

NATUREZA E FINS DA REGULAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA

Denise Hammerschmidt *, *Kassiane Mechon M. Endlich* **, *Lecir Maria Scalassara* **, *Simone Boer Ramos* ** e *Valéria M. Oliveira* **

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais; 2. Noções de regulação e privatização; 3. Da regulação de monopólios à regulação da concorrência: a revisão do âmbito e da função da ação reguladora estatal; 4. Ambiente concorrencial em setores de infraestrutura. As indústrias de rede e o problema do acesso; 5. Considerações finais; 6. Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As limitações do mercado e a colocação de objetivos de política econômica levaram os sistemas descentralizados ocidentais a evoluírem no sentido de admitir, em caráter permanente, um segundo centro decisório a atuar ao lado do mercado, descaracterizando-se como modelos típicos de autonomia, longe, porém, do outro extremo, o da centralização pela autoridade política, daí a expressão sistema misto ou de iniciativa dual¹.

A estrutura jurídica dos sistemas econômicos mistos ou duais, apoiada, agora, não mais nas constituições garantia, mas nas constituições programa, coloca a problemática de delimitar ou definir a fronteira entre as áreas próprias a cada um dos seus dois centros decisórios.

Durante século e meio aproximadamente, predominou a doutrina liberal-utilitarista, muito embora nos últimos 50 anos sob forte assédio do socialismo coletivista. Entre os anos 20 e 30, ganha terreno a chamada social-democracia ou intervencionismo, no mundo ocidental, enquanto na Europa oriental e em algumas nações asiáticas ensaiava-se o regime de índole coletivista-estatal. Já a última década

* Aluna do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá (CESUMAR). Magistrada na comarca de Maringá (PR).

** Alunas do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas pelo Centro de Ensino Superior de Maringá (Cesumar). Advogadas na comarca de Maringá (PR).

¹ Nusdeo, F. Curso de Economia. Introdução ao Direito Econômico, p.200.

do século assiste a um refluir das soluções socializantes de diversas vertentes, com o remontar da maré liberalista, voltada a conter o Estado dentro de limites mais acanhados, ao que se tem chamado de Estado mínimo. Privatização e desregulamentação têm-se constituído em balizas fundamentais no plano interno, com a globalização, querendo significar a livre circulação internacional de produtos e fatores, a complementá-las no plano internacional.

O presente trabalho não pretende ser original no sentido específico da palavra, mas demonstrar de forma objetiva: (i) noções de regulação e privatização; (ii) conceituar e diferenciar a regulação de monopólios à regulação da concorrência; (iii) e por fim, esclarecer a regulação voltada à criação de um ambiente concorrencial em setores de infra-estrutura.

2. NOÇÕES DE REGULAÇÃO E PRIVATIZAÇÃO

2.1. Regulação

O termo regulação é bastante amplo, engloba toda a organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção através da concessão de serviço público ou o exercício do poder de polícia. O Estado está ordenando ou regulando a atividade econômica tanto quando concede ao particular a prestação de serviços públicos e regula sua utilização - impondo preços, quantidade produzida, etc. - como quando edita regras no exercício do poder de polícia administrativo. Salomão afirma que seria incorreto formular uma teoria que não analise ou abarque ambas as formas de regulação².

Considere-se, porém, como destaca Eros Roberto Grau, que a expressão "atuação estatal" conota significado mais lato do que aquele associado ao vocábulo. Intervenção, prossegue o autor, conota atuação estatal no campo da "atividade econômica em sentido estrito" (i.e., aquela de titularidade dos particulares), já "atuação estatal", ação do Estado no campo da "atividade econômica em sentido amplo". Assim, a expressão "atuação estatal" permite designar a globalidade da ação estatal em relação ao processo econômico, inclusive sua atuação sobre a "esfera do público" (i.e., aquelas atividades de titularidade do Estado)³.

Portanto, a atuação do Estado pode ocorrer de forma "direta", quando a produção de utilidades econômicas é feita através de órgãos estatais que controlam os respectivos meios, ou de forma "indireta", quando

² Salomão Filho, C. *Regulação da Atividade Econômica*, p.13-16.

³ A ordem econômica na Constituição de 1988, p. 154-155.

são criadas normas que afetam o âmbito de ação dos agentes econômicos. A ação reguladora abrange, portanto, está última⁴.

Faraco afirma, portanto, que a ação reguladora terá, essencialmente, um caráter normativo, não ficando limitado à noção de lei em sentido formal, mas também compreende qualquer norma jurídica validamente positivada que afete a liberdade de ação dos agentes econômicos⁵.

A teoria econômica da regulação é de origem marcadamente norteamericana. As escolas clássicas sobre regulação são, a escola do interesse público e a escola neoclássica da regulação.

A escola do interesse público estaria diretamente vinculada a idéia de serviço público; e por isso a crítica que se faz a essa escola pela excessiva concentração em torno da noção de serviço público e por sua crença, na possibilidade de controle dos agentes privados que prestam serviço público através do regime jurídico de direito, como se fosse possível transformar agentes privados em persecutores do interesse público.

Por outro lado, a escola neoclássica da regulação negava qualquer fundamento de interesse público na regulação, acreditando poder prever os resultados e fins da atividade econômica. Criticou-se esta teoria pelo fato de ser impossível e ineficaz pretender recriar o mercado em laboratório, e também por ser demais pobre entender que a regulação se resume somente a esta tarefa.

Nas lições de Salomão, os fundamentos dessas escolas são demasiadamente limitados, por priorizarem apenas um dos aspectos da regulação. Tal reducionismo leva a uma teoria incompleta, é preciso admitir a convivência dos aspectos econômicos e sociais da regulação e reconhecer, ainda, que a preponderância de um sobre o outro pode variar conforme a natureza do setor regulado⁶.

É necessário que se identifique onde a regulação pode ou não funcionar, quais são os setores não-regulamentáveis, onde a prestação de serviços deve ser feita diretamente pelo Estado.

Nas áreas sensíveis, geradoras de externalidades sociais⁷ por natureza (educação, saúde) é inviável a participação do particular, devendo o Estado prestar o serviço. Para Salomão⁸ é inútil tentar

⁴ Faraco, A. D. *Regulação e Direito Concorrencial: uma análise jurídica da disciplina da concorrência no setor de telecomunicações*, p.130.

⁵ Faraco, A. D. *op. cit.*, p.131.

⁶ Salomão Filho, C. *op. cit.*, p. 27.

⁷ Há externalidade sempre que uma determinada relação jurídica produz efeitos geralmente não-mensuráveis a sujeitos que não participam daquela relação jurídica. Na área social externalidades são benefícios causados pela relação jurídica a grupos sociais menos favorecidos ou à organização da sociedade como um todo.

⁸ Salomão Filho, C., *op. cit.*, p.28

mudar a natureza através de regimes jurídicos específicos. Não há regime de direito público que consiga mudar, ao menos no que tange às decisões econômicas, a mentalidade individualista dos particulares.

O fundamento jurídico da regulação está exatamente na procedimentalização da atividade econômica (*due process clause* em matéria econômica)⁹, o qual é justamente a busca de um objetivo predeterminado e pré-jurídico para a garantia efetiva da correção e da lealdade da integração dos vários agentes econômicos no mercado e de sua igualdade material¹⁰ em termos concorrenciais.

A afirmação da concorrência como valor fundamental garante a liberdade de escolha e informação mais abundante possível para o consumidor. A concorrência e não o mercado é o valor institucional a ser protegido¹¹.

Logo, no campo da regulação do funcionamento dos mercados as regras de concorrência desempenham exatamente as seguintes funções: (i) facilitar a escolha individual; (ii) reconhecer o elemento valorativo no processo de escolha; (iii) difundir o conhecimento econômico, necessariamente redistributivo¹².

A concepção institucional da regulação leva não só a preservação da escolha e liberdade econômica individual como também ao cumprimento da função social da empresa¹³.

2.2. Poder regulamentar e direito antitruste

No campo econômico, a utilização do conceito de regulação é a correspondência necessária de dois fenômenos: (i) a redução da intervenção direta do Estado na economia; (ii) e em segundo o crescimento do movimento de concentração econômica¹⁴.

⁹ Exatamente, como o *due process*, garantia procedimental da justiça, a concorrência, garantia procedimental do conhecimento no campo econômico, ganha justificativa autônoma.

¹⁰ Igualdade material significa igualdade efetiva: e não meramente formal de oportunidades.

¹¹ Idem, Ibidem, p.32

¹² É preciso entender a existência da concorrência com um valor em si, inadmitindo o poder econômico e exigindo que ganhos de escala sejam repartidos com o consumidor (admitindo-se, portanto, a eficiência só no sentido distributivo, e não alocativo), ao mesmo tempo em que não se permite que o processo de interação econômica leve à exclusão social (exigindo-se, portanto, que compromissos de desempenho incluam regras estritas de garantia de emprego, *i.e.*, cumprindo com rigor o disposto no art.58 parágrafo 1º, da lei concorrencial. Salomão Filho, C. *op.cit.*, p. 40.

¹³ Idem. Ibidem, p.39

¹⁴ Salomão Filho, C. *op. cit.*, p.15.

Sendo assim, uma linha tênue separa em termos de concentração econômica a regulação e antitruste¹⁵. Setores formalmente não-regulados devem se submeter a uma disciplina antitruste incisiva que não se limite a sancionar atos ilícitos, mas passe a impor comportamentos (típico da disciplina regulatória). Tal afirmação não tem por consequência, por outro lado, afirmar que os princípios concorrenciais traduzam os objetivos dessa. A regulação tem funções de tutela de certos objetivos específicos (higidez de mercado, segurança) ou de imperativos de redistribuição de renda que não podem ser convenientemente disciplinados pelos princípios concorrenciais¹⁶.

De forma bem sintética, a diferença entre direito antitruste e regulação está basicamente na forma de intervenção. A atuação do direito antitruste é essencialmente passiva, controlando formação de estruturas e sancionando condutas. Trata-se do que a doutrina administrativa costuma chamar de atos de controle e de fiscalização, através dos quais o Estado não cria a utilidade pública, limitando-se a fiscalizá-la ou controlá-la. Já a regulação não pode se limitar a tal função. É preciso uma intervenção ativa, que não se restrinja ao controle, mas preocupa-se com a verdadeira criação da utilidade pública através da regulação. A utilidade pública, nos setores reguláveis, consiste exatamente na efetiva criação de um sistema de concorrência¹⁷.

2.3. Privatização

A privatização corresponde a uma tendência mundial, que surgiu tanto em virtude da globalização da economia como em decorrência da falência do Estado, ensejando o redimensionamento das atribuições do Poder Público para que o mesmo seja eficiente, garantindo o bom funcionamento dos serviços públicos essenciais.

Privatizar, como o próprio termo sugere, significa tornar privado.

Designa, portanto, a passagem de propriedade ou atribuições exercidas pelo Estado à iniciativa privada. Em sentido mais amplo, o vocábulo é empregado em referência a diversas situações específicas que têm como ponto de ligação o fato de estarem inseridas em um movimento de revisão do papel do Estado no domínio econômico, mas que não são todas redutíveis ao sentido antes indicado¹⁸.

Observa-se que a Lei 9.491/97 (Programa Nacional de

¹⁵ A experiência histórica mostra a dificuldade de controle do comportamento dos monopólios seja pelas vias regulatórias tradicionais (controle de preços), seja pelas vias de direito antitruste tradicionais (controle de comportamentos anticoncorrenciais).

¹⁶ Salomão Filho, C. *op. cit.*, p.15-16.

¹⁷ Salomão Filho, C. *Regulação da Atividade Econômica* p.31.

¹⁸ Santos, A.C. *Direito Econômico*. 2.^a ed. • Coimbra. Almedina. 1997. p. 193 e ss.

Desestatização), utiliza a expressão desestatização, ao invés de qualquer outra. Entretanto, o conceito de "desestatização" é mais amplo e abrangente, podendo-se dizer que engloba as noções de privatização e de desregulamentação.

A palavra "desregulamentação" significa a eliminação, total ou parcial, de regras referentes ao mercado e às atividades econômicas. O termo liberalização tem sido empregado como sinônimo a desregulação, mas com a vantagem de não sugerir a idéia de que se está fazendo referência a um processo de eliminação completa de normas incidentes sobre determinadas relações econômicas, segundo o posicionamento do Doutor Alexandre Faraco¹⁹.

O termo "privatização" é empregado apenas para designar a transferência das empresas de propriedade do Estado e atividades por ele exercidas para o setor privado, obedecendo-se às mais variadas modalidades e técnicas de transferências de capital aos particulares²⁰.

É preciso considerar, também que não se trata da eliminação absoluta de toda e qualquer norma jurídica incidente sob as relações econômicas afetadas. O que se suprime, em geral, são normas de direito público, através das quais o Estado procura limitar de forma direta a atividade dos agentes econômicos²¹.

Ressalta-se, que Eros Grau²² e Washington Peluso Albino de Souza²³ criticam a imprecisão terminológica legal, que não diferencia privatização de desestatização.

Analisando-se a experiência brasileira nos processos de privatização, pode-se verificar aspectos negativos e positivos, assim, para o correto estudo do caráter jurídico das privatizações é imprescindível não apenas considerar seu contexto histórico, como também suas características principais.

Considerando a legislação relativa aos processos de privatização, bem como os elementos de direito comparado, depreende-se que o modelo e as técnicas adotadas pelo governo brasileiro têm fundamento em privatizações ocorridas no exterior.

¹⁹ Faraco, A D. *op. cito* P 67.

²⁰ Segundo a professora Rachei Sztajn A privatização é um programa que pressupõe conjunto de medidas que devem ter por escopo o aumento do social mediante a reestruturação das atividades do Estado no plano econômico (Sztajn, R. Notas da Privatização, *in Revista de Direito Mercantil*. N. 117, jan-mar 2000).

²¹ Corso, G. *Attività economica privata e deregulation*, *in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n.3, 1998, p.630.

²² Grau, E.R. *A ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, 4.ª ed., Malheiros Editores, 1998.

²³ Grau, E.R. *A ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, 4.ª ed., Malheiros Editores, 1998.

Observa-se, assim, que para a tendência econômica atual do Estado brasileiro em suprimir os monopólios estatais com a transferência para a esfera privada da execução de determinados serviços públicos de infraestrutura, é de grande relevância a função dos órgãos reguladores instituídos em defesa dos competidores e dos consumidores.

3. DA REGULAÇÃO DE MONOPÓLIOS À REGULAÇÃO DA CONCORRÊNCIA: A REVISÃO DO ÂMBITO E DA FUNÇÃO DA AÇÃO REGULADORA ESTATAL

3.1. Ação Estatal e Intervenção

No modelo de Estado liberal dominava a idéia de Estado Mínimo. O Estado se limitava ao exercício das funções normativa, jurisdicional e administrativa, entendidos como a defesa da Ordem Pública. No Século XIX, em atendimento às necessidades do Capitalismo que exigia participação mais ativa do Estado na atividade Econômica, este passou a fornecer infra-estrutura como estradas de ferro e navegação. Nesta época a distinção entre o "público" e o "privado" esta pautada na separação entre econômico e político. O primeiro entregue à esfera privada e o segundo a esfera pública.

Para Eros Roberto Grau a intervenção é a atuação do Estado na esfera do privado²⁴. Ressalta-se que a Ordem Constitucional distingue campos de ação destinados aos agentes privados e ao Estado.

O termo *atuação do Estado* é genérico, do qual intervenção é espécie. O primeiro é entendido como todas as atividades do Estado em relação à Ordem Econômica ou atividade econômica na Constituição Brasileira. O Segundo, intervenção, é uma espécie do gênero ação, sendo entendido como a invasão do Estado no setor do poder econômico privado²⁵.

3.2. Atividade Econômica: Os serviços públicos e a exploração de atividades econômicas

O Art. 173 da Constituição brasileira define as situações em que o Estado intervém no domínio econômico de titularidade da iniciativa privada, devendo ser entendido neste caso, segundo Borges²⁶: (i) atividade econômica - sentido amplo - designando a

²⁴ Grau, R. G. *A Ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*, p.122.

²⁵ Grau, R. G. *A op. cit.*, p. 122.

²⁶ Borges, A. W. *A ordem econômica e financeira da Constituição e os monopólios.*, p. 121.

totalidade das atividades desenvolvidas no domínio econômico; (ii) atividade econômica - sentido estrito - designando as situações especiais de intervenção do Estado no domínio econômico privado (caráter excepcional).

Para Grau a *atividade econômica*, em sentido amplo, é gênero do qual atividade econômica em sentido restrito e os serviços públicos são espécies²⁷.

Da leitura do artigo 173, da CF, verifica-se que a atividade econômica em sentido restrito, somente é admitida em caráter excepcional, ou seja, somente é permitida a exploração pelo Estado da atividade econômica em atendimento aos imperativos de segurança nacional ou relevante interesses coletivos. A exploração pelo Estado se concretiza através da atuação de empresas estatais no domínio dos agentes privado. Tratam-se empresas públicas ou sociedades de economia mista que na exploração da atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive, quanto aos direitos civis, comerciais, trabalhistas e tributários²⁸. Ex. Banco do Brasil.

Os serviços públicos, por sua vez, não se confundem com exploração direta da atividade econômica pelo Estado, vez que são entendidos como o "campo de atividade econômica em que o Estado é titular, sob o regime de Direito Público." Os serviços públicos podem ser industriais ou comerciais, bem como podem ser explorados pela iniciativa privada através da concessão ou da permissão²⁹. Ex: CELESC, sociedade de economia mista, distribuidora de energia elétrica em Santa Catarina, Petrobrás, etc.

Para Yuri Carneiro Coelho, "quando o Estado vem a atuar em área de sua titularidade, diz-se que ele pratica atuação estatal, que é ação do estado no campo da atividade econômica em sentido amplo e, quando atua em área de titularidade da iniciativa privada, pratica intervenção, que é atuação estatal no âmbito da atividade econômica em sentido estrito, ou seja, intervenção do Estado no domínio econômico"³⁰.

As atividades econômicas e os serviços públicos são tratados pela Constituição brasileira separadamente. A primeira está regulada no art. 173, § 1º, que estabelece que a empresa pública e a sociedade de economia mista e outras entidades que exploram atividade econômica

²⁷ Borges, A. W. *op. cit.*, p. 139.

²⁸ Ali. 173, § 1º, 11, da Constituição Brasileira.

²⁹ Borges, A. W. *op. cit.*, p. 122.

³⁰ Coelho, Y. C. <http://www1.jus.com.br/doutrinaltexto.asp?id=190>. No mesmo sentido Eras R. Grau (*op. cit.*, p. 47-49)

sujeitam-se ao regime próprio das empresas privadas e os segundos (serviços públicos), estão disciplinados no art. 175³¹.

Assim, as atividades econômicas distinguem-se dos serviços públicos pela titularidade da iniciativa privada que somente é entregue ao Estado em caráter excepcional.

3.3. Atividades Econômicas Exploradas pelo Estado em Regime de Monopólio

O artigo 177 da Constituição brasileira regula a exploração das atividades econômicas pelo Estado em regime de Monopólio.

É oportuno distinguir o monopólio de fato e o monopólio de direito.

O monopólio de fato, segundo Borges, "ocorre quando o domínio da atividade econômica é exercido pela iniciativa privada. Quando há situação de concorrência imperfeita - um só vendedor para um produto de difícil substituição podendo o mesmo, autonomamente, alterar os preços de mercado do produto"³².

Os monopólios estatais são previstos pela Constituição em atendimento ao interesse coletivo ou a segurança nacional, e também podem ser criados por lei, mediante o atendimento das exigências constantes do art. 173, da CF.

Da combinação dos arts. 173 e 177 da Constituição, Borges classifica a intervenção estatal como sujeito, em: (i) modalidade de Intervenção em regime de competição - art. 173; (ii) modalidade de Intervenção em regime de monopólio - art. 177.

A Constituição, no art. 177, prevê como monopólio da União as atividades nucleares e do petróleo, sendo somente estas as atividades a serem reguladas constitucionalmente como monopólios. Entretanto nem mesmo estas atividades configuram monopólio puro, vez que no caso do petróleo a comercialização não é feita somente pela União, bem como nas atividades nucleares é possível a utilização de certos materiais adquiridos de concessionários ou permissionários (art. 21, XXIII,b), o que caracteriza o chamado monopólio relativo destas atividades.

Os monopólios de fato também são regulados pela Constituição. O art. 174 estabelece o Estado como agente normativo e regulador da economia e o art. 170, IV, elege o princípio da livre concorrência como um dos fundamentos da Ordem Econômica e,

³¹ Borges, A. W. *op. cit.*, p. 124.

³² Borges, A. W. *op. cit.*, p. 126. Segundo Faraco³² este monopólio "decorre não de características inerentes ("naturais") à atividade econômica, mas de condições estruturais existentes na economia brasileira", visto que é característica da economia brasileira a concentração econômica em pequena parcela da população.

ainda, o art. 173, § 4º, estabelece que a lei reprimirá o abuso do poder econômico, a dominação do mercado e a ameaça à livre concorrência. Verificando-se que os monopólios do setor privado são tratados sob uma ótica repressiva. O mesmo ocorre com o legislador infraconstitucional, que concretiza a função do Estado como agente regulador e normatizador da economia e como repressor do abuso do poder econômico, prevista nos artigos 173, § 4º, e 174, da Constituição, nas Leis 8.174/90 e 8.884/94. Entretanto, verifica-se que dentro da tônica do regime capitalista atual as concentrações em monopólio são comuns, sendo fundamentadas na oferta de empregos, fortalecimento da concorrência com empresas supranacionais, entre outras. Assim, o que é reprimido pelo ordenamento legal pátrio não é o monopólio em si, mas a sua atuação de forma abusiva, ou seja, deve ser analisado o custo/benefício para sociedade.

Normalmente os serviços públicos são aqueles que constituem monopólios naturais, pois inexistem nestes campos a exploração competitiva face aos altos custos de infra-estrutura (serviços ferroviários, aeroportuários, etc). Este monopólio natural colabora para um tratamento diferenciado do concessionário ou permissionário, numa esfera onde não impera a livre competição.

3.4. Considerações sobre a regulação do monopólio dos serviços públicos e da concorrência

No que tange aos monopólios naturais como não é possível vedar a sua formação nem mesmo impedir a tendência de concentração de determinados setores nas mãos de um só produtor, posto que o comportamento natural e racional destas estruturas é de aumentar os preços onerando excessivamente o consumidor³³. Nestas hipóteses a simples aplicação das regras sobre abuso do poder econômico não é suficiente para a regulação do mercado.

A introdução de competição em setores de monopólio natural desencadeia uma concorrência predatória com a destruição dos próprios competidores sendo necessária, a implementação da regulação.

O mercado cumpre, sua função desde que certas regras sejam preservadas, sendo fundamentais a liberdade de concorrer no mercado e a autonomia de escolha do "consumidor", estando tais regras

³³ Conforme destaca Alexandre D. Faraco "A função da regulação aqui seria permitir os ganhos de eficiência com a existência de um monopólio. Mas, ao mesmo tempo, impedir que este atue livremente, fixando preços acima do que seria normal em um mercado competitivo, valendo-se, assim, de seu poder econômico para obter ganhos extraordinários às custas dos consumidores." *Regulação e Direito Concorrencial: uma análise jurídica da disciplina da concorrência no setor de telecomunicações*, p. 143.

esculpidas no Código de Defesa do Consumidor e na Lei de Defesa da Concorrência (8.884/94).

Diante disto, pode-se dizer que a nova regulação econômica converge para o mesmo ponto que a defesa da concorrência, uma vez que atualmente na base da privatização e reforma do processo de regulação da atividade econômica, encontra-se a perspectiva de ampliação da concorrência e fortalecimento do funcionamento dos mercados.

A intervenção regulamentar do Estado é justificável segundo Calixto Salomão Filho³⁴, para corrigir as imperfeições de mercado evitando os efeitos danosos para consumidores e concorrentes. Apresenta o autor modalidades de intervenção regulamentar tanto no ponto de vista econômico como no ponto de vista jurídico.

Economicamente três são as modalidades possíveis de intervenção: (i) exercício da atividade pelo Estado em sistema monopólio; (ii) exercício pelo particular com regulamentação direta pelo Estado; (iii) controle pelo Estado de entrada no mercado através do estabelecimento de um processo competitivo de licitação para verificar quem pode prestar os melhores serviços aos melhores preços.

Na ótica jurídica as alternativas de regulamentação correspondem as seguintes categorias constitucionais: (i) exercício pelo Estado da atividade econômica; (ii) exercício de atividade econômica pelo particular pelo regime de regulamentação governamental; (iii) exercício do serviço público pelo particular mediante permissão ou concessão governamental.

Confrontando as modalidades de intervenção regulamentar pelo Estado do ponto de vista econômico e jurídico conclui-se que:

a) a opção pela modalidade "i" não se aplica ao mercado nacional vez que, a concepção jurídica econômica atual é a opção pela retirada do Estado do exercício da atividade econômica, inclusive verifica-se que o processo de privatização brasileiro inclui também setores que constituem monopólios naturais;

b) a opção pela modalidade "ii" aplica-se à nossa realidade vez que o controle é necessário tanto para a proteção dos competidores como a dos consumidores. Os primeiros necessitam de proteção contra a concorrência predatória que é consequência natural deste tipo de monopólio, e os segundos de proteção contra o aumento abusivo de preços tendência da racionalidade monopolística;

na opção "iii" verifica-se distinções evidentes entre a alternativa jurídica e a alternativa econômica, posto que a simples regulação do processo licitatório somente garante preços competitivos

³⁴ Salomão, C. *Direito concorrencial: as estruturas*, p. 195.

e qualidade do serviço em um primeiro momento, tendo em vista a alteração no custo de produção em razão das inovações tecnológicas e da instabilidade de nossa economia, inviabilizando assim a contratação por períodos de longa duração. Diante disto, necessária se faz não só uma regulação do processo licitatório (econômica), mas também o controle e a fiscalização posteriores do exercício do serviço, o que é típico do sistema de concessões e permissões, onde há um rígido controle direto de quantidade produzida e preços pela autoridade pública, assim pode-se considerar equivocado qualquer entendimento tendente a "recusar qualquer relevância ao enfoque econômico na formulação de um juízo jurídico sobre determinada regulação"³⁵. Com as mudanças ocorridas na base técnica dos serviços públicos (privatização) este controle e fiscalização ficaram a cargo das agências reguladoras.

Se a atuação de uma entidade reguladora não for capaz de permitir uma estrutura tarifária adequada, todo o abuso de poder de monopólio pode recair sobre o consumidor final. Então, boa parte da tarefa dos agentes de regulação vai ser olhar para os segmentos envolvidos em cada setor e perceber até que ponto será possível substituir regulação por concorrência.

Conclui-se que a regulamentação é "totalmente compatível com o sistema concorrencial e em conseqüência, com o sistema constitucional brasileiro"³⁶. Sendo ela um dos meios mais eficazes de controle de mercado e proteção dos próprios competidores e consumidores.

4. AMBIENTE CONCORRENCIAL EM SETORES DE INFRA-ESTRUTURA. AS INDÚSTRIAS DE REDE E O PROBLEMA DO ACESSO

4.1. A regulação nas indústrias de rede

As indústrias de rede podem ser entendidas como as dependentes da implantação de malhas (redes ou grids) para o transporte e distribuição ao consumidor dos seus respectivos produtos.

A justificativa para a intervenção do poder público nas indústrias de rede está, em um lado por serem entendidas como monopólio natural e por outro como indústrias de importância estratégica, cujo funcionamento afetaria o interesse geral.

Os objetivos dos modelos de intervenção visavam: a) proteger o investidor contra a concorrência destrutiva; b) proteger o consumidor contra

³⁵ Faraco, A.D. *op. cit.*, p. 188.

³⁶ Salomão, C. *Direito Concorrencial: as estruturas*, p. 199.

o abuso do poder de monopólio; c) salvaguardar o interesse geral, no que tange à segurança de abastecimento e à igualdade de tratamento aos consumidores. Convém destacar que³⁷: "quanto menor for o controle público sobre as atividades produtivas, maior será a probabilidade de se fazer instaurar um regime regulatório preocupado justamente em evitar uma forte concentração de mercado por parte das empresas, e, por conseguinte, de aproximar os objetivos da regulação dos interesses do consumidor, despolitizando o sentido da atuação pública sobre estes mercados".

Porém, qualquer que seja o posicionamento adotado, alguma forma de regulação há de existir, pois, apesar dos progressos tecnológicos, ainda subsistem características de monopólio natural nas indústrias de rede, principalmente nos setores de transporte e distribuição, onde o pequeno consumidor não possui nem poder de escolha, nem capacidade de enfrentamento em relação ao seu habitual fornecedor.

A regulação especificamente direcionada ao consumidor com menor poder de barganha pode variar desde um controle quase total sobre as empresas operadoras até fórmulas mais flexíveis.

4.2. O papel do livre acesso na organização das indústrias de rede

O livre acesso na organização das indústrias de rede tem papel preponderante na formação de um modelo que incorpore as preocupações de incentivo à competitividade e eficiência e de melhoria nas condições de suprimento.

Se as atividades são competitivas, se entende por que o livre acesso de firmas no mercado. Daí a importância para a existência de competição nestes setores é a garantia de que todos os operadores possam ter acesso a uma rede única. Trata-se de condição necessária para a existência de competição nos setores envolvidos na chamada indústria de rede. Além disso, para a efetiva concorrência é preciso garantir isonomia entre todos os operadores na interconexão à rede pública, conforme assevera o iminente jurista Calixto Salomão³⁸.

Outro importante elemento destacado pelo professor Alexandre Faraco é que a utilização das redes já existentes pelo novo concorrente minimiza muito os riscos de sua atividade, pois³⁹: "antes de fazer qualquer investimento mais significativo em determinada área, o interessado poderá iniciar sua operação e realizar maiores gastos com custos específicos apenas

³⁷ Dias, D. de S.; Rodrigues, A. P. A regulação das indústrias de rede: o caso dos setores da infra-estrutura energética. *Revista de Economia Política*, vol. 17. n. 3, jul-set, 1997, p. 71.

³⁸ Salomão, C. *Direito concorrencial e as estruturas*. p. 194.

³⁹ Faraco, op. cit., p. 245.

após conseguir uma base de consumidores."

Apesar de fundamental, a garantia do acesso às redes deve ser limitada a fim de que não represente prejuízo à indústria proprietária de redes, e gere, conseqüentemente, desestímulo ao investimento em tecnologia.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fundamento jurídico da regulação está exatamente na procedimentalização da atividade econômica, *due process clause* em matéria econômica, o qual justamente busca um objetivo predeterminado e pré-jurídico para a garantia efetiva da correção e da lealdade da integração dos vários agentes econômicos no mercado e de sua igualdade material em termos concorrenciais. A concorrência e não o mercado é o valor institucional a ser protegido.

É exatamente isso que procura fazer a teoria jurídica do direito concorrencial. Garantindo a instituição (concorrência) e seu efetivo desenrolar através de regras comportamentais e estruturais (que são procedimentais na medida exata em que não impõem um resultado, efeito ou comportamento, mas apenas garantem que o relacionamento entre os concorrentes se dê de forma leal e equânime, sem prevalência de uns sobre os outros), essa teoria pretende assegurar a possibilidade de os agentes econômicos coordenarem suas relações da forma mais justa e eficiente⁴⁰.

As alterações na Ordem Econômica e Financeira buscam atingir a área de organização da economia da constituição, assim, com a passagem do regime monopolístico da prestação de serviços públicos para o regime concorrencial (privatização), houve a criação de agências reguladoras para estabelecer as regras que na atividade econômica empresarial privada é exercido pela concorrência, qual seja, o controle e fiscalização da atividade, sendo a regulação "totalmente compatível com o sistema concorrencial e em conseqüência, com o sistema constitucional brasileiro"⁴¹.

Assim, considerando-se a tendência econômica atual do Estado brasileiro em suprimir os monopólios estatais com a transferência para a esfera privada da execução de determinados serviços públicos de infraestrutura, é de grande relevância a função dos órgãos reguladores instituídos em defesa dos competidores e dos consumidores. Ademais, o problema do acesso, inerente à implantação de um ambiente concorrencial nas chamadas indústrias de rede, deve ser analisada sob dois prismas. Por um lado, é mister

⁴⁰ Salomão Filho, C. *Regulação da atividade econômica*, p. 34.

⁴¹ Salomão Filho, C., *ob. cit.*, p. 199.

que se garanta o acesso às indústrias não-proprietárias de rede, sob pena de se inviabilizar a livre concorrência no setor, minando a competitividade e melhoria no fornecimento do serviço. Porém, devem ser estabelecidos limites para esta garantia, a fim de que não represente prejuízo à indústria proprietária de redes e o conseqüente desestímulo ao investimento em tecnologia.

Pelo exposto, parece não haver outra saída senão a de aprimorar o funcionamento do sistema dual como um todo; não apenas em cada um de seus setores, e sobretudo a interface de ambos.

Parece clara a saturação do processo normativo regulamentar de vida econômica, bem como dificilmente manejável o gigantismo de certas agências estatais, donde a perspectiva futura aponta para uma desregulamentação progressiva em inúmeros campos, necessária e desejável pelas razões acima. No entanto, a regulamentação atual, de caráter direcional imediato, não deverá desaparecer de forma total e absoluta, mas sim ser substituída, sempre que possível, por um outro tipo de ação: aquela patrocinada pela esfera oficial mas conduzida via auto-regulação, ou seja, um processo de negociação de normas, medidas e iniciativas negociadas entre os principais interessados em uma dada solução.

Trata-se de tirar ou atenuar o caráter estatal ou puramente governamental da regulamentação pública de alguns setores da atividade econômica. O público não precisa necessariamente envolver o governo ou apenas o governo. O seu âmbito é, por excelência, a sociedade como um todo⁴².

E como menciona Gomes parece ser indicativo de que haverá crescente pressão no sentido de "despublicização" do direito, com a progressiva ampliação dos padrões regulatórios de natureza privada, muito a gosto dos imperativos da globalização.

5. REFERÊNCIAS

- BORGES, A. W. A ordem econômica e financeira da Constituição e os monopólios. Curitiba:Juruá,2000.
- BRASIL. *Constituição Federal J988/Organização*, notas e revisão por Iara P. Fontoura e Emilio Sabatovski. 4.ed. Curitiba: Juruá Editora, 1999.
- COELHO, Y. C. disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=190>. capturado em 01.11.01
- COIMBRA, M. C. O direito regulatório brasileiro. *Revista jurídica consulex*, Brasília: ano V, n. 111,31 ago. 2001, p.38-44.

⁴² Nusdeo, F. Curso de Economia. Introdução ao Direito Econômico, p.221.

- CORSO, G. Attività economica privata e deregulation. In: *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n.3, 1998.
- DIAS, D. S. e RODRIGUES, A.P. A regulação das indústrias de rede: o caso dos setores da infra-estrutura energética. *Revista de Economia Política*, v. 17, n° 3 (67), jul-set/1997, p. 71/84.
- FARACO, AD. *Regulação e Direito Concorrencial: uma análise jurídica da disciplina da concorrência no setor de telecomunicações*. São Paulo, 200J. 408 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
- GOMES, M. E. A. C. e. Apontamentos sobre alguns impactos do projeto neoliberal no processo de formação de tutelas jurídicos-políticas. In: *Direito e Neoliberalismo*. Curitiba, Edibej, 1998.
- GRAU, E.R. A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- GRAU, E.R. A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica). 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.
- NUSDEO, F. *Curso de Economia. Introdução ao Direito Econômico*. 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- SALOMÃO FILHO, C. *Direito Concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SALOMÃO FILHO, C. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SALOMÃO FILHO, C. Atuação Estatal e Ilícito Antitruste. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v.136, abr.-jun. 1997.
- SANTOS, AC. *Direito Econômico*. 2ª ed. Coimbra. Almedina, 1997.
- SOUZA, W.P.A Primeiras Linhas de Direito Econômico. 2ª ed. São Paulo: LTr. SZTAIN, R. Notas de Privatização. In: *Revista de Direito Mercantil*, n.117, jan.mar., 2000.