

## MONOPÓLIOS E CONCENTRAÇÕES ECONÔMICAS NO SETOR PÚBLICO

**Marcos Juruena Villela Souto**

Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito das Relações Econômicas pela Universidade Gama Filho. Professor da Fundação Getúlio Vargas (EPGE), da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e da Universidade Estácio de Sá

1. A polêmica da participação do CADE nos processos de Desestatização
2. O princípio da competitividade na Constituição
3. O princípio federativo
4. Técnicas de flexibilização de monopólios públicos
  - 4.1. O caso da Vale do Rio Doce
  - 4.2. Serviços de fornecimento de energia elétrica
  - 4.3. Serviços de telecomunicações
    - 4.3.1. Telefonia fixa
    - 4.3.2. Telefonia celular
    - 4.3.3. TV a Cabo
  - 4.4. Serviços de transportes
  - 4.5. Administração portuária
  - 4.6. Exploração de petróleo e de gás
  - 4.7. Serviços postais
5. O papel regulador do Estado para evitar os abusos dos monopólios e oligopólios
  - 5.1. No campo do petróleo e do gás
    - 5.1.1. A polêmica sobre a Portaria nº 169, de 26.11.98
    - 5.1.2. O serviço de distribuição de gás canalizado
    - 5.1.3. Possíveis argumentos contrários à competência exclusiva dos Estados
  - 5.2. Regulação nos serviços de energia elétrica
  - 5.3. Regulação nos serviços de telecomunicações
6. Medidas judiciais cabíveis
7. Conclusões

## 1. A POLÊMICA DA PARTICIPAÇÃO DO CADE NOS PROCESSOS DE DESESTATIZAÇÃO

A liberdade de iniciativa, no Brasil, foi elevada à categoria de princípio fundamental da República, conforme se vê logo do artigo inaugural da Constituição Federal de 1988. A defesa da liberdade econômica é confirmada no artigo 5º, na liberdade de ofício, de expressão, de associação, na proteção do patrimônio material e imaterial, entre outros; mais adiante, ao tratar da Ordem Econômica, o princípio é reafirmado, assegurando-se o exercício de qualquer atividade econômica independentemente de autorização, ressalvadas as hipóteses definidas em lei, bem como explicitando-se o direito à liberdade de concorrência. A todos é assegurado o livre acesso e permanência no mercado, e, para a defesa de tais direitos e prerrogativas, o artigo 173, § 4º, da Lei Maior estabelece que a repressão ao abuso de poder econômico, que vise à dominação do mercado, à restrição à concorrência e ao aumento arbitrário de lucros, será disciplinada em lei ordinária.

Atualmente<sup>1</sup>, a Lei Federal n.º 8.884, de 11.06.94, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, estabelece o CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica - como a instância julgadora das situações tuteladas pela lei, cabendo à SDE - Secretaria de Direito Econômico - do Ministério da Justiça a apuração e instrução do processo.

Após definir as infrações à ordem econômica, as condutas repudiadas e o processo administrativo, prescreve, em seu artigo 54, que:

“Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.”

O artigo 15 do mesmo diploma legal impõe a submissão à lei até mesmo às pessoas físicas ou jurídicas que atuem em regime de monopólio legal<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> O tema foi tratado, inicialmente, no Decreto-lei n.º 869, de 18.11.38, elaborado pelo Ministro Nelson Hungria, sendo sucedido pela Lei Malaia - Decreto-lei n.º 7.666, de 22.06.45 -, proposto pelo Ministro da Justiça Agamenon Magalhães; seguiu-se a Lei n.º 4.137, de 10.09.62, que deu a base para o diploma em vigor, complementada pela Lei n.º 8.158, de 08.01.91, na qual se introduziu o procedimento de consulta prévia dos atos dos quais possa resultar concentrações, e a Lei n.º 8.137/90, que trata dos crimes contra a ordem econômica e tributária. Tratamos do tema em *Aspectos jurídicos do planejamento econômico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, pp. 101 a 119.

<sup>2</sup> Ver POPP, Carlyle e ABDALA, Edson Vieira. *Comentários à nova lei antitruste*. Curitiba: Juruá, 1997, pp. 65 e 66, FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Lei de Proteção da Concorrência. Comentários à lei antitruste*. Rio de Janeiro, Forense, 1995, pp. 81 e 82. CRETTELLA JÚNIOR, J. *Comentários à lei antitruste*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 62.

Tais dispositivos ensejaram questionamentos quanto à submissão ao CADE dos processos decorrentes de programas de desestatização, já que, não raro, após uma privatização ou concessão de um serviço público pode ocorrer uma situação de concentração no mercado, que legitimaria a atuação do órgão de defesa da concorrência<sup>3</sup>.

Ocorre que o juízo do CADE é técnico e não pode se sobrepor às decisões políticas ligadas aos processos de desestatização, que têm em mira a correção da posição estratégica do Estado no domínio econômico, o equacionamento da dívida pública e o fortalecimento da iniciativa privada e do mercado de capitais. Os atos que decidem acerca da necessidade da desestatização e aprovam a modelagem do procedimento de transferência de competências para a iniciativa privada, como atos administrativos que são, já são dotados de presunção de legitimidade e legalidade, não havendo previsão na Legislação de Desestatização<sup>4</sup> da participação do CADE no processo<sup>5</sup>. O fato de o CADE não estar legitimado para se opor ao monopólio ou à concentração, por si só, não o impede de acompanhar o desempenho da atividade desestatizada pelo particular em posição dominante, mas, frise-se, o resultado da licitação, pelo só fato de resultar numa concentração, não pode ser desfeito por decisão do CADE<sup>6</sup>.

Isto porque o juízo técnico da autarquia responsável pela defesa da concorrência não tem o condão de afastar o juízo político acerca do papel do Estado na ordem econômica, nem, muito menos, em matéria de serviços públicos, interferir em competências estaduais e municipais sobre as técnicas de gestão dos respectivos serviços.

FÁBIO ULHOA COELHO<sup>7</sup> adverte que:

<sup>3</sup> Confira-se a lição de NUNO T. P. CARVALHO, em *As concentrações de empresas no Direito Antitruste*. São Paulo, Revista Tributária, 1955, pp. 165 a 161. Por sua vez, JAYME VITA ROSO em *Novos apontamentos à lei antitruste brasileira*. São Paulo: LTr, 1998, p. 28, citando estudo do IPEA, destaca o papel das agências reguladoras na transição decorrente da desestatização.

<sup>4</sup> A ausência de previsão já era notada na Lei n.º 8.031/90, que, apesar de modificada pela Lei n.º 9.491/97, votada já diante da polêmica, não fez menção à legitimação do CADE durante o processo ou imediatamente após, como consequência do art. 54 da Lei n.º 8.884/94.

<sup>5</sup> Esta foi a conclusão que chegamos em *Desestatização - privatização - concessões - terceirizações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, pp. 43 a 52.

<sup>6</sup> O *Jornal do Brasil* de 06.01.99, p. 03, noticiou a instauração, pela Secretaria de Direito Econômico, do primeiro procedimento administrativo para defesa da concorrência após a privatização de uma empresa estatal; é o caso da Companhia Paulista de Força e Luz, que estaria exigindo exclusividade na elaboração e execução de redes de energia elétrica em loteamentos de São Paulo e cobrando preços muito maiores que os praticados anteriormente à privatização. Em sua defesa, a companhia alega basear-se em portaria do DNAEE - Departamento Nacional de Energia Elétrica, atualmente substituído pela ANEEL. O mesmo veículo noticiou, na edição de 17.02.99, p. 11, que a concentração é a tendência em setores como o petróleo e telecomunicações, marcados por grandes fusões.

<sup>7</sup> *Diritto Antitruste Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 41.

“Assim, a referência às pessoas jurídicas de direito público não deve ser necessariamente entendida como a definição de um gênero de agente ativo de infração contra a ordem econômica, mas sim considerada no amplo universo das pessoas em relação às quais a lei se aplica, não necessariamente para submetê-las a sanções.

Esse é o único entendimento possível, em face da isonomia constitucional dos entes públicos. O CADE, como autarquia federal, e a SDE, órgão do Ministério da têm poder hierárquico e sancionador sobre a União e seus desdobramentos de natureza pública (órgãos Justiça, não da Administração direta e autarquias); não têm igualmente ascendência hierárquica sobre os Estados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios.

Da Administração Pública, somente se encontram sujeitas as penalidades da legalidade antitruste as pessoas jurídicas de direito privado, como as sociedades de economia mista, as empresas públicas e as fundações, federais, estaduais ou municipais.”

Cabe, pois, distinguir serviços públicos de atividades econômicas, sendo os primeiros da titularidade do Estado, fora, pois, do regime de livre iniciativa que caracterizam esses últimos, sob titularidade do particular e acompanhamento pelo Poder Público para coibir os eventuais abusos.

Vale citar o ensinamento de RUI BARBOSA<sup>8</sup>, acerca da necessidade de se distinguir entre o monopólio da atividade econômica (em sentido estrito) e o serviço público:

“absolutamente diversa, nos seus elementos materiais como legais, de outros privilégios, que não desfalcando por modo algum o território do direito individual, confiam a indivíduos ou corporações especiais o exercício exclusivo de certas faculdades, reservadas, de seu natural, ao uso da administração, no país, no Estado ou no município, e por ela delegadas, em troca de certas compensações, a estes concessionários privativos (...) Num ou noutro caso, pois, todos esses serviços há de ser, necessariamente, objeto de privilégios exclusivos, quer os retenha em si o governo local, quer os confie a executores por ele autorizados. De modo que são privilégios exclusivos, mas não monopólios, na significação má e funesta da palavra.”

<sup>8</sup> “Privilégios exclusivos da jurisprudência constitucional dos Estados Unidos”. *Obras completas*, vol. XXXV, tomo II, Ministério da Educação e Cultura, Rio de Janeiro, 1963, pp.13-15.

PAULA A. FORGIONI<sup>9</sup> esclarece que “buscar a concorrência, por si só, é uma função que não é dada ao antitruste”; a lei antitruste “é instrumental a uma determinada política econômica”, e “poderá ser afastada quando o escopo maior perseguido pelo sistema assim o exigir.” É o que ocorre nos serviços públicos, conforme ensina CALIXTO SALOMÃO FILHO<sup>10</sup>:

“Quando a atividade realizada pelo particular tem a natureza de serviço público, então, a regulamentação substitui o sistema concorrencial. É o que ocorre, via de regra, com as concessões de serviço público. Nelas há, normalmente, a criação de um verdadeiro monopólio de produção ou prestação de serviço pelo particular. Contrapartida necessária é a substituição do autocontrole do sistema de mercado pelo sistema regulamentar, que passa a estabelecer as variáveis relevantes, tais como o preço e frequentemente até a quantidade a ser produzida. A qualidade do produtor ou serviço é normalmente objeto de fiscalização pelo próprio órgão governamental dotado do poder regulamentar.”

Na mesma linha, LAWRENCE ANTHONY SULLIVAN<sup>11</sup>, analisando o tema das exceções à aplicação do direito antitruste americano às indústrias sob regulação, entendeu que onde a lei federal ou estadual entrega a uma autoridade administrativa o controle da entrada, tarifas e serviços, a competição não pode ser a força organizadora, que dá forma à estrutura e conduta dos mercados. É o caso das indústrias de serviços públicos como água, telefone, gás e eletricidade, e ainda prevalece nos setores ferroviário, aéreo, transporte de água, bancário. Em todos, a entrada é limitada por restrições regulamentares, com efeito na competição. São, portanto, definidos em cada regulamento a possibilidade e o âmbito da eventual aplicação do direito antitruste.

<sup>9</sup> *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 153. A autora analisa a polêmica entre a *Escola de Harvard*, que propugnava o aumento do número de agentes no mercado, evitando-se as concentrações, que geram disfunções no mercado, e a *Escola de Chicago*, que não concebe as concentrações como um mal a ser evitado, desde que daí possa advir ganho para os consumidores; relata, ainda, que, na União Européia, a concorrência, como não é fim em si mesma, pode até ser sacrificada para que seja atingido o escopo maior do sistema, que, no caso, é uma maior competência internacional em relação às empresas japonesas e americanas. Ainda em relação à autora, cumpre aqui registrar a gratidão pelo elevado gesto de fornecer farta documentação de seu acervo pessoal, sem sequer conhecer este profissional, para, assim, fomentar a pesquisa e o intercâmbio entre os estudiosos. Destaco, ainda, a colaboração da Bacharel Renata Alencar Lopes na análise da documentação recebida.

<sup>10</sup> *Direito concorrencial – as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 204.

<sup>11</sup> *Antitrust. Handbook Series and basic legal texts*. Nutshell series and Black Letter series of West Publishing Company. St. Paul, Minnesota, pp. 744 e 745.

Na Austrália, por exemplo, o National Competition Policy Review<sup>12</sup> concluiu que as barreiras regulatórias à entrada no mercado têm influência direta nas condições de competição, tanto nos setores operados por empresas de utilidade pública (distribuição de água, eletricidade, ferrovias, rodovias, serviços postais e de telecomunicações) como naqueles custeados pelos cofres públicos, tais como rodovias, transporte ferroviário e serviço portuário. Neles verificou-se que houve elevação de lucros nesses segmentos. Daí ter chegado à conclusão de que todos os Governos teriam que aceitar o princípio de que não deveria haver restrições regulatórias à competição salvo se demonstrado que é para atendimento do interesse público; ainda assim, se a restrição é necessária, deve ser objeto de revisão periódica. Reafirma-se, no entanto, o papel dos Governos na definição da conveniência e oportunidade dos monopólios (o que afastaria a competência da autoridade antitruste).

Essa linha de conclusão já foi, inclusive, adotada pelo CADE<sup>13</sup>, nos seguintes termos:

**“CONCORRÊNCIA E LICITAÇÃO PÚBLICAS - PRETENDIDA ANULAÇÃO PELO CADE DE PROCESSO LICITATÓRIO - INVIABILIDADE - INTERFERÊNCIA RESTRITA A EXPEDIENTE À AUTORIDADE LICITANTE**

Embora possa o CADE, no exercício de sua competência adjudicatória, posicionar-se, mediante expediente fundamentado, pelo cancelamento de licitação pública, não pode ele revogá-la, porque tal atitude configura ato de soberania do órgão responsável pelo certame. (...) **Referência:** Votos na Representação nº 6/94, de 28 de maio e 18 de junho de 1997, Representante: Cópias Heliográficas Avenida Central Ltda., Representada: Xerox do Brasil Ltda. *In* DOU de 13 de julho de 1997, Seção I, p. 14.013.”

Destarte, como primeiras conclusões, pode se afirmar que o juízo técnico do CADE não pode se sobrepor ao juízo político das autoridades legitimadas para o atendimento do interesse público, que têm, em seus atos, uma presunção de legalidade e legitimidade. A política econômica pode ser objeto de leis específicas que

<sup>12</sup>NATIONAL COMPETITION POLICY. *Report by the Independent Committee of Inquiry*. August, 1993. Chairman: Prof. Frederick G. Hillmer; Members: Mr. Mark Rayner, Mr. Geoffrey Taperell. Canberra: Australian Government Publishing service, 1993, pp. 189 a 213.

<sup>13</sup>FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Lei da concorrência conforme interpretada pelo CADE*. São Paulo: Singular, 1998, pp. 294 a 302.

estabeleçam a atuação de outros órgãos encarregados da regulação de um setor específico, hipótese em que a atuação do CADE só se dará por provocação do órgão regulador, federal, estadual ou municipal. Podem, portanto, continuar a existir monopólios se assim for julgado conveniente dentro de cada esfera política de decisão, não se caracterizando esta como um abuso de poder econômico.

## 2. O PRINCÍPIO DA COMPETITIVIDADE NA CONSTITUIÇÃO

O objetivo dos programas de desestatização não é transformar monopólios públicos em monopólios privados, buscando-se, com esse processo de transferência de competências para a iniciativa privada uma eficiência e uma agilidade que o setor público não tem. O meio natural de obtenção desse resultado é através da competição, oferecendo aos consumidores de bens e serviços públicos opções de escolha de preço e qualidade que não estão disponíveis em situações de monopólio.

Nesse passo, a Reforma Econômica, que tem no processo de desestatização um de seus instrumentos, foi iniciada com relevantes modificações na Constituição, flexibilizando monopólios e abrindo a economia ao capital estrangeiro, forçando, pois, a busca da eficiência, através da concorrência, para a conquista de mercados até então reservados.

Cite-se a abertura dos setores de mineração e navegação a empresas que não estejam sob controle do capital nacional (CF, arts. 176 e 177), bem como a possibilidade de concessão de serviços de telecomunicação (art. 21, XI), de distribuição de gás canalizado (art. 25, § 2º) e da exploração do petróleo a empresas privadas (art. 177).

Com o advento de uma nova Lei de Concessões de Serviços Públicos – Lei n.º 8.987/95 – destinada a dar segurança jurídica aos investimentos privados em matéria de serviços públicos, foi estabelecido o direito do usuário à liberdade de escolha do prestador do serviço (sem prejuízo do disposto no Código de Defesa do Consumidor - Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990) bem como previsto que a outorga de concessão ou permissão de serviço público “não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica”, que deve ser justificada (art. 16). Também por força da competição será fixada a tarifa, com base no preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas na Lei de Concessões, no edital e no contrato.

A preocupação em minorar o impacto dos monopólios do Poder Público pode ser detectada tanto na produção legislativa infraconstitucional, como em atos administrativos que definem as normas e a modelagem dos serviços e atividades e nos próprios editais de licitação. Várias são as técnicas, que se destinam a evitar a concentração, a obtenção da competição no setor ou entre setores.

Voltando ao exemplo australiano, o Prof. Fred Hilmer, criador do comitê do Hilmer Report<sup>14</sup>, propôs que fossem reforçados os poderes da regulação das novas formas de competição, para que, com isso, os monopólios naturais se vejam obrigados a garantir livre acesso às suas instalações aos competidores<sup>15</sup>. Deve ser assegurado o acesso às "instalações" essenciais, afetas a utilidades como água e eletricidade, serviços como estradas de ferro e portos, para as quais pode não ser, economicamente, possível competidores "duplicados"<sup>16</sup>. Aqueles que permitissem acesso às instalações não seriam afetados em seus direitos de propriedade. No entanto, salientou que naqueles lugares onde as instalações forem essenciais, onde existir um monopólio natural e que este não possa ser economicamente recriado, aí sim deverá existir algumas regras com relação aos preços. Do contrário, não haverá qualquer obrigação do proprietário em dividir suas instalações.

<sup>14</sup> Fonte: *Jornal The Australian*, 1995: (Biblioteca Particular da Dra. PAULA A. FORGIONI, que, gentilmente, forneceu a documentação). O Prof. Fred Hilmer é membro da "Australian Graduate School of Management"; além dele, o grupo é composto, ainda, pelo Mr. Mark Rayner, membro da Companhia CRA Ltd e, também, por Mr. Geoff Taperell, do escritório de advocacia Baker & McKenzie, sugerindo a criação de um organismo cooperativo incumbido de supervisionar a introdução de um sistema de competição em áreas recentemente protegidas pelo Governo do Estado. Seria um "National Competition Council". Se implementado, as áreas mais atingidas serão o "State Government Trading Enterprises", em setores tais como a eletricidade, água e transporte. Também teria influências nas agências governamentais da Commonwealth. As principais recomendações são para que se estenda as oportunidades do "Trade Practices Act" para todas as partes da economia podendo, assim, estabelecer um novo regime de competição, o qual disciplinaria os monopólios públicos. Outra proposta do comitê é quanto à criação do "Australian Competition Commission", que seria um organismo administrativo, que, diferentemente do Conselho ("National Competition Council") seria, basicamente, um órgão de aconselhamento político, a Comissão ("Australian Competition Commission") estaria incumbido de administrar o novo regime a ser implementado. O report recomenda que qualquer tabelamento ou estipulação de preços seja feito por um ministro eleito, ao invés de serem aferidas através de propostas formuladas por um órgão colegiado. Em relação à supervisão de preços, afirmou ser necessário preservar a autonomia dos Estados e Territórios, no que tange aos interesses locais, bem como a adoção, excepcional, de mecanismos para lidar com as privatizações de monopólios públicos sem uma reestruturação adequada, com o objetivo de prover um conjunto de análises e sugestões que poderiam ser acionados, a qualquer tempo, se necessário e, também, sem o consentimento a porção do Governo que estivesse sendo privatizado. As regras gerais devem continuar a ser administradas por um órgão nacional, ao invés de agências separadas e isoladas de cada Estado e Território.

<sup>15</sup> O Professor Fred Hilmer também apolou o desmonte da Indústria reguladora de telecomunicações, Austel, que estava previsto para ser revisado em 1997, quando daria lugar a um único regime de competição a ser aplicado diante de todas as indústrias.

<sup>16</sup> Naquele momento, a maioria dos monopólios naturais estava dentro do setor público. Acreditavam, porém, que, com o progresso da privatização, a medida afetaria significativamente o setor privado.

No Brasil, conforme se verá adiante, vários são os exemplos de adoção dessas orientações pelo legislador.

A segunda conclusão que se oferece é que a matéria de flexibilização do monopólio envolve juízo político (e não técnico) acerca de que interesses tutelar; como juízo acerca da melhor maneira de atendimento do interesse público, deve ser avaliado dentro de cada entidade federada.

### 3. O PRINCÍPIO FEDERATIVO

É claro que, por força do princípio fundamental da Constituição, o Pacto Federativo prevê a **autonomia das entidades federadas**, o que implica em dizer que a competitividade – que resulta na ausência de exclusividade em setores sob titularidade do Poder Público – ou o monopólio, devem ser decididos dentro de cada esfera de competências<sup>17</sup>, não podendo um órgão ou entidade federal ditar a política econômica e administrativa em matérias de competência de estados e municípios, notadamente no que concerne aos serviços públicos, que constituem monopólios naturais.

Sobre o tema, assim se posiciona CALIXTO SALOMÃO FILHO<sup>18</sup>:

"Em primeiro lugar é necessário que a decisão seja tomada ou a regulamentação expedida em consequência de uma política claramente expressa e definida de substituição da competição pela regulamentação. Não basta, portanto, que a lei dê poderes para determinação das variáveis empresariais básicas (preço e quantidade produzida). É necessário que ela claramente expresse a intenção de substituir a competição pela regulamentação.

Mas não é só. É necessário, ainda, que haja supervisão ativa (*active supervision requirement*) e constante do cumprimento das obrigações impostas pela regulamentação.

A aplicação desses dois critérios no sistema brasileiro levaria à conclusão necessária de que apenas quando o Estado permiti-

<sup>17</sup> A mesma questão da autonomia dos Estados é estudada por JOSÉ GABRIEL ASSIS DE ALMEIDA, em sua tese de Doutorado em Direito pela Universidade de Paris II, denominada "La notion d'entreprise em droit communautaire de la concurrence". Lille: Atelier National de Reproduction de thèses, 1994, na qual se informa que o Estado pode adotar, por via legislativa ou regulamentar, atos em detrimento da concorrência (p. 132).

<sup>18</sup> Ob. cit., p. 202

te a alguém a exploração de serviço público mediante concessão haveria a imunidade. Apenas a concessão de serviço público permite, de um lado, pressupor a existência de interesse em substituição do sistema concorrencial (exatamente por se aplicar ao exercício pelo particular de serviços públicos que não se sujeitam ao regime concorrencial) e, de outro, confiar na existência de poderes suficientes por parte da administração de supervisionar ativamente o cumprimento das obrigações previstas no texto regulamentar.”

A terceira conclusão que se oferece está no fato de que agências integrantes da Administração Federal, não podem limitar a esfera de atuação dos Estados e Municípios na gestão de seus serviços. Se estes, no exercício de sua autonomia, optarem por conceder o serviço com exclusividade, tal ato legislativo ou administrativo tem, como qualquer ato do Estado, presunção de legalidade e legitimidade, representando, pois, o atendimento do interesse público. Se é certo que isto pode se dar pelo benefício de preços competitivos ao usuário, hipótese em que não é prevista a exclusividade, não é menos exato que a satisfação da coletividade pode ser alcançada pela atratividade do negócio para o concessionário, que pagará mais aos cofres públicos por obter a outorga do serviço ou mesmo para que, pela via da exclusividade, se assegure viabilidade de um negócio que não suporta a competição em todo e qualquer cenário (o que poderia representar o fechamento da empresa, com significativas perdas econômicas e sociais). Os recursos assim obtidos pelo Erário podem ser destinados a setores menos rentáveis, beneficiando, assim, a população.

#### 4. TÉCNICAS DE FLEXIBILIZAÇÃO DE MONOPÓLIOS PÚBLICOS

Vários são os serviços e atividades que, embora, num primeiro exame, possam ser caracterizados como monopólios naturais, adotaram técnicas de flexibilização, citando-se, em especial, a via do livre acesso às redes e tubulações. O que se pretende demonstrar, com os exemplos que se seguem, é que essa liberdade de acesso às redes, dutos e tubulações depende de lei emanada de cada entidade federada para disciplinar as respectivas competências. Também os atos que aprovam as modelagens de desestatização podem desempenhar tal papel flexibilizador, sem a necessidade de interferência do CADE.

##### 4.1. O caso da Vale do Rio Doce

A primeira grande polêmica sobre o controle das concentrações decorrentes de processos de desestatização pelo CADE foi na privatização da Companhia

Vale do Rio Doce, empresa que integrava a Administração Pública Federal e explora atividade econômica no setor da mineração.

Dentro do argumento de que o juízo da desestatização é político e não técnico, o edital de leilão aprovado pelo Presidente da República após manifestação do Conselho Nacional de Desestatização (previsto na Lei nº 8.031/90 revogada pela Lei nº 9.491/97) limitou a participação de empresas ligadas ao setor. Em outras palavras, a prevenção ocorreu por força de ato administrativo emanado de autoridade política e não técnica.

Primeiramente, o objeto da desestatização foi a venda de 45% das ações, que deveriam ser alienadas para uma SPE - Sociedade de Propósito Específico - cujo único objetivo seria a administração desse bloco de ações; tal sociedade teria sua composição limitada; os produtores de minério de ferro e os grandes produtores de minério de ferro (conforme definidos no edital) não poderiam ter participação conjunta superior a 45% do capital votante; o mesmo limite foi previsto para a participação conjunta das empresas siderúrgicas, grandes empresas siderúrgicas, companhias de *trading* e grandes companhias de *trading* (item 2.2.5.2 do edital).

Além disso, foi previsto, pela primeira vez no Programa Nacional de Desestatização, o uso da ação de classe especial, conferindo poderes à União Federal e ao BNDES - Participações de se manifestarem em determinadas matérias mesmo após a privatização, tais como alteração do objeto social, denominação, sede, extinção da empresa e, em especial para o tema em exame, “quaisquer modificações nas regras sobre limites de participação individual ou conjunta de acionistas em seu capital social” e, ainda, “quaisquer modificações nas regras de desconcentração aplicáveis a seus acionistas.” (itens 3.2.1 e 3.2.2 do edital)

##### 4.2. Serviços de fornecimento de energia elétrica

A Lei nº 9.074, de 07.07.95, que “Estabelece Normas para Outorga e Prorrogações das Concessões e Permissões de Serviços Públicos e dá outras providências” cria um cenário de competição pelo fornecimento da energia entre o concessionário do serviço público, o produtor independente e o autoprodutor de energia elétrica. Na linha do citado “Hilmer Report” foi assegurado aos fornecedores e respectivos consumidores livre acesso aos sistemas de distribuição e trans-

missão de concessionário e permissionário de serviço público, mediante ressarcimento do custo de transporte envolvido, calculado com base em critérios fixados pelo poder concedente, facultando-se aos concessionários negociar com os consumidores novas condições de fornecimento de energia elétrica, observados os critérios a serem estabelecidos pela ANEEL<sup>19</sup>.

A competição pode se dar entre os segmentos da energia hidrelétrica, termoelétrica, nuclear, eólica ou vegetal.

### 4.3. Serviços de telecomunicações

A competitividade também é objeto das preocupações da legislação do setor de telecomunicações. A Lei n.º 9.472, de 16.07.97 que "Dispõe sobre a Organização dos Serviços de Telecomunicações, a criação e funcionamento de um Órgão Regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional n.º 8, de 1995", prevê, que, na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações, se observarão, em especial, os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público. Mais uma vez, na linha do "Relatório Hilmer", ser previsto que as prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo terão direito à utilização de postes, dutos, condutos e servidões pertencentes ou controlados por prestadora de serviços de telecomunicações ou de outros serviços de interesse

<sup>19</sup> A compra e venda de energia elétrica entre concessionários ou autorizados deve ser contratada separadamente do acesso e uso dos sistemas de transmissão e distribuição, cabendo à Agência Nacional de Energia Elétrica, na qualidade de órgão regulador, disciplinar as tarifas e estabelecer as condições gerais de contratação do acesso e uso dos sistemas de transmissão e de distribuição de energia elétrica por concessionário, permissionário e autorizado, bem como pelos consumidores referidos na Lei. A competitividade no fornecimento inclui, ainda, a liberdade de opção quando a Administração Pública é consumidora da energia. A Lei n.º 8.666, de 21.06.93, que disciplina o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, em seu art. 24, XXII, estabelece que é "dispensável a licitação na contratação do fornecimento ou suprimento de energia elétrica com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica". As transações de compra e venda de energia elétrica nos sistemas elétricos interligados, serão realizadas no âmbito do Mercado Atacadista de Energia Elétrica - MAE, instituído mediante Acordo de Mercado a ser firmado entre os interessados, cabendo à ANEEL definir as regras de participação, bem como os mecanismos de proteção aos consumidores. A compra e venda de energia elétrica que não for objeto de contrato bilateral será realizada a preços determinados conforme as regras do Acordo de Mercado, que será submetido à homologação da ANEEL. As atividades de coordenação e controle da operação da geração e transmissão de energia elétrica nos sistemas interligados, serão executadas pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico, pessoa jurídica de direito privado, mediante autorização da ANEEL. As novas concessões serão feitas sem exclusividade de fornecimento, cabendo ao usuário, atendidos os aspectos técnicos previstos em lei, a escolha do fornecedor, não podendo resultar em aumento de tarifa para o consumidor.

público, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis. No mesmo sentido, as redes serão organizadas como vias integradas de livre circulação<sup>20</sup>.

Cite-se, mais uma vez, o ensinamento de CALIXTO SALOMÃO FILHO<sup>21</sup>:

"Em alguns casos extremos, esses retornos crescentes de escala impõem a existência de um monopólio natural. O serviço de telefonia é um bom exemplo. O sistema só tem utilidade para o consumidor na medida em que todos se utilizem daquela mesma companhia. Isso faz com que os usuários com suas linhas telefônicas possam alcançar todas as pessoas e serviços desejados. Obviamente, um serviço telefônico concorrente encontrará tremendas dificuldades para entrar no mercado. Não há nenhum interesse para o usuário em adquirir uma linha telefônica que não permita a comunicação com praticamente ninguém (já que todos adotam o primeiro sistema telefônico).

Daí por que fundamental para a existência de competição no setor de telefonia é a garantia de que todos os operadores possam ter acesso a uma rede única, via de regra, pública. Trata-se de condição necessária para a existência de competição no setor. Mas não suficiente. Para que seja garantida a efetiva concorrência é preciso garantir isonomia entre todos os operadores na interconexão à rede pública. Exatamente por essas razões, em alguns países (como a Suécia, por exemplo,) chega-se a proibir a cobrança de tarifas dos operadores particulares pela utilização da rede pública. O objetivo é exatamente impedir que seja possível ao Estado beneficiar alguns operadores, em especial os operadores públicos, em detrimento dos privados."

Os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica.

<sup>20</sup> É obrigatória a interconexão - i.e, a ligação entre redes de telecomunicações funcionalmente compatíveis, de modo que os usuários de serviços de uma das redes possam comunicar-se com usuários de serviços de outra ou acessar serviços nela disponíveis - entre as redes, na forma da regulamentação; deverá ser assegurada a operação integrada das redes, em âmbito nacional e internacional; o direito de propriedade sobre as redes é condicionado pelo dever de cumprimento de sua função social.

<sup>21</sup> Ob. cit. p. 194.

Para proteção do usuário, lhe é assegurado, dentre outros, o direito à liberdade de escolha de sua prestadora de serviço.

Para evitar concentrações, é vedada, a uma mesma pessoa jurídica, a exploração, de forma direta ou indireta, de uma mesma modalidade de serviço nos regimes público e privado, salvo em regiões, localidades ou áreas distintas.

Serão coibidos os comportamentos prejudiciais à competição livre, ampla e justa entre as prestadoras do serviço, no regime público ou privado, em especial:

- I - a prática de subsídios para redução artificial de preços;
- II - o uso, objetivando vantagens na competição, de informações obtidas dos concorrentes, em virtude de acordos de prestação de serviço;
- III - a omissão de informações técnicas e comerciais relevantes à prestação de serviços por outrem.

Visando a propiciar competição efetiva e a impedir a concentração econômica no mercado, poderão ser estabelecidas restrições, limites ou condições a empresas ou grupos empresariais quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações.

Ainda com o objetivo de ampliar a competição na indústria de telecomunicações, é prevista a criação de um fundo para o desenvolvimento tecnológico das telecomunicações brasileiras, com o objetivo de estimular a pesquisa e o desenvolvimento de novas tecnologias, incentivar a capacitação dos recursos humanos, fomentar a geração de empregos e promover o acesso de pequenas e médias empresas a recursos de capital.

A exemplo da Lei Geral de Concessões, se estabelece que as concessões de serviços de telecomunicações não terão caráter de exclusividade, devendo obedecer ao plano geral de outorgas, com definição quanto à divisão do País em áreas, ao número de prestadoras para cada uma delas, seus prazos de vigência e os prazos para admissão de novas prestadoras, considerando-se o ambiente de competição, observados o princípio do maior benefício ao usuário e o interesse social e econômico do País, de modo a propiciar a justa remuneração da prestadora do serviço no regime público, cuidando-se de evitar o vencimento concomitante das concessões de uma mesma área.

A outorga a empresa ou grupo empresarial que, na mesma região, localidade ou área, já presta a mesma modalidade de serviço, será condicionada à assunção

do compromisso de, no prazo máximo de dezoito meses, contado da data de assinatura do contrato, transferir a outrem o serviço anteriormente explorado, sob pena de sua caducidade e de outras sanções previstas no processo de outorga.

Dependerão de prévia aprovação a cisão, a fusão, a transformação, a incorporação, a redução do capital da empresa ou a transferência de seu controle societário, condicionada à ausência de prejuízo à competição e de risco para a execução do contrato.

Se o cenário for de ampla e efetiva competição entre as prestadoras do serviço, poderá ser previsto em favor da concessionária um regime de liberdade tarifária, pelo qual ela poderá determinar suas próprias tarifas, devendo comunicá-las à Agência com antecedência. Se ocorrer aumento arbitrário dos lucros ou prática prejudicial à competição, a Agência, e não o CADE, restabelecerá o regime tarifário anterior, sem prejuízo das sanções cabíveis.

Como os serviços podem ser prestados em regime público e privado, a disciplina da exploração dos serviços no regime privado terá por objetivo viabilizar o cumprimento das leis, em especial das relativas às telecomunicações, à ordem econômica e aos direitos dos consumidores, destinando-se a garantir, entre outros, a diversidade de serviços, o incremento de sua oferta e sua qualidade; a competição livre, ampla e justa; o respeito aos direitos dos usuários; a convivência entre as modalidades de serviço e entre prestadoras em regime privado e público, observada a prevalência do interesse público; o equilíbrio das relações entre prestadoras e usuários dos serviços; a isonomia de tratamento às prestadoras. Nos condicionamentos administrativos ao direito de exploração das diversas modalidades de serviço, sejam eles limites, encargos ou sujeições, a Agência observará a exigência de mínima intervenção na vida privada, assegurando que:

- I - a liberdade será a regra, constituindo exceção as proibições, restrições e interferências do Poder Público;
- II - nenhuma autorização será negada, salvo por motivo relevante;
- III - os condicionamentos deverão ter vínculos, tanto de necessidade como de adequação, com finalidades públicas específicas e relevantes;
- IV - o proveito coletivo gerado pelo condicionamento deverá ser proporcional à privação que ele impuser;
- V - haverá relação de equilíbrio entre os deveres impostos às prestadoras e os direitos a elas reconhecidos.



O preço dos serviços privados será livre, reprimindo-se toda prática prejudicial à competição, bem como o abuso do poder econômico, nos termos da legislação própria. Aí sim, se prevê a atuação do CADE.

Para evitar concentração no que concerne ao uso de radiofrequência, se prevê que poderá ter ou não caráter de exclusividade, dependendo de prévia outorga da Agência, mediante autorização<sup>22</sup>, nos termos da regulamentação.

Mais uma vez preocupada com a prevenção de concentrações, a lei vedou, no decurso do processo de desestatização, a aquisição, por um mesmo acionista ou grupo de acionistas, do controle, direto ou indireto, de empresas atuantes em áreas distintas do plano geral de outorgas, inclusive no que concerne à transferência do controle acionário ou da concessão, após a desestatização, que só pode ocorrer após vencido o prazo nela referido. Se dela puder resultar no controle, direto ou indireto, por um mesmo acionista ou grupo de acionistas, de concessionárias atuantes em áreas distintas do plano geral de outorgas, não poderá ser efetuada enquanto tal impedimento for considerado, pela Agência, necessário ao cumprimento do plano<sup>23</sup>.

#### 4.3.1. Telefonia fixa

Na esteira das observações supra, o processo de desestatização da telefonia fixa não se limitou à privatização das empresas integrantes do Grupo TELEBRÁS; cuidou-se de cindir as empresas, de estabelecer a competição entre elas e, ainda, de se fazer concessões em moldes semelhantes àquelas firmadas com as empresas privatizadas; foram as chamadas "empresas-espelho", previstas exatamente para competirem com as empresas privatizadas. No novo cenário, o usuário poderá escolher a empresa que fará as ligações interurbanas e internacionais.

#### 4.3.2. Telefonia celular

No caso da telefonia celular, antes mesmo da telefonia fixa, a competição foi estabelecida entre Banda A – outrora estatal – e Banda B, desde o início concedida à iniciativa privada. O que se quis, portanto, foi estabelecer um cená-

<sup>22</sup> Embora a doutrina tradicional defina o ato como discricionário, aqui previu-se que a Autorização de uso de radiofrequência é o ato administrativo vinculado, associado à concessão, permissão ou autorização para prestação de serviço de telecomunicações, que atribui a interessado, por prazo determinado, o direito de uso de radiofrequência, nas condições legais e regulamentares.

<sup>23</sup> O *Jornal do Brasil* de 17.02.99, p.11, noticiou entendimento do CADE, ao aprovar, por solicitação da ANATEL, a privatização do Sistema TELEBRÁS, repudando propriedades cruzadas de empresas de telefonia.

rio competitivo, evitando-se o monopólio desde a modelagem da desestatização. Não se comportou o Poder Público federal como um mero acionista controlador, interessado em maximizar os seus lucros; suportou-se a redução do valor da empresa pela perda do monopólio em favor da preservação da competição que beneficia o usuário.

#### 4.3.3. TV a Cabo

Na Lei n.º 8.977, de 06.01.95, que "Dispõe sobre o Serviço de TV a Cabo" (regulamentada pelo Decreto n.º 1.718, de 28.11.95), se previu a integração, efetiva ou potencial, ao Sistema Nacional de Telecomunicações, do serviço de TV a Cabo e das redes capacitadas para o transporte de sinais de TV, bem como a repressão dos abusos de poder econômico no serviço de TV a Cabo; que deve ser desenvolvido em regime de livre concorrência.

Com vistas à prevenção de concentração, foi previsto, na Portaria n.º 119, de 13.04.95, do Ministro das Comunicações, que será considerado como ponto desfavorável no julgamento das licitações para a concessão do serviço, a participação, direta ou através de afiliados, que já possuam concessão de telecomunicações na área concedida (art.15).

#### 4.4. Serviços de transportes

No âmbito dos transportes, significativa competição foi estimulada com a abertura da navegação de cabotagem ao capital estrangeiro, com a Emenda Constitucional n.º 7, de 15.08.95, que deu nova redação ao artigo 178 da Lei Maior.

Mais uma vez por limitações urbanísticas, é extremamente complexo o processo de competição, dada a inviabilidade de duplicação de linhas de transporte metroviário ou ferroviário, de ônibus e barcas; entretanto, a competição entre os modais é perfeitamente possível, desde que existente uma política tarifária que permita uma regulação eficaz<sup>24</sup> (cite-se, por exemplo, a competição entre os ônibus e as lotações, no Rio de Janeiro, e entre barcas, aerobarcos e catamarãs, na travessia da Baía de Guanabara, entre os Municípios do Rio de Janeiro e Niterói). Os poderes públicos estaduais e municipais devem se articular na outorga de concessões e permissões, evitando as concentrações desde a divulgação dos editais de licitação.

<sup>24</sup> O *Jornal O Globo*, de 03.01.99 noticiou a existência de adiantados estudos sobre a criação de agências reguladoras nos setores de transportes aéreo e rodoviário; serão a Agência Nacional de Transportes (ANT) e a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC); a primeira sofre resistências por esvaziar o DNER e a segunda, do Ministério da Aeronáutica.

Todavia, mesmo que da licitação resulte uma concentração – o que depende da modelagem técnica e política do processo de desestatização – o concessionário não pode optar por deixar de explorar linhas num modal para valorizar as linhas que já possui em outro. Nessa hipótese, não havendo um órgão regulador específico, o eventual abuso de posição dominante poderá ensejar a atuação do CADE.

#### 4.5. Serviços de Administração Portuária

A Lei nº 8.630, de 25.02.93 dispõe sobre o “Regime Jurídico da Exploração dos Portos Organizados e das Instalações Portuárias, e dá outras providências” e foi regulamentada pelo Decreto nº 1.886, de 29.04.96, estabelecendo, em seu art. 35, que a administração aduaneira, nos portos organizados, será exercida nos termos da legislação específica, prevendo-se que a entrada ou saída de mercadorias procedentes ou destinadas ao exterior, somente poderá efetuar-se em portos ou terminais alfandegados, competindo ao Ministério da Fazenda, por intermédio das repartições aduaneiras, cumprir e fazer cumprir a legislação aduaneira, especialmente no que concerne à fiscalização da movimentação nos portos, a vigilância aduaneira, arrecadação de tributos incidentes sobre o comércio exterior, o despacho aduaneiro na importação e na exportação.

A Lei de Modernização de Portos previu a competição pela atividade portuária, promovendo a licitação para o “operador portuário”, conforme normas emanadas do Conselho de Administração Portuária – CAP, - que é o órgão encarregado de zelar pelo cumprimento das normas de defesa da concorrência (art. 30, VI). O CAP atua, assim, como verdadeiro agente regulador, estabelecendo as normas de acesso a esse mercado.

Para estimular a eficiência e a competição entre os portos – e, com isso, reduzir custos ao usuário – foi estabelecida a concorrência pela mão-de-obra. Outrora, cabia ao sindicato recrutar, estabelecer as condições de remuneração e funções do trabalhador portuário; a nova lei, contudo, estabeleceu a figura do Órgão Gestor de Mão-de-Obra – OGMO, - que negocia tais condições com o operador portuário<sup>25</sup>. Já no que concerne à atividade dos práticos, a Lei nº 9.537/97, que trata da segurança do transporte aquaviário, assegura a todo prático habilitado o livre exercício da atividade.

<sup>25</sup> GESNER OLIVEIRA e CESAR MATTOS, em estudo denominado “Defesa da concorrência nos portos”. *Revista de Administração de Empresas*, v. 38, nº 3, São Paulo : Fundação Getúlio Vargas, 1998, pp. 64 a 76, criticam tal técnica de substituição do sindicato pelo OGMO, que é dirigido por operadores portuários, pouco estimulados a uma negociação mais eficaz. Concluem propondo maior interação entre o CADE e a autoridade encarregada da regulação.

Note-se que os serviços portuários, nos quais se desenvolve a atividade aduaneira, mais que um monopólio legal, é um monopólio natural que, por fatores geográficos, a princípio seria incontornável.

A Legislação Aduaneira – Decreto nº 1.910, de 21.05.96, que “dispõe sobre a Concessão e a Permissão de serviços Desenvolvidos em Terminais Alfandegados de Uso Público” cuidou de atenuar tal situação.

Previu-se um regime de entreposto aduaneiro de uso público, que será concedido pelo Ministro da Fazenda, mediante permissão a título precário, após a realização de concorrência pública para seleção dos interessados, em favor de empresas de armazéns gerais, empresas comerciais exportadoras a que se refere o Decreto-Lei nº 1.248, de 29 de novembro de 1972 e empresas nacionais prestadoras de serviços de transporte internacional de cargas.

Definiu-se os “Terminais alfandegados de uso público”, que são instalações destinadas à prestação, mediante concorrência precedida de licitação, dos serviços públicos de movimentação e armazenagem de mercadorias importadas ou a exportar, não localizadas em área de porto ou aeroporto, aí incluídos as Estações Aduaneiras de Fronteira – EAF, as Estações Aduaneiras Interiores – EADI, - os Terminais Retroportuários Alfandegados - TRA<sup>26</sup>.

Os serviços desenvolvidos em terminais alfandegados de uso público poderão ser delegados a pessoas jurídicas de direito privado que tenham como principal objeto social, cumulativamente ou não, a armazenagem, a guarda ou o transporte de mercadorias.

No julgamento da concorrência, será considerada a combinação dos critérios do menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com a da maior oferta de pagamento ao Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização - FUNDAF, instituído pelo Decreto-Lei nº 1.437, de 17 de dezembro de 1975, pela outorga da concessão ou permissão.

<sup>26</sup> EAF são terminais situados em zona primária de ponto alfandegado de fronteira, ou em área contígua, nos quais são executados os serviços de controle aduaneiro de veículos de carga em tráfego internacional, de verificação de mercadorias em despacho aduaneiro e outras operações de controle determinados pela autoridade aduaneira. EADI são terminais situados em zona secundária, nos quais são executados os serviços de operação, sob controle aduaneiro, com carga de importação ou exportação. TRA são terminais situados em zona contígua à de porto organizado ou instalação portuária, compreendida no perímetro de cinco quilômetros dos limites da zona primária, demarcada pela autoridade aduaneira local, nos quais são executados os serviços de operação, sob controle aduaneiro com carga de importação e exportação, embarcadas em contêiner, reboque ou semi-reboque.

#### 4.6. Exploração de petróleo e de gás

A Emenda Constitucional n.º 9, de 09.11.95 flexibilizou o monopólio das atividades ligadas à exploração do petróleo e do gás natural<sup>27</sup> e foi disciplinada pela Lei n.º 9.478, de 06.08.97 - "Dispõe sobre a Política Energética Nacional, as Atividades Relativas ao Monopólio do Petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo, e dá outras providências."

Nela se estabeleceu que as atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e de gás natural serão exercidas mediante contratos de concessão, precedidos de licitação, cujo julgamento identificará a proposta mais vantajosa, segundo critérios objetivos, estabelecidos no instrumento convocatório, com fiel observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e igualdade entre os concorrentes. Deixou, portanto, de ser obrigatória a concessão a empresa sob controle acionário da União Federal, bem como deixou de ser proibida a participação de empresas do setor privado nos resultados dessa exploração.

A nova orientação visa à competitividade, tanto que qualquer empresa ou consórcio de empresas que atenda aos requisitos legais poderá submeter ao órgão regulador - a Agência Nacional do Petróleo (ANP) - proposta, acompanhada do respectivo projeto, para a construção e operação de refinarias e de unidades de processamento e de estocagem de gás natural, bem como para a ampliação de sua capacidade, tudo conforme requisitos técnicos, econômicos e jurídicos, e exigências de projeto quanto à proteção ambiental e à segurança industrial e das populações estabelecidos pela ANP.

O mesmo se diga da autorização para construir instalações e efetuar qualquer modalidade de transporte de petróleo, seus derivados e gás natural, seja para suprimento interno ou para importação e exportação, cabendo à ANP baixar normas sobre a habilitação dos interessados e as condições para a autorização e para transferência de sua titularidade, observado o atendimento aos requisitos de proteção ambiental e segurança de tráfego.

Com vistas à competitividade e na linha proposta no "Hilmer Report" facultar-se-á a qualquer interessado o uso dos dutos de transporte e dos terminais marítimos existentes ou a serem construídos, mediante remuneração adequada ao titular das instalações, conforme fixado pela ANP. Esta também foi a experiência da Inglaterra, onde primeiramente se privatizou a *British Gas* como monopólio,

separando-se, posteriormente, a parte dedicada ao transporte (*TRANSCO*) daquela ligada à comercialização (*BGT*)<sup>28</sup>, introduzindo uma competição que forçou a queda dos preços.

Buscou-se elevar a competição a níveis internacionais, podendo qualquer empresa ou consórcio de empresas que atender aos ditames legais, receber autorização da ANP para exercer a atividade de importação e exportação de petróleo e seus derivados, de gás natural e condensado, observadas as diretrizes do Conselho Nacional do Petróleo, em particular as relacionadas com o cumprimento das disposições do art. 4º da Lei n.º 8.176, de 08 de fevereiro de 1991, e demais normas legais e regulamentares pertinentes.

A conclusão parcial é no sentido de que a Emenda Constitucional modificadora do art. 177, CF e a Lei n.º 9.478/97 tratam de atividade econômica, não tendo introduzido modificações na cadeia do gás após o transporte (nem a lei ou ato infralegal poderiam fazê-lo, por força do princípio federativo).

#### 4.7. Serviços Postais

Nesta categoria de serviços públicos, embora haja um monopólio legal para a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - EBCT, - nem todas as atividades postais estão abrangidas por lei, abrindo espaço para empresas privadas de entrega de documentos e encomendas. Ademais, a própria EBCT instituiu um sistema de franquias, para exploração de sua marca, ampliando a competição<sup>29</sup>.

### 5. O PAPEL REGULADOR DO ESTADO PARA EVITAR OS ABUSOS DOS MONOPÓLIOS E OLIGOPÓLIOS

Nas hipóteses em que não for conveniente ou viável a flexibilização do monopólio ou concentração, a proteção do consumidor e do mercado será feita através do órgão regulador, encarregado de atenuar os malefícios da restrição da competição.

Com isso, pretende-se frisar que é dos órgãos reguladores, e não do órgão de defesa da concorrência, a competência para apreciar e dirimir os eventuais conflitos entre os agentes do cenário dos monopólios e oligopólios sob controle estatal. O órgão de defesa da concorrência poderá atuar, se assim for demandado pelo órgão regulador.

<sup>28</sup> Conforme relato de CRISTOPHER WEBB, *Director Public Affairs - OFGAS - Office of Gas Supply* da Inglaterra, no Seminário Regulação e Competição: O Brasil na modernidade do setor de petróleo e gás, promovido pela Fundação Getúlio Vargas, Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro e *Jornal do Brasil*, em 13.11.98 no Teatro do SESI - Rio de Janeiro.

<sup>29</sup> Desestatização cit. pp. 178 a 181.

<sup>27</sup> Outrora previsto na Constituição Federal de 05.10.88, art. 177 e na Lei n.º 2.004/51.

## 5.1. No campo do petróleo e do gás

A Lei n.º 9.478/97 instituiu a Agência Nacional do Petróleo – ANP - como entidade integrante da Administração Federal indireta, submetida ao regime autárquico especial, como órgão regulador da indústria do petróleo, vinculado ao Ministério de Minas e Energia. Sua finalidade é promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo<sup>30</sup>.

Se, no exercício de suas atribuições, a ANP tomar conhecimento de fato que configure ou possa configurar infração da ordem econômica, deverá comunicá-lo ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, - para que este adote as providências cabíveis, no âmbito da legislação pertinente.

Em conclusão, frise-se que os órgãos reguladores exercem suas atividades dentro de um “marco regulatório”, composto pela norma constitucional, pela lei, pelo edital de licitação e pelo contrato de concessão da atividade econômica; a ANP atua na regulação de uma atividade econômica de produção e transporte de petróleo e gás que se caracteriza por ser monopólio da União; o serviço público de distribuição de gás canalizado está fora do “marco regulatório” da ANP.

<sup>30</sup> Compete à ANP: I - implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de petróleo e gás natural, contida na política energética nacional, nos termos do Capítulo I desta Lei, com ênfase na garantia do suprimento de derivados de petróleo em todo o território nacional e na proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos; II - promover estudos visando à delimitação de blocos, para efeito de concessão das atividades de exploração, desenvolvimento e produção; III - regular a execução de serviços de geologia e geofísica aplicados à prospecção petrolífera, visando ao levantamento de dados técnicos, destinados à comercialização, em bases não-exclusivas; IV - elaborar os editais e promover as licitações para a concessão de exploração, desenvolvimento e produção, celebrando os contratos delas decorrentes e fiscalizando a sua execução; V - autorizar a prática das atividades de refinação, processamento, transporte, importação e exportação, na forma estabelecida nesta Lei e sua regulamentação; VI - estabelecer critérios para o cálculo de tarifas de transporte dutoviário e arbitrar seus valores, nos casos e da forma previstos nesta Lei; VII - fiscalizar diretamente, ou mediante convênios com órgãos dos Estados e do Distrito Federal, as atividades integrantes da indústria do petróleo, bem como aplicar as sanções administrativas e pecuniárias previstas em lei, regulamento ou contrato; VIII - instruir processo com vistas à declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação e instituição de servidão administrativa, das áreas necessárias à exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, construção de refinarias, de dutos e de terminais; IX - fazer cumprir as boas práticas de conservação e uso racional do petróleo, dos derivados e do gás natural e de preservação do meio ambiente; X - estimular a pesquisa e a adoção de novas tecnologias na exploração, produção, transporte, refino e processamento; XI - organizar e manter o acervo das informações e dados técnicos relativos às atividades da indústria do petróleo; XII - consolidar anualmente as informações sobre as reservas nacionais de petróleo e gás natural transmitidas pelas empresas, responsabilizando-se por sua divulgação; XIII - fiscalizar o adequado funcionamento do Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis e o cumprimento do Plano Anual de Estoques Estratégicos de Combustíveis, de que trata o art. 4º da Lei n.º 8.176, de 8 de fevereiro de 1991; XIV - articular-se com os outros órgãos reguladores do setor energético sobre matérias de interesse comum, inclusive para efeito de apoio técnico ao CNPE; XV - regular e autorizar as atividades relacionadas com o abastecimento nacional de combustíveis, fiscalizando-as diretamente ou mediante convênios com outros órgãos da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios.

### 5.1.1. A polêmica sobre a Portaria n.º 169, de 26.11.98

No exercício da competência outorgada pela norma federal, a Agência Nacional de Petróleo editou portaria que faculta o uso, por terceiros, mediante remuneração adequada ao titular das instalações de transporte existentes ou a serem construídas, destinadas ao transporte de gás natural.

Em seu artigo 11, admite que os contratos de venda de gás podem se dar entre os carregadores – empresas usuárias do serviço de transporte contratado ao transportador – e as concessionárias de distribuição ou consumidores finais.

Diante de tal dispositivo, num primeiro exame, poder-se-ia cogitar que o carregador poderia desconsiderar a competência estadual, exercida direta ou indiretamente, para os serviços de distribuição ao usuário final.

Não é essa, contudo, a dicção da norma em exame. Primeiramente, o citado princípio federativo, que é fundamento da República, desautorizaria tal ilação. A entidade da Administração Federal dispõe, apenas, sobre as matérias inseridas no âmbito daquela esfera de poder, não podendo, pois, interferir na gestão do serviço estadual.

Em segundo lugar, é de se remarcar que, como autarquia, integrante da Administração Pública, se submete ao princípio da legalidade, limitando-se a orientar o cumprimento da norma legal, no caso, a Lei n.º 9.478/97.

É claro que não se presumem palavras inúteis ou errôneas na norma, devendo se buscar o significado da menção a “consumidor final”.

Nesse passo, cabe atentar para a realidade do País e verificar que nem todas as localidades são abastecidas por serviços de gás canalizado, atendendo-se a uma categoria de usuários do produto pela venda de botijões de gás. Registre-se, ainda, que, como a Lei de Concessões estabeleceu que a regra é a ausência de exclusividade, onde o monopólio – ou privilégio, no dizer de Rui Barbosa – não foi contemplado na lei estadual ou no contrato de concessão, aplica-se o princípio da competitividade, que orienta a nova ordem econômica<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> O *Jornal do Brasil* de 19.02.99, p. 13, noticiou que, no Estado de São Paulo dar-se-á divisão em áreas, sendo uma explorada pela COMGÁS, privatizada em abril de 1999, e outras duas localizadas ao Oeste e Nordeste do gasoduto Brasil-Bolívia, que não possuem redes de gás, a serem implantadas pelos vencedores da licitação para a concessão. A divisão tem por objetivo implantar a comparação entre os serviços e preços oferecidos pelas empresas que assumirem as concessões para posteriormente ser implantado um cenário de competição, viabilizando, inclusive, que os grandes consumidores troquem seu fornecedor de gás após um prazo a ser determinado.

Conclui-se, pois, que, fora dessas duas hipóteses, não há como se impor às concessionárias de distribuição um direito de livre comercialização do gás canalizado por terceiros estranhos à exclusividade outorgada ou delegada pelo Estado, titular do poder concedente. Nessa hipótese, o direito do carregador se limita à venda do gás, transportado em regime de competição, ao concessionário dotado de exclusividade.

### 5.1.2. O serviço público de distribuição de gás canalizado

A Constituição Federal, em seu art. 25, § 2º, comete aos Estados membros a exploração direta, ou mediante concessão, dos serviços locais de gás canalizado. Extrai-se, daí, que a titularidade para o fornecimento de gás canalizado pertence aos Estados. O que se pretende examinar, nesta parte, é a delimitação de competências da União e dos Estados, estabelecendo a diferença entre distribuição e transporte do gás.

Neste passo, importante frisar que o transporte de gás canalizado, de competência da União, termina onde começa a distribuição<sup>32</sup>. Assim, o primeiro se caracteriza como forma de condução de grandes volumes do produto através de condutos, desde as fontes - nos mais variados cantos do país -, até os depósitos de distribuição, onde, a partir de então, o produto fica à disposição dos Estados ou da empresa que explora o serviço de distribuição. Esta, por sua vez, pode ser entendida como o fornecimento do gás, do depósito mencionado, para edifício em edificação, incluindo-se, aí, o fornecimento tanto residencial como para indústrias; constitui serviço de suprimento do produto, de competência estadual.

Inexistente, assim, incompatibilidade entre as disposições da Constituição Federal, que reservam competência para a União legislar sobre transporte, monopólio da pesquisa e lavra de gás natural, e transporte, através de conduto, deste gás, com o art. 25, § 2º, que outorga competência aos Estados para exploração dos serviços locais de distribuição. Ambos os entes atuam, portanto, no limite de suas competências: o Estado-membro não interfere no transporte, e a União restringe-se aos aspectos supracitados, com total exclusão na participação da distribuição do gás canalizado.

Se é certo que à União compete privativamente legislar sobre energia, não é menos exato que isso em nada pode inviabilizar o exercício, pelos Estados, da competência que lhes é constitucionalmente atribuída para prestar os serviços pú-

<sup>32</sup> O serviço público de fornecimento de gás canalizado não é novo, remontando aos tempos imperiais, mais especificamente quando o Barão de Mauá possuiu a primeira concessão para distribuição de gás no Rio de Janeiro.

blicos de gás canalizado. A União, ao exercer a competência prevista no artigo 22, IV, deve atuar nos limites da Constituição, atentando para a observância do parágrafo 2º do artigo 25.

Por fim, saliente-se que o serviço público de *distribuição de gás* é executado diretamente ou mediante concessão a empresa privada em regime de competição nas licitações. Tal atividade não é descentralização - comercial ou administrativa - de uma competência federal (que se encerra com a conclusão do transporte à central de distribuição), já que o art. 25, § 2º, CF expressamente cometeu aos Estados tal empreendimento, definindo-o como *serviço público estadual* e não como *atividade econômica*. Com a flexibilização do monopólio da distribuição do gás pela EC n.º 5/95, pode ser concedida a particulares na forma do art. 175, CF (i.e., em regra, precedido de licitação).

Conclui-se, mais uma vez, que a ANP não pode afrontar a competência estadual, limitando-se sua atuação às atividades previstas no art. 177, § 1º, CF (com a redação dada pela EC n.º 9/95), e na Lei n.º 9.478/97

### 5.1.3. Possíveis argumentos contrários à competência exclusiva dos Estados

Inicialmente, descabe qualquer entendimento no sentido de que a distribuição do gás por parte dos Estados subordina-se ao que a União legislar para tanto, de acordo com o que dispõe o artigo 22, IV, da Constituição Federal. Já restou demonstrado que as competências não se encontram, e a União trata da pesquisa, lavra, e transporte, reservando-se aos Estados-membros o fornecimento, o serviço público local.

Tratando-se de matéria polêmica, poder-se-ia alegar, também, que o Texto Constitucional do artigo 25, § 2º não inclui, como serviço público, a distribuição de gás canalizado às indústrias, que têm caráter estritamente comercial, não se justificando a prestação como serviço de natureza pública. Haveria diferença, portanto, do fornecimento de residência em residência para aquele destinado a uma indústria.

O entendimento, todavia, destoa de qualquer forma de interpretação existente no Direito. Com efeito, o preceito constitucional não faz qualquer distinção entre os diversos objetivos do fornecimento, de modo que se o legislador não distinguiu, não é o intérprete que deve fazê-lo. Não importa, assim, se a utilização do produto seja feita para consumo em residência ou em indústrias; determinou a

Constituição que o serviço local de distribuição do gás é considerado como serviço público, não importando o segmento de mercado.

As indústrias não têm caráter estritamente comercial, porém econômico. Ademais, o Estado, no regime neoliberal, também atua no âmbito do capital industrial. Do contrário, não se poderia reputar serviço público o fornecimento de energia elétrica e água tratada e a prestação de serviço de telefonia a indústrias, numa frontal agressão ao princípio da razoabilidade.

Por fim, mesmo não tendo sido mantida a exclusividade de distribuição, na nova redação do art. 25, § 2º da CF, deve-se atentar, numa interpretação sistemática, para o artigo 175 da Carta Magna, que estabelece a necessidade de lei dispendo sobre os critérios de concessão.

Assim, cabe à lei de cada entidade federada dispor sobre as condições de gestão privada do serviço público, podendo ou não prever a exclusividade. Havendo omissão na legislação ou no contrato, aplica-se a regra geral da não exclusividade do art. 16 da Lei nº 8.987/95.

### 5.2. Regulação nos serviços de energia elétrica

A Lei nº 9.427, de 26.12.96, institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL - e disciplina o Regime das Concessões de Serviços Públicos de Energia Elétrica.

À ANEEL compete implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos e promover as licitações destinadas à contratação de concessionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão<sup>33</sup>.

A ela cabe dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores. É sua a competência, e não do CADE, para estabelecer restrições, limites ou condições para empresas, grupos empresariais e acionistas, quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e à realização de negócios entre si, com vistas a propiciar concorrência efetiva entre os agentes e a impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica, zelando

<sup>33</sup> A ANEEL atua, também, em convênios com agências reguladoras estaduais, citando-se o exemplo do Rio de Janeiro, São Paulo, Rio Grande do Sul e Pará.

pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes do setor de energia elétrica (devido articular-se com a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça).

### 5.3. Regulação nos serviços de telecomunicações

A Lei nº 9.472, de 16.07.97 criou a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, tendo como órgão máximo o Conselho Diretor, contando, também, com um Conselho Consultivo, uma Procuradoria, uma Corregedoria, uma Biblioteca e uma Ouvidoria, além das unidades especializadas incumbidas de diferentes funções.

Sua natureza de autarquia especial é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.

Como as normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações, quando não conflitarem com a lei do serviço de telecomunicações, os atos que visem a qualquer forma de concentração econômica, inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos na Lei nº 8.884/94, sujeitos à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE,- por meio do órgão regulador<sup>34</sup>.

## 6. MEDIDAS JUDICIAIS CABÍVEIS

A competência para definir a quem cabe prestar um serviço público, em caráter exclusivo ou não, pertence ao titular do poder concedente, não podendo um órgão federal, seja de defesa da concorrência, seja agência reguladora, ultrapassar tal juízo político. Tem, assim, a legitimidade para demandar em juízo, caso tal competência seja usurpada ou ameaçada de violação.

Para tanto - e já iniciando o raciocínio para definição dos remédios jurídicos adequados - impõe-se analisar a norma, situando-a em determinada classificação.

<sup>34</sup> A ANATEL tem, inclusive, um Comitê de Defesa da Concorrência e atua, mediante convênio com o CADE, na instrução de processos em defesa da concorrência. A *Gazeta Mercantil* de 05.01.99, pp. A-10, noticiou que o CADE, com o apoio da ANATEL, analisou o processo de flexibilização do monopólio das telecomunicações e a desestatização do Sistema TELEBRÁS.

LUÍS ROBERTO BARROSO<sup>35</sup> propõe uma sistematização, com o intuito maior de “reduzir a discricionariedade dos poderes públicos na aplicação da Lei Fundamental e propiciar um critério mais científico à interpretação constitucional pelo Judiciário”.

As normas, então, enquadram-se na seguinte tipologia:

“A. Normas Constitucionais que têm por objeto organizar o exercício do poder político: **NORMAS CONSTITUCIONAIS DE ORGANIZAÇÃO**;

B. Normas Constitucionais que têm por objeto fixar os direitos fundamentais dos indivíduos: **NORMAS CONSTITUCIONAIS DEFINIDORAS DE DIREITO**;

C. Normas constitucionais que têm por objeto traçar os fins públicos a serem alcançados pelo Estado: **NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS**”.

Do exame de cada uma dessas categorias, parece fora de dúvida classificar-se o dispositivo constitucional entre as normas de ORGANIZAÇÃO, destinadas “à ordenação dos poderes estatais, à criação e escrituração de entidades e órgãos públicos, à distribuição de suas **atribuições**, bem como à identificação e aplicação de outros atos normativos” já que define uma competência (estadual) para a prestação de um serviço público.

Se assim o é, parece razoável (se não imperativo) que o exercício do direito caiba àquele que a Lei Maior legitimou. É ele quem deve resgatar ou resguardar o serviço de sua competência. Afinal, nos termos do art. 29, VI, da Lei n.º 8987/95, incumbe ao poder concedente cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão. Se da sua omissão resulta a inviabilidade da concessionária, poderá haver responsabilização nos termos do art. 37, § 6º, CF.

Quanto a outros legitimados, a questão também tem solução acessível.

<sup>35</sup> O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas - Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 1990, pp. 84, 85, 86 e 140.

Há casos em que as empresas não são contratadas pela Administração Pública, não sendo concessionárias de serviço público, pois com o Estado não celebraram contratos. Recebem outorga do serviço, por força de lei. Em outras palavras, há uma descentralização do serviço, envolvendo não apenas a sua execução, mas, ainda, a sua titularidade. Mas, seja estatal, seja privada, a empresa encarregada, por lei ou contrato, dos serviços públicos, pode, igualmente, exercer tal competência constitucional.

Igualmente, todo e qualquer indivíduo no Estado de Direito tem um interesse no cumprimento na Lei Maior.

São, ainda, legitimadas associações representantes de uma determinada categoria ou agindo em tutela de um interesse difuso dos consumidores, que, direta ou indiretamente, se beneficiarão dos investimentos e receitas decorrentes da prestação do serviço por uma empresa estatal ou concessionária. Por esse argumento, todo e qualquer consumidor poderá invocar um direito subjetivo público como legitimador do ajuizamento de ação civil pública - Lei n.º 7.347/85, artigo 1º, II. Vale esclarecer que consumidor é todo aquele que, de certa forma, intervém ou pode intervir na relação de consumo como usuário final, sendo, *in casu*, o destinatário do serviço.

Há, ainda, interesses de servidores das concessionárias que, legitimamente, se beneficiarão de um aumento nos lucros da empresa - artigo 7º, XI, CF.

A questão da legitimidade vai depender, então, do remédio jurídico a ser utilizado e este, por sua vez, vai depender dos objetivos que se pretende alcançar. Tal opção, embora envolvendo aspectos jurídicos, é política e deve ser exercida no âmbito do Poder Público.

Para definir esse remédio jurídico destinado a tornar efetivo o comando constitucional, é preciso volver à sua classificação, valendo, mais uma vez, citar a lição de LUÍS ROBERTO BARROSO, *in verbis*:

“A parte organizatória da Constituição - que, como visto, contém algumas decisões políticas fundamentais, *v.g.*, quanto à forma de Estado, à forma e ao sistema de governo - consubstancia-se, basicamente, em normas de eficácia plena, ou seja, de aplicação instantânea e incondicionada. Não escapou à pena sensível de José

Afonso da Silva que estas normas auto-aplicáveis incrustam-se, 'predominantemente', entre as regras organizativas de poderes estatais".

Vê-se, pois que sendo a prestação exigível de imediato, independentemente de lei, já se afasta o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão - CF, artigo 5º, LXXXI e artigo 103, § 2º, respectivamente.

Poder-se-ia cogitar, no entanto, de uma ação direta de inconstitucionalidade em face do ato normativo emanado de agência reguladora ou do CADE, para se obter uma "interpretação conforme a Constituição"<sup>36</sup>

Os concessionários ou consumidores legitimados podem, até mesmo, reclamar do Poder Público tal prestação, tendo este o "poder-dever" de agir.

Deve se definir o que e de que forma vai-se reivindicar o serviço. Cabe citar, aí, duas possibilidades flagrantes: a ação de preceito cominatório e a desapropriação.

Na primeira hipótese, deverá o autor - responsável pelo serviço - pedir a condenação do réu a abster-se da prática do ato violador da competência ou da exclusividade, fazendo constar da petição inicial o requerimento de cominação de pena pecuniária por dia de atraso para o caso de descumprimento da sentença - CPC, artigos 287, 644 e 645.

Entretanto, deve o Concedente, por si ou por empresa estatal ou concessionária, não só ter se habilitado a prestar o serviço (pretensão resistida) como, ainda, estar equipado econômica, funcional, tecnológica e materialmente para fazê-lo. Se estiverem sendo utilizados dutos de empresas sem delegação ou outorga estadual em Estado onde seja prevista a exclusividade, o caminho pode ser a "Desapropriação", inclusive através da via judicial, para fixação da indenização - Dec. Lei n.º 3.365, de 21.06.41 (artigo 2º, § 5º, h). Nessa hipótese, a competência será a do foro da situação dos bens (artigo 11).

Ressalte-se que não há impedimento de se desapropriar bem de empresa sob concessão da União; em se tratando de estatal, sujeita-se esta ao regime jurídico de direito privado - CF, artigo 173, § 1º. Em se tratando do serviço estadual de distribuição de gás canalizado, nem mesmo há que se falar em óbices por força

<sup>36</sup> Por exemplo, excluindo a possibilidade de venda direta de gás através do uso de dutos de distribuição em Estados que, na lei ou no contrato, tenham assegurado a exclusividade à empresa de distribuição.

da destinação do bem a um serviço público, já que tal destinação envolve atividade econômica e será mantida, regularizando-se apenas a competência para a prestação do serviço.

Outro aspecto que pode vir a ser enfocado, caso se possa cabalmente comprovar, é a eventual responsabilização do usurpador por perdas e danos já que a prestação dos serviços pode ser inviabilizada pela atitude equivocada da interpretação das normas federais. O réu será tanto a agência reguladora ou o CADE, que titulariza, por lei, o poder concedente da União, quanto o particular que usurpar a exclusividade conferida por Estado ou município. A ação poderá pedir a declaração incidental da inconstitucionalidade do ato autorizador da violação.

Quanto ao cabimento da Ação Civil Pública, já foi ele mencionado acima, legitimado o Poder Público no artigo 5º da Lei n.º 7.347/85.

## 7. CONCLUSÕES

A pesquisa doutrinária e legislativa demonstra que, embora pouco sedimentado o tema, a concorrência não é um fim em si mesma, podendo ser, até mesmo, afastada, se assim o exigir o interesse público. A legislação antitruste é instrumento de implementação de outras políticas.

No caso em estudo, a política de desestatização, com vistas ao fortalecimento da livre iniciativa e dos investimentos privados em setores atendidos pelo Estado, almejando, também, o equacionamento da dívida pública, pode dar ensejo ao afastamento da legislação de proteção à concorrência. Com isso, o CADE não dispõe de competência para interferir no juízo político de desestatização.

Os Poderes Públicos, no exercício da autonomia dos entes federados, dispõem de competência e legitimidade para definir a modelagem das atividades que lhes foram constitucionalmente atribuídas, podendo, assim, instituir ou manter monopólios se houver interesse público que os justifique. Os atos de desestatização, como atos administrativos de conteúdo político, dispõem de presunção de legalidade e legitimidade.

Os serviços públicos, em especial, podem comportar exploração comercial ou industrial, mas não são atividades econômicas inseridas na liberdade de iniciativa. São atividades disciplinadas e fiscalizadas pelos Poderes competentes, na for-



ma das respectivas leis regedoras. Não há, pois, espaço para a atuação do CADE, salvo se a lei do serviço assim o prever.

Quanto aos serviços de competências de Estados e Municípios, nem o CADE, nem as agências reguladoras federais podem interferir nos critérios de gestão definidos pelas autoridades competentes, sob pena de restar violado o princípio federativo. Tais entidades, suas empresas concessionárias e consumidores poderão se valer dos meios previstos em lei para defesa em juízo dos seus interesses previstos nas normas regionais ou locais.