

INTRODUÇÃO

A evolução do direito administrativo ensejou a criação de um ambiente em que a consensualidade e o diálogo entre o Estado e atores privados vem se fazendo cada vez mais presente; a iniciativa popular de leis, audiências públicas, ações populares e ações civis públicas são alguns exemplos dessa Administração mais voltada para a participação do administrado. Nesse contexto, o princípio da legalidade passou por um processo de redimensionamento, no qual uma normatividade secundária passou a ser exigida, de modo a dar conta dos complexos e plurais fenômenos econômicos e sociais.

Ainda assim, a legitimidade dessa expansão foi muito criticada, ainda que se mostrasse recorrente e necessária, a edição de atos normativo secundários pelas agências reguladoras exigiu parâmetros como a eficiência e a participação popular para lhes dar fundamento de atuação, uma vez que seriam decorrentes de um processo não político e, dessa forma, seu pressuposto estaria no exercício do poder e não no título como ocorre com os representantes eleitos.

Ao mesmo tempo, ocorreu uma mitigação da dicotomia entre público e privado, não só no sentido da constitucionalização do direito infraconstitucional e na irradiação do direitos e garantias fundamentais, como pela instrumentalização do direito privado pelo direito público, seja nos contratos públicos, nos quais haveria uma compatibilização de interesses e implementação de um modelo de colaboração público-privada. Ademais, a imperatividade do Estado é reinterpretada para um modelo de consensualidade – na medida em que ocorre uma participação maior do administrado nos processos decisórios; atos da Administração Pública estão sujeitos a ulterior revisão pelo Judiciário e o parâmetro de conveniência e oportunidade dos atos administrativos, na forma da discricionariedade do administrador, cede espaço para tomadas de decisão baseadas nos princípios da proporcionalidade, realidade e razoabilidade .

Além disso, a livre iniciativa deve ser considerada como regra geral e, por isso, a intervenção do Estado como exceção, com o intuito de garantir condições de competição materialmente iguais para agentes econômicos e conter falhas de mercado. Nesse ponto, a atuação fiscalizatória e adjudicatória de agências reguladoras em muito pode onerar unidade produtivas, a exemplo viu-se a significância dos créditos não fiscais devidos a ANATEL na recuperação do Grupo Oi e sua ulterior modificação em votação pela assembleia geral de

credores. Por outro lado, alianças estratégicas têm se mostrado como uma alternativa frente a situações de crise, de modo a manter sua respectiva competitividade no mercado.

METODOLOGIA

Por meio de levantamento bibliográfico e de material jornalístico, tentou-se compreender o atual cenário do direito administrativo contemporâneo, no sentido de explicar a atuação das agências reguladoras, frente aos fenômenos de regulação e concorrência, com o intuito de estabelecer suas respectivas consequências para com unidades produtivas.

OBJETIVOS

Analisar a evolução do direito administrativo econômico, de modo a reiterar a regulação e a concorrência como fenômenos do mesmo gênero. Para tanto, estabeleceu-se o panorama referente a legitimidade e poder normativo das agências reguladoras, conjugando a necessidade de eficiência e participação popular em seus atos. Contudo, tal poder normativo encontra evidente limitação na revisão judicial, visto o imperativo da inafastabilidade da jurisdição. Ainda assim, na prática o que se vê é a propagação de situações de insolvência e de alianças estratégicas para manter competitividade, visto a recuperação judicial do Grupo Oi e posterior reestabelecimento das multas administrativas devidas a ANATEL, na forma do plano de recuperação judicial. Nesse ponto, a cooperação se torna pressuposto da competição a exemplo das alianças estratégicas frente a situações de crise.

1. Ponderações sobre direito administrativo econômico

Em uma sociedade capitalista, o crescimento econômico é, de fato, a meta de qualquer política pública que vise promover o progresso social, contudo, uma crítica deve ser posta na medida em que tal assertiva parece ser insuficiente para demonstrar a teleologia que um Estado democrático de Direito pretende alcançar a partir da hierarquia, supremacia e força normativa (HESSE, 1992, p. 5) que sua respectiva carta Carta Magna¹ visa implementar. Nesse ponto, o alcance do crescimento econômico sustentável², com foco na produtividade, assegurando a redução das desigualdades sociais e regionais, além da sustentabilidade ambiental parece se manifestar como uma diretriz mais acurada para representar a axiologia dos direitos e garantias fundamentais do sistema constitucional vigente³.

Ainda assim, é determinante questionar e esclarecer qual modelo de progresso se deseja, de fato, implementar, uma vez que a ponderação entre sustentabilidade, concorrência, justiça social e, além disso, distribuição de renda são imprescindíveis para uma aplicação proporcional, razoável e eficaz desses mesmos valores constitucionais⁴. De fato, a ordem econômica impõe a contenção e dimensionamento de efeitos indesejados em relação a atividades produtivas, quando em setores estratégicos, altos investimentos e riscos se conjugam em um ambiente em

¹ A constituição é, de fato, a própria estrutura de uma comunidade política organizada, a ordem necessária que deriva da designação de um poder soberano e dos órgãos que o exercem. BOBBIO, Norberto. Dicionário político. Brasília: UNB, 1992. V. 1.

² O crescimento econômico sustentado e inclusivo significa ser capaz de suprir as necessidades da geração atual sem comprometer a capacidade de atendimento às necessidades das futuras gerações, o que está estritamente relacionado com o equilíbrio macroeconômico, a redução das desigualdades sociais e regionais e a sustentabilidade ambiental. O crescimento da economia e o desenvolvimento nacional devem visar o uso sustentável dos recursos naturais, ou seja, o desenvolvimento deve ser ambientalmente sustentável, sem dispensar a adequada avaliação dos custos econômicos e dos benefícios ambientais. Ministério do planejamento, desenvolvimento e gestão. Estratégia Nacional de desenvolvimento econômico e social. Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/desenvolvimento-socioeconomico-estrategia-nacional/estrategia-nacional-e-sumario-executivo/estrategia-nacional>. P. 22.

³ Ministério do planejamento, desenvolvimento e gestão. Estratégia Nacional de desenvolvimento econômico e social. Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/desenvolvimento-socioeconomico-estrategia-nacional/estrategia-nacional-e-sumario-executivo/estrategia-nacional> p. 21

⁴ Com relação ao eixo econômico, faz-se necessário que haja um crescimento sustentado e inclusivo, o que só será possível com o aumento da produtividade do país. Entre os fatores que contribuem com o aumento da produtividade estão a melhoria do ambiente de negócios, o estímulo à concorrência, o desenvolvimento tecnológico, a capacitação do trabalhador e uma inserção qualificada do país no mercado internacional, o que requer uma postura ativa nas relações internacionais e na busca de novos parceiros comerciais e de investimentos. Ministério do planejamento, desenvolvimento e gestão. Estratégia Nacional de desenvolvimento econômico e social. Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/desenvolvimento-socioeconomico-estrategia-nacional/estrategia-nacional-e-sumario-executivo/estrategia-nacional> p. 21

que o desenvolvimento tecnológico e a globalização trazem demasiadas incertezas e inseguranças tanto para investidores como para a sociedade, vista a possibilidade de intervenções desmedidas do Estado na economia, além de danos ao meio ambiente e prejuízos à ordem econômica como no caso no rompimento das barragens de rejeitos de Mariana, de Brumadinho e da recente crise dos combustíveis .

Nesse contexto, é mister a atuação regulatória e concorrencial da Administração Pública, seja ela repressiva como preventiva, de forma a garantir a disposição de regras verossímeis, flexíveis e capazes de estabelecer a confiança necessária para a persecução do empreendedorismo, atração de investimentos nacionais e estrangeiros e o combate à práticas incongruentes com a ótica de mercado. A exemplo, denotam-se órgãos da administração pública como agências reguladoras, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquias independentes e o próprio Poder Judiciário por meio do julgamento de ações civis públicas, ações improbidade administrativa como pelo controle de legalidade e constitucionalidade de atos da Administração Pública.

Além disso, deve-se ter por certo que a finalidade da atividade regulatória não deve ser caracterizada pela sua postura sancionadora, ao contrário, a obtenção de metas e pautas deve ser vista como o enfoque de sua teleologia (MARQUES NETO apud ARAGÃO, 2008, p. 365), com o devido respaldo em disposições legais e constitucionais, isso, com o intuito de assegurar autonomia e segurança jurídica à sociedade e à iniciativa privada, hoje, tão presente na consecução e implementação de diversos interesses públicos.

Ao mesmo tempo, a emergência da consensualidade administrativa deve ser reiterada, principalmente por conta do art. 26 da Lei 13.655/18, na medida em que se admitir-se-ia a celebração de acordos substitutos de sanção e compromissos de ajuste de comportamento. De modo a reiterar a boa-fé entre o Estado e o agente regulado, com o intuito de reduzir o arbítrio estatal e, assim, evitar conflitos litigiosos, garantindo uma otimização do benefício geral em relação à restrição ao particular (GUERRA; PALMA, 2018, p. 138).

Contudo, fato é que as relações econômicas não são estáticas e, por isso, seus respectivos marcos regulatórios não podem limitar o desenvolvimento das mesmas, principalmente quando se fala de contratos de concessão que podem durar décadas, assim a confiança e flexibilidade na adaptação das regras do jogo deve ser posta em prática, não só com o intuito de garantir credibilidade as instituições (ALLAIS apud ARAGÃO, 2008, p. 306), como também a segurança de que as modificações legislativas e regulamentares serão executadas afim de

alcançar o melhor interesse dos investidores e da sociedade⁵, evitando intervenções desmedidas do Estado na autonomia privada sem que estas sejam devidamente justificadas e razoáveis.

A regulação e a manutenção da concorrência devem, portanto, serem vistas como uma estrutura de confiança tanto para o dimensionamento e contenção de efeitos indesejados como para a manutenção da higidez de mercado (MARSHALL, 2007, p. 12), com o intuito de garantir a criação de vínculos estáveis contra excessivas incertezas que se colocam no campo prático do empreendedorismo e dos serviços públicos (JUAREZ apud ARAGÃO, 2008, p. 138).

O critério que condiciona as escolhas que o mercado ou o Estado, ao regular a atividade econômica, devem fazer constantemente, de tal sorte que o resultado final seja mais vantajoso que os custos sociais envolvidos. (FONSECA, 1995, p. 23)

Desse modo, a lei, além de ser um meio para evitar a arbitrariedade do Estado e garantir liberdades individuais, legitima um espaço de discricionariedade - ainda que, por vezes, vinculado - este, por sua vez, delegado a administração pública, haja vista sua expertise e tecnicidade para resolver questões de cunho concreto que, eventualmente, ultrapassam a racionalidade da deliberação legislativa, uma vez que há constante modificação tecnológica e operacional dos ambientes regulados. Por conta disso, a força normativa dos órgãos regulatórios⁶ torna-se necessária para preencher as lacunas postas por conceitos genéricos e indeterminados expedidos pelo legislador e, assim, garantir confiança e segurança tanto para investidores quanto para a tomada de decisões prudentes dentro da própria administração, relevando-se a eficiência e a participação popular como pressuposto de sua atuação.

Logo, pensar os canais de circulação de poder político para além do eixo dos Poderes instituídos, no sentido de que existem grupos de interesses com competências administrativas de formulação de políticas públicas, é um passo necessário para se alcançar uma efetiva

⁵ Releva-se nesse sentido a disposição do Art. 30 da lei 13.655, in verbis: As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

⁶ A distância entre as edições normativas regulamentares e aquelas editadas pelo poder Executivo e Legislativo – poderes instituídos devidamente eleitos – poderia gerar um fenômeno de insegurança jurídica. Além disso, há argumentações no sentido de dispor que a função normativa das agências reguladoras seria uma delegação abdicatória, ou seja a renúncia do poder legislativo de seu dever de exercer sua competência constitucional. Por outro lado, há uma argumentação mais plausível no sentido de dispor que essa função normativa seria uma delegação complementar que surge na medida da necessidade de lidar com as nuances econômicas e sociais, baseado na própria noção do art. 37 da CF. Uma terceira linha centra-se na indispensabilidade de uma regulação técnica de mercado, de modo que se justificaria um rompimento da organização de poderes de constitucionalismo clássico. Nesse sentido, argumenta-se pela necessidade de se exigir eficiência da atividade reguladora, associando a mecanismo de representatividade técnica ou de participação pública direta nas agências reguladoras.” TODESCAN, Paulo Lessa Mattos. Autonomia decisória, discricionariedade administrativa e legitimidade. In: O poder normativo das agências reguladoras Coord. Alexandre Santos de Aragão. Pág. 257.

regulação de mercado do ponto de vista democrático, no qual haja êxito em alcançar a complexidade teleológica da ação regulatória do Estado (TODESCAN, 2011, p. 262).

Nesse contexto de delegação normativa e discricionariedade⁷ da Administração Pública, deve ser ponderada a acepção de democracia e política, tendo em vista que os membros do legislativo são investidos em seus respectivos cargos por meio de um processo deliberativo legitimado pelo sufrágio, ao passo que a administração pública o faz, em geral, pela aprovação em concurso público⁸. Desse modo, ao se permitir uma capacidade normativa a mesma, a priori, não há garantia de que essa mesma administração seguirá um projeto de governo similar política e economicamente àqueles que foram eleitos pelo povo, o que geraria um possível déficit democrático (JUSTEN FILHO, 2011, p.231). De todo modo, o art. 29 da lei 13.655/18 legitima a possibilidade de se efetuar audiências públicas quando a administração pública estiver no exercício de edição de atos normativos, ainda que por meio eletrônico, com o intuito de garantir maior diálogo e coordenação nesse contexto.

Além disso, o aumento da edição de normas regulatórias, por muito tempo, foi justificado pela expertise e eficiência associadas aos membros da Administração Pública, tendo em vista a falta de conhecimento do poder legislativo para com detalhes de determinados fenômenos sociais ou do funcionamento de sistemas econômicos e concorrenciais que precisam ser regulados, com intuito de conter falhas de mercado, garantir redistribuição de renda ou estabelecer retaliações comerciais a países estrangeiros (RAGAZZO, 2011, p.136). Ademais a falta capacidade operacional legislativa de deliberar sobre todos os aspectos relacionados à regulação de certo fato social ou problema sistêmico é fator relevante para justificar e incentivar tal delegação de poder normativo. Pois, de fato, um sistema jurídico contemporâneo não pode se basear num modelo estático, fundado somente em normas primárias estabelecidas pelo poder legislativo, gera-se, portanto, a exigência de delegação de poder normativo, de modo a garantir o atendimento do fenômeno comercial e concorrencial (TODESCAN, 2011, p. 253)

Assim, a ideia de democracia está intrinsicamente ligada ao princípio da soberania popular, contudo tal fundamento não é suficiente para concretizar o conteúdo programático e

⁷ Deve-se relevar o fato de que essa discricionariedade deve ser interpretada com base nos princípios da legalidade e anterioridade.

⁸ Deve-se reiterar que o processo de criação de agências e de nomeação de seus dirigentes é um processo político, fruto de um processo legislativo democrático; os dirigentes são indicados pelo Chefe do poder executivo e submetidos ao crivo do poder legislativo. JURUENA, Marcos Villela Souto. Extensão do poder normativo das agências reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos (Org.).O poder normativo das agências reguladoras. 2ª ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2011. P. 97

as diretrizes postas pelo Estado democrático de direito, ao mesmo tempo que a democracia pressupõe legitimidade política de seus dirigentes, ela persegue a eficiência de políticas públicas para o alcance de seus interesses, vista a expressividade do art. 37 da CRFB/88.

Por sua vez, o exercício da discricionariedade dos entes reguladores deve relevar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, os próprios atos editados pela própria regulação. Essa discricionariedade se manifesta na prática quando o legislador se utiliza de conceitos indeterminados ou quando recorre a juízo subjetivos ou concretização de preceitos essencialmente indeterminados (DE AZEVEDO, 2011, p. 433).

Em suma, persiste uma legitimação pelo título e outra pelo exercício do poder, esta última com o intuito de criar freios e contrapesos para ampliar o processo de comunicação entre a sociedade e burocracia⁹, sendo, nesse âmbito, a atuação das agências reguladoras capaz de minorar o seu déficit democrático por meio da eficiência de seus resultados e o diálogo com os atores econômicos envolvidos. Ainda que sua legitimidade não advenha do sufrágio e seja, a priori, externa ao sistema político, a persecução e implementação de interesses públicos lhe dá subsídio de atuação, de fato, não há garantia de que a administração seja imune à política, vista a recorrência da captura de agentes regulatórios por interesses privados, contudo, na lógica de mercado, riscos são intrinsecamente inevitáveis (JUSTEN FILHO, 2011, p. 231).

De todo modo, não se pode limitar o conceito de democracia a ideia de sufrágio, existem atividades que devem ser direcionadas pela expertise e tecnicidade, ainda que em detrimento da legitimidade; tomadas de decisões estratégicas devem ser postas como parâmetro dentro de um Estado democrático que queria lograr êxito em realizar políticas públicas amparadas na eficiência e na garantia de direitos fundamentais.

Ademais, tem-se por certo que a atuação do Estado é determinante para a evolução econômico social de qualquer país, evidentemente pelo fato de tal ente ser veículo de fomento¹⁰ e manutenção de uma série de atividades produtivas, não somente por meio de sua prestação

⁹ O Estado precisa melhorar sua governança, com maior eficiência e eficácia das ações governamentais, além de implementar ações que visem garantir um ambiente de negócios favorável ao empreendedorismo e investimento, com regras claras, burocracia eficiente e com maior segurança jurídica. Ministério do planejamento, desenvolvimento e gestão. Estratégia Nacional de desenvolvimento econômico e social. Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/desenvolvimento-socioeconomico-estrategia-nacional/estrategia-nacional-e-sumario-executivo/estrategia-nacional.p.18>

¹⁰ Fomento na forma de atos positivos como empréstimos a juros baixos, subvenções oficiais, participações societárias em empresas estratégicas ou negativas como imunidades, isenções não incidências, renúncia e diferimento fiscais. BINEMBOJM, Gustavo. Poder de polícia, prdenação e regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 2ª ed. Belo Horizonte, Fórum, 2017. p. 70

direta e indireta, como também por meio do planejamento econômico, poder de fiscalização e imposição de sanções (MARSHALL, 2007, p. 154).

Agora, fato é que o papel da intervenção do Estado na economia vem sofrendo diversas modificações ao longo do tempo, desde sua atuação direta como agente de exercício de atividades econômicas, por vezes, com a detenção do monopólio da exploração econômica, como pela possibilidade de delegação de tais atividades à iniciativa privada na forma de um contrato de concessão ora pela introdução da concorrência nos serviços públicos¹¹.

A intervenção do Estado na ordem econômica é uma das cinco atividades administrativa finalísticas referidas nas modernas classificações (poder de polícia, serviços públicos, ordenamento econômico, ordenamento social e fomento), e atua com caráter disciplinativo espontâneos dos fenômenos de produção , transformação, circulação, distribuição e consumo das riquezas, para sujeitá-los a uma ordem que se presume mais justa ou mais eficiente (MOREIRA NETO, 1992, p. 165)

Hoje, a teleologia dos serviços públicos deve se direcionar para a satisfação de interesses da sociedade, dispostos tanto em princípios e valores constitucionais como em normas legais. Para tanto, a criação de regulamentos pela administração pública, com o intuito de aplicar os parâmetros postos pelo legislador deve ser visto como necessário, já que a própria dinâmica econômica e empresarial é, reiteradamente, capaz de se reinventar de forma mais assídua que a produção normativa. Dessa forma, as regras do jogo estão em constante modificação e para que a segurança¹² e credibilidade do sistema sejam garantidas, deve haver uma confiança na mudança, ainda que, de fato, a priori ela venha a ser proferida pela administração pública, entidade mais técnica e próxima da realidade fática da atividade econômica, em detrimento da legitimidade advinda daqueles que foram eleitos pelo sufrágio.

¹¹ Ao assumir um papel de coordenador de ações para o desenvolvimento sustentável, o Estado deve ser capaz de oferecer um ambiente de negócios propício ao empreendedorismo, à inovação e à assunção de riscos de negócio pelos agentes econômicos. Dessa forma, o Estado deve adotar ações no sentido de minimizar a sobreposição regulatória e dos marcos legais, aumentar a facilidade de se fazer negócios no país, reduzir os custos sistêmicos, ampliar a transparência nas relações público-privadas e fiscalizar adequadamente a prestação de serviços públicos. Estas ações proporcionarão maior segurança jurídica aos investimentos e promoverão a ampliação da participação dos agentes privados nos investimentos em infraestrutura econômica e social. Ministério do planejamento, desenvolvimento e gestão. Estratégia Nacional de desenvolvimento econômico e social. Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/desenvolvimento-socioeconomico-estrategia-nacional/estrategia-nacional-e-sumario-executivo/estrategia-nacional>. P 24.

¹² Leia-se tal objetivo conforme interpretação do seguinte artigo da lei 13.655/18. Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Agora, as decisões proferidas em sede administrativa não podem se fundamentar em valores e princípios abstratos, para além disso, sua respectiva motivação deve ser fundamentada pela necessidade e adequação da conduta imposta, demonstrando explicitamente suas consequências no âmbito administrativo, conforme artigos 20 e 21 da lei 13.655/18.

2. Revisão de atos regulatórios e concorrenciais pelo Judiciário

De fato, qualquer política pública, que tenha o intuito de trazer alterações positivas para o país, tem de estar acompanhada de uma lógica de crescimento tanto econômico quanto social, no qual haja uma divisão equitativa entre os ônus e bônus da atividade econômica para os agentes econômicos envolvidos. Além disso, ao se tratar de setores estratégicos para economia nacional, a contenção e dimensionamento de riscos deve ser reiterado como parâmetro mínimo, vista a possibilidade de cometimento de danos de difícil reversão, principalmente aqueles de cunho ambiental, econômico e concorrencial.

Para se evitar a manifestação de tais danos, a edição de um marco regulatório e a criação de disposições concorrenciais manifestam-se como imprescindíveis, tendo em vista que o mercado petrolífero transaciona com interesses de grande magnitude, por isso, muitas vezes, há o encontro entre fatores políticos e econômicos, o que dificulta a manutenção da higidez das regras regulatórias setoriais, na medida em que pode ocorrer a captura dos agentes regulatórios pelo interesse privado, estes notadamente detentores de mais recursos humanos e financeiros.

Dessa forma, a responsabilização de agentes privados por atitudes incongruentes com a lógica setorial deve ser implementada tanto repressiva quanto preventivamente, ao passo que tomadas de decisão de dirigentes empresariais que incorram em danos à ordem econômica também devem ser devidamente punidas, conforme artigo 173 parágrafo 5º da CF. Assim, releva-se a atuação do CADE por meio do julgamento de atos concentração e abuso de poder econômico, a instauração de autos de infração pela ANP, além de ações judiciais de responsabilidade civil como a ação civil pública.

Diante disso, a regulação e a concorrência devem ser interpretadas como espécies do mesmo gênero, qual seja, a higidez de mercado (MARSHALL, 2007, p. 12). De fato, na maior parte dos mercados relevantes, ocorre a conjunção de fatores tanto econômicos como jurídicos, portanto as disposições regulatórias sejam elas advindas da lei ou de atos regulamentares devem relevar outras relacionadas à lógica concorrencial, sob pena de se manifestarem danos a ordem econômica como fora o caso da recente crise dos combustíveis.

Além disso, a potencialidade de danos à concorrência deve ser ponderada, uma vez que a captura do órgão regulatório pode ocasionar profundo desequilíbrio econômico financeiro no

mercado, vista a possibilidade de tal situação influenciar condições de entrada e saída dos mercados, definição de tarifas e, por vezes, aspectos técnicos necessários para o compartilhamento de redes e a interconexão (SAMPAIO; ARAGÃO, 2011, p. 411).

Agora, impõe-se questionar a forma como essa governança entre as referidas instituições está sendo posta em prática, a atuação conjunta do CADE e a ANP não foi, recentemente, capaz de dar conta da complexidade do ambiente regulado petrolífero. Hoje, a recente crise de combustíveis denotou tal situação, por isso, impõe-se questionar qual modelo de governança administrativa de fato criará resultados benéficos para o mercado e para a sociedade. Há pouco tempo, evidenciou-se o conflito de competência entre o CADE e o BACEN, no qual houve a indagação de qual entidade teria competência para analisar e aprovar atos de concentração de instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional; seria o BACEN ou CADE ou ambos de forma complementar.

De fato, há um evidente pluralismo jurídico para com tomadas de decisão dentro de ambientes regulados, uma vez que há a necessidade de análise tanto de fatores econômicos como jurídicos. Diante de tal panorama, impõe-se questionar como se dará a atuação do CADE e da ANP frente a necessidade de reconsiderar o modelo até então posto em prática; a exemplo recentemente modificou-se o marco regulatório no setor minerário no sentido de repassar ao CADE o julgamento de infrações econômicas envolvendo o referido setor, conforme Art. 2º parágrafo 1º e 2º da lei 13.575/17.

Notadamente, a administração pública age para com a persecução de interesse público disposto em normas legais como constitucionais, para tanto, lhe é atribuída autonomia para ponderar e identificar no caso concreto quais seriam atitudes mais prudente em determinado ambiente econômico, executando-as com base nos princípios da moralidade, razoabilidade e motivação na forma do art. 37 da CF.

Assim, ela estaria integrando administrativamente o que não está descrito expressamente em lei – vista que atos normativos primárias possuem uma tendência em abordar conceitos genéricos, a exemplo do termo boas prática da indústria do petróleo na forma do Art. 8º X da lei 9478 e do decreto 9.355/18 - além disso, a complexidade das situações fáticas e a incompletude das disposições legais, seja por omissão ou lacunas exige uma normatividade secundária. A grande questão que se manifesta, portanto, é quando o ato administrativo deixa de cumprir sua função de garantia ao interesse público e passa a ser arbitrário, no sentido de

impor uma intervenção indevida ou garantir o adimplemento de interesses privados sem qualquer eficiência pública.

Para além disso, questiona-se: na existência de tal situação legitimar-se-ia uma revisão completa de tal parâmetro administrativo pelo judiciário ou apenas seria plausível tal atitude quanto a sua forma, pois afinal ao administrador público é garantida oportunidade e conveniência para com a edição de seus atos, de modo a exercer sua função fiscalizatória e regulatória. Assim, indaga-se quais seriam os limites de uma possível reforma de tal ato administrativa pelo judiciário, haveria prudência numa reanálise de mérito ou apenas questões formais deveriam ser endereçadas?

De fato, o acesso ao Judiciário requerendo reformas quanto a atos administrativos tem sido recorrente, contudo a complexidade e o caráter estritamente técnico são pontos ressaltados pelos magistrados quando da análise de tais questões. Evidentemente, a jurisdição do judiciário para a resolução de conflitos conforme o art. 5^a XXXV é explícita, todavia na prática, vê-se um excesso de morosidade para com a resolução de uma solução, além de gerar grande incerteza jurídica e custos financeiros para os atores econômicos, o que, por certo, poderá exigir adaptações empresarias como alianças estratégicas ou gerar externalidades negativas como momentos de insolvência. Além disso, grande parte das decisões proferidas pelo Judiciário são no sentido de manter as formulações das instâncias administrativas, de modo que as ações judiciais com uma decisão final levavam uma média de três anos de tempo total de processamento (SOUZA, 2016, p. 25-30)

Ademais, a forte incerteza jurídica de tais processo deve ser endereçada, principalmente, por conta da “ falta de diretrizes para a concessão de liminares; (ii) um sistema recursal complexo que permite a discussão da mesma questão várias vezes no mesmo caso; (iii) a multiplicidade de ações judiciais discutindo a mesma matéria; e, mais uma vez, (iv) as disputas sobre o escopo da revisão” (SOUZA, 2016, p. 30).

Inolvidável a complexidade dos ambientes regulados, todavia a inafastabilidade da jurisdição é diretriz mínima. portanto, a emergência da consensualidade administrativa seja por meio de acordo ou da arbitragem se faz necessária tanto no sentido de propor soluções mais eficiente quanto a imposição de menos ônus aos atores econômicos. Em primeiro momento, o judiciário não se encontra preparado para julgar questões inerentes a ambientes regulados; a inexistência de varas especializadas e a morosidade para obtenção de laudos periciais demonstram evidente lesão a atores econômicos e a livre iniciativa, principalmente nos quesitos

de segurança jurídica e tempestividade para implementação de soluções eficientes, além disso, por vezes, vê-se intervenções indevidas nos meios produtivos.

2.1 Intervenção Econômica e seus reflexos societários

Deve-se reiterar que, sob a perspectiva constitucional, a livre iniciativa manifesta-se como regra geral, por isso a intervenção estatal é tida como exceção, independentemente de sua natureza direta ou indireta. Contudo, faz-se necessário esclarecer que a relativização desse princípio deve ser, em diversos casos, implementada para a garantia do interesse público (GUERRA, 2017, p. 128).

Dessa forma, deve ser denotada a introdução da concorrência nos serviços públicos, na forma de um processo licitatório de concessão, autorização ou permissão para a iniciativa privada. Ainda assim, por mais que haja o estabelecimento de regras contratuais no momento da contratação pública de agentes privados, há uma necessidade de intervenção no sentido de garantir condições competitivas materialmente iguais para os agentes de mercado, uma vez que o incremento da qualidade e a modificação tarifárias dos serviços públicos devem ser garantidos. A exemplo, denota-se a implementação de medidas de facilitação de entrada de novos atores, a redução do poder de mercado de empresas já consolidadas, por meio de uma assimetria regulatória favorecendo a competitividade de entrantes (ARAGÃO apud GUERRA, 2017, p. 128-129).

Contudo, a intervenção na livre iniciativa não pode ser justificada por motivos genéricos relacionados a incipientes interesses públicos, por vezes, ocorrem excessos regulatórios, estes, por sua vez, legitimando uma intervenção na propriedade privada, capaz de gerar confisco aos seus instrumentos de exercício econômico, sem que haja uma devida prestação pecuniária em contrapartida e, além disso, em detrimento da segurança jurídica e de disposições regulatórias previamente dispostas. De fato, a intervenção estatal na autonomia privada deve ser reiterada como exceção proporcional e justificada por motivos explícitos, como o combate de falhas de mercado ou o alcance de maior eficiência, do contrário tal postura pública tenderá a se tornar leviana. (GUERRA, 2017, p. 129)

Ademais, efeitos negativos como a requisição de recuperação judiciais poderá se generalizar. No tocante, releva-se o caso do Rio de Janeiro, no sentido de que dados do TJRJ demonstram que no ano de 2017 o quantitativo de requerimentos de recuperação judicial foi de

498, ao passo que em 2016 foi de 98 e, por sua vez, o primeiro trimestre de 2018 já alcança 126 pedidos. Dessa forma, exige-se parcimônia quando da implementação de intervenções regulatórias na economia, de modo a evitar externalidade negativas no mercado¹³.

A exemplo, a imposição de multas por agências reguladoras foi alvo de grande embate durante a recuperação judicial do Grupo Oi; durante a votação geral de credores para aprovação do plano de recuperação, restou vencida a argumentação trazida pela União e do MP, no sentido de que a cobrança dos créditos não fiscais da recuperanda deveria ser feita conforme as leis 10.522/02 e 13.494/17. Contudo, o juízo da recuperação argumentou que a negociação com credores é fator fundamental para o soerguimento da empresa e nesse âmbito, a aprovação do plano e de seus respectivos termos restou soberana frente a impugnação trazida pela referidas partes quanto aos créditos não fiscais disciplinados na forma da referida legislação (RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça, 2016)

De fato, o enunciado 46 da CJF/STJ expõe que não compete ao juiz deixar de conceder ou homologar a recuperação judicial com fundamento na análise econômica e financeira do plano de recuperação aprovado pelos credores. Ainda assim, não se pode negar o impacto que multas administrativas possuem em relação a atividade de unidades produtivas, logo a consensualidade entre a administração pública e a iniciativa privada deve ser reiterada, principalmente como alternativa na forma do compromisso exposto pelo artigo 26 da LINDB, com o intuito de se evitar situação de insolvência como a recuperação judicial e a falência.

Para além disso, a disposição de programas de *compliance* se mostra como uma demanda de mercado, há a necessidade de as empresas cooperarem - não só por meio de alianças estratégicas com o fim de superar momentos de insolvência e garantir competitividade – como também pelo adimplemento de regras de conduta que garantam o *fair play* dentro de certo ambiente econômico, tendo por certo a flexibilização das mesmas quando em relação a atores econômico entrantes ou de baixo poder de mercado, de modo a garantir a manutenção da concorrência.

A exemplo, deve-se expor o fato de o ex-presidente da Nissan – Carlos Ghosn – ter sido acusado de sonegação e fraude fiscal por conta de uma auditoria interna executada pela própria empresa que ele presidiu, além disso, houve mitigação dos ganhos da empresa na bolsa de

¹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Notícia: Crescem pedidos de recuperação judicial no TJ-RJ. Publicada em 09 de julho de 2018. Disponível em :<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5660980>>. Acesso em 27 de dezembro de 2018.

valores de Tóquio, o que representa uma quebra de confiança e veracidade das informações prestadas aos investidores das empresas, o que denota dano evidente a concorrência e investidores¹⁴.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado democrático de direito possui o compromisso em implementar os direitos e garantias fundamentais dispostos em sua respectiva carta constitucional, para tanto, a atuação regulatória eficiente da administração pública fundada no art. 37 da CF se mostra indispensável. Além disso, a delegação de poder normativo às agências reguladoras é necessária para essa mesma função, visto que, por vezes, as disposições legislativas encontram-se com lacunas e/ou conceito genéricos, o que, por sua vez, dificultaria a própria atuação da administração quando da fiscalização das atividades econômicas, no sentido de garantir segurança jurídica, vista a generalidade de certos dispositivos legais.

Ademais, é evidente a razoável duração de contratos licitatórios, ao passo que a mudança de ambientes econômicos se impõem recorrentemente, portanto, a emergência da consensualidade entre administração pública e atores econômicos se mostra imprescindível, com o intuito de se garantir a eficiência de resultados frente a mudanças econômicas e sociais que se dão em mercados regulados. A exemplo, viu-se recentemente no setor petrolífero a modificação do modelo do contrato de partilha de produção e a faculdade atribuída a Petrobrás em ser operadora única nos campos de petróleo do pré-sal. Contudo, não é só, o Estado deve se reestruturar sua atuação no sentido de garantir uma postura não só sancionatória para os atores econômicos, como também de incentivos, a imperatividade do Estado frente ao fenômeno regulatório deve ser redimensionada para uma pauta consensual, na qual seja possível alcançar eficientemente o crescimento econômico sustentável com hígidez de mercado e política ambientais, na formas dos artigos 170 e 225 da CRFB.

Para além disso, a intervenção econômica por parte do Estado deve ser muito ponderada, tendo em vista as externalidades negativas que pode criar em determinado ambiente de mercado, por isso, tal atuação deve ser devidamente ponderada, além de justificada por motivos explícitos, com intuito de conter falhas de mercado e garantir redistribuição de renda. Do contrário, poderá se generalizar situações de insolvência como a recuperação judicial e a falência, a exemplo expôs-se o impacto que o crédito não fiscais devidos pelo grupo Oi tiveram

¹⁴ Disponível em <https://www.bbc.com/news/business-46321097>. Acesso em 24 de Dezembro de 2018.

na recuperação judicial e como o diálogo com os credores restou superior a argumentação trazida pelo MP e a União, no sentido de cobrar tais créditos na forma da legislação vigente e não nos termos do plano de recuperação aprovado em assembleia geral.

De fato, a consensualidade torna-se essencial na recuperação judicial, a autonomia dos credores em aprovar e desaprovar os termos do plano demonstra que não caberia ao magistrado dispor sobre os termos econômicos do plano, devendo tal tarefa ser atribuída aos credores da recuperanda, visto seu interesse direto no feito. De todo modo, a questão que se impõe é que possivelmente a utilização da consensualidade em negociar diretrizes regulatórias, poderá, por vezes, evitar situações de insolvência e impactos negativos no mercado, vista a crescente demanda de implementação de normas de direito privados no contratos públicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **Direito dos serviços públicos**. 2ª Ed. Rio de Janeiro. Forense. 2008
- BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação , regulação**. 2ª Ed. Belo Horizonte.Fórum, 2017.
- DE AZEVEDO, Floriano. Discricionariedade e regulação setorial. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos (Org.).**O poder normativo das agências reguladoras**. 2ª ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2011
- FONSECA, João Leopoldino Bosco da Fonseca. **Direito econômico**. Rio de Janeiro. Forense, 1995.
- GUERRA, Sergio. PALMA, Juliana Bonacorsi. Art. 26 da LINDB: novo regime de negociação com a administração pública. Revista direito administrativo. Rio de Janeiro. Edição Especial: **Direito Público na lei de Introdução às normas do direito brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/18)**, 2018
- GUERRA, Sérgio. **Separação de poderes, executivo unitário e estado administrativo no Brasil**. Revista Estudos Institucionais, Vol. 3, n. 1. 2017
- HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1991.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Agências reguladoras e democracia: existe um déficit democrático da regulação independente ? In: ARAGAO. Alexandre do Santos (Org.). **O poder normativo das agências reguladoras**; 2ª Ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MARSHALL, Carla Izolda Fiuza Costa. LAGASSI, Veronica. **Alianças Estratégicas em tempos de crise: a busca por maior competitividade**. In: II Congresso de Direito do Vetor Norte, 2018, Belo Horizonte: Instituto Cultural Sergio Magnani, 2018.
- MARSHALL, Carla. **Direito Constitucional: aspectos constitucionais do direito econômico**. Rio de Janeiro. Forense Universitária, 2007.
- MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução** . 2ª Ed. São Paulo; RT, 2003.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política**. Rio de Janeiro. Renovar: 1992.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011

RIO DE JANEIRO.. Tribunal de justiça do Estado do Rio de Janeiro Comarca da Capital. **Recuperação Judicial Grupo Oi**, processo nº 0203711-65.2016.8.19.0001. Distribuído em 20/06/2016.

SAMPAIO, Regina Pinheiro. ARAGÃO, Alexandre Santos. Omissão no exercício do poder normativo das agências e concorrência desleal. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos (Org.). **O poder normativo das agências reguladoras**. 2ª ed. - Rio de Janeiro: Forense. 2011.

SOUZA, Juliano de Albuquerque Maranhão. A revisão judicial das decisões das agências regulatórias: jurisdição exclusiva. In: **O Judiciário e o Estado Regulador brasileiro** [recurso eletrônico] / Mariana Mota Prado (Organizadora). – São Paulo : FGV Direito SP, 2016

SOUTO, Marcos Villela Juarena. Extensão do poder normativo das agências reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos (Org.).**O poder normativo das agências reguladoras**. 2ª ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TODESCAN, Paulo Lessa Mattos. Autonomia decisória, discricionariedade administrativa e legitimidade. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos (Org.).**O poder normativo das agências reguladoras**. 2ª ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2011.