

REGULAÇÃO E EFETIVIDADE DA DECISÃO REGULATÓRIA*

Marcos Juruena Villela Souto**

Introdução

O incremento tecnológico, especialmente nas comunicações, gerou uma maior aproximação dos povos, a partir da qual e, com ela, os contatos com novas culturas e padrões de eficiência, competição, mudança do conceito de bens e serviços estratégicos.

Tal aproximação levou à ampliação do volume de negócios e, com isso, à ampliação de fronteiras comerciais, com a formação de blocos econômicos calcados na idéia da livre circulação de bens e serviços no seu território.

Isso forçou a necessidade de uniformização no tratamento jurídico de determinadas atividades, que, dentro de um mesmo bloco, não poderiam ser, ao mesmo tempo, livres e monopolizadas, sob pena de comprometer a igualdade e a livre circulação de bens.

A transição do modelo estatizante de monopólios para a competição deve ser gradual; do contrário, aquele que tem posição dominante cria barreiras à entrada ou à permanência no mercado dominado. Aí o papel da Regulação de um determinado setor definido como relevante no plano de desenvolvimento econômico.

A regulação como transição para o livre mercado

LUCÍA DE CASTRO GARCIA-MORATO e GASPAR ARIÑO ORTIZ¹ identificam dois tipos básicos de regulação. A primeira, a “regulação externa” ou “polícia administrativa”, que cuida de condições de segurança, salubridade, proteção do meio ambiente e localização física em que se desenvolve a atividade, mas sem determinar suas decisões. A segunda, a “regulação econômica”, centrada na entrada e saída do mercado².

* Texto base para palestras proferidas no Seminário sobre *Joint operating agreement* promovido pela Câmara Britânica no Rio de Janeiro, em 03.04.2002 e no Seminário Internacional promovido pela UNIVERSO – Universidade Salgado de Oliveira, em 04.04.2002, em Niterói.

** Doutorando em Direito Econômico na Universidade Gama Filho, Professor do MBA em Direito da Economia e da Empresa da Fundação Getúlio Vargas, Advogado e Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

¹ CASTRO GARCIA-MORATO, Lucía e ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Derecho de la competencia em sectores regulados – fusiones y adquisiciones – control de empresas y poder público. Granada : Colmares, 2001, pág.6.

² A expressão “mercado” não se presta para se referir a todas as questões objeto de regulação, porque este é tido como cenário ao qual devem ter liberdade de acesso, permanência e saída todos os agentes interessados em desempenhar uma determinada atividade econômica ou dela se beneficiar. O mercado é um conceito técnico, abrangendo um espaço geográfico para o qual convergem consumidores e fornecedores de um determinado bem ou serviço. O conceito é econômico e jurídico, eis que o livre acesso é assegurado por conta do princípio

O modelo tradicional de abertura, até agora adotado, é o da licitação para a concessão da atividade econômica; nesse modelo, no entanto, o Estado se substitui ao mercado para fixar ele próprio as condições de eficiência desejadas do agente econômico que desenvolverá as atividades concedidas, tomando decisões que deveriam ser do empresário.

Aos poucos, a idéia é ampliar a abertura, permitindo o livre ingresso de agentes no mercado – sistema de licenciamento de utilidades públicas (EUA) e de autorização de serviços econômicos de interesse geral (modelo europeu), que se submetem às constantes exigências da sociedade, introduzidas nos atos atributivos de direito de ingresso no mercado por meio da regulação, até se chegar à *desregulação* (que também é um instrumento de política regulatória).

Regulação e desverticalização

Para ampliar a competitividade, a política regulatória prevê, então, a desagregação de atividades – *unbundling* – segregando segmentos que comportam competição daqueles que não a comportam.

No campo da energia elétrica, do petróleo e gás natural isso é visível com as atividades de geração, transporte, distribuição e comercialização, que podem, assim, ser desagregadas.

A desagregação pode ser contábil, jurídica ou societária.

Na desagregação contábil ou de gestão identifica, para fins de controle, as receitas de cada uma das atividades, impedindo, por essa via, os subsídios cruzados.

Na desagregação jurídica exige-se que as atividades desagregadas sejam desenvolvidas por pessoas jurídicas distintas, ainda que do mesmo grupo.

Na desagregação societária ou acionária, tem-se a mais grave forma de intervenção, impedindo-se que um grupo controle toda a cadeia de atividades, impondo-se, como consequência, a alienação compulsória do controle de um segmento.

A escolha por um desses modelos de segmentação das atividades econômicas deve atentar para o princípio da proporcionalidade, optando-se pela forma menos drástica de restrição da liberdade econômica se esta for suficiente para o atendimento da competição; exige-se, como em todo o exercício da função regulatória, a constante ponderação entre custos e benefícios da intervenção.

constitucional da livre iniciativa. Isso não pode ser aplicado amplamente aos serviços públicos, porque quanto a estes ainda não é garantido constitucionalmente o livre acesso, mas, somente quando houver, da parte do poder público, interesse em viabilizar à iniciativa privada a participação desse segmento econômico. Tal decisão pode ou não envolver uma questão ideológica, informada pelos princípios da eficiência e da economicidade como fatores que norteiam a opção discricionária dos administradores públicos sobre o modo de estruturar funções públicas; onde o particular puder ser mais eficiente, esses princípios constitucionais impõem a opção pela gestão privada da função pública; a ideologia não pode privar o administrado do serviço universal, eficiente e ao menor custo, sendo esta visão teleológica a tendência no regime da União Européia e no conceito de *public utility* norte americano.

Regulação e livre acesso

Esses mercados setoriais fazem intenso uso de infra-estrutura – redes. Estas, no processo de abertura, passam a se submeter a uma doutrina de facilidades essenciais – *essential facility doctrine* – que representa aplicação dos princípios da função social da propriedade e da livre concorrência. Tal doutrina permite o livre acesso aos dutos e redes, desde que preenchidas as condições técnicas para tanto e pago o justo preço. A sua não implantação preserva, de fato, o monopólio, impedindo o acesso ao mercado e à competição.

É o que se vê em matéria de gasodutos, oleodutos, redes de transmissão elétrica e de telecomunicações, portos, etc.

Nos ramos do petróleo e do gás, até o advento da Emenda Constitucional nº 9/95 apenas a União ou empresa sob seu controle acionário poderiam explorar as atividades e bens relacionados à produção e transporte.

Como a duplicação dessas redes pelos novos competidores a ingressarem no mercado aberto se afigura inviável, a situação caracteriza um monopólio natural, não só pelos elevados custos de construção como pela impossibilidade de recuperação de tais investimentos em regime de competição.

Na lição de CALIXTO SALOMÃO³, as redes criam os retornos crescentes de escala, i. e., quanto mais consumidores fazem parte da rede, mais útil é ela para o próximo consumidor. Dessa forma, não há qualquer estímulo, seja do ponto de vista do custo ou da utilidade, para o consumidor escolher a rede concorrente. Como a sua construção é inconveniente, as redes já construídas passam a desempenhar um papel fundamental. Só nelas poderá se desenvolver qualquer tipo de concorrência e só através delas o consumidor poderá ser atendido. Essas redes são o elemento básico para a dominação dos mercados por parte dos agentes econômicos que as detêm.

Isso, como dito, impediria os novos agentes de terem acesso ao mercado, de nada adiantando a modificação constitucional.

Daí as medidas de concretização dos princípios da livre concorrência, da função social da propriedade e, ainda, de dirigismo contratual em setores sensíveis, entre as quais, o reconhecimento da essencialidade da propriedade sobre dutos e redes para o desenvolvimento da ordem econômica em consonância com tais princípios⁴.

³ SALOMÃO, Calixto. Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2001, págs. 38, 39 e 42.

⁴ Emenda Constitucional nº 9/95; Lei nº 9.478, de 06.08.97, instituindo a Agência Nacional do Petróleo, com a competência para regular o setor, e artigo 58, princípio do livre acesso aos dutos, cabendo ao regulador definir as condições de uso, o que foi feito pela Portaria nº 169 da ANP, fixando os critérios técnicos de implementação da política de abertura do setor.

Embora CALIXTO SALOMÃO⁵ aponte que a origem da regulação se dá em função da existência de monopólios naturais como ocorreu nos EUA, o modelo brasileiro se aproxima de fenômeno similar, já ocorrido na Espanha.

Relata GASPAR ARIÑO ORTIZ⁶ que as medidas adotadas naquele país, a partir de proposta da Comissão Nacional de Energia (CNE), começavam pela separação jurídica de todas e cada uma das atividades que integram a indústria do gás, com a criação de um gestor ou operador independente do sistema que, portanto, não deve ser proprietário das redes de transporte.

A desverticalização das atividades de gás, o controle da concentração no setor e a introdução do princípio do livre acesso aos dutos foram as três medidas fundamentais para a implementação da política de abertura.

FERNANDO FRÓES⁷ destaca que a competição na distribuição – a partir de uma única fonte de produção – depende, fundamentalmente, do livre acesso de qualquer companhia interessada, em condições contratuais e tarifárias competitivas, à capacidade disponível nas instalações de transporte do gás, geralmente um gasoduto.

Para tanto, o regulador deve acompanhar o uso das redes, inclusive editando um estatuto, obrigando os agentes a informá-lo da capacidade disponível. Deve conhecer os contratos entre seus proprietários e usuários, de modo a maximizar a eficiência da estrutura, com vistas à implantação da competição, inclusive por meio do dirigismo contratual que impeça situações de dominação.

O livre acesso não pode ser inviabilizado pela ausência de informação, autorizando, inclusive, a inversão do ônus da prova pelo regulador, atribuindo ao proprietário o dever de provar a ausência de capacidade das redes⁸.

⁵ SALOMÃO, Calixto. Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2001, págs. 38, 39 e 42.

⁶ ORTIZ, Gaspar Ariño (coord.). Liberalizaciones 2000. Granada: Comares, 2000, págs. 10 a 14.

⁷ FRÓES, Fernando. Infra-estrutura: privatização, regulação e financiamento. Belo Horizonte: UMA, 1999, pág. 247.

⁸ A questão do transporte de gás natural pelo gasoduto Brasil-Bolívia vem sendo publicamente discutida. A Revista CARTA CAPITAL nº 144, 11 de abril de 2001, págs. 28 a 31. São Paulo : Carta Editorial, 2001. noticiou que a Direção da ANP vinha concentrando esforços em vencer a resistência contra a abertura, questionando a capacidade de transporte atribuída à consultante independentemente daquela eventualmente já comprometida com outro carregador, que é, também, um dos controladores indiretos da transportadora. Alega-se, em sentido contrário aos interesses da consultante, que toda a capacidade do gasoduto, de 17 MMm³/dia, estará comprometida com o atual controlador/carregador, não havendo, pois, disponibilidade para outros agentes entrarem no mercado. De outro lado, se viu noticiar na Revista TB – TECHNOLOGY and BUSINESS PETROLEUM, em entrevista com MARIA DAS GRAÇAS SILVA, Gerente do Departamento de Marketing da TBG(Rio de Janeiro : Benicio Biz editores associados S.A. Ano 3, nº 8, 2001, págs. 13 a 17) que a transportadora ainda não está operando toda a capacidade de transporte do gasoduto, porque o país ainda depende da introdução de uma cultura do gás natural. Há, pois, uma assimetria de informações que justifica a existência do conflito, por força do qual novos operadores teriam capacidade restrita de acesso ao mercado, em sentido contrário à política de abertura e competição.

É claro que o livre acesso não deve inviabilizar a atuação do proprietário, abrindo-se as redes para todo e qualquer negócio, voltando-se a doutrina a viabilizar a competição no segmento em abertura.

Esses, pois, são instrumentos de política regulatória, que resultará na substituição do Estado gestor pelo Estado orientador das atividades voltadas à concretização do interesse geral. A implementação dessa política dar-se-á por via da regulação, que trará uma disciplina jurídica da atividade econômica privada em segmentos relevantes para o desenvolvimento social por meio de comandos técnicos que compatibilizem os custos e benefícios dessa interferência.

Poder regulador e poderes do administrador

A implementação da política pública pela regulação é atividade administrativa, distinguindo-se, no entanto, o poder regulador dos demais “poderes” do administrador e da administração, tradicionalmente estudados no Direito Administrativo, – “poder” regulamentar, o “poder” discricionário, o “poder” disciplinar, o “poder” hierárquico, o “poder” de polícia; na verdade, melhor se apresenta tratar todos eles como “funções”, que mais se assemelham a “deveres” do que propriamente a “poderes”.

Cabe, então, distinguir a função regulatória de cada uma dessas funções (função regulamentar, função normativa, função hierárquica e disciplinar e função sancionatória).

Regulação, Poder Legislativo e poder normativo

Embora a função regulatória envolva editar normas, a isso não se limita, já que a ela é inerente uma função “quase-legislativa”, “quase-executiva” e “quase-judicial”.

Ademais, naquilo que diz respeito à edição de normas, é informada por critérios técnicos e não critérios políticos, critérios técnicos esses que devem ser garantidos pelo exercício independente (do ponto de vista técnico e político) do qual deve ser dotado o regulador.

A regulação, informada por critérios técnicos, se distingue, assim, das demais funções administrativas, orientadas por critérios políticos.

Igualmente, enquanto o desenvolvimento das demais funções administrativas é limitado pela organização hierarquizada da Administração, a regulação passou a ser atribuída a entidades autônomas e politicamente independentes, com maior liberdade para a escolha dos instrumentos e alternativas técnicas.

A função regulatória se distingue da função legislativa. Esta envolve decisões de natureza política acerca do que representa o atendimento do interesse público pelo setor privado, fixado pela maioria definida no processo eleitoral e voltada a inovar no

mundo jurídico, criando direitos e obrigações, competência que não pode ser delegada à norma regulatória.

A regulação envolve a implementação desse conjunto de decisões de natureza política, tendo, por essência a execução da vontade da lei pela autoridade estatal, com vistas ao eficiente funcionamento dos agentes econômicos e dos mercados, atuando de forma neutra e despolitizada.

A norma regulatória faz um papel de ligação entre a lei – genérica, distante da realidade dos fatos e despida da especialização inerente à concretização dos interesses de cada agrupamento econômico e social – e o administrado. Limita-se à interpretação do conteúdo técnico da lei (por exemplo, a definição de produto perigoso, de atividade poluidora, de serviço eficiente, de tarifa módica, de preço abusivo, de bem essencial).

O conteúdo dessa eficiência é ditado por conceitos de uma análise econômica do direito. Uma norma regulatória será eficiente quando alcançar o equilíbrio que envolva os interesses da sociedade, eventualmente representados pelo Poder Público, os interesses de consumidores – e em especial, usuários de serviços públicos – e os interesses de fornecedores, em especial, os prestadores de serviços públicos. Portanto, haverá uma norma regulatória que atenda ao princípio constitucional da eficiência quando esta alcançar a equidistância entre esses vértices de um triângulo equilátero.

A função regulatória também não se confunde com a função de produção de normas pela administração pública, já que abrange, também, a prática de atos executivos e judicantes.

A função regulatória é distinta da função regulamentar porque esta, nos termos da Constituição Brasileira, art. 84, IV, só pode ser exercida pelo Presidente da República, que age movido por critérios políticos de detalhamento da lei; a norma regulatória explicita conceitos jurídicos indeterminados, implícitos na lei.

Importante também fixar como distinção que a função normativa dos demais agentes da administração pública tem por objetivos fatores dos mais variados, conforme a competência da entidade administrativa em atuação, enquanto que a função regulatória tem por objetivo precípuo a “competição” entre os agentes do mercado, porque por meio dela haverá maior consciência na decisão tomada pelo consumidor e, a partir daí, um maior fornecimento de informações aos agentes no mercado acerca de como o consumidor deseja ver atendido o seu interesse enquanto parte da sociedade.

Onde não seja possível a promoção da competição, o objetivo da regulação será impedir que dos oligopólios ou monopólios surjam abusos em função de sua ausência. Até mesmo em segmentos definidos pela economia como monopólios naturais se vislumbra, em normas regulatórias, a tendência à produção da competição.

Cabe, portanto, à norma reguladora traduzir tecnicamente, com neutralidade política, princípios constitucionais e legais que compõem a base da moldura regulatória (marco regulatório) para uma implementação eficiente com vistas ao atendimento

das decisões políticas previamente tomadas pela sociedade por meio de seus representantes no Poder Legislativo.

Os agentes reguladores editam normas, que passam a compor a moldura regulatória, desde que compatíveis com a Constituição e com a lei. A norma regulatória representa a maneira pela qual o agente regulador interpreta determinados comandos constitucionais e legais. A observância dessas normas regulatórias pela própria agência representa uma obrigatoriedade do ponto de vista do princípio da segurança jurídica porque ali é fixada uma interpretação acerca de como deve ser cumprido eficientemente um determinado comando constitucional ou legal.

A doutrina administrativista sempre reconheceu a prevalência dos atos gerais sobre os individuais, linha essa que se reforça quando as inovações introduzidas no estudo do direito administrativo valorizam a segurança jurídica dos parceiros da Administração Pública em busca de uma gestão mais eficiente dos interesses públicos.

A tendência, de atribuição de competência normativa ao regulador decorre do fato de o legislador não ter conhecimento técnico nem a proximidade dos fatos, razão pela qual a lei deve ser genérica, deixando que o funcionamento de mercados seja informado por normas técnicas, econômicas e financeiras, que variam com a evolução tecnológica ou comercial (evitando a desatualização da lei).

Daí porque o agente regulador deve ser capacitado para expedir tais particularizações, definidas por DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO⁹ como *deslegalização*, técnica geral pela qual o próprio legislador de certas matérias, retira do domínio da lei (*domaine de la loi*) e as passa ao domínio de normas infra legais, abrindo a possibilidade a outras fontes normativas, estatais ou não, de regulá-las por atos próprios, que, por óbvio, não mais serão de responsabilidade do Poder Legislativo, ainda que possa continuar a ser exercido o controle político sobre eventuais exorbitâncias.

A deslegalização é, assim, a transferência da função normativa (sobre matérias determinadas) da sede legislativa estatal a outra sede normativa, mas não é ilimitada, sendo vedada a delegação genérica de poder legislativo. O legislador deve predeterminar o alcance do poder que transfere, dentro de um padrão suficientemente claro e concreto, para que se atue segundo a vontade da lei. Afinal, o centro de decisão política não sai do legislador para o regulador, sob pena de subverter-se o princípio democrático, afastando a legitimidade da ação administrativa em favor da instituição da tecnocracia na Administração Pública. A formulação das políticas públicas cabe ao agente que recebeu diretamente da sociedade tal competência; a função regulatória, frise-se, é a de implementação dessas políticas, não a de formulá-las. Para tanto, deve se valer dos mecanismos que asseguram a “efetividade” de sua ação.

⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Agência nacional de vigilância sanitária. *Revista de direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, jan/mar 1999, v. 215, págs. 71 a 83.

A norma regulatória e/ou a norma revogadora da anterior devem resultar de procedimento fundamentado na lei e em necessidades públicas, calcado em fundamentos técnicos, com oitiva da sociedade e das corporações (sindicatos, conselhos profissionais, câmaras de comércio, associações civis e entidades de classe) e concluído por uma ponderação motivada. Do contrário, a norma será inconstitucional por violar a legalidade, a legitimidade, a eficiência e a razoabilidade.

Por força do princípio da participação, decorrência do próprio princípio democrático, tal possibilidade de contribuição da sociedade não pode ser afastada nos atos normativos¹⁰, já que, como dito, relacionada à legitimidade e à eficiência. E mais, deve se decidir com base em tais contribuições, o que representa, segundo CABRAL DE MONCADA¹¹, o princípio do *hard look*, por força do qual se obriga que a noção de interesse público fixado pela agência se aproxime do somatório de interesses privados, que a Administração deve harmonizar (e não substituir por um critério unilateral do regulador). A norma deve resultar da obrigatoriedade do peso dos interesses privados, devidamente registrados e organizados, na decisão administrativa final, reduzindo ao mínimo a sua autonomia.

Regulação executiva

Como dito, a regulação não se limita à edição de normas, existindo uma permanente opção entre a *rule* ou a *adjudication*, embora CABRAL DE MONCADA¹² observe que:

“a «rulemaking» permite ultrapassar as desvantagens da indeterminação e insegurança conseqüentes a uma criação só casuística do direito, típica da «adjudication». Esta última deverá ser a conseqüência individualizada da «rulemaking» em vez de título alternativo à execução da lei. As vantagens da «rulemaking» são inúmeras; aumenta a eficácia da acção administrativa, diminui a terrível pressão dos interesses privados organizados sobre a decisão administrativa e potencia valores de certeza, igualdade e segurança, como é bem conhecido. Ao fim e ao cabo só a elaboração de regras gerais e abstractas diminui a liberdade e discricionariedade da Administração, mais a mais num país em que o Executivo, por directamente dependente do Presidente, beneficia como que da legitimidade democrática directa deste. Sem o desenvolvimento da lei por meio de «rules», a aplicação do direito seria um emaranhado de decisões casuísticas cujo controlo pelos Tribunais sairia desfigurado e cuja ligação à vontade parlamentar seria impossível de apreciar.”

¹⁰ Sobre o tema ver DUARTE, David. Procedimentalização, participação e fundamentação : para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório Coimbra : Almedina, 1996.

¹¹ MONCADA, Luís S. Cabral de. Estudos de direito público. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pág. 127 a 134.

¹² MONCADA, Luís S. Cabral de. Estudos de direito público. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pág. 127 a 134.

Conclui o ilustre Mestre português que isso não significa que a «*adjudication*», como meio de execução direta da lei, tenha desaparecido, já que, em termos de complexidade procedimental a «*adjudication*» assemelha-se à «*rulemaking*», consistindo a única diferença na vastidão dos interessados admitidos à audiência prévia, pois que naquela só são admitidas a participar as pessoas diretamente afetadas pelo ato. A tendência, no entanto, é para a «*rulemaking*» para as entidades com competência normativa e executiva (que podem, pois, escolher o formato), já que esta assegura maior efetividade na participação pública.

Optando-se pela regulação executiva – *adjudication* – esta vai ser implementada por atos de atribuição de direitos no caso concreto (licenças, autorizações, delegações de serviço público concedido ou permitido) e fiscalização da atividade regulada.

Em que pese em alguns segmentos afirmar-se que quando a agência reguladora apenas exerce a fiscalização dos serviços públicos (como é o caso das agências reguladoras estaduais brasileiras) – sem condução da licitação e elaboração do instrumento convocatório e do próprio contrato de concessão – não chega nem a haver regulação, o que há é postergação do início da atividade regulatória; pode não haver a atribuição ao órgão regulador de todas as etapas da cadeia regulatória, mas essa função de fiscalização vai ser sempre orientada por critérios técnicos que almejem um equilíbrio entre os interesses envolvidos. Na fiscalização e na condução dos negócios concedidos há um dever de eficiência, norteado por critérios técnicos e, portanto, afastam ou reduzem bastante o campo da atividade jurisdicional no controle desses atos administrativos regulatórios porque a atividade jurisdicional irrestrita de controle do âmbito administrativo, sem obediência a qualquer parâmetro de mérito que tenha informado a decisão regulatória, vai representar uma subversão do princípio de separação de funções previsto no artigo 2º da Constituição Federal.

Regulação judicante

A regulação judicante tem por objetivo a solução equilibrada de conflitos entre os agentes.

Os processos judicantes já ocorrem, por exemplo, nos conselhos de contribuintes e de recursos de servidores públicos, mas de forma inquisitorial (a Administração é, a um só tempo, julgadora e parte no processo).

A função regulatória deve ser equidistante, garantindo a imparcialidade e o caráter de agente externo na solução do conflito. A independência é instrumento, mas não algo indispensável ao exercício da função regulatória.

A função judicante começa também de maneira distinta da que ocorre nas demais decisões administrativas, importando na previsão de uma fase de conciliação. Afinal, pelo princípio da subsidiariedade, o Estado regulador só assume legitimidade se as partes interessadas demandarem a solução do conflito.

A Administração Pública deve identificar os agentes envolvidos, que, muitas vezes, vão além das próprias partes presentes no conflito (os casos de livre acesso a dutos e redes são exemplos típicos), a partir do que se tenta apresentar as vantagens em solucionar o conflito, demonstrando o prejuízo que é mantê-lo.

Até aí, o agente regulador é um mero parceiro das partes e não necessariamente um julgador. Frustrada essa etapa de conciliação, passa-se a uma etapa de mediação, quando o agente regulador começa a assumir uma função mais pró-ativa, propondo às partes uma solução.

A instância de mediação deve ser atendida com levantamento completo dos fatos e identificação dos dados técnicos, baseados em informações precisas; deve ocorrer a tentativa de desinflacionar os ânimos e conciliar os interesses em jogo (especialmente quando há divulgação do conflito pela imprensa, entidades da Administração expostas); os interessados devem ser convocados para conhecimento do procedimento que será adotado para uma decisão.

Passada a fase de conciliação frustrada, chega-se à fase de intermediação em que a agência ou agente regulador formula uma proposta de solução do conflito a ambas as partes. Se não aceita, a agência reguladora vai arbitrar e aí com o cunho de obrigatoriedade.

Decisão regulatória

A submissão de pleito à regulação judicante exige que os atos decisórios sejam motivados, demonstrando-se a adequação da realidade dos fatos à norma aplicada (princípio da segurança jurídica). A motivação da decisão está sujeita ao princípio da verdade real, cabendo à autoridade que decide buscar por vários meios as informações indispensáveis. Não havendo parâmetros suficientes se autoriza a ponderação, com o sacrifício de um direito em benefício de outro mais importante no caso concreto; em outras palavras, a ponderação, enquanto *resultado*, deve atentar para o dever de *eficiência* da regulação, atendendo os princípios da “livre concorrência” e da “função social da propriedade”.

Na decisão, pondera-se, à luz do princípio da proporcionalidade, se a limitação de um direito corresponde à justa valorização de outro interesse em conflito; em outras palavras, cabe ponderar a liberdade de acesso ao “mercado” com a criação de dificuldades para nele ingressar, cabendo ao regulador a competência para compor e decidir os conflitos, com direito a recurso.

A ponderação deve oferecer ao agente envolvido a avaliação do custo/benefício em cada uma das alternativas, optando-se pela menos onerosa (princípio da proporcionalidade), com vistas a impedir ou minimizar as barreiras para ingresso no mercado ou os danos ambientais ou ao consumidor, por exemplo.

A decisão deve buscar a promoção da competição e, onde houver, da livre concorrência, a não discriminação e a utilização eficiente e o incremento de investimentos em infra-estrutura voltada para a exploração das atividades econômicas e dos serviços públicos, viabilizando que as informações sejam fornecidas de forma precisa, sem criar dificuldades ao acesso de outros interessados pela sua ausência ou insuficiência.

Solucionada essa controvérsia se tem uma decisão regulatória, que pode ou não se transformar numa norma – fenômeno conhecido do direito administrativo como “extensão de julgado”.

A essa decisão regulatória podem pleitear a adesão todos aqueles que se situarem na mesma situação jurídico-econômica. A decisão pode, ainda, ser transformada em norma (*rulemaking*), sendo esta uma tendência com vistas a maior segurança jurídica, embora ainda se reconheça a relevância do sistema de precedentes em casos concretos (*adjudication*) para a aplicação da lei a um determinado conflito.

Existe, ainda, a possibilidade de um “acordo substitutivo”, instrumento de justiça distributiva, em oposição à justiça retributiva, substituindo-se a penalidade por uma prestação de proveito generalizado, se tal providência, da ponderação, resultar numa maximização do benefício geral em relação à restrição do direito individual (objeto da regulação).

Assim, da decisão regulatória existem três prováveis conseqüências além da própria solução do conflito entre as partes (que podem ser seqüenciais). Uma, a imposição de penalidade; outra, o acordo substitutivo, e a terceira, a transformação do conteúdo da decisão numa norma regulatória o que representa outra característica da função regulatória que é a retro-alimentação do sistema, dando, com isso, atendimento a um conceito muito mais comum no direito americano e no direito brasileiro que é o fato de, sob a ótica da interpretação econômica do direito, ser muito menos oneroso à sociedade que o legislador deixe de elaborar todas as normas para que o faça o agente regulador. Gasta-se muito menos energia e muito menos recursos reunir cinco componentes de um colegiado regulatório do que trezentos parlamentares e, mais do que isso, além de se atender à economicidade se atende à eficiência, porque é editada uma norma com conhecimento técnico e à luz da experiência auferida pelo agente na solução do conflito.

A norma regulatória, representando a parcela de maior densidade da moldura regulatória (ou, como se utiliza com mais freqüência, do *marco regulatório*), gera para os agentes do segmento regulado um direito público subjetivo à sua observância, de modo que, se inobservada pelos demais agentes, acarretando um conflito de interesses, pode ensejar o papel conciliador, mediador ou arbitral do regulador, fazendo *coisa julgada* entre as partes envolvidas.

Regulação e jurisdição una

É importante a distinção da função regulatória judicante para a função jurisdicional e para a própria função judicante da administração.

Na grande maioria dos casos, a função judicante do Poder Judiciário e da própria Administração é voltada para o passado, para as origens do problema e para a definição de quem errou e de quem foi vítima. A função regulatória judicante é voltada para o futuro; ela é impregnada de uma necessidade da interpretação prospectiva do julgador em vislumbrar quais são as prováveis conseqüências daquela decisão, que não envolve apenas as partes envolvidas mas todo o mercado que vai sofrer com a relação custo/benefício.

Não há violação ao princípio da jurisdição una e ao princípio do livre acesso ao Judiciário pela supressão da competência jurisdicional por imposição aos agentes regulados de uma solução arbitral.

Na livre iniciativa, a adesão a um segmento regulado, postulando um consentimento ou apresentando proposta aceita em uma licitação, enquadra-se num marco que prevê competências para a solução de controvérsias, com eventual arbitramento, pelo agente regulador.

Tanto faz se está-se diante de um contrato ou de uma licença ou autorização, que são atos administrativos negociais (receptícios), cuja edição depende de uma prévia manifestação de vontade do agente econômico envolvido.

Regulação e imperatividade da decisão regulatória

Na lição de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO¹³, a Administração tem “dever de ofício” de receber as petições e recursos oferecidos por particulares e dar-lhes andamento e solução, mesmo que o particular não a provoque, zelando, assim, pela observância da lei e atendimento do interesse público. Trata-se do princípio da oficialidade, que corresponde à prerrogativa de impulso da Administração. Daí afirmar MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO¹⁴ que esse princípio é mais amplo no processo administrativo que no judicial, onde ele só existe depois de instaurada a relação processual, cabendo ao juiz movimentar o procedimento nas suas várias fases até a decisão final, ao passo que o processo administrativo pode ser instaurado independentemente de provocação do administrado, cabendo à Administração impulsiona-lo, adotando todas as medidas necessárias à sua adequada instrução (Lei nº 9.784/99, art. 5º).

O art. 29 da Lei nº 9.784/99 trata do processo administrativo, estabelecendo que as atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão realizam-se de ofício ou mediante impulsão do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias, sendo, em função do princípio da oficialidade, autorizada a Administração a requerer

¹³ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro : Forense, Rio de Janeiro, 2001, 12ª ed. pág 561.

¹⁴ ZANELLA DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 13ª ed., 2001, págs. 499 e 500.

diligências, investigar fatos de que toma conhecimento no curso do processo, solicitar pareceres, laudos, informações, rever os próprios atos e praticar tudo o que for necessário à consecução do interesse público.

Ressalta ODETE MEDAUAR¹⁵ que a inércia dos sujeitos (particulares, servidores e órgãos públicos interessados) não acarreta paralisação do processo, salvo o caso de providências pedidas pelo particular e que dependam, de documentos que deve juntar; em tais casos a Administração deverá conceder prazo para a juntada, encerrando o processo se tal não ocorrer.

Como o ato emanado de entidade da Administração Pública, dotada de prerrogativas de autoridade e de exercício do poder de império, a decisão regulatória se reveste dos atributos de um ato administrativo, a saber, a presunção de legalidade, de legitimidade e de veracidade, a imperatividade e a excoeruidade.

A imperatividade é atributo do ato administrativo que impõe a coercibilidade para seu cumprimento ou execução, inerente aos atos que consubstanciam um provimento ou uma ordem administrativa (atos normativos, ordinatórios, punitivos), dotados de força impositiva própria do Poder Público, obrigando o particular ao fiel atendimento, sob pena de se sujeitar à execução forçada pela Administração (atos auto-executórios) ou pelo Judiciário (atos não auto-executórios). Decorre da só existência do ato administrativo, não dependendo da sua declaração de validade ou invalidade, devendo ser cumprido ou atendido enquanto não for retirado do mundo jurídico por revogação ou anulação, eis que as manifestações de vontade do Poder Público trazem em si *presunção de legitimidade*¹⁶, impondo-se a terceiros independentemente de sua concordância¹⁷.

Representa, na precisa lição de ODETE MEDAUAR¹⁸, a *autoridade da coisa decidida*, consistindo na força obrigatória do ato administrativo em relação àqueles a quem se destina, acarretando, sob o ângulo da administração, o poder de impor o ato, mesmo contra a vontade do destinatário, sob o ângulo deste, o caráter de inevitabilidade, em princípio da decisão administrativa.

Segundo MONICA MADARIAGA GUTIERREZ¹⁹, o ato administrativo constitui a própria forma de realizar a administração, devendo, para ser obrigatório, expressar um conteúdo determinado, de modo a que suas disposições sejam executadas coerciti-

¹⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 5ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000, págs. 203 e 204.

¹⁶ LOPES MEIRELLES, Hely. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, pág. 143.

¹⁷ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Lê, 1991, pág. 48.

¹⁸ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pág. 168.

¹⁹ GUTIERREZ, Monica Madariaga. *Seguridad jurídica y administración pública en el siglo XXI*. 2. ed. Santiago: Jurídica de Chile, 1993, págs. 94 a 98.

vamente pelos próprios órgãos administrativos contra aqueles aos quais se dirige, sem um prévio juízo de conhecimento. Assim, o ato administrativo é obrigatório enquanto possui aptidão para ser executado por si mesmo, com apenas a intervenção da mesma autoridade da qual o ato emana.

Para uma melhor compreensão da força vinculante do ato administrativo, a autora distingue duas classes de atos.

Uma primeira categoria está representada por aqueles em que os efeitos que estão destinados a produzir vão implícitos no seu conteúdo, de tal maneira que não requerem a sua execução material e, mais ainda, que não a admitem. Os atos de raciocínio, de juízo ou de conhecimento possuem aptidão para produzir os efeitos que lhes são consubstanciais desde o instante em que têm aptidão suficiente para serem eficazes. Tais atos produzem executoriedade, que é o mesmo que dizer que seus efeitos se produzem por si mesmo. Sua obrigatoriedade é *a posteriori*, e se manifesta, não no próprio ato, mas precisamente nos seus efeitos. Tanto o particular como a própria administração devem respeitar a verdade de seus conteúdos enquanto este permaneça munido de presunção de validade de todo ato administrativo. Neles não existe possibilidade de resistência de seu cumprimento, mas somente a faculdade de impugnação *a posteriori*, por via de reconsideração ou de ilegitimidade. São atos de efeitos instantâneos.

Um segundo grupo de categorias de atos administrativos está constituído por aqueles que, para sua efetiva e plena realização, se requer em etapa posterior a seu aperfeiçoamento, que é de execução material, podendo consistir na realização de determinados fatos ou na edição de novos atos administrativos que lhe procurem dar efetivo cumprimento e que complementem o ato originário. São os que causam executoriedade, forma autônoma de executividade. Sua obrigatoriedade flui da faculdade conferida à administração para fazê-lo cumprir por si mesma, sem a intervenção de órgãos jurisdicionais dotados de império, para o qual teoricamente a autoridade pode solicitar por si o auxílio da força pública em caso de dificuldade.

Assim, a autora caracteriza a executoriedade dos atos administrativos como manifestação da coerção ou obrigatoriedade das disposições administrativas, que emana da potestade da administração que a faculta proceder de ofício, por meio de agentes administrativos e sem a intervenção dos órgãos jurisdicionais. Nesta virtude, se obriga ao particular a assumir a qualidade de demandante para impugnar a decisão executória e ao prévio cumprimento das medidas ordenadas, salvo que estas sejam irreversíveis (como, por exemplo, com a demolição de uma obra considerada ruínosa pela autoridade). A executoriedade emana de atos que, havendo cumprido com as formalidades necessárias para o seu aperfeiçoamento, contêm os elementos essenciais que lhes dão existência jurídica e aptidão para produzir os efeitos que lhes são próprios. Isso pressupõe a existência de um ato administrativo, com prerrogativa de poder público da administração (e não um mero ato de gestão).

A decisão regulatória é, a um só tempo, apta a obrigar terceiros, mas, não havendo cumprimento espontâneo da determinação, a autoridade pode executá-lo por

suas próprias forças, vinculando a própria autoridade emissora e à administração em geral, com vistas à certeza na aplicação das normas.

Vincula-se o órgão público às suas próprias manifestações positivas, assim como requer, também, a predeterminação dos meios e causas pelos quais o ato perde sua obrigatoriedade, aspectos esses que se relacionam estreitamente com o problema da imutabilidade e da intangibilidade das manifestações dispositivas da autoridade pública, estudo que pertence ao que se tem denominado «coisa julgada administrativa».

A autoridade administrativa, junto com dar cumprimento aos preceitos contidos nos atos que houver emitido, deve respeitar os efeitos produzidos, aí incluído manter o ato em si mesmo, até que este esgote normalmente sua eficácia ou intervenha uma causa legalmente prevista de extinção do ato.

Segundo ROBERTO DROMI²⁰, a executoriedade aparece no ato administrativo quando se houver cumprido todo o seu processo de formação e o ordenamento jurídico lhe outorga a obrigatoriedade de seu cumprimento, a possibilidade de sua pronta realização (sem depender de alguma condição ou prazo como elemento modal).

Para JOSÉ ROBIN DE ANDRADE²¹, o conceito de executoriedade, como faculdade de execução coerciva, foi construído essencialmente para efeitos de recurso contencioso e a sua função consiste em identificar os atos suscetíveis de determinarem em futuro próximo uma lesão para os interesses do particular. A faculdade de execução coerciva se justifica quanto aos atos de que resultam encargos ou sujeições para os particulares.

ROBERTO DROMI²² menciona, ainda, que o princípio da eficácia na atuação administrativa tem como objeto imediato fazer mais eficiente a atuação administrativa e a participação dos administrados, de modo a exigir, como consequência, regras de celeridade e economia processual, sendo necessária a prontidão; por tal razão, não se podem aguardar prazos sem dia para a implementação de atos estatais. A economia procedimental e o princípio de simplicidade técnica possibilitam uma tutela efetiva de direitos e poderes jurídicos. Se trata de por fim ao procedimentalismo ou regulamentarismo anarquizante, pensando na pronta solução que reclama o exercício do poder e o respeito do direito. Busca-se conciliar «máxima eficácia» com «máxima juridicidade».

Regulação e segurança jurídica

O direito reconhecido ou homologado pelo regulador no processo regulatório judicante se incorpora ao patrimônio jurídico da parte, não podendo, por força do princípio da segurança jurídica, dela ser retirado sem justa indenização.

Tal raciocínio não se afasta pelo fato da regulação ser um processo de constante acompanhamento do mercado. Se é certo que o princípio da segurança jurídica não

²⁰ DROMI, Roberto. *El acto administrativo*. 3ª ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1997, pág. 81.

²¹ ANDRADE, José Robin de. *A revogação dos actos administrativos*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1985, pág. 133.

impede novas regulações, não é menos exato que, por norma posterior, seja vedada a retirada de direitos já incorporados ao estatuto jurídico do administrado, o que, aliás, é expressamente reconhecido no art. 5º, XXXVI, CF.

Daí porque, EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA²³ distingue o instituto do *taking da regulation*; aquele representa verdadeira expropriação de direito, a exigir indenização. As regulações que afetem exclusivamente o nascimento futuro de situações, direitos e relações jurídicas não conflitam com o princípio da confiança, já que ninguém pode pretender impedir que a legislação atue, para futuro, de acordo com novas concepções políticas sobre determinada matéria. O sentido do princípio da confiança legítima (ou, entre nós, da segurança jurídica) está em que o cidadão deve confiar que o legislador cumprirá as funções que lhe foram transmitidas por um mandato democrático. Concilia-se, com tal doutrina, a prevenção da petrificação legislativa com a prevenção de quebra do sistema de finanças públicas (com a imposição da responsabilidade patrimonial do Estado por novas regulações).

Regulação e efetividade

Destarte, tanto a coletividade, titular dos interesses difusos relacionados ao bom funcionamento de um mercado competitivo, como a própria parte lesada pela omissão administrativa, são legitimadas a provocar a efetivação do julgado. Daí os distintos remédios jurídicos para tratamento da omissão.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO²⁴ afirma que a executoriedade deve ser entendida como um instrumento legal ordinário, que se atribui à Administração para que seja possível realizar a imediata proteção de valores da ordem jurídica, postos à sua cura, tendo como conseqüência, a inversão do ônus da prova, competindo a quem se sinta prejudicado pela execução direta do ato recorrer ao Judiciário. Nesse caso, a Administração não está diante de uma faculdade, de que ela possa se valer ou não, mas de um poder-dever, de caráter mandatório, sempre que presentes seus pressupostos legais de atuação. Com efeito, dar plena execução a seus atos, sem prévio accertamento (ou consulta) ao Judiciário, não é uma escolha que lhe caiba, pois não é função do juiz exercer consultoria administrativa.

Alerta que a via judicial para dar cumprimento a atos tipicamente executórios pode ser inviável por faltar legitimidade *ad causam*, impeditiva para que prosperem

²² DROMI, Roberto. El procedimiento administrativo. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999, pág. 79.

²³ ENTERRIA, Eduardo Garcia. Os problemas da responsabilidade patrimonial do Estado Legislador. Palestra proferida no Seminário de direito administrativo Brasil-Espanha, nos dias 24, 25 e 26 de outubro de 2001, promovido pela Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro e pela Universidade Cândido Mendes, com apoio da Universidade Complutense de Madrid.

²⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 12ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pág. 139.

ações dessa natureza, tendo em vista que a regra é a executoriedade. As exceções (hipóteses de heteroexecutoriedade) são de direito estrito, decorrendo de expressa previsão legal, como, por exemplo de exceção, a execução fiscal, a efetivação da desapropriação, a cassação de patentes, a dissolução de sociedades etc.

Segundo HELY LOPES MEIRELLES²⁵, o reconhecimento da auto-executoriedade tornou-se mais restrito em face do art. 5º, LV, da CF, que assegura o contraditório e a ampla defesa nos procedimentos administrativos. Não obstante, quando o interesse público corre perigo iminente, a auto-executoriedade deve ser reconhecida, já que a Constituição não banuiu o *jus imperium* da Administração Pública, nem a possibilidade cautelar do adiantamento de eficácia de medida administrativa.

Como o processo busca a efetividade, que, segundo FLÁVIO LUIZ YARSHELL²⁶, ocorre quando é apto a proporcionar os resultados que almeja, é preciso que o instrumento conduza a certos escopos, a certos resultados: daí falar na idéia de processo de resultados.

Tal conceito deve ser apurado à luz do ato praticado.

ROMANO²⁷ estima que o ato administrativo possui um caráter análogo ao título executivo de direito privado, apenas este último, para fazer efetivo seu crédito, deve recorrer à autoridade jurisdicional.

Em outras palavras, a Administração pode se autotutelar diretamente, sem intervenção de outras autoridades. Bastaria, pois, ser provocada a exercer a auto-executoriedade de seus atos, por força do direito constitucional de petição.

Caracterizada a omissão da agência e do administrado, ficam evidenciadas a pretensão resistida, a legitimar o uso da via judicial, e a criação de dificuldade para a instauração da concorrência pela imposição de barreiras artificiais pelo detentor de posição dominante.

Surgirá, então, a legitimação para o contencioso judicial, que, antes da omissão, estaria vedado por força da ausência de interesse processual, já que a executoriedade dos atos da Administração dispensa, como regra, a prévia consulta ou atuação de outro poder.

Como o ato administrativo tem força de título executivo, pode se cogitar do ajuizamento de ação de preceito cominatório em face da Administração, obrigando-a a praticar o seu poder-dever de dar executoriedade ao ato decisório que viabiliza a atividade competitiva da consulente. Afinal, o art. 68 da Lei nº 9784/99 – Lei de

²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros. 1999, págs. 143 a 145.

²⁶ A execução e a efetividade do processo em relação à Fazenda. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito processual público*. São Paulo: Malheiros, 2000, pág. 215.

²⁷ *Seguridad jurídica y administración pública en el siglo XXI*. 2. ed. Santiago: Jurídica de Chile, 1993, págs. 94 a 98.

Processo Administrativo, à qual está sujeita a agência – trata da natureza da decisão administrativa como *obrigação de fazer*. Tal idéia se compatibiliza com o disposto no art. 31 da Lei nº 9.307/96, que, combinado com o art. 19 do Decreto nº 2455, de 14.01.98, atribui à decisão arbitral a eficácia de título executivo.

Segundo NELSON NERY JÚNIOR²⁸:

“a obrigação de fazer pode decorrer da própria natureza do direito a ser protegido, sem que haja necessidade de expressa previsão legal impondo ao réu um fazer ou não fazer. (...) Na locução “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (CF 5º II), deve entender-se “lei” como significando sistema jurídico”

Para evitar que a demora da ação judicial agrave os prejuízos, tal situação deve ser demonstrada, em processo cautelar para assegurar imediatamente o direito de acesso ao mercado, nas bases desejadas (e negadas sem a devida demonstração da impossibilidade material de atendimento do direito com fundamento constitucional). Exemplo de tal providência pode se ver, por exemplo, da exibição de documentos.

Tal providência não se confunde com a antecipação de tutela, que envolve o atendimento imediato do pleito, consistindo no cumprimento da decisão administrativa.

A via mandamental não é tranqüila, posto que, mesmo diante de ato de autoridade, a demonstração da lesão a direito líquido e certo pela omissão administrativa no cumprimento do julgado pode ensejar a dilação probatória.

Abre-se, também, a legitimação de novo contencioso administrativo, provocando-se, diretamente, a atuação do CADE, nos termos do art. 10 da Lei nº 9.478/97, oficiando a Secretaria Nacional de Direito Econômico, tendo em vista a legitimidade autônoma da sociedade, também assegurada pelo art. 29 da Lei nº 8.884/94. A decisão final do CADE resultará em título executivo extrajudicial (art.60).

Uma outra via judicial, relacionada com esta via administrativa, é o ajuizamento de ação cível, com fundamento no citado art. 29 da Lei nº 8.884/94, para exigir obrigação de fazer – admitir o acesso ao mercado, por exemplo – e de não fazer – praticar barreiras à entrada – de modo a cessar as práticas de abuso da posição dominante que causem prejuízos a terceiros.

Nesse ponto, GILBERTO DE ABREU SODRÉ CARVALHO²⁹, ao tratar da diferenciação de fundo e forma entre a sanção administrativa e a sanção civil, explana que no direito concorrencial público não se admite que os danos às estruturas da concorrência sejam solvidos pelo simples pagamento de multas, diferentemente do que

²⁸ NERY JÚNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria. Código de Processo Civil Comentado. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pág 846.

²⁹ CARVALHO, Gilberto de Abreu Sodré. Responsabilidade Civil Concorrencial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, págs. 132 a 136.

ocorre no direito concorrencial privado, em que o pagamento da indenização resolve todas as pendências e faz possível que o concorrente ofensor fique livre para usar dos resultados e posição de mercado que passou a ter após o delito civil concorrencial que praticou. A indenização civil desfaz os danos permanentemente e é paga em dinheiro, o que é típico da responsabilidade civil.

Prossegue, afirmando que no direito concorrencial público o CADE é dotado de enorme discricionariedade, para avaliar se houve ou não infração concorrencial ou concentração de poder econômico que crie perigo inaceitável. Na responsabilidade civil concorrencial, isso não ocorre. Se há conduta de retrolimitação concorrencial, comprovada na percepção da jurisdição civil, e há nexo causal e danos necessários causados, sendo esses comprovados, haverá responsabilização civil concorrencial, tendo como princípio fundamental o artigo 159 do Código Civil, que imputa a quem causar dano juridicamente injusto o dever indenizar.

O autor afirma que, no direito concorrencial público, a infração é causada por um concorrente no mercado relevante. Admite-se, pelo artigo 18 da Lei nº 8.884/94, a desconsideração da personalidade jurídica e, pelo artigo 23 da mesma lei, tem-se a possibilidade de penalizar administradores, como antes previsto no §5º do artigo 173 da Constituição Federal. Já no caso do direito concorrencial privado, pode-se ter, em adição ao concorrente, qualquer pessoa como culpável pelo direito civil concorrencial. Pode ser o controlador do concorrente pessoa jurídica – sem a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, um vez que o mesmo parágrafo único do Código Civil – ou um ou mais administradores, ou ainda os administradores, prepostos ou empregados do próprio concorrente lesado. É assim a teoria do ato ilícito em tela: são responsáveis todos os que derem causa a danos.

Conclui afirmando que no direito concorrencial privado, não há que se falar em CADE ou nas agências com função regulatória para a configuração do delito civil concorrencial. Basta que se o possa demonstrar em juízo civil diretamente, independentemente da questão da configuração ou não de infração concorrencial. O envolvimento do CADE, prévio à ação de indenização por ato ilícito, só servirá como expediente advocatício para a obtenção de provas, se for o caso.

A regulação nas atividades administrativas

A função regulatória vai assumir uma feição variada conforme se trate da regulação do âmbito da polícia administrativa (tradicionalmente denominada “poder de polícia”), porque nesse segmento se busca, apenas, a segurança dos bens e serviços colocados no mercado; na regulação dos serviços públicos, busca-se a eficiência traduzida no conceito de *serviço adequado*, incluídas as idéias de generalidade, regularidade, cortesia, atualidade e modicidade das tarifas.

Este último aspecto é bem diferente dos demais aspectos da regulação, seja na polícia seja no ordenamento econômico, porque nesses dois segmentos o que se busca é prevenir o abuso mas não necessariamente garantir a modicidade, que é imperativo no serviços públicos, porque esses, por lei, foram reconhecidos como indispensáveis à evolução da sociedade enquanto tal.

No ordenamento econômico se busca promover a competição, a livre concorrência (o termo “livre concorrência” é empregado na sua visão mais ampla), enquanto que nos serviços públicos o que se busca é cada vez mais ampliar a competição, mas ainda não há que se falar, tecnicamente, em “livre concorrência” porque não há livre acesso a esse segmento econômico, que, vulgarmente, se chama de “mercado”; não há livre acesso porque só entra quem e quando o Poder Público assim o desejar.

No ordenamento social, o que se busca é viabilizar que o setor privado forneça bens e serviços indispensáveis, de maneira a torná-los acessíveis à coletividade. Busca-se a preservação de determinados bens e serviços tidos como relevantes por conta da lei, não necessariamente providos pelo Estado. Os exemplos mais comuns são os casos de educação e saúde. Usa-se falar que esses segmentos deveriam ser todos providos pelo Estado e não deveriam comportar regulação, o que violaria o princípio da realidade, por força do qual não se pode exigir do Estado que preste serviços de educação e de saúde a todos os administrados mas, sim, o dever de viabilizar o acesso ao seu provimento.

Estrutura regulatória

A independência da agência reguladora é instrumento, mas, não necessariamente, indispensável para o exercício da função regulatória, que pode existir (e sempre existiu em outras atividades da administração pública, como nos exemplos do Banco Central, da CVM, do CADE, dos estoques reguladores do Ministério da Agricultura) sem que se faça presente a figura do órgão regulador. O que importa é que essa função seja orientada por critérios técnicos (e não por critérios políticos) que almejem esse equilíbrio entre os interesses envolvidos no cenário econômico.

Na verdade, o que mudou foi o enfoque a ser dado ao tema em função da necessidade de atração de investimentos, o que exigia maior segurança jurídica, viabilizada pela previsibilidade das ações governamentais na condução da atividade interventiva no domínio econômico. Tal segurança seria inatingível caso a intervenção fosse orientada apenas por critérios políticos, cujo ciclo de variação é incompatível com o longo período de maturação dos investimentos levados a efeito nos segmentos regulados.

A opção pelo modelo de agência, adotado no âmbito da Reforma do Estado, privilegia a competência para, com maior autonomia, fiscalizar o mercado, mas, ainda, de editar normas e de solucionar os conflitos, seja pela prevenção ou mediação, seja por meio da arbitragem, privilegiando o conhecimento *técnico* sobre o segmento regulado.

A agência exercerá as competências regulatórias *fiscalizatória e normativa* (controlando as condutas dos agentes e editando diretrizes sobre as matérias de sua competência), bem como a competência regulatória *parajurisdicional*.

A vantagem do modelo de “agência reguladora” é a substituição do controle político e burocrático pelo controle técnico, assegurado pela escolha calcada no mérito e submetida a aprovação parlamentar, com direito a mandato fixo (ressalvando que, quanto a este, há questionamento judicial).

A função regulatória deve ser exercida de forma eqüidistante dos interesses, com vistas a um ponto ótimo, que concilie os interesses de consumidores, fornecedores e do Poder Público. A agência não é um órgão de defesa do consumidor, mas uma entidade que busca o equilíbrio entre os interesses nos setores regulados (mercado específico), devendo ficar eqüidistante de consumidores, fornecedores e do poder público.

Para o exercício neutro e despolitizado se concebeu o conceito de autarquia especial, com a autonomia inerente às autarquias mas com mecanismos de proteção de sua independência política.

A independência se dá pelo mandato fixo dos dirigentes e pela fonte de receita própria.

Por óbvio, tal independência não resta livre de polêmicas.

No Egrégio Supremo Tribunal Federal se questionou o mandato fixo dos dirigentes das agências reguladoras; afinal, se não prestaram concurso público para provimento de cargo efetivo só poderiam merecer o tratamento constitucionalmente reservado às funções de confiança, de livre provimento, mas, também, de livre exoneração. O Eg. STF, no entanto, adotou uma interpretação prospectiva, deferindo a liminar por presunção aparente de inconstitucionalidade da norma estabelecadora do mandato fixo, mas exigiu “justo motivo” para a exoneração (o que sugere a apuração em devido processo legal, tal como previsto em lei, mantendo, assim, a essência da norma).

A autonomia não representa uma liberdade de definição do regime jurídico dos servidores dos quadros da agência; estes devem ser providos por agentes submetidos ao estatuto e não por celetistas; isto porque, para se assegurar a independência nas funções, se torna necessária proteção contra a perda do cargo, o que não ocorre no regime de emprego, de natureza contratual, que pode ser desfeito mediante mera indenização.

Conclusão

Conclui-se, pois, que se trata de matéria de direito administrativo e não de outros nomes que se tenha atribuído e muito menos do surgimento de um direito regulatório.

A regulação (estatal) é uma função por força da qual a autoridade administrativa intervém nas decisões econômicas privadas, por meio de atos gerais, individuais ordinatórios e decisórios, com vistas ao atendimento dos interesses relevantes da coletividade, distinta da auto regulação, que envolve o mesmo conjunto de atos aos quais os interessados voluntariamente aderem por convenção.

A decisão regulatória se incorpora ao patrimônio dos regulados, sendo dotada de imperatividade e executoriedade, o que não impede o uso da via judicial para afastar os obstáculos ao exercício do direito à liberdade de competição, objetivo maior da regulação.