do Estado através do direito só se consolida posteriormente, alterando o ordenamento jurídico com base nos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Dessarte, segundo Santos (2014):

Dentro de uma perspectiva normativo-constitucional, o direito de proteção à concorrência é entendido com legislação que dá concretude aos princípios jurídicos da livre iniciativa, da livre concorrência e da repressão ao abuso do poder econômico – princípios de base da ordem econômica constitucional brasileira.

A subsunção da norma ao caso concreto no nosso direito pode ser implementada por autarquias, como é o caso do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) que objetiva regulamentar o poder econômico no mercado.

Existem duas formas de intervenção na economia prevista no ordenamento jurídico brasileiro, a regulação e o direito antitruste, ambas visando a preservação de um ambiente de livre concorrência. Santos (2014), discorrendo sobre a diferenciação entre o direito antitruste e a regulação obtempera que:

A diferença entre direito antitruste e regulação está basicamente na forma de intervenção. A atuação do direito antitruste é essencialmente passiva, controlando afirmação de estruturas e sancionando condutas (atos de controle e de fiscalização). Já a regulação é uma intervenção ativa, que não se restringe ao controle, mas preocupa-se com a verdadeira criação da utilidade pública através da regulação.

O Brasil passou por vários diferentes estágios de defesa da concorrência. Na década de 30 as ações estatais eram mais voltadas para o controle de preços, pois visava atingir a economia popular. A partir da década de 40, a legislação passou a apresentar alguma preocupação com a defesa da concorrência com uma visão pró-mercado. Desde modo, só após a Carta Magna de 1988 e com o processo de abertura comercial da década de 90 é que transformações legislativas se tornam mais concretas, o que culminam com a edição da lei 8.884/94.

Diante dos comuns abusos empresariais na busca do lucro e da dominação do mercado, foi editada a Lei 8.884/94 que visa proteger a livre concorrência no mercado brasileiro. Esta lei tipifica alguns comportamentos como infracionais e institui o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) que deve zelar pelo respeito à supracitada lei, segundo o art. 7º.

Dentre todas as práticas anticoncorrenciais pode-se citar como as mais danosas: a formação de cartel, a venda casada, o *dumping*, a política de preços predatórios, a discriminação de preços, a exigência de exclusividade e o preço de revenda.

O CADE ainda deve inibir determinadas condutas por criar ou aumentar o poder de mercado das empresas, mas que não constituem em si irregularidades à lei 8.884/94. Estes atos de concentração são nomeados de concentração vertical, que ocorre quando há a fusão ou incorporação de empresas em diferentes estágios da cadeia produtiva; concentração horizontal, que acontece quando há incorporação ou fusão de empresas que fabricam o mesmo produto ou produtos substitutos; e conglomeração, que é a associação entre empresas que atuam em diferentes setores da economia.

3.2 FUNÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A partir de 1994, as agências reguladoras tornam-se mais importantes no contexto brasileiro, passando a atuar na regulação e monitoramento de estruturas de mercado como na prevenção e repressão de práticas infratoras da ordem econômica.

Deste modo, os atos de concentração passam a ser analisados com mais cautela, pois podem causar danos à concorrência e ao consumidor, bem como, quando eficientemente implementados, podem gerar ganhos de produtividade que podem ser repassados ao mercado através de reduções de preços e melhora na qualidade do produto, o que é desejado por todos.

As ações dos órgãos públicos na defesa da concorrência são divididas em três âmbitos, as ações preventivas, repressivas e educativas. As ações preventivas são aquelas que analisam as operações de concentração e cooperação econômica. As ações repressivas são as ligadas à punição de condutas consideradas anticompetitivas, como a formação de cartel. Por fim, as ações educativas são aquelas voltadas para o incentivo e difusão da cultura da concorrência.

As principais agências que atuam na defesa da concorrência no sistema brasileiro são:

a) Secretaria de Acompanhamento Econômico – Foi criada em 1995 e é vinculada ao Ministério da Fazenda. Sua atuação é ligada às decisões do CADE, mas também à coordenação e execução de ações do Ministério da Fazenda no intuito de gerir as políticas de regulação de mercados, de concorrência e de defesa da ordem econômica, de forma a promover a eficiência, o bem-estar do consumidor e o desenvolvimento econômico.

b) Secretaria de Direito Econômico – SDE – Este órgão é vinculado ao Ministério da Justiça e o responsável por instruir a análise concorrencial dos atos de concentração econômica e averiguar possíveis violações à ordem econômica.

c) Conselho Administrativo de Defesa Econômico – CADE – Este órgão tem jurisdição em todo o território nacional, e tem por função orientar, fiscalizar, prevenir e apurar abusos de poder econômico, prevenindo e reprimendo tais abusos. O CADE é uma autarquia vinculada ao Ministério da Justiça e criado pela Lei 8.884/94, onde também se pode encontrar o rol das suas atribuições.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante a construção do trabalho demonstrou-se que a inserção do modelo de Agências Reguladoras no ordenamento jurídico brasileiro trespassa, antes de mais nada, a mudança na perspectiva do Estado.

O Brasil buscava após a redemocratização ocorrida ao final dos anos 80 e início da década de 90, um novo modelo estatal no qual haveria menos interferência do estado na economia, permitindo uma atuação mais intensa da iniciativa privada.

Assim, é que, copiando e mesclando alguns aspectos do modelo americano e europeu, foram introduzidas as Agências Reguladoras no contexto brasileiro. Essas instituições deveriam regular alguns setores econômicos, que por serem considerados extremamente importantes, ligados à prestação de serviços públicos, não poderiam ser delegados sem nenhuma fiscalização ou restrição aos desejos de investimento advindos da iniciativa privada.

Todavia, para estes novos institutos atuarem com eficiência no intuito de atingir suas metas – proteger a concorrência e os usuários dos serviços delegados – e evitar que eles fossem cooptados tanto pelo Poder Público quanto pela iniciativa privada é que conferiu-se independência financeira e gerencial às *Agencies*, não sendo elas subordinadas ao Poder Público ou ao mercado.

Contudo, a partir dos anos 2000, iniciou-se um processo de desestruturação das agências, tendo sido elas capturadas pelo Poder Público. Paulatinamente, a atuação dessas instituições foi diminuindo e sua independência, reduzida, sendo legadas ao esquecimento por um longo período.

No momento atual, seu quadro de pessoal foi desaparelhado, não tendo mais servidores detentores de conhecimentos técnicos do setor regulamentado, aprovados por concurso público. Não obstante, foram criados milhares de cargos em comissão de livre nomeação e exoneração, conforme apresenta matéria do Estadão, Bergamasso (2014) informa que existem quase três mil (3.000) cargos preenchidos a troco de muitas negociações políticas e pouca discussão acerca da competência técnica.

Não se pode ainda deixar de citar que nos últimos anos o número de reclamações sobre a qualidade dos serviços públicos concedidos à iniciativa privada só aumentou, sendo comum ouvir reclamações sobre a qualidade do serviço de telefonia, energia, água encanada, transporte público, saúde e aviação civil em todos os recantos do país, tendo sido esta, inclusive, a causa do ecoar das manifestações de junho de 2013 cuja insatisfação crescente por parte da população partícipe estava associada à qualidade dos serviços públicos e os seus altos preços.

Por fim, é válido asseverar que, no momento atual, não resta mais dúvidas sobre o seu papel na defesa do consumidor e da livre concorrência, conforme explicitado durante os capítulos deste trabalho, todavia, com a desorganização das agências nos últimos anos, os mecanismos de proteção e defesa dos consumidores foram perdendo força e delegados para órgãos totalmente voltados para este intuito, bem como à concorrência.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 17. ed. São Paulo: Editora Método, 2009.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. **Institui o Regimento Interno da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, e dá outras providências**. Resolução 197, de 16 de JUL. de 2009. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/texto_lei.php?id=1460>. Acesso em: 25 de ago. 2016.

BERGAMASSO, Débora. **Agências Reguladoras têm quase três mil cargos em comissão. O Estadão**. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,agencias-reguladoras-tem-quase-3-mil-cargos-em-comissao-,1066524,0.htm>>. Acesso em: 23 ago. 2016.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. **Governo Federal do Brasil: Estrutura do Estado**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/sobre/o-brasil/estrutura/agencias-reguladoras>>. Acessado em: 15 maio 2016.

_____. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Diário Oficial da União, DF, 12 de set. de 1990.

_____. Decreto nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, Dispõe sobre a Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial da União, Brasília, DF**, de 27 de fev de 1967.

_____. **Lei 9.986/00, de 18 de Julho de 1994, Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências**. Diário Oficial da União, DF, de 19 de set. de 2000.

_____. **Lei 10.871, Dispõe sobre a criação de carreiras e organização de cargos efetivos das autarquias especiais denominadas Agências Reguladoras, e dá outras providências**. Diário Oficial da União, DF, 20 de mai. de 2004.

_____. **Lei 8.666, Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências**. Diário Oficial da União, DF, 21 de Jun. de 1993.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Agências Reguladoras – Pessoal – Arregimentação - CLT – Pessoal da Telebrás – Aproveitamento – Impropriedade – Liminar Deferida – *Ad Referendum do Plenarium*. Decisão Cautelar em ADI nº 2.310-1 – DF. Partidos dos Trabalhadores e Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data de Julgamento: 19/12/2000, Data de Publicação: DJ 01/02/2001 P – 00005.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Agravo regimental na reclamação. ADI nº 1.668/DF. Livre distribuição (art. 70, § 1º, RISTF). Cabimento da ação constitucional. Ausência de identidade de temas entre o ato reclamado e o paradigma da Corte. Sucedâneo de recurso. Agravo regimental não provido. Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 06/02/2013, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 05-03-2013 PUBLIC 06-03-2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula 685.

_____. Decreto 3.327, de 5 de janeiro de 2000, Aprova o Regulamento da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, DF, de 05 de jan. de 2000.

_____. **Lei nº 9.472, de 16 de julho 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995.** Diário Oficial da União, DF, 17 de jul. de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19472.htm>. Acesso em: 25 ago. 2016.

_____. **Lei nº 8.884/94, de 11 de junho 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências.** Diário Oficial da União, DF, 13 de jun. de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18884.htm>. Acesso em: 1 set. 2009.
CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Reforma do Estado e Direito Concorrencial.** Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 204.

CUNHA JR. Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. Salvador, Editora Juspodivm, 2013.

DI PIETRO, Maria *Sylvia* Zanella. **Direito Administrativo.** 17 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

EFING, Antonio Carlos (Coord). **Agências Reguladoras e a Proteção do Consumidor Brasileiro.** Curitiba: Jaruá Editora, 2009, p. 103.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Direito Econômico Internacional.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

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

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo.** 6. ed. Niterói: Impetus, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** São Paulo, Malheiros Editores, 2012.

MENDES, Conrado Hübner. **Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discussão,** in Direito Administrativo Econômico, Malheiros, 2000.

NUNES, Edson de Oliveira. **Agências Reguladoras E Reforma do Estado no Brasil: Inovação e continuidade no sistema político-institucional**. Rio de Janeiro: Garamond, 2007.

NUNES, Edson de Oliveira. **O Quarto Poder: Gênese, Contexto, Perspectivas e Controle das Agências Reguladoras**. Anais do II Seminário Internacional sobre Agências Reguladoras de Serviços Públicos. Instituto Hélio Beltrão, Brasília, 25 de Setembro de 2001.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 23.

ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de Derecho Público e Económico**. Granada: Camares, 1999.

SANTOS, A. Vilarino dos. **O papel das agências reguladoras na ordem econômica e social**. Portal da Universidade Metodista de São Paulo. Disponível em:

<<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/.../501>>. Acesso em: 15 jul. 2016.