

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ISSN 2595-5667



REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ANO Nº 04 – VOLUME Nº 01 – EDIÇÃO Nº 01 - JAN/Jun 2019

ISSN 2595-5667

Rio de Janeiro,
2019.

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

LAW JOURNAL OF PUBLIC ADMINISTRATION

Conselho Editorial Internacional:

- Sr. Alexander Espinosa Rausseo, Universidad Central de Venezuela, Venezuela
Sr. Erik Francesc Obiol, Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo, Peru, Peru
Sr. Horacio Capel, Universidad de Barcelona, Barcelona, Espanha.
Sra. Isa Filipa António, Universidade do Minho, Braga, Portugal, Portugal
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla, Sevilla, Espanha.
Sr. Luis Guillermo Palacios Sanabria, Universidad Austral de Chile (UACH), Valdivia, Chile.
Sra. Mónica Vanderleia Alves de Sousa Jardim, Universidade de Coimbra, UC, Portugal.
Sr. Mustafa Avci, University of Anadolu, Turquia

Conselho Editorial Nacional:

- Sr. Adilson Abreu Dallari, Pontifícia Universidade Católica, PUC/SP, Brasil.
Sr. Alexandre Santos de Aragão, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, RJ, Brasil.
Sr. Alexandre Veronese, Universidade de Brasília, UNB, Brasil.
Sr. André Saddy, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil.
Sr. Carlos Ari Sunfeld, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, Brasil.
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG, Brasil.
Sra. Cynara Monteiro Mariano, Universidade Federal do Ceará, UFC, Brasil.
Sr. Daniel Wunder Hachem, Universidade Federal do Paraná, UFPR, Brasil.
Sr. Eduardo Manuel Val, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil.
Sr. Fabio de Oliveira, Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. Flávio Garcia Cabral, Escola de Direito do Mato Grosso do Sul, Mato Grosso do Sul., Brasil
Sr. Henrique Ribeiro Cardoso, Universidade Federal de Sergipe, UFS, Brasil.
Sr. Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, Brasil.
Sra. Jéssica Teles de Almeida, Universidade Estadual do Piauí, UESPI, Piri-piri, PI, Brasil., Brasil
Sr. José Carlos Buzanello, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. José Vicente Santos de Mendonça, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Georges Louis Hage Humbert, Unijorge, Brasil
Sra. Maria Sylvia Zanella di Pietro, Universidade de São Paulo, USP, Brasil.
Sra. Marina Rúbia Mendonça Lôbo, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiás, Brasil.
Monica Sousa, Universidade Federal do Maranhão
Sr. Mauricio Jorge Pereira da Mota, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Sra. Monica Teresa Costa Sousa, Universidade Federal do Maranhão, UFMA, Maranhão, Brasil.
Sra. Patricia Ferreira Baptista, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil LTDA, UNIBRASIL, Brasil.
Sr. Vladimir França, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, UFRN, Brasil.
Sr. Thiago Marrara, Universidade de São Paulo, USP, Brasil.
Sr. Wilson Levy Braga da Silva Neto, Universidade Nove de Julho, UNINOVE, Brasil.

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

LAW JOURNAL OF PUBLIC ADMINISTRATION

Avaliadores:

- Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla, Sevilha, Espanha.
Sra. Cynara Monteiro Mariano, Universidade Federal do Ceará, UFC, Brasil.
Sra. Debora Sotto, Pontificia Universidade Catolica de São Paulo, PUC-SP, Brasil, Brasil
Sr. Eduardo Fortunato Bim, Universidade de São Paulo, USP, Brasil, Brasil
Sr. Fabio de Oliveira, Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. Jacintho Silveira Dias de Arruda, Pontificia Universidade Católica, PUC-SP, São Paulo, Brasil.
Sr. José Carlos Buzanello, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, UNIRIO, RJ, Brasil.
Sra. Maria Maria Martins Silva Stancati, Universidade Estácio de Sá, UNESA, RJ, Brasil.
Sr. Mauricio Jorge Pereira da Mota, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, RJ, Brasil.
Sra. Monica Teresa Costa Sousa, Universidade Federal do Maranhão, UFMA, Maranhão, Brasil.
Sra. Patricia Ferreira Baptista, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Sr. Phillip Gil França, Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUC-RS, Brasil.
Sr. Thiago Marrara, Universidade de São Paulo, USP, Brasil.

Editor-Chefe:

- Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro e
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil

Editores:

- Sra. Amanda Pinheiro Nascimento, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, RJ, Brasil.
Sra. Camila Pontes da Silva, Universidade Federal Fluminense, UFF, Niterói, RJ, Brasil.
Sr. Eric Santos de Andrade, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, RJ, Brasil.
Srta. Gabriela Rabelo Vasconcelos, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil.
Sr. Jonathan Mariano, Pontificia Universidade Católica, PUCRJ, Rio de Janeiro, Brasil.
Sra. Natalia Costa Polastri Lima, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Sr. Thiago Freire Allemão Santos, IEP-MPRJ, Rio de Janeiro Brasil

Diagramação e Layout:

- Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro e
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil

OS DEVERES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E A GARANTIA DA LIVRE CONCORRÊNCIA

THE DUTIES OF REGULATORY AGENCIES AND THE WARRANTY OF FREE COMPETITION

Data da submissão: 15/05/2019

Data da aprovação: 15/06/2019

GEORGES LOUIS HAGE HUMBERT

Advogado. Professor titular da UNIJORGE, pós-doutor em direito pela Universidade de Coimbra – Portugal. Doutor e mestre em direito do estado pela PUC-SP. Membro titular do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA).

DIEGO CASTRO BARBOSA

Bacharel em direito pela UNIJORGE. Presidente da Organização Internacional Latinoamerica Unidada.

RESUMO: O artigo visa apresentar a importância do papel das agências reguladoras na garantia do princípio constitucional da Livre Concorrência. Neste trabalho, iremos abordar de que forma se comporta o sistema econômico brasileiro, como a livre concorrência vem sendo praticada dentro desse contexto moderno, quais os deveres jurídicos comuns das Agências Reguladoras, bem como as propostas de uniformização da legislação pertinente a estas. Com base no recorte de dois estudos de caso, verificaremos de que forma as agências podem contribuir, dentro dos seus deveres jurídicos, na tarefa de regulação do domínio econômico, para garantir a livre concorrência.

PALAVRAS-CHAVES: Agências Reguladoras. Livre Concorrência. Constituição Federal. Ordem Econômica. Capitalismo.

ABSTRACT: The article aims to present the importance of the role of regulatory agencies in guaranteeing the constitutional principle of Free Competition. In this work, we will address how the Brazilian economic system behaves, how free competition is practiced within this modern context, what are the common legal duties of the Regulatory Agencies, as well as the proposals to standardize the legislation pertinent to them. Based on the cut of two case studies, we will verify how agencies can contribute, within their legal duties, in the task of regulating the economic domain, to guarantee free competition.

KEYWORDS: Regulatory Agencies. Free competition. Federal Constitution. Economic Order. Capitalism.

INTRODUÇÃO

Com a reforma do Estado Brasileiro nos anos 90, a iniciativa privada ganhou espaço na administração pública como protagonista da execução de relevantes serviços que antes eram de monopólio do estado.

Nesse contexto de ascensão das ideias liberais, motivado pelo fenômeno da globalização, e que desaguou na reforma do serviço público, tornou-se necessária a criação das Agências Reguladoras, com a missão originária de vigiar a prestação desses serviços, de forma que o caráter público não se desvirtuasse em razão da atuação privada, exercendo papéis fiscalizatórios, disciplinares e regulamentares, inclusive dentro da própria ordem econômica, afim de garantir que práticas negativas no mercado não viesse a prejudicar os usuários destes serviços: o cidadão, principal destinatário.

No entanto, a forma jurídica de como as agências se originaram suscitaram grandes questionamentos ao longo do tempo, acerca da sua real natureza jurídica, a começar pela base constitucional, contudo, sem desprezar a sua importância para a administração pública.

A grande crítica começa pelo seu fundamento, embora a Constituição de 88 só faça menção expressa a criação de duas delas, a ANP (Agência Nacional de Petróleo) no Art 177 §2º inciso III e a ANATEL (Agência Nacional de Telefonia) - Art 21 XI, o legislador encontrou no artigo ART 37, inciso XIX que permite a administração pública a criação de “autarquias” na forma da lei, uma legitimação para importar a ideia originária estadunidense, porém adaptada, sendo a nossa regida por lei especial, onde nessa norma infra-constitucional primária se delimitasse os seus poderes especiais de atuação, o que levou a doutrina a caracterizá-las como “autarquias especiais”.

Por outro lado, do mesmo modo em que o estado preconizava o seu caráter interventivo na economia, tendo as agências como um desses mecanismo de intervenção, fundamentou a sua ordem econômica em princípios capitalistas / liberais, entre eles, a livre iniciativa e a livre concorrência, sendo a última dependente da primeira.

Com o referido compromisso de também reconhecer constitucionalmente a livre concorrência como um fundamento da ordem econômica, o estado conflita dois modelos antagônicos de gerenciamento econômico que é o intervencionista (social) e o liberal. Uma vez as Agências, sendo um braço intervencionista do Estado, atuando também na regulação

do domínio econômico do país, inevitavelmente se relaciona com a livre concorrência, como já mencionada, um fundamento constitucional da nossa ordem econômica.

A livre concorrência, por vez, exerce um papel preponderante numa economia predominantemente de mercado como a nossa, visto que, um mercado verdadeiramente aberto e socialmente justo, se desenvolve garantindo a livre participação de agentes privados, no que gera benéficos efeitos em cadeia, aumentando a disponibilidade de bens no próprio comércio, gerando uma disputa sadia entre os concorrentes, o que também que corrobora em inovação de produtos e serviços para melhor atender as necessidades das demandas dos consumidores e até mesmo a melhoria no custo.

Enxergando a importância tanto das Agências como um órgão regulador, principalmente de caráter econômico, quanto a Livre Concorrência com um fundamento constitucional da nossa economia, de que forma as Agências se comportam dentro de suas incumbências jurídicas para garantir a livre concorrência?

Para responder essa problematização, o referido artigo terá como objeto os deveres jurídicos atuais das Agências Reguladora bem como o seu tratamento doutrinário visando entender de forma ampla a sua tarefa prática regulatória na ordem econômica garante o Livre Mercado, tendo como base o recorte de dois paradigmas significativo no serviço público brasileiro: o transporte de aviação civil doméstico e o serviço de telefonia móvel, enxergando-os como essenciais pela utilização em grande escala por parte da população.

Este trabalho se desenvolve pelo método dedutivo, uma vez que parte de uma investigação lógica com críticas e objeções a respeito dos deveres jurídicos das Agências e de como a livre concorrência é tratada na nossa atual ordem constitucional, de forma que a importância de ambos seja complementar a fim de que, a primeira como emte regulatorio da administração, garanta a segunda, como princípio norteador econômico, e dessa forma, extrair uma conclusão precisa.

A escolha do tema se dá em razão da tamanha relevância de garantir um mercado mais livre e justo e competitivo em tempos de expansão do capitalismo, sem abdicar da ideia intervencionista provedora regulatória do estado, de forma que ambos possam caminhar de mãos dadas. E as agências podem ser esse “mediador “.

1 DA REGULAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA

1.1 LIVRE INICIATIVA X ESTADO SOCIAL : VISÃO GERAL

Tanto a livre iniciativa quanto o estado social acham respaldo na nossa atual ordem jurídica constitucional. O primeiro como um princípio fundamental da república positivado no art 1º inciso IV, e o segundo de forma mais ampla, fragmentada e implícita, sem muito esforço - se observados numa ótica mais axiomática, os varios compromissos de prestação assumidos pelo estado brasileiro que , neste mesmo excelso diploma legal , tem como célebre referência o Art 6º, trazendo os intitulados “Direitos Sociais “ [...] a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”, e também o transporte, recém introduzido neste rol pela Emenda 90/15. (BRASIL, 2017) . Esse caráter norteador “provedor/ garantidor” fez com que a Constituição de 1988 ganhasse o apelido de “cidadã”, visto que é inegável que a nossa Carta Magna buscou abarcar sob as asas do Estado o máximo possível de prestações sociais e também de cunho econômico.

Esse compromisso traz ao Estado a responsabilidade de equalizar o bem estar social com o livre mercado, o que na teoria seriam ideias antagônicas, como bem lecionam Cenci, Bedin e Fischer no mérito desta referida análise:

A relação entre Estado e mercado/economia é balizada por duas compreensões antagônicas desse fenômeno, quais sejam, o liberalismo e o intervencionismo. Daí advieram, respectivamente, os Estados liberal e social. O primeiro teve como princípio a intervenção mínima na esfera econômica, deixando aos atores puramente econômicos a atuação no mercado – apostando na existência de uma “mão invisível” reguladora da economia, tal como se esta fosse capaz de se “autorregular” –, ao passo que o segundo entende ser imprescindível a intervenção do Estado com o intuito primordial de assegurar a prática dos direitos sociais. (CENCI e col. , 2018)

A boa verdade é que, numa breve, crítica e atenta análise, há um ponto de convergência entre ambos, ao quais se percebe , ora na intenção da ideia liberal - ainda que mínima- em reconhecer que o estado tem o seu papel intervencionista , como mostra a supra doutrina, quanto na totalidade da própria ideia intervencionista social que, por vez, indistigue

os limites de atuação do estado na execução desse papel provedor, mas que ao mesmo tempo , precisa de uma viabilidade financeira para que os direitos sociais sejam efetivados.

1.2. DA INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA BRASILEIRA : O ESTADO COMO AGENTE REGULADOR.

Mister se torna aprofundar a análise da intervenção estatal na economia brasileira neste presente artigo, por óbvias razões, já que é impossível falar do dever das agências reguladoras e a garantia da livre concorrência , sem antes analisar como o estado ,em sentido amplo , se comporta perante a seara econômica na sua tarefa de regulação.

Como visto supra, à luz do nosso magno diploma jurídico - a nossa Constituição Federal - o Estado brasileiro tem uma forte marca burocrática no seu modelo estrutural. Desde a sua pedra fundamental, juridicamente falando, percebe-se a natureza complexa da nossa máquina pública em gerir de forma compacta toda a estrutura social, tentando abrangê-la ao máximo possível nas asas de suas responsabilidades.

Inicialmente, com intuito de entender de forma completa essa regulação, é necessário entender de que forma o Estado brasileiro se relaciona com a sua economia. Segundo análise de José de Andrade Mota Neto, à luz da Constituição de 88, a nossa máquina pública exerce tanto o papel de agente como o de regulador, o que significa dizer, respectivamente que , ora ele , ao mesmo tempo em que explora e exerce atividade econômica, também atua como fiscal / administrador das regras desse jogo. Neste sentido, o autor preleciona:

Podemos observar que o Estado pode ser tanto um agente econômico como um agente disciplinador da economia, logo, de acordo com a atual Constituição Brasileira, reconhecemos duas formas de ingerência do Estado na ordem econômica, isto é, por participação e a intervenção, em que são considerados instrumentos na qual o Poder Público ordena, coordena e atua em observância dos princípios da ordem econômica, sendo razões que fundamentam a atuação do Estado Brasileiro no domínio econômico, na medida em que tanto a iniciativa privada como a iniciativa pública se destinam a realização dos fins baseados nos fundamentos antes estudados. (NETO, 2018)

Ou seja, ante a economia, o estado pode desenvolver, tanto condutas positivas (quando participa como um agente desta) quanto negativas (quando resolve discipliná-la), que , de acordo com o autor , serão regidas sempre pelos valores e princípios da ordem econômica, na qual constitucionalmente se acha respaldo - mais precisamente seu artigo 170 caput - (BRASIL, 2017) [...] fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa [...] na

qual tem por fim [...] assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...], garantindo dessa forma, uma economia mais liberal com compromissos sociais.

Percebe-se também que o texto constitucional, ao citar a “livre iniciativa”, revela o desejo do constituinte em resguardar práticas capitalistas na nossa ordem econômica. É válido ressaltar que a livre iniciativa é um valor indispensável do capitalismo. De acordo com

Elizângela Moura (MOURA 2018), em análise das características do capitalismo, preconiza que, para que o mesmo “funcione com eficiência, depende de um ambiente econômico e institucional em que a liberdade de iniciativa seja assegurada”, ou seja ela se caracteriza um pressuposto basilar de toda ordem econômica do modelo de livre mercado.

2. AS AGÊNCIAS REGULADORAS E SUA RELAÇÃO COM A ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRAS

Os fracassos pretéritos e não muito distantes de governos altamente intervencionistas levaram grandes nações a um colapso social e no entanto, o temor e a necessidade latente se adaptar a uma nova ordem econômica que emergia na geopolítica de livre mercado, fez com que grandes nações, até algumas mais fechadas neste aspecto, mudarem seus modelos econômico-gerenciais e adotar uma postura mais capitalista.

Carlos Alonso Barbosa de Oliveira cita como exemplo a Reforma na China em 1978, que diante da escassez de matéria prima, ao mesmo tempo em que mantinha uma economia centralizada fortemente influenciada pela ideologização do seu regime político declaradamente anticapitalista, teve de se flexibilizar, trazendo para a sua estrutura o modelo de livre mercado, ao qual, doravante, lhes trouxeram sucessos na tarefa de gerenciamento socioeconômico, como bem leciona o doutrinador:

Diferentemente do regime da União Soviética que se revelou incapaz de se auto-reformar, o Partido Comunista Chinês demonstrou grande flexibilidade ao executar as mudanças necessárias para acelerar o desenvolvimento do país. Tratava-se de superar a organização econômica fundada em comando central, que à luz da própria experiência soviética, revelava suas fragilidades, mais ainda tratando-se de país com baixo grau de desenvolvimento das forças produtivas como a China. O objetivo por tanto seria abrir espaços para a regulação pelo mercado e aumentar a autonomia das unidades econômicas sem, entretanto, abrir mão da propriedade estatal e de mecanismos de planejamento controlados pelos poderes públicos [...]

Mas a grande novidade introduzida pelas reformas foi a liberdade concedida ao camponês de vender livremente no mercado o produto que restava após separar o necessário à sua subsistência e a parcela devida ao Estado. [...]

A concessão de estímulos materiais aos camponeses, representada pela liberdade de vender livremente no mercado o excedente de sua produção,

evidentemente tem um papel central na explicação do alto crescimento da produção e produtividade agrícola após as reformas. [...]

Um pouco depois do paradigma chinês, no início dos anos 90, a ascensão do fenômeno da “globalização” fizeram com que, no referido período, as ideias liberais econômicas ganhassem grande força, principalmente nos estados subdesenvolvidos (MESQUITA; DE OLIVEIRA, 2008, p.3), na qual, dentro da administração pública, conseqüentemente a ideia de “estado mínimo” se reverberou cada vez mais forte.

Nesse mesmo período o serviço público brasileiro passa por uma evolutiva e considerável mudança, impulsionada pela válida justificativa de dar maior celeridade a prestação estatal por via da desburocratização da máquina pública.

Nessa toada surgiu o Plano Nacional de Desestatização, que mitigou o monopólio do Estado na Administração Pública Brasileira e trouxe a iniciativa privada para o serviço público por meio de uma série de concessões e privatizações.

Contudo, essa transição requereu garantias reais de limitações, pois, ainda que altruísta a ideia formal de facilitar o gerenciamento de prestações de serviços públicos- a priori, estatais- o iminente risco de abuso do Poder Econômico e de outras práticas imorais as quais o mercado está sujeito (formação de carteis, monopólios e oligopólios) eram reais (e não deixam de ser).

Foi neste cenário que nasceu a figura moderna das agências reguladoras no Brasil, que em linhas gerais, ou até mesmo em “ poucas palavras “, podemos classificá-las em suas incumbências finalísticas como : o braço – ou até mesmo “ os olhos “- do estado na regulação da participação da iniciativa privada nos principais setores da economia do país, ou seja, indiretamente é um mecanismo de supervisão de um poder- dever de intervenção do domínio econômico que este mesmo estado flexibilizou a responsabilidade. Destarte ao referido cenário, Quezia Lopes Carvalho Custódio preleciona:

Com o Programa Nacional de Desestatização conseqüentemente houve a criação das agências reguladoras. A sua criação tinha como finalidade fiscalizar, regular e normatizar a prestação de serviços públicos por particulares. Tais atuações visavam evitar o interesse sem medidas pelo lucro excessivo por meio do serviço público. [...]

As agências reguladoras regulam e normatizam atividades de interesse público. Essas funções alocam o controle de prestação de serviços públicos e a exploração de atividades econômicas de interesse coletivo. [...]

Por mais que a preocupação das agências sejam os usuários dos serviços públicos, as agências reguladoras não solucionam um caso individual. Outrossim, as denúncias recebidas nas agências são essenciais para tornar o problema visível e, então, melhorar a qualidade dos serviços. Feitas as reclamações, processos administrativos são instaurados e se, ao final, detectar irregularidades, a empresa poderá ser multada ou sofrer sanções

administrativas, como a suspensão temporária do fornecimento do serviço. (CUSTÓDIO, 2018)

A ideia das agências que chamamos de “Reguladoras” é oriunda do Direito Administrativo Americano. Segundo DI PIETRO (2017, p. 596-597), o vocábulo “Agência” foi introduzido no direito administrativo brasileiro decorrente do processo de globalização. No direito americano, o termo “ Agência “ é utilizado para classificar quaisquer autoridades públicas com exceção dos três poderes do Estado, ou seja, tudo o que for relacionado a Administração Pública pode também ser chamado de “Agência”.

Todavia, é necessário entender que, como em todo ordenamento jurídico, as adoções de ideias estrangeiras necessitam passar pelo crivo de princípios e regras gerais do ordenamento jurídico local.

Neste diapasão Marçal Justen Filho comenta:

A adoção de um modelo estrangeiro exige sua adaptação aos princípios e regras que estruturam o direito nacional. Essa advertência é relevante porque o modelo de agências reguladoras surgiu e se desenvolveu no direito estadunidense. Muitas das características das agências reguladoras surgidas em outros países, inclusive no Brasil, retratam a influência desse modelo estadunidense. [...] há uma diferença fundamental no modelo estadunidense e brasileiro. Nos EUA, a competência estatal é exercida de modo exclusivo pela agência. No Brasil, reconhece-se que uma parcela da competência é mantida com a administração central. Portanto, a análise jurídica do tema das agências reguladoras no Brasil envolve de modo necessário, a coexistência de entidades estatais dotadas de competência similar para regular um mesmo setor. Para exemplificar, existe o Ministério das Telecomunicações e a agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), há a Secretaria de Portos e Agência nacional de Transportes Aquáticos (Antaq) e assim por diante. (JUSTEN FILHO , 2016 , pag.536-537)

Na classificação crítica de Justen Filho, percebe-se a cautela e preocupação em dar autenticidade ao modelo próprio das Agências Reguladoras brasileiras, ainda que marcadas pelos fortes traços norte-americanos na origem de sua ideia. Neste aspecto, é aparente que as brasileiras diferenciam-se por sofrerem uma maior concorrência da Administração Direta, exemplificada pela existência de órgãos como Ministérios e secretarias. Essa ressalva é fundamental e serve de alerta para entendermos que ainda sim, mesmo com a ideia importada de independência das agências que se tenta reverberar em diplomas jurídicos, estas não estão longe de sofrerem interferências de ordem política – já que a administração direta no Brasil é povoada de recursos humanos de origem política - o que pode ser negativo em plano prático e comprometedor ao caráter técnico regulatório de suas tarefas funcionais , visto que é notório o distanciamento da tecnocracia no sistema político administrativo brasileiro quando se fala em “serviço público”.

3. A NATUREZA JURÍDICA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E OS SEUS DEVERES JURÍDICOS COMUNS

Atualmente no Brasil , as agências reguladoras federais em pleno funcionamento correspondem a: Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), Agência Nacional do Petróleo (ANP), Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), Agência Nacional do Cinema (ANCINE), Agência Nacional de Transporte Terrestres (ANTT), Agência Reguladora de Águas, Energia e Saneamento do Distrito Federal (ADASA), Agência Nacional de Águas (ANA), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), Agência Nacional de Mineração (ANM). No Distrito Federal existe também a Agência Reguladora de Águas, Energia e Saneamento (Adasa). A ABRAM (Agência Brasileira de Museus) , foi instituída pelo Presidente Michel Temer no mês de Setembro de 2018, Conforme mostra a Câmara dos Deputados (NOTÍCIAS, 2018), pela medida provisória 850/2018 como uma resposta ao incêndio ao Museu Nacional no Estado do Rio de Janeiro e ainda não foi votada no Congresso Brasileiro.

A doutrina majoritária entende que as agências reguladoras no ordenamento jurídico brasileiro são classificadas como “autarquias especiais”, as quais possuem como características gerais as tarefas de fiscalizar e regular serviços públicos, e por consequente, dentro de suas atribuições especiais , exercem o papel de intervenção no domínio econômico . Desta forma explica CUSTÓDIO (2018) :

Entre as principais funções de uma agência reguladora estão o levantamento de dados sobre o mercado de atuação e a elaboração de normas disciplinadoras para o setor regulado. A fiscalização dessas normas, a defesa dos direitos dos consumidores e a gestão de contratos de concessão de serviços públicos delegados e incentivo à concorrência são o foco das agências, além de minimizar os efeitos dos monopólios naturais e desenvolver os mecanismos de suporte à concorrência.[...]

Ainda sobre a natureza das agências , complementa Alexandre de Moraes;

No Brasil, as Agências Reguladoras foram constituídas como autarquias de regime especial integrantes da administração indireta, vinculadas ao Ministério competente para tratar da respectiva atividade, apesar de caracterizadas pela independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade; ausência de possibilidade de demissão ad nutum de seus dirigentes e autonomia financeira. (MORAES, 2002)

O princípio da especialidade fortemente refletido na natureza jurídica das agências reguladoras faz com que elas se distingam das demais autarquias convencionais , ganhando

a classificação de “ autarquias especiais “. Desta forma o traço mais latente em sua característica autárquica é a “independência”, perceptível por uma concentração diferenciada de atribuições e poderes ,ora iminentemente legislativos, ora iminentemente judiciais e também, iminentemente de natureza regulamentar, como bem preleciona Tércio Sampaio Júnior:

O Direito Administrativo brasileiro incorporou um instrumento do direito norte-americano: as agências reguladoras. A nova entidade é considerada “autarquia especial”, em face de poderes ampliados que detém, em comparação com a simples autarquia. Sua principal característica, neste sentido, é apontada na independência (quanto a decisão, objetivos, instrumentos, financiamento). Por conta dessa característica ocorre, com a criação de agências, uma ostensiva delegação de poderes, uns quase legislativos, outros quase-judiciais e outros quase-regulamentares. Tal delegação, obviamente, levanta sérias dificuldades no que toca ao fundamento constitucional. (JÚNIOR, 2018).

Nota-se que o doutrinador encerra com uma ressalva acerca do fundamento constitucional das agencias reguladoras que, por vez , é alvo de muitas críticas pela doutrina, o que desencadeia uma série de questionamentos acerca dos seus limites jurídicos, principalmente no que tange a delegação de poderes a estas.

A grande crítica latente, inicialmente, decorre do fato de que , constitucionalmente , só existe menção a criação de apenas duas agências reguladoras federais em plena atividade, a ANP (Agência Nacional de Petróleo) no Art 177 §2º inciso III e a ANATEL (Agência Nacional de Telefonia) - Art 21 XI.

As correntes defensoras da equiparação do poder normativo das agências não mencionadas constitucionalmente com as mencionadas, se petrificam no fundamento do inciso XIX do ART 37 da Constituição Federal, devidamente atualizada pela Emenda 19/98 que permite que “somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”. (BRASIL , 2017). Sendo as Agências Reguladoras, autarquias especiais, não existem dúvidas quanto a constitucionalidade das demais espécies não previstas no bloco constitucional bem como do seus poderes regulamentares emanados . Neste sentido, Márcio Sampaio Mesquita Martins ,(MARTINS, 2018) numa pontual análise das correntes doutrinárias que abordam a constitucionalidade do poder regulatório das agências reguladoras, explicita que o direito brasileiro adotou a corrente que entende “serem as normas das agências atos normativos terciários, subordinados aos regulamentos e aplicáveis com base no regime de sujeição

especial ao poder normativo das agências”, reconhecendo o poder regulamentar destas , sujeito as outorgas normativas do seu regime especial legal.

Atualmente tramita no Congresso nacional uma proposta de Lei Geral das Agências reguladoras, o PL 6621/16, de acordo com a câmara (MACHADO, 2018) , terá o objetivo principal de alinhar o regime jurídico das agências, que contemporaneamente se encontra fragmentado no tocante aos seus deveres comuns . Dentre a proposta , está a de fortalecer o “ controle externo das agências reguladoras , exercido pelo Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas da União (TCU)” e ainda a “apresentação anual de uma prestação de contas ao Congresso e a celebração dos chamados contratos de gestão” , com a obrigação da “demonstração de metas, mecanismos, fontes de custeio e resultados das ações regulatórias e fiscalizatórias das autarquias”, como também o de dispor sobre a atuação das Agências na defesa da Livre Concorrência . Ou seja, a ideia é de adoção de um sistema de unificação no que couber em linhas gerais , referente a Agências Reguladoras , e com uma avaliação supervisionada pelo Poder Executivo , Legislativo e Tribunais de Contas.

De momento, com base na corrente majoritária doutrinária vigente no nosso ordenamento pátrio e suas respectivas legislações pertinentes, podemos classificar de uma forma geral as agências reguladoras como autarquias especiais – dotadas de autonomia administrativa organizacional interna e funcional no tocante ao seu papel para com o interesse coletivo , subordinada sempre aos parâmetros da lei que a criou (princípio da legalidade), ou seja , não deixa de ser um ente da administração indireta , que sofre tutela do Poder executivo, como vimos anteriormente, porém com uma liberdade maior que as demais autarquias convencionais, exercendo também tarefa regulatória no domínio econômico.

4. AS AGÊNCIAS REGULADORAS COMO MECANISMO DE GARANTIA EFETIVA DA LIVRE CONCORRÊNCIA.

4.1 SIMILITUDES ACERCA DOS CONCEITOS DE “ LIVRE MERCADO ” , “ LIVRE CONCORRÊNCIA ” E “ LIVRE INICIATIVA” SUA IMPORTÂNCIA PARA O MERCADO E A SOCIEDADE.

Dentro do esparso ideário constitucional pertinente a economia brasileira visto no tópico (1.2), compreende-se que o setor , ao mesmo tempo em que adota um modelo

fortemente intervencionista, ainda sim , consegue resguardar expressamente práticas capitalistas , como por exemplo, a livre concorrência.

Adentrando nesse prisma, por mais que existam mecanismos regulatórios intervencionistas no contexto econômico brasileiro, é inegável dizer que a nossa sistemática capitalista é predominante. Neste entendimento, José Afonso da Silva defende que a predominância da ordem econômica brasileira tem esse caráter mais capitalista desde a sua pedra fundamental – a Constituição – porque ela se apóia inteiramente na apropriação privada dos meios de produção e na iniciativa (SILVA, 2001, p. 764).

A ideia de livre mercado quando lembrada , inevitavelmente associa-se com a de “livre concorrência ”, pois, é impossível falar isoladamente de um sem mencionar o outro.

A livre concorrência traz a democracia para as relações de mercado, e sendo assim é pilar fundamental do referido sistema econômico, visto que tal valor reflete o direito a um ente privado de participar das trocas mercantis, reverberando fortemente o sentido de equidade e isonomia neste processo, ou seja, orientando que, dentro dos seus respectivos nichos de exploração de atividade econômica , cada sujeito privado tenha o mesmo direito de participação que os seus concorrentes.

Neste aspecto preleciona CASTRO e SIMONE :

[...] A livre concorrência visa garantir a “sobrevivência do mercado”. Ou seja, quando um mercado é constituído sobre o dito princípio, diz-se que é um mercado livre às leis de oferta e procura, de modo que não há não impondo restrições quanto ao número de empresas de um mesmo setor que busquem instalar-se, a fim de conquistar seu espaço. (CASTRO; SIMONE, 2017).

Destarte aos ensinamentos da doutrina , a lei de oferta e procura corresponde a mais contundente e sublime caricatura axiomática da livre concorrência no mercado, e seria refletida no amplo direito de participação de empresas no mercado em seus respectivos setores de atuação. Tal afirmativa nos remete a falar em outro valor capitalista positivado em nossa constituição , a livre iniciativa - art. 170 caput da CF (BRASIL, 2018)- já que, tais princípios também são complementares e indissociáveis. Neste sentido CASTRO E ; SIMONE (2017, pag .8) , ainda comenta :

O princípio da livre concorrência é prestigiado pela Ordem Econômica, e a Constituição Federal, através da livre iniciativa (que confere a liberdade para o exercício da atividade econômica), possibilita que seja executada plenamente a concorrência, desde que respeitados os parâmetros constitucionais. A livre concorrência deve ser apoiada e incentivada, para que não surjam medidas que a desestimulem, nem que atuem em contrariedade com o previsto no texto constitucional e nas leis, que asseguram proteção a este princípio.

Concordante ao pensamento dos autores , é impossível falar de livre concorrência sem falar de livre iniciativa , pois esta última é uma premissa maior da primeira , visto que , se não houver liberdade para o exercício da atividade , é impossível falar de existência da possibilidade de competir no mercado. Neste sentido , o Instituto Mises Brasil define o referido modelo econômico , (MISES BRASIL, 2008) endossando a análise anterior de que o sistema de trocas faz com que haja uma sadia disputa de empreendedores para melhorar a prestação da qualidade dos serviços, preconizando que “ o mercado livre e competitivo também recompensa e estimula a inovação tecnológica, o que permite ao inovador ter uma pequena vantagem na corrida para satisfazer os desejos do consumidor de maneiras novas e criativas.”, ou seja , as grandes contribuições socioeconômicas da livre concorrência é a inovação e conseqüentemente a melhoria na qualidade dos serviços e produtos, o que beneficia não só o mercado com a evolução tecnológica , como diretamente a qualidade de vida dos consumidores, que, por vez, serão os adquirentes e destinatários destas prestações.

Na avaliação de MANKIW (2009 , apud MANSUR , 2016, n.p), ele ainda completa que a concorrência também proporciona ao mercado e ao consumidor uma maior possibilidade de escolha , ao “ estimular o ingresso de diversas fontes de produtos ou serviços”. Em termos mais “tecnicos econômico” , significa dizer que a concorrência amplia a oferta e dinamiza a procura.

4.2 AS AGÊNCIAS REGULADORAS COMO GARANTIDORAS DA COMPETITIVIDADE NO MERCADO

É cediço que a livre concorrência é salutar e indispensável a uma economia predominantemente de mercado , como a brasileira. No tópico antecedente , quedou-se cristalino os efeitos da ampla concorrência , que , como resultado ,tende a produzir para o mercado, o avanço tecnológico e, para a sociedade, a tendência na melhoria na qualidade dos produtos e serviços e a pluralidade na escolha destes . Dadas as premissas, resta reconhecer a preponderante e impreterível importância de ter um mercado norteado por tal princípio, em prol do alcance do desenvolvimento socioeconômico.

Como visto supra, no tópico de abertura do presente artigo , embora o Brasil adote o modelo de Estado de Bem Estar Social, a nossa economia é predominantemente capitalista. Vimos no mesmo tópico também que , em função desta razão provedora que marca esse Estado Social, a nossa economia se torna passível de regulações. Foi visto também que , com

a entrada do processo de desestatização no serviço público brasileiro que deu legitimidade a iniciativa privada para gerir serviços que antes eram do monopólio “ público-estatal “, que as agências reguladoras se tonaram mister e assim , dentre suas tarefas, o de, dentro de sua especialidade normativa, regular o seu respectivo setor econômico, como disposto no tópico (2), e desta forma nos levando a enxergar o seu amplo papel de regulação econômica.

A tarefa de dosar a intervenção no domínio econômico por parte do Estado de forma que não sufoque a Livre Concorrência, é fundamental, pois esta derradeira se trata aqui, não de um mero princípio doutrinário , mas de uma garantia constitucional , pilar essencial da ordem econômica nacional prevista no ART 170 da nossa intitulada “Carta Cidadã” . E mais importante ainda se torna analisar o papel das agências reguladoras, por serem uma das principais “ mãos intermediárias ” do estado neste processo regulatório.

A legislação atual dificulta o entendimento e a atuação dos deveres das Agências perante o mercado, no tocante a tarefa de regulação e mais ainda , no seu escopo regulador / garantidor da Livre Concorrência. A prova cabal de que não existe incisivamente incumbências detalhadas das agências reguladoras no tocante ao aspecto concorrencial no mercado é o teor da preocupação dada neste tema , pelo supra citado PL 6621/16. De acordo com o ofício 1371 que resume o Projeto de lei do Senado à revisão (2018) , o grande destaque da proposta de Lei Geral neste sentido, são os Capítulos III e IV, que prevê a articulação das agências com órgãos de defesa da concorrência e a articulação das agências reguladoras entre si, para coibir conjuntamente práticas anticoncorrenciais, a exemplo do que dispõe o art 32 do próprio PL , que pretende criar “ comitês para o intercâmbio de experiências e informações entre si ou com os órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)” o que representa um grande avanço e extremamente necessário para o mercado e para os consumidores ,em último e principal caso.

Destarte as considerações, abordaremos dois estudos de casos, com base em dois setores cruciais de serviços públicos no país: a telefonia móvel e aviação civil, afim de elucidar como se dá esse papel das agências reguladoras atualmente nestas esferas no quanto ao seu papel de resguardar a salubridade concorrencial do mercado.

4.2.1 ESTUDO DE CASO

4.2.1.1 ANATEL E A CONCORRÊNCIA DA TELEFONIA MÓVEL NO BRASIL

A Anatel (Agência Nacional de Telecomunicações) é a agência reguladora responsável pelo setor telefônico brasileiro. É regida pela Lei Complementar nº 9.472/97- conhecida como LGT “ Lei geral das Telecomunicações “ (ANATEL , 2018) que define que , dentre suas funções , está a de regular o setor de telefonia fixa e móvel no país , a prestação dos serviços de internet e TV por assinatura e também de celebrar contratos de concessão.

A responsabilidade direta da ANATEL de contratação para empresas operarem no setor se encontra no art 18, inciso XXII que permite a mesma [...] resolver quanto à celebração, alteração ou extinção de seus contratos [...] realizando os procedimentos necessários, na forma em que dispuser o regulamento; que trata de suas inúmeras competências [...] , ou seja, a referida agência é responsável exclusiva pela concessão da exploração dos serviços de sua alçada no país.

O setor de telefonia no Brasil - sobretudo , a telefonia móvel – representa um dos maiores reflexos de insatisfação na qualidade dos serviços prestados aos brasileiros. O grande sinal disso , é o número de demandas contra as operadoras no país, campeãs nos rankings de reclamação.

O mais recente dado divulgado pelo Ministério da Justiça em Março de 2018, através da Plataforma digital “consumidor.gov.br” (2018), um canal online no qual visa atender reclamações de clientes e opera em parceria com demais órgãos oficiais de defesa do consumidor (dentre eles os PROCON’s de todo o país) e apresentar resposta rápida ao problema, através do relatório do SINDEC (Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor) confirmou que os serviços de telecomunicações são os campeões de reclamações no país. No topo da lista está a telefonia móvel , que corresponde a 43,3% das lides, (onde 19,15% telefonia móvel pós-paga; 17,89% pacotes de serviço (combo); 12,43% internet fixa) (GLOBO, 2018), do mesmo modo ressaltado pelo portal Procon Online, (PROCON , 2018) que também destacou que o maior número de chamados destas reclamações no país, que correspondiam a injustas “cobrança de serviços adicionais pré pagos”.

A má qualidade dos serviços de telefonia móvel no Brasil é corriqueira e não por acaso foi tema de audiência pública no ano de 2017 no Conselho de Comunicação Social do Senado (SENADO, 2017) , que concluiu que , além de ser precário o serviço telefônico no país, o mesmo detinha a segunda tarifa mais cara mundo, resultados totalmente antagônicos ao perfil de um mercado que pratica a livre concorrência , esta que , segundo as palavras de Fábio Ulhoa Coelho ,além de proporcionar ao mercado produtos e serviços de qualidade em

ascensão , produz também “ preços decrescentes“ (COELHO, 2012, p. 34.) , o que ressalta a tamanha importância da obediência do referido princípio constitucional econômico para o custo dos serviços ao cidadão.

Atualmente, existem 9 empresas de telefonia móvel no Brasil operando no setor ,como mostra a ANATEL (ANATEL , 2018) . São elas : Claro, Tim, Vivo, Oi e Nextel, Algar , Sercontel e Datora Mobile e Porto Seguro Conecta.

O artigo 6^a da LGT, preconiza que : "os serviços de telecomunicações serão organizados com base nos princípios da livre, ampla e justa competição entre todas as operadoras", porém , chega a ser contraditório com a lei reguladora mencionar a livre e ampla concorrência , sendo que apenas 4 (quatro) das 9 (nove) empresas detém 90% do controle do mercado no país , como mostra os dados divulgados neste ano de 2018 pelo site O GLOBO (2018) , sendo : (1º) VIVO – 31,69% ; (2º) CLARO – 24,96%; (3º) TIM-24,79% e (4º) OI- 16,47% e as outras 5 empresas juntas somam 2,09% da exploração no setor. Outro agravante dado que diz respeito diretamente com a qualidade dos serviços, de acordo com Lucas (2018) , é que, das 10 (dez) maiores empresas de telefonia no mundo, apenas uma (1) delas está presente no mercado de telefonia móvel no Brasil que é a “America Móvel” , representada no país pelas empresa “Claro” .

A ausência de uma maior competitividade suscita duras críticas ao setor telefônico móvel e a postura da ANATEL no tocante a uma maior abertura à entrada de empresas, inclusive estrangeiras no país. O Instituto Mises Brasil de Economia (BRASIL, 2018) menciona a burocracia da Agência Reguladora como um grande entrave para concorrência na telefonia móvel no Brasil, e ressalta que , sem ela, “ toda e qualquer empresa de telecomunicação, internet e TV a cabo do mundo estaria livre para vir para cá” e também revela que , com uma maior concorrência , além de melhorar os serviços, fariam estes terem preços menores , ressaltando também que empresas notórias que “prestam serviços de qualidade” nos mercados internacionais -como AT&T, Vodafone, Verizon, T-Mobile, Orange- teriam uma maior facilidade para se estabelecerem aqui.

Além disso, o Instituto, oportunamente, de forma crítica a idoneidade da Agência, elucidou a denúncia publicada na edição online do Jornal Folha de São Paulo 22/03/2013 (WIZIACK; CAMPANHA; MATHAIS, 2013), na qual a empresa de telefonia UNICEL apresentou ao Ministério Público Federal graves acusações protocolada pelo documento 2.122 / 2013, de um suposto favorecimento de mercado (cartel) a empresas do setor de telefonia

móvel no país com anuência da própria ANATEL ,que rebateu as denúncias como “inócuas e vazias”.

Dada as premissas, restam duas grandes lições : é necessário a agência tomar uma postura pró-ativa para banir regulamentações desnecessárias e por último , no caso da denúncia, seja provado o dolo ou não da Agência na suposta participação em cartel (isso só o devido processo legal e uma justa sentença transitada em julgada poderá dizer), no mínimo, é necessário investir e pensar em formas internas de fortalecer o combate a corrupção.

4.2.1.2. A ANAC E A CONCORRÊNCIA NO TRANSPORTE AÉREO BRASILEIRO EM VÔOS NACIONAIS.

A ANAC Agência Nacional de Aviação é responsável por promover a “segurança da aviação civil no país o estímulo a concorrência” e a “melhoria da prestação dos serviços no setor” (ANAC, 2018). Ela é regulada pela Lei nº 11.182/2005, a mesma em que também lhe deu origem e , assim como a ANATEL, em sua respectiva seara, é responsável pela concessão , autorização, outorgas e permissões para que os entes privados explorem atividade .

Embora a Agência possua o dever jurídico de “estimular a concorrência , de acordo com a análise do Instituto Mises Brasil de Economia (BRASIL,2017), em tom crítico negativo, revela que a operabilidade no setor vai totalmente ao contrário disso, ao permitir que , dentro de uma demanda de mais de 200 milhões de pessoas em todo o país , os vôos em territórios nacionais estejam “nas mãos” de apenas quatro empresas , tema esse que também foi a grande pauta dos debates na tramitação do Novo Código Brasileiro de Aeronáutica , o PLS 258/16, e que na sua última atualização em 12/11/2018 ,de acordo com a própria casa legislativa (SENADO, 2018) , já encontra-se pronto para ser votado em plenário. A matéria foi alvo de reiteradas discussões em audiências públicas no Senado.

Em Setembro de 2016 houve mais uma audiência Pública no Senado Federal (2016) , com a participação de representantes de setores governamentais e da sociedade civil, onde o grande tema da discussão, foi a abertura para concorrentes estrangeiras , permitindo que estas façam vôos nacionais. Na discussão , houve uma forte tendência de que se abrisse a participação de empresas estrangeiras no setor , por exemplo.

O Ministério do Transporte reconheceu a debilidade neste aspecto concorrencial e se posicionou a favor da abertura da participação de empresas estrangeiras no setor. De acordo com o representante da Secretária de Política Regulatória do Ministério , o então secretário

Sr. Rogério Coimbra, “mais investimentos via capital externo, em qualquer setor, significa maior oferta de serviços e mais concorrência, com melhores preços e mais variedade de opções para os passageiros” (SENADO , 2016) , conforme relatório da Agência. A proposta mais contundente na discussão foi o da flexibilização para empresas com 49% de capital estrangeiro e com direito a voto em suas respectivas sociedades, operarem no setor.

Na audiência realizada em 2018, a ANAC (ANAC,2018) admitiu a necessidade de uma maior concorrência entre empresas nos vôos nacionais . Esse Pensamento foi expressado pelo titular da Agência Reguladora, o Diretor –Presidente Sr. José Ricardo Botelho que declarou que “Só a concorrência permite incluir mais cidadãos no transporte aéreo público” , claramente defendendo a posição de que o setor fosse mais flexível nas concessões, principalmente no que se refere a participação de agentes internacionais.

De acordo com atual Código de Brasileiro de Aeronáutica (1986) , Lei 7565/86 , no artigo 216, é permitida a exploração apenas por pessoas jurídicas brasileiras”. O art. 181 , além de reiterar a permissão da exploração apenas por pessoas jurídicas nacionais as , “ empresas Brasileiras” , ressalva que , no caso de ter a participação de capital estrangeiro , na montante destes capitais , a maioria quase que unânime na proporção de 4/5 do capital com direito a voto , bem como a administração, seja exclusivamente confiada a brasileiros, o que representa, de fato , uma enorme barreira a ampla concorrência no setor . O Novo Código de Aeronáutica, pelo menos de acordo com o texto final do PLS 258/16 do Senado Federal (2018), que irá em votação ao plenário provavelmente no ano de 2019 , em seu artigo 235 menciona tão simplesmente a autorização para exploração no setor dispondo que “ somente será dada a empresas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.”, o que representa um tímido avanço no tocante a eliminação de limitações, já permitindo que as empresas, sem fazer menção de natureza jurídica sobre a pessoa ser nacional ou não, operem no nosso território em vôos nacionais, desde que se sujeitem a lei brasileira e que , logicamente, tenham sede no país, por óbvias razões de segurança jurídica, o que é plausível e compressível.

A flexibilização na abertura para a concorrência no setor com anulação de barreiras regulatórias é um mecanismo testado e aprovado no Brasil, como mostra o Instituto Mises Brasil:

Até meados da década de 1990, o setor aéreo brasileiro era rigidamente controlado pelo governo. A regulamentação determinava inclusive os preços das tarifas — ou seja, era o governo, e não o mercado, quem fixava os preços das passagens. Com preços arbitrariamente fixados (lá nas alturas), a concorrência entre as empresas aéreas se dava apenas nos detalhes, como

qualidade do serviço de bordo e da comida, atenção dispensada pelos tripulantes, sorteios de quinquilharias a bordo ou entregas de brindes, frequência dos voos, e até mesmo a beleza das aeromoças (...)partir do final da década de 1990, começou a haver uma maior flexibilização nos preços, porém estes ainda eram controlados. Houve apenas um alargamento nas chamadas bandas tarifárias. Foi só em 2005 que as tarifas para os vôos domésticos foram completamente liberadas; e só em 2008 aconteceu o mesmo para os voos dentro da América do Sul. Como resultado, o setor aéreo doméstico vivenciou uma explosão de demanda sem precedentes. Mesmo havendo poucas empresas nacionais de grande porte concorrendo entre si, essa desregulamentação já foi suficiente para desencadear uma notável disputa por passageiros. Como agora as companhias aéreas concorrem com base no preço, as tarifas estão muito mais baixas do que estavam há vinte anos — e isso em termos nominais; se considerarmos toda a inflação monetária havida nesse período, as tarifas em termos reais certamente estão nos menores níveis de toda a história do país. (BRASIL, 2016)

A flexibilização no tocante a cobrança de tarifas , não mais sendo fixada pelo estado e sim regulada pelo próprio mercado , representou uma significativa mudança positiva para o país, no que gerou uma conseqüente queda de preços , pois as empresas passaram a concorrer com base nos preços das passagens. Essa redução foi mostrada em um estudo realizado pela CNT - Confederação Nacional do Transporte- conforme divulgado na mesma data pelo Portal UOL (2015) , no editorial do dia 11/11/2015 de título “Preço de passagem aérea no Brasil cai 43% em 12 anos, aponta estudo”. Os dados revelados mostram que as tarifas, em 12 anos de tímidas desregulamentações , caíram 43,1%. O mesmo estudo mostrou ainda que “o número de viagens de avião teve um significativo aumento nos últimos anos. Em 2000, a média anual era de 0,19 por pessoa e, em 2014, o índice atingiu 0,5” . Já em relação ao número de passageiros, houve um “ aumento de 210,8%” , o que revela que uma maior flexibilização a livre concorrência no setor, tornou as tarifas mais acessíveis a sociedade e ampliou o acesso de consumidores ao mercado. Fatos que tornam inegáveis os benefícios que a ampla concorrência trouxe também a este setor.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É impossível não considerar o relevante papel que as Agências Reguladoras desempenham no Estado Brasileiro moderno, quanto a figura estatal intervencionista reguladora da participação da iniciativa privada nos serviços públicos.

A entrada da iniciativa privada para a nossa administração pública, foi um produto da globalização, atentado pelo Brasil , que numa acertada escolha , encontrou uma solução para

os problemas de ingerência , buscando uma considerável melhoria e eficiência da prestação dos serviços públicos, tendo como marco inicial, a reforma do Estado nascida com o PND (Programa Nacional de Desestatização), nos anos 90.

O formalismo jurídico, na maioria das vezes, nos força a um olhar “cego” no tocante ao sistema econômico brasileiro , que constitucionalmente , ao pé da letra , seria misto , visto que equilibra valores da economia planificada e do capitalismo. Contudo, a constituição deve ser vista de forma autopoietica, considerando dessa forma as transformações acerca do contexto em que ela esta inserida. E nesse aspecto, foi necessário atentar criticamente e não de forma exautivamente positivista , para a forma com que o Estado brasileiro tem se comportado no contexto das suas relações econômicas contemporâneas que, ainda em desenvolvimento e de forma gradual, felizmente se volta para uma tendência capitalista , não por ideologia, mas sim por uma necessidade compulsoria de sobrevivência no mundo globalizado.

O tratamento sui generis na natureza jurídica adotado para as agências reguladoras de “autarquias especiais “ , conferindo a elas poderes diferenciados das demais autarquias convencionais -propriamente ditas- dentre eles , os compromisso diretamente consonantes com o equilíbrio da ordem econômica correspondente ao papel regulador de fiscalizações , permissões, concessões, é preponderante e norteador para a garantia de um mercado justo e competitivo.

O primeiro ponto conclusivo a ser enxergado é que a falta de especificações gerais no tocante a atuação das Agências como sujeitos reguladores no mercado, necessita ser minuciosa, cirúrgica e padrão. Neste sentido , o PL 6621/16 em tramitação, representa um grande avanço no que tange a uniformizar e nortear este papel regulador , de forma que se torne claro os exercícios e atribuições gerais desta tarefa. E no tocante ao mérito do referido artigo , ao papel dessas agências no tocante a Livre Concorrência, enxergando esse princípio como um direito econômico constitucional fundamental , a proposta de Lei geral avança ao dispôr a integração do trabalho entre as agências , permitindo a criação de comissões e conselhos conjuntos, e também a atuação mais próximas à órgãos oficiais de defesa da concorrência , fato bastante positivo.

A segunda conclusão a ser notada é de que as agências precisam exercer posturas mais pró-ativas no debate público e não tão somente fazer isso quando solicitadas de forma oficial , como nos casos das audiências públicas , mas de forma autônoma , principalmente com os agentes dos setores econômicos onde estão inseridas, tendo a participação indispensável dos

consumidores, os destinatários destes serviços, para que junto com a sociedade civil, ouvindo-a, as Agências estejam mais atentas à avaliação das evoluções e acontecimentos corriqueiros, a fim de que se produzam cada vez mais diagnósticos acertados e soluções viáveis e eficazes. E não somente isso, mas também trazer também a sociedade para a gestão, principalmente na fiscalização, é claro, sem macular as cruciais incumbências de caráter técnico, mas de forma que estes envolvidos interessados possam opinar na medida de suas alçadas, o que traria a democracia participativa e o verdadeiro controle social para as referidas autarquias.

E por fim, a grande missão de momento das agências para com a garantia da livre concorrência é trabalhar no exercício de regulação, em detrimento das atuais e excessivas regulamentações, extinguindo barreiras e burocracias, visando garantir uma maior participação de concessionários na execução dos serviços públicos, minimizando riscos e o receio da participação de agentes estrangeiros em determinados setores, como no caso, o da Aviação Civil, e dessa forma prestigiar a previsão constitucional de uma economia fundada na Livre Concorrência reverenciando assim também outro princípio norteador da nossa economia, a Livre Iniciativa, tendo sempre como foco principal a melhoria da qualidade dos serviços aos cidadãos, estes, a razão de ser administração pública.

REFERÊNCIAS

ANAC, Agência Nacional de Aviação Civil. **O que fazemos ?**. 2018. Disponível em: <http://www.anac.gov.br/A_Anac/o-que-fazemos>. Acesso em: 16 nov. 2018.

ANAC, Agência Nacional de Aviação Civil. **“Concorrência é que permite incluir mais cidadãos no transporte aéreo”, diz Diretor Presidente da ANAC**. 2018. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/noticias/2018-concorrenca-e-que-permite-incluir-mais-cidadaos-no-transporte-aereo2018-diz-diretor-presidente-da-anac>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

ANATEL. **Qualidade- Telefonia Móvel.** Disponível em : <http://www.anatel.gov.br/dados/controle-de-qualidade/controle-telefonia-movel> Acesso em [16/11/2018](http://www.anatel.gov.br/dados/controle-de-qualidade/controle-telefonia-movel)

ANATEL. **Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.** Disponível em : < <http://www.anatel.gov.br/legislacao/leis/2-lei-9472#livroIItituloII> > Acesso em 13/11/2018

BRASIL, Mises. **Como as regulações estatais prejudicam os pequenos, protegem os grandes, e afetam os consumidores.** 2017. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=2769>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 2017.

BRASIL. Lei n. 7565, de 16 de nov. de 2018. **Código Brasileiro de Aeronáutica.** Presidência da República: Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Brasília, dez. 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565.htm>. Acesso em: 16 nov. 2018.

BRASIL. Projeto de lei n. 1.371, de 19 de nov. de 2018. **Projeto de Lei do Senado à revisão. Ofício nº 1.371 (SF).** Deputado Beto Mansur. Brasília, p. 2-24, dez. 2016. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7D020345342F01A5A459A7D69F418083.proposicoesWebExterno2?codteor=1514475&filename=PL+6621/2016>. Acesso em: 19 nov. 2018.

BRASIL, Mises **.O que é o Livre Mercado ?.** 2016. Disponível em : < <https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=52> > Acesso em 09/11/2018

CASTRO, Aldo Aranha de; SIMONE, Genovez. **A APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS DA LIVRE INICIATIVA E DA LIVRE CONCORRÊNCIA COM VISTAS AO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=48af87b587036693>> Acesso em 08/11/2018

CENCI, Ana Righi ;BEDIN, Gabriel de Lima; FISCHER, Ricardo Santi; **DO LIBERALISMO AO INTERVENCIONISMO: O ESTADO COMO PROTAGONISTA DA (DES)REGULAÇÃO ECONÔMICA.** Curitiba. 2018. Disponível em <<http://www.abdconst.com.br/revista5/cenci.pdf>> Acesso em 30/08/2018

COELHO, Fábio Ulhoa. **Princípios do Direito Comercial:** com anotações ao projeto do código comercial. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 34.

CUSTÓDIO, Quezia Lopes Carvalho. **Agências reguladoras e o seu papel no Brasil.**2018. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19192&revista_caderno=4 > Acesso em 02 / 09 /2018

DE CICCIO, Cláudio ; GONZAGA, Álvaro de Azevedo. **Teoria Geral do Estado e Ciência Política.** 3ª ed. Ver. e atual. São Paulo: Editora RT, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 30ª edição, Editora Forense , Rio de Janeiro, 2017, pag. 596-605.

DE OLIVEIRA, Carlos Alberto Barbosa. **Reformas Econômicas na China**. 2018. Disponível em : < [http:// www.eco.unicamp.br/docprod/downarq.php?id=73&tp=a](http://www.eco.unicamp.br/docprod/downarq.php?id=73&tp=a) > Acesso em 09/09/2018

ELIAS RODRIGUES DE OLIVEIRA, Daniel Leite Mesquita. **As Reformas Liberais da Década de 90: as Políticas da “Terceira Via” e o Novo Ambiente Institucional no Setor Sucroalcooleiro Brasileiro**. 2008. Disponível em: <<http://www.anpad.org.br/admin/pdf/APS-A1211.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2018.

FEDERAL, Senado. **PARECER (SF) Nº 1, DE 2018**. 2018. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7883488&ts=1542227085349&disposition=inline>>. Acesso em: 16 nov. 2018

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 27ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª edição, Editora Revistas dos Tribunais , São Paulo , 2016, pag.531-544.

GLOBO,G1. **Telecomunicações lideram ranking de reclamações em portal de defesa do consumidor**. 2016 Disponível em < <https://g1.globo.com/economia/noticia/telecomunicacoeslidera-ranking-de-reclamacoes-em-portal-de-defesa-do-consumidor.ghtml> > Acesso em 14/11/2018

GONÇALVES, M. D. A. P. A .**Gestão Pública sob o novo paradigma da eficiência**. Conteúdo Jurídico, v. 191, p. 01-09, 2012. <. Disponível em ⇨:

<http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/gest%C3%A3o-p%C3%ABlica-sob-o-novo-paradigma-da-efici%C3%Aancia> > Acesso em 13/12/2017

IDEC. **Conheça o Papel das Agências Reguladoras** . Disponível em : < <https://idec.org.br/consultas/dicas-e-direitos/conheca-o-papel-das-agencias-reguladoras> >
Acesso em 13/11/2018

JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. **Agências reguladoras: Legalidade e Constitucionalidade**. 2018. Disponível em : < <http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/agencias/agenciasreguladoras.pdf> > Acesso em 23/10/2018

LUCAS, Adriano S. **Top 10 maiores empresas de telecomunicações do mundo**. 2018. Disponível em: <<https://top10mais.org/top-10-maiores-empresas-de-telecomunicacoes-do-mundo/>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

MACHADO, Ralph. **Projeto altera a legislação sobre agências reguladoras**. 2018. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/537786-PROJETO-ALTERA-A-LEGISLACAO-SOBRE-AGENCIAS-REGULADORAS.html>>. Acesso em: 19 nov. 2018.

MANSUR , Rodrigo. **A livre concorrência como um fator chave para a evolução do mercado**. Disponível em : < <https://rodrigofs20.jusbrasil.com.br/artigos/343923381/a-livre-concorrenca-como-um-fator-chave-para-a-evolucao-do-mercado> > Acesso em 13/11/2018

MARTINS, Márcio Sampaio Mesquita. **A legitimidade da criação normativa das agencias reguladoras**. 2018. Disponível em : < <http://www.ambito->

juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8867 > Acesso em 04/11/2018

MORAES, Alexandre de. **Agências reguladoras**. In: MORAES, Alexandre de. (org.). **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002

MOURA, Elizângela. **Princípio da Liberdade de Iniciativa e sua Importância para o Sistema Capitalista**. Disponível em : < https://elizangelarmoura.jusbrasil.com.br/artigos/565405875/principio-da-liberdade-de-iniciativa-e-sua-importancia-para-o-sistema-capitalista#_ftn2 > Acesso em 06/11/2018

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, pag. 60-85 ,19ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 1994

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

NETO, José de Andrade Mota. **Modos de atuação do Estado na economia e a Constituição de 1988 sob a perspectiva de mercado**.2018. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18648&revista_caderno=9 > Acesso em 05/09/2018

NOTÍCIAS, Câmara. **Medida provisória cria a Agência Brasileira de Museus**. 2018. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/EDUCACAO-E-CULTURA/563206-MEDIDA-PROVISORIA-CRIA-A-AGENCIA-BRASILEIRA-DE-MUSEUS.html>> Acesso em 16. nov. 2018

PROCON . **Lista de reclamações no Procon de todo país.** 2018 Disponível em : <
<https://www.procononline.com.br/reclamacoes-no-procon/> > Acesso em 14 /11 /2018

SENADO. **Tarifas altas e serviços de telefonia ruins são criticados no Conselho de Comunicação.** 2017 Disponível em <
<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/04/03/tarifas-altas-e-servicos-de-telefonia-ruins-sao-criticados-no-conselho-de-comunicacao> > Acesso em 14/11/2018

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo.** 19. ed. rev. atual. e ampl.
São Paulo: Malheiros, 2001

TELECO. **Operadoras de Celular no Brasil.** Disponível em : <
<http://www.teleco.com.br/opcelular.asp> > Acesso em 16/11/2018

WIZIACK, Júlio; CAMPANHA, Diógenes; MATHAIS, Andreza. **Empresa acusa Anatel de negociar decisões.** 2013. Disponível em:
<<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2013/02/1234847-empresa-acusa-anatel-de-negociar-decisoes.shtml>>. Acesso em: 16 nov. 2018