CONCORRÊNCIA EM MERCADO REGULADO: A AÇÃO DA ANP

PEDRO DUTRA

1. Regulação econômica. — 2. Poder econômico: existência e uso. — 2.1. Abuso do poder econômico. — 3. A Defesa da livre concorrência. — 3.1. Concorrência e abuso do poder econômico. — 3.2 Repressão e prevenção ao abuso do poder econômico. — 4. Concorrência e regulação. — 4.1. Defesa da livre concorrência e regulação. — 5. Regulação: disciplina legal. — 5.1. Atividade econômica. — 6. Regulação e livre concorrência. — 7. A regulação do mercado de petróleo. — 7.1. ANP: regulação e promoção da concorrência no mercado de petróleo. — 8. Ação regulatória e concorrência no mercado de petróleo: Portaria ANP 116/2000. — 8.1. Subsistência da Portaria ANP 116/2000.

1. Regulação econômica

Regular é disciplinar por meio de regra[1]. Em sentido largo, é o conjunto de regras editadas com o propósito de disciplinar determinada matéria, o que permite o emprego do vocábulo para referir a disciplina dos mais variados campos de incidência de normas legais. O adjetivo *econômico* refere *atividade econômica*, identificando a finalidade da regra especialmente editada: disciplinar determinada atividade econômica, mais precisamente, determinado mercado, ou seja, área geográfica onde bens e serviços são ofertados e procurados, e os agentes nele atuantes.

A regulação econômica voltou-se inicialmente aos serviços que afetam o interesse público, *utilities* na terminologia do direito norte-americano — aos serviços ditos públicos, conforme o direito brasileiro. Na ordem jurídica brasileira, como na norte-americana e outras, a regulação alcança, contudo, outros mercados além daqueles de prestação dos chamados serviços públicos, tais os de petróleo e gás, valores

1 Regular, do latim *regulare*, regrar, dirigir, de *regula*, regra, lei. Cf. *Novíssimo Dicionário Latino-Português*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1905. p. 1017; Moraes Silva, Antonio de. *Dicionário da língua portuguesa*. 7. ed. Lisboa: Typographia de Joaquim Germano de Souza Neves, 1877. p. 577; NASCENTES, Antenor. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1932. v. 2, p. 682.

mobiliários, medicamentos etc., mercados nos quais igualmente sobreleva o interesse público, isto é, o interesse transindividualizado, sobre o interesse privado. A literatura jurídica e a econômica norte-americanas aplicam o termo regulação à disciplina da livre concorrência, aí em seu sentido largo, advertidos contudo seus autores das distinções existentes — finalidade e meios — entre a função da regulação econômica e a da defesa da livre concorrência, embora ambas sejam formas de intervenção estatal no domínio econômico, como adiante será visto.[2]

A regulação econômica — *regulação* de ora por diante — pressupõe a edição de regra — lei — especial, a identificar o mercado objeto da regulação; bens ou serviços (por vezes ambos) que o integram; agentes econômicos, pessoas físicas ou jurídicas, estas sob controle privado ou estatal, nele atuantes; e o órgão administrativo, especial ou não, ao qual lei especial outorga competência para executá-la — para *regular* o mercado em causa.

Historicamente, dois fatores determinaram a regulação de mercados e a criação de órgãos reguladores especiais: a incapacidade de a dinâmica dos mercados frustrar o abuso do poder econômico cometido pelos agentes neles atuantes, exibam ou não os mercados situações monopólicas, e assim a impossibilidade real de os mercados por si regularem-se[3]; e a incapacidade de o Poder Executivo, a partir de órgãos de sua estrutura tradicional — presidência da república, ministérios, departamentos, secretarias etc. — promover a regulação sob critérios exclusivamente técnicos — isto é, na forma da Lei, estreme de injunções políticas — e com razoável celeridade[4].

2. *Poder econômico: existência e uso*

Poder econômico é a soma de meios, de natureza econômica, que habilita o agente a agir no mercado em que atua. Todo agente que atua em mercado — pessoa

2 Sobre o conceito de *utilities* e serviço público, ver Caio Tácito: cf. TÁCITO, Caio. *Panorama do direito norte-americano e de outros países*. In: _____. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 213 e ss.; e *Presença norte-americana no direito administrativo brasileiro*. in: *Temas de direito público* (estudos e pareceres). Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1, p. 13 e ss. Sobre a história da intervenção estatal no domínio econômico, ver VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico:* o direito público econômico no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

3 A esta incapacidade chama a doutrina econômica de "falha de mercado" (*market failure*), fator, entre outros, a justificar a regulação desses mercados. "Many of the rationales for regulating can be described as instances of 'market failure'. Regulation in such cases is argued to be justified because the uncontrolled market place will, for some reason, fail to produce behaviour or results in accordance with the public interest." (in BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. *Understanding regulation*: theory, strategy, and practice. New York: Oxford University Press, 1999. p. 9). Sobre fatores determinantes da intervenção estatal no domínio econômico, v. LA SPINA, Antonio; MAJONE, Giandomenico. Teoria della regolazione. In: *Lo Stato regolatore*. Bologna: Il Mulino, 2000. p. 117.

4 Cf. DUTRA, Pedro. *Novos Órgãos Reguladores: energia, petróleo e telecomunicações*. Revista do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo. São Paulo, v. 4, n. 3, p. 38, mar. 1997.

jurídica ou pessoa física — exerce — usa — *o poder econômico* de que dispõe; daí a expressão corrente, consagrada no direito norte-americano e recebida pelo direito brasileiro, *poder econômico de mercado* (*economic market power*). O uso *do* poder econômico — *do*, porque necessariamente identificado ao seu titular, que o exerce ou pode exercê-lo — não é apenas legítimo, senão indispensável à subsistência competitiva de seu detentor, pois é pelo exercício do seu poder que ele buscará a preferência de quem procura bens e serviços, que oferta, no mercado em que atua.[5]

2.1. Abuso do poder econômico

A reprimir, porém, o *abuso* do poder econômico, ou seja, o seu uso perverso por seu titular, em seu proveito, em detrimento imediato de terceiro competidor; o abuso do poder econômico importa, necessariamente, em uma transferência indevida de renda, de uma renda arbitrariamente auferida porque não decorrente do livre jogo das forças de mercado[6]. O abuso do poder econômico, ao corromper a ordem econômica, coarcta o direito de livre iniciar — de livre empreender — e de livre concorrer que constitucionalmente assiste a toda pessoa física ou jurídica, e que são o desdobramento objetivo, no plano econômico, das liberdades e garantias individuais. A convergência das doutrinas do abuso do direito e do abuso do poder econômico não escapou a REALE:

> "*As teorias do 'abuso de direito' e do 'abuso de poder' desenvolveram-se em esferas distintas, respectivamente, do Direito Privado e do Direito*

5 A doutrina econômica usualmente define o poder econômico a partir de seu exercício, fórmula influente em boa parte da doutrina jurídica recente, embora imprecisa a esse fim. Há poder quando há meios à disposição do seu detentor que o habilite à ação, exerça-o o seu detentor ou não. Esta capacidade, a possibilidade, de o detentor do poder econômico agir interessa já ao Direito, e não apenas a ação — o exercício do poder econômico — em si, ainda que os concorrentes tomem como objeto de seu interesse imediato o exercício do poder econômico de mercado, porque é ele dá causa à maioria dos fatos substanciais do mercado sob o regime de livre concorrência. As regras de defesa da concorrência, inclusive a brasileira, alcançam o poder econômico como fonte potencial, e não apenas atual, de atos de mercado, ao dizer, por exemplo, que a integração do poder econômico *poderá*, pelo simples fato da concentração do poder econômico, e não apenas pelo seu exercício abusivo, ter efeitos concorrenciais negativos (artigo 54 da Lei 8.884/94). E, ainda, que será punido ato abusivo do poder econômico, mesmo que seus efeitos não sejam alcançados, (art. 20, lei citada). Cf. BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 170.

6 A serviço da identificação do fato infrativo — o *fato* do abuso do poder econômico — a análise econômica assim se direciona: "For purposes of antitrust analysis, the crucial distinction is not between market power and monopoly power, but between two fundamentally different ways in which a firm or group of firms may exercise anticompetitive economic power — raising one's own prices (classical Stiglerian power) or raising competitor's cost (exclusionary Bainian power)." KRATTENMAKER, Thomas G.; LANDE, Robert H; SALOP, Steven C. *Monopoly power and market power in antitrust law*. In: FIRST, Harry; FOX, Eleanor M.; PITOFSKY, Robert (Ed.) *Revitalizing antitrust in its second century:* essays on legal, economic, and political policy. New York: Quorum Books, 1991. p. 191.

Público, mas, aos poucos, vieram convergindo no sentido de uma compreensão por assim dizer complementar.

Essa crescente correlação dos dois conceitos verificou-se em virtude da alteração operada na estrutura da nova sociedade industrial, onde o Estado passa cada vez mais a exercer funções de empresário e, de outro lado, grandes empresas privadas, quer através de monopólios, quer graças a entendimentos oligopolísticos, realizam tão poderosas concentrações de capital que o *'exercício de direitos subjetivos' se converte, na realidade, em' exercício de poder econômico' com características antes inexistentes.*

Dada essa complementaridade, por compreensível necessidade de se preservarem valores sociais e individuais, mesmo o *'exercício 'de um direito ou de um poder, anteriormente considerado 'normal' segundo os parâmetros individuais dominantes, passa a ser considerado irregular ou ilícito, seja pelo dano acarretado, seja pela gritante desproporção surgida entre a titularidade do direito e as prerrogativas e privilégios que ela proporcionaria a alguns em detrimento da coletividade.*

Resulta dessa mudança substancial no complexo das circunstâncias objetivas a necessidade de se situar, sob novo prisma, e segundo critérios mais concretos de legalidade e de justiça, o eriçado problema do abuso do poder econômico, tendo-se em vista as garantias individuais."[7] (grifos no original)

A guarda do direito de livre iniciar — de empreender — e de livre concorrer motivou o legislador especializar a repressão e a prevenção do abuso do poder econômico[8], e a sua disciplina atendeu a dois planos da experiência: o primeiro, geral, a compreender todos os mercados econômicos, e o segundo, especial, visando, adicionalmente, alguns mercados, aqueles cujas características morfológicas exigem disciplina própria. Ao primeiro plano — a todos os mercados de bens e serviços — destina-se a regra de defesa da livre concorrência, a ser cumprida pela repressão e prevenção ao abuso do poder econômico; ao segundo, dirigem-se as leis voltadas à regulação econômica, a alcançar os mercados singularizados por um perfil estrutural que os tornam refratários à livre concorrência[9], embora sobre esses mercados incida, advirta-se, também a regra de defesa da livre concorrência.

7 REALE, Miguel. *Abuso do poder econômico e garantias individuais*. in: FranceschinI, José Inácio Gonzaga; FranceschinI, José Luiz Vicente de Azevedo (Org.). *Poder econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985. p. 523.

8 Nos exatos termos da Lei 8.884/94: "art. 1°. "Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico."

9 "The classic economic case for extensive regulation of price, investment, service and other managerial decisions of an industry is the inherently noncompetitive situation." *in* PHILLIPS, Charles F. Jr. *The regulation of public utilities*: theory and practice. Virginia: Public Utilities Reports, 1993. p. 51. E Reagan: " 'Economic (sometimes called 'business') regulation is generally used to cover most of the older, traditional regulatory areas in which the price of the product or

3. A defesa da livre concorrência

A Constituição Federal elevou a livre concorrência a princípio regente da ordem econômica (artigo 170, inciso IV)[10], dispondo a seguir que "*a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros*" (artigo 173, § 4°). A Lei, especial, é a de n° 8.884/94, que "*dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica orientada pelos ditames constitucionais de liberdade e iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.*" (art. 1°)

Atendendo à norma constitucional de defesa da livre concorrência, o legislador ordinário outorgou competência ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE — para promover a prevenção e a repressão ao abuso do poder econômico[11], e definiu o campo de aplicação da Lei "*às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.*" (artigo 15).

Desdobrando o princípio constitucional regente da ordem econômica, tem a Lei 8.884/94 por finalidade defender a livre concorrência por meio da repressão e prevenção do abuso do poder econômico, nos mercados onde bens e serviços são ofertados e procurados por agentes econômicos — pessoas físicas e jurídicas — independentemente da forma e da natureza da sua organização, e da titularidade do seu controle, privado ou estatal, do mercado onde atuam, sob regime de monopólio legal ou não, ou, ainda, do índice do poder econômico que nele exibem tais agentes.

service and the authority to enter or leave the industry are the main objects of regulation: the public purpose is to protect the economic interests of consumers from monopoly exactions, and in terms of quality and quantity of service...' ". in Regulation: the politics of policy. Boston: Little, Brown and Co., 1987. p. 17-18; *apud* PHILLIPS, Charles F. Jr. op. cit. p. 31.

Esta situação evidenciou-se inicialmente nos mercados de serviços destinados a grandes contigentes de usuários, tais os de transportes, telecomunicações, etc., nos quais surgiram inexoravelmente, em razão da estrutura desses mercados, formações empresariais monopólicas, daí a expressão monopólio natural.

10 Art. 170: "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IV — livre concorrência;"

11 Lei 8.889/94 — "Art. 7° Compete ao Plenário do CADE:

I — zelar pela observância desta Lei e seu Regulamento e do Regimento Interno do Conselho;

II — decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei;

(...)

XII — apreciar os atos ou condutas, sob qualquer forma manifestados, sujeitos à aprovação nos termos do art. 54, fixando compromisso de desempenho, quando for o caso;"

Em conseqüência, a conduta de todos os agentes econômicos presentes em todos os mercados de bens ou serviços, em relação ao poder econômico que exerçam nesses mercados, acha-se sob a disciplina da Lei 8.884/94, que articula o princípio constitucional da livre concorrência.

3.1. Concorrência e abuso do poder econômico

Concorrer é correr junto, é disputar a preferência de quem procura bem ou serviço ofertado. Essa disputa deve se dar sem estorvo, livre do abuso do poder econômico, diz a Constituição Federal em seu artigo 173, § 4°, regra que não conhece exceção, alcançando os monopólios legais, suscetíveis ou não de exploração privada, nos termos do citado artigo 15 da Lei n° 8.884/94, e os mercados regulados.

Claro o desígnio do legislador constitucional: na ordem econômica, o abuso do poder econômico, que perverte a livre concorrência, deve ser obrigatoriamente reprimido e prevenido.

Poder econômico, como visto acima, é a soma de meios materiais e não materiais, de natureza econômica, de que o agente dispõe e emprega no exercício de sua atividade ordinária. A titularidade e o uso desse poder econômico são legítimos. Todos aqueles que estão presentes na ordem econômica, atuantes em mercado de bens e serviços, são estimulados, pela própria dinâmica do mercado competitivo, a aumentar a sua capacitação, o seu *poder econômico de mercado*.

A reprimir, o *abuso* do poder econômico, ou seja, o seu uso perverso, que vise, diz a Lei, à *"dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros"* (art. 173, § 4°, citado)[12]. *Dominar mercado* é fazer-se senhor dele, e assim poder ignorar a ação oposta pelos concorrentes; age o dominador como se, só, atuasse no mercado, impondo preço e volume do produto ou serviço que oferta, assim assenhorando-se do mercado em que atua. A expressão *domínio* (ou *dominação*) *de mercado*, corrente no direito comunitário europeu, corresponde à expressão *poder monopólico* — *monopolistic power* — empregada no direito norte-americano; ambas têm o mesmo sentido, de ação incontrastada, indiferente às forças do mercado, por parte da empresa que se fez senhora do mercado. *Eliminar a livre concorrência* aí está em sentido largo — por qualquer forma prejudicá-la; *livre* aí está por fluente, sem desvios, a dizer onde não há estorvo à concorrência causado pela ação abusiva dos disputantes. *Aumento arbitrário de lucros* é a majoração desarrazoada, resultado de uma prática abusiva; arbitrário pois lucro que não guarda relação com a paga do esforço competitivo liso, e sim deriva de uma conduta abusiva.

Como acima apontado, no plano econômico a infração à ordem competitiva significa, sempre, uma transferência indevida de renda. No plano jurídico, agravo

12 Sobre a origem da fórmula legal de abuso do poder econômico, inscrita inicialmente na Constituição Federal de 1946, veja-se a minuciosa exposição de SHIEBER, Benjamin M. *Abusos do poder econômico*: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1966.

frontal ao direito de livre empreender e de livre concorrer, direito que constitucionalmente assiste a toda pessoa, física ou jurídica, seja na qualidade de agente empreendedor e agente concorrente, seja na qualidade de sujeito do direito de haver, na ordem econômica, um mercado que assegure tal estado de liberdade econômica, guardado sempre na forma da Lei.

3.2. Repressão e prevenção ao abuso do poder econômico

O abuso do poder econômico está à base das condutas infrativas à ordem concorrencial, enunciadas, não exaustivamente, no artigo 21, da Lei 8.884/94, e a sua repressão faz um dos objetos da Lei de defesa da concorrência, o outro a sua prevenção.

Disciplinada a repressão ao abuso do poder econômico, por meio da sanção às condutas infrativas, evidenciou-se ao legislador que a excessiva concentração de poder econômico em mãos de um agente econômico, havida por meio da integração empresarial, faz com que ele propenda a conduzir-se de forma abusiva; maior a soma do poder econômico de mercado concentrado em uma empresa, maior, diz a experiência, a probabilidade de esse poder ser abusivamente empregado. Em conseqüência, a integração do poder econômico, promovida por meio de negócio jurídico, qualquer a sua forma, firmado por duas ou mais empresas antes independentes, tornou-se objeto de análise prévia por parte do órgão administrativo de defesa da concorrência, que avalie se os efeitos da concentração do poder econômico, irradiados desse ato de integração empresarial e projetados sobre o mercado concorrencial afetado, serão capazes de prejudicar a livre concorrência ou resultar em domínio do mercado[13].

Note-se, todavia, a distinção que se impõe: é suscetível ao controle preventivo do órgão de defesa da livre concorrência a integração econômica de duas ou mais empresas antes independentes, promovida à margem da disputa concorrencial; ao contrário, a concentração que resulta da disputa concorrencial: esta é a paga da eficiência competitiva. Ou seja, o poder econômico somado no curso da disputa concorrencial lisa traduz a eficiência competitiva da empresa que o detém, traduz a preferência que o consumidor lhe vota; aquele formado à margem da disputa concorrencial tem sua eficácia condicionada à verificação legal de seus possíveis efeitos concorrenciais.

13 "Art. 54. 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.

(...)

§ 3º Incluem-se nos atos de que trata o *caput* aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais)."

A prevenção e a repressão ao abuso do poder econômico complementam-se na defesa da livre concorrência, e são promovidas igualmente nos mercados especialmente regulados.

4. Concorrência e regulação

Há, portanto, mercados em que a livre concorrência pode ser alcançada razoavelmente, aplicada a regra geral de repressão e prevenção ao abuso do poder econômico — e estes são a maioria dos mercados — e há os mercados — em número reduzido, mas significativos em termos sociais e econômicos — que necessitam regulação especial, pois a estrutura deles é hostil à livre concorrência, e por tal razão neles a prevenção ao abuso do poder econômico deve se dar liminarmente por meio da ação permanente de órgão da administração pública — órgão dito regulador — ação que, somada a ações diretoras também atribuídas a este órgão promover é o meio mais eficiente e isento de se promover nesses mercados a livre concorrência.

Em um e outro caso, a realidade dos mercados informa a finalidade da Lei, pois não se há de cogitar de concorrência perfeita, na qual inexista a necessidade de prevenção e repressão ao abuso do poder econômico, senão a concorrência possível, e esta a finalidade que deve a Lei, como faz a brasileira, buscar. Em uma palavra, não há concorrência perfeita a dispensar a disciplina legal dos mercados[14], ou a ser por força desta alcançada, como mostra Stigler[15]. E em mercados caracterizados por forte e direta intervenção estatal, a afirmação da livre concorrência é ainda mais lenta; embora em estágio mais avançado do que a brasileira, a economia italiana ressente-se da mesma característica, como mostra Ramajoli:

> "*Il nuovo strumento di disciplina nel campo economico fornito dalla legislazione antitrust sorge con l'affermarsi del principio concorrenziale. Questo principio ha tardato ad emergete e ad imporsi nel nostro ordinamento, próprio a causa degli altri strumenti di disciplina utilizzato in campo economico: la presenza, in numerosi settori, di una struttura di mercato caratterizzata da un monopolio pubblico legale eliminava alla radice i problemi*

14 Note-se que a auto-regulação, que se pretenda praticar em determinados mercados, tem caráter tópico e não afasta a incidência da norma de defesa da concorrência. Aliás, deve-se repelir a assimilação, por vezes encontrada na doutrina, entre auto-regulação e defesa da livre concorrência: esta só se dá, de forma duradoura e isenta, na forma da Lei, pois a experiência mostra, como exposto acima, que os mercados são incapazes de, pela ação exclusiva de seus agentes, reprimir o abuso do poder econômico; ao contrário, inexistente a repressão, estes tendem a cometê-lo.

15 "The concept of perfect competition, or indeed any theoreticaly precise concept of competition, will not be met by the actual conditions of competition in any industry. John Maurice Clark made the most influential effort to create a concept of 'workable competition' which would serve as a working rule for public policies which seek to preserve or increase competition." (STIGLER, George. *Competition*. In: EATWELL, John; MILGATE, Murry; NEWMAN, Peter (Eds.). *The new palgrave*: a dictionary of economics. London: Macmillan; New York: Stockton Press, 1998. v. 1. p. 535.

di tutela della concorrenza, mentre un capitalismo industriale cresciuto mediante gli aiuti statali risultava fondato su principi opposti a quelli del libero mercato e, del resto, lo stesso concetto di programmazione economica è antitetico a quello di mercato e di tutela della libertà di concorrenza. Non ponendosi il problema della concorrenza, non si poneva neppure il problema di una disciplina di questa." [16]

4.1. Defesa da livre concorrência e regulação

Embora a *defesa da livre concorrência* e a *regulação econômica* persigam no ordenamento jurídico brasileiro a mesma finalidade primária — reprimir e prevenir o abuso do poder econômico nos mercados de bens e serviços — e assim sejam conceitos complementares no plano doutrinário e integrem um mesmo subsistema normativo (a disciplina legal da ordem econômica), elas não se confundem. Como exemplifica Campilongo ao analisar os limites da ação do órgão de defesa da concorrência e a dos órgãos reguladores:

> *"(i) não pode o CADE (...) inovar, modificar ou criar regulação diversa daquela do agente com capacidade para tal; (ii) o CADE não é instância reguladora nem tampouco esfera administrativa de julgamento da regulação de terceiros; é, isto sim, órgão de adjudicação adstrito à matéria concorrencial; (iii) entre a atividade regulatória das agências setoriais e a função preventiva e repressiva desempenhada pelo CADE na defesa da livre concorrência há relação de complementariedade e não de exclusão ou de conflito de competências."* [17]

Elementos salientes na distinção necessária entre defesa da livre concorrência e regulação são os que constituem os objetivos exclusivos desta, tais a determinação (não apenas a fixação) de preços dos bens e serviços regulados, a promoção legal da livre concorrência nos mercados estruturalmente a ela hostis e a expansão induzida desses mercados, que compete ao órgão regulador cumprir. Estes objetivos distinguem a função regulatória da defesa da livre concorrência: expressamente não compete ao órgão de defesa da concorrência a determinação dos preços de bens e serviços, a promoção direta da livre concorrência e a expansão dos mercados, objetivos estes acreditados à dinâmica dos mercados concorrenciais (nos quais o abuso do poder econômico seja reprimido e prevenido) e não à defesa da livre concorrência[18]. Por exemplo, a ação regulatória, ao determinar preço de bem ou

16 In RAMAJOLI, Margherita. *Attività amministrativa e disciplina antitrust*. Milano: Giuffrè 1998. p. 3.

17 Ato de concentração nº 08012.004550/99-11, Requerentes Integral Holdings S/A e Companhia de Gás do Estado de São Paulo (COMGÁS), Conselheiro-relator Celso Fernandes Campilongo. Julgado em 28 de março de 2001.

18 Se efetiva a repressão e a prevenção ao abuso do poder econômico, a livre concorrência ver-se-á promovida, isto é, afirmada, sendo esta, tenha-se sempre em conta, a concorrência possível.

serviço visa prevenir o exercício do poder monopólico ou oligopólico, busca, ao fim, prevenir o abuso do poder econômico que decorre dessa situação de mercado; aí se identifica com o objetivo da defesa da livre concorrência; mas a ação regulatória dá-se por meio diverso daquele empregado na defesa da livre concorrência, em que a determinação de preços é deixada ao mercado, no qual o abuso do poder econômico seja reprimido e prevenido.[19]

A ação regulatória dá-se em caráter marcadamente preventivo, em razão da estrutura peculiar do mercado regulado, que exibe forte, senão monopólica, concentração de poder econômico e portanto baixa, ou nenhuma, densidade competitiva; a ação regulatória procura prevenir ou reduzir os efeitos de mercado negativos próprios a esse estado — preços abusivos, oferta reduzida, baixa qualidade e defasada atualização tecnológica dos bens e serviços ofertados — e busca também promover a concorrência criando ou estimulando a rivalidade entre competidores e abrir o mercado à entrada de novos disputantes. Esta finalidade ampla da ação regulatória explica a competência de editar normas infra-legais que a Lei atribui ao órgão regulador para dispor, especial e circunstancialmente, sobre a estrutura concorrencial do mercado sob sua jurisdição, que dá forma à sua ação diretiva antes referida.

A esta altura, pode-se concluir que a intervenção estatal no domínio econômico, em relação à atividade dos agentes nos mercados de bens e serviços, visa precipuamente reprimir e prevenir o abuso do poder econômico, e esta função faz objeto comum à defesa da livre concorrência e à regulação econômica, o que confere às normas especiais que as prescrevem o caráter complementar que exibem, na articulação devida, que guardam, com as regras que disciplinam a ordem constitucional econômica.

5. Regulação: disciplina legal

O artigo 174 da Constituição Federal atribui ao Estado a qualidade de "*agente normativo e regulador da atividade econômica*" e diz que lhe cabe "*exercer, na forma da Lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado*". Nos mercados regulados e nos demais mercados econômicos — nos mercados de bens e serviços em seu conjunto — tem lugar a *atividade econômica*, desenvolvida pelos agentes

19 Há, portanto, na experiência brasileira, preços determinados pela livre concorrência existente entre os agentes econômicos; preços regulados por órgãos especialmente criados para esse fim, alguns desses órgãos ditos agências reguladoras; preços fixados por outros órgãos da administração pública subordinados ao poder Executivo que somam a outras esta função; preços controlados por órgãos da administração pública subordinados ao poder Executivo, tal o preço dos medicamentos sob controle da Câmara de Medicamentos; e, por fim, preços fixados em razão de, aberta ou velada, pressão exercida por agentes do poder Executivo, inclusive o próprio Presidente da República, baseando-se em julgamento pessoal ou não do agente, como por exemplo, em relação ao preço do gás: "*Acho que dá, preciso ver os cálculos, mas eu acho que dá* (para baixar o preço)". Presidente defende redução no preço do gás. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 28 jul. 2002. p. A11.

no curso de sua função ordinária, sejam os agentes pessoas físicas ou jurídicas, sob controle privado ou estatal, de origem nacional ou estrangeira, e se atuem sob regime de monopólio ou não. Portanto, onde há atividade econômica, há mercado onde ela tem lugar[20], há agente econômico — e assim incide a regra de defesa da livre concorrência, e, em determinados mercados, regra especial de regulação econômica, cabendo a órgãos da administração pública aplicar essas regras.

5.1. Atividade econômica

Não distinguiu o legislador constitucional atividade econômica que permita qualificá-la à conta do seu exercício, por empresa sob controle privado ou por empresa sob controle estatal, ou ainda em razão de se tratar de serviço público. Ao contrário, reconheceu igual a atividade econômica que ambas espécies de empresas exercem, ao delas tratar no artigo 173 da Constituição Federal, e, à vista deste fato, submeteu-as ao mesmo regime — privado — à Lei de defesa da concorrência e, se o caso, à regulação econômica. Veja-se o citado artigo 173, que não excepciona empresa sob controle estatal da incidência das normas que disciplinam a ordem econômica, nem qualifica a atividade econômica.

> "Art. 173. *Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta da atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.*
> § 1° A lei *estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem 'atividade econômica de produção ou de comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre':*
> (...)
> II — *'a sujeição ao regime jurídico próprio da empresa privada', inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias*". (grifo nosso)

Estabeleceu, sim, e de forma taxativa, o legislador pressupostos à exploração direta da atividade econômica por empresa sob controle estatal — "*quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo*" — além dos casos já previstos na Constituição. A regra do § 1°, acima, tem por objeto a empresa sob controle estatal que explora atividade econômica, e não por objeto qualificar a atividade econômica que aquela empresa vai exercer. Note-se que o legislador, a propósito, claramente delineia o conceito de atividade econômica, ao

20 A definição corrente de *mercado* diz local onde há venda, atividade comercial. Cf. Ferreira, Aurélio Buarque de Hollanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 1. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975, p. 919; Aulete, F. J. Caldas. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*. Lisboa, 1911, p. 1147; e Houaiss, Antonio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. 1a. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1896.

referir expressamente o seu núcleo, a "produção (e) *comercialização de 'bens' e 'prestação de serviços'*", os quais em sua variedade identificam os mercados nos quais se tem a atividade econômica que os agentes econômicos, empresas sob controle privado e estatal, desenvolvem.

Em mesma linha, o comando do citado artigo 174, da Constituição Federal:

> "Art. 174. *'Como agente normativo e regulador da atividade econômica', o Estado exercerá na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.*" (grifo nosso)

Ao qualificar o legislador o Estado como agente normativo e regulador "*da atividade econômica*", refere esta em sua integralidade, sem exceção, seja quanto aos mercados de "*bens e serviços*" que a formam (art. 173, citado), seja quanto aos agentes, empresas sob controle privado ou estatal, que a exploram, atuando nos mercados de bens ou serviços.

Portanto, não há distinção em Lei — menos ainda à margem dela — entre atividade econômica que exerçam, de um lado, empresa sob controle estatal, "*empresa pública e de economia mista e suas subsidiárias*", e, de outro, empresa privada, qualquer o objeto social delas, a natureza do bem ou do serviço que ofertem ou procurem. Não há, em relação a elas, especialização de regime jurídico que possa sugerir exceção, qualquer que seja, em favor das empresas sob controle estatal; acham-se elas expostas, como as empresas privadas, à repressão e à prevenção do abuso do poder econômico e à regulação econômica[21].

6. *Regulação e livre concorrência*

O princípio da livre concorrência domina a atividade econômica que tem lugar nos mercados de bens e serviços, indistintamente, inclusive naqueles regulados.[22]

21 Esta situação, de agente econômico ordinário, atuante no mercado, reclama-lhe reconhecimento, publicamente a Petrobras Distribuidora, BR, empresa sob controle estatal: "*O consumidor tem sempre razão, diz uma antiga lei do mercado.*

Mas o mercado, que aliás é formado por quem produz, quem vende e quem compra, também tem outras leis. Uma das mais importantes é a que diz que o mercado é dinâmico, está sempre mudando. Como acaba de mudar, com a abertura à importação de combustíveis. A partir daí, os preços da gasolina, do diesel e do gás liquefeito de petróleo, que durante décadas foram determinados pelo governo, passaram a ser uma decisão comercial de cada produtor ou importador, inclusive da Petrobras. Isto quer dizer que a Petrobras tem que ouvir, atender e respeitar cada vez mais o mercado, seus distribuidores e consumidores.

E no mercado, em qualquer mercado, preços não sobem ou descem pela lei da gravidade ou em função dos nossos desejos. O que move de fato os preços é a lei da oferta e da procura, que é refletida nas cotações." (anúncio publicado pela BR no O Estado de São Paulo, São Paulo, 28 fev. 2002. Caderno Economia, p. B10).

Nestes acha-se expressa a disposição legal de se reprimir o abuso do poder econômico, que a ação regulatória preventiva não frustre, como, por exemplo, preço de serviço ou bem ou serviço ofertado em mercado regulado cuja determinação não seja feita previamente pelo agente regulador e sim deixada aos agentes econômicos, e que, por ação destes, mostre-se abusivo.

A regulação de determinados mercados não inibe, pois, a defesa da livre concorrência e sim a complementa, uma vez que, além da sua defesa, em conjunto com os órgãos especiais, busca a regulação afirmá-la e ampliá-la em mercados a ela refratários.

Ao início, a regulação visava prevenir preços abusivos em mercados dominados por monopólios naturais[23]. Progressivamente, sentiu-se a necessidade de se ampliar a função dos órgãos reguladores; reagiram os legisladores à demanda vinda de camadas da população de baixa renda, por essa razão incapazes de atrair a oferta sobretudo de serviços regulados. Começou-se por estipular em lei o dever de universalização desses serviços, ou seja, a sua extensão àquelas camadas da população, inscrevendo-o o legislador, entre as atribuições do órgão regulador, este dever de natureza predominantemente social.[24] O ciclo de privatizações, inaugurado na Grã-

22 Veja-se, entre outras, a regra do artigo 5°, da Lei Geral de Telecomunicações — 9.472/97.

23 "If the entire demand within a relevant market can be satisfied at lowest cost by one firm rather than by two or more, the market is a natural monopoly, whatever the actual number of firms in it. If such a market contains more than one firm, either the firms will quickly shake down to one through mergers or failures, or production will continue to consume more resources than necessary. In the first case competition is short-lived and in the second it produces inefficient results. Competition is thus not a viable regulatory mechanism under condictions of natural monopoly. Hence, it is said, direct controls are necessary to ensure satisfactory performance: controls over profits, specific rates, quality of service, extensions and abandonments of service and plant, even permission whether to enter the business at all. This set of controls has been applied mainly to gas, water, and electric power companies, where it is known as 'public utility regulation', and to providers of public transportation and telecommunications, where it is known as 'commom carrier regulation'." in POSNER, Richard A. *Natural monopoly and its regulation*. Washington: Cato Institute. 1999. p. 1.

24 A determinação legal de universalização dos serviços de telefonia, foi prevista na primeira Lei que disciplinou o mercado de telecomunicações norte-americano: " '...The communications Act of 1934 defined universal service policy as 'To make available, so far as possible, to all the people of the United States a rapid, efficient Nationwide, and worldwide wire and radio communication service with adequate facilities at reasonable charges.' The same act created the FCC (Federal Communications Commission) charging it with the responsibility to carry out this policy, as well to regulate the telecommunications industry, in general.' (...).

The Telecommunications Act of 1996 considerably expands the definition of 'universal service' to include 'access to advanced telecommunications and information service... in all regions of the Nation, includind low-income consumers and those in rural, insular, and high cost areas... reasonably comparable to those services... and those rates... for similar services in urban areas." (Universal Service. In: NEWTON, Harry. *Newton's Telecom dictionary*. 17th ed. New York: CMP Books, 2001. p. 729-730).

O dever de universalizar a prestação de serviço de telecomunicações, prescrito na Lei 9.472/97, Lei Geral de Telecomunicações (art. 79), encontra seu correspectivo de fundo social, no mercado de petróleo, na atribuição imposta à ANP de garantir o abastecimento de derivados de petróleo em todo território nacional. (Lei 9.478/97, art. 8°, I).

Bretanha na década de 1970, acresceu a função regulatória; evidenciou-se que o simples câmbio da titularidade da empresa, de pública à privada, importaria no simples câmbio da titularidade do monopólio do serviço objeto da ação privatizadora[25]. Em conseqüência, somou-se às funções regulatórias a de promover a concorrência nos mercados regulados privatizados, assistindo ao legislador neste propósito a revolução tecnológica nas áreas de telecomunicações e informática que naquele período expandiam-se aceleradamente, penetrando todos os mercados econômicos[26].

Cresceram assim as atribuições das agências reguladoras, hoje distante a atribuição singular de fixar preços de bens e serviços ofertados em regime de monopólios naturais; a elas hoje compete fixar preços, expandir os mercados sob sua jurisdição — universalização — promover a atualização tecnológica dos produtos e serviços neles ofertados, e neles afirmar e promover a concorrência, sendo esta última atribuição crescentemente vista, com apoio na experiência recente, como a mais significativa cometida ao órgão regulador, no dizer de Beesley:

> "*A preferable alternative to detailed regulation of costs, profits or prices is greater reliance on competition policy.*
> (...)
> *The main aim should be to protect existing and potential competitors likely to be at a disadvantage when competing with a dominant incumbent, who in the past has generally had the advantage of statutory protection, and who even now probably has significant legal and other advantages (e.g. rights of way). Certain practices (e.g. price discrimination, refusal to supply, full-line forcing) should be explicitly prohibited if they are used by the dominant incumbent to eliminate or discipline specific competitors.*"[27]

7. A regulação do mercado de petróleo

A Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, que criou a Agência Nacional de Petróleo — ANP — dispõe que "*a ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo...*". Em verdade, esta é a finalidade da Lei nº 9.478/97 — a regulação do mercado de petróleo em território brasileiro — e não da ANP, órgão administrativo especialmente criado ao qual a lei atribui competência para aplicá-la.

Atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo devem ser entendidas como a ação ordinária dos agentes econômicos presentes no mercado de

25 Um minucioso panorama das privatizações e criação de agências reguladoras, na recente experiência brasileira, é feito por SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização — privatização, concessões e terceirizações*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2000.

26 Cf. Areeda, P.; HovenkamP, H., Antitrust law. *Aspen Law & Business*, New York, NY, v. 1A, p. 21, 1997.

27 in BEESLEY, M. E. *Privatization, regulation and deregulation*. 2nd ed. New York: Routledge. 1997. p. 31

petróleo. *Indústria de petróleo*, isto é, mercado de petróleo[28], é formado pelas atividades descritas no artigo 4°, da Lei 9.478/97[29], — submetidas ao regime de monopólio legal da União, porém admitida a exploração delas sob regime de concessão e autorização à iniciativa privada, nos termos do artigo 5° da mesma Lei[30], articulados aos respectivos dispositivos constitucionais — e pelas demais atividades àquelas atividades relacionadas, não sujeitas todavia ao regime de monopólio.

Quis o legislador ordinário explicitar a regra igualitária, posta na Constituição Federal, no âmbito do mercado de petróleo, nomeando a empresa sob controle estatal nele presente e antes detentora do exercício do monopólio deste produto:

> "*Art. 61. A Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRAS 'é uma sociedade de economia mista' vinculada ao Ministério de Minas e Eergia, que tem como objeto a pesquisa, a lavra, a refinação, o processamento, o comércio e o transporte de petróleo proveniente de poço, de xisto ou de outras rochas, de seus derivados, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, bem como quaisquer outras atividades correlatas ou afins, conforme definidas em lei.*
> *§ 1° 'As atividades econômicas referidas neste artigo serão desenvolvidas pela PETROBRAS em caráter de livre competição com outras empresas, em função das condições de mercado', observados o período de transição previsto no Capítulo X e os demais princípios e diretrizes desta Lei.*" (nosso grifo)

As atividades referidas no *caput* do artigo acima citado são aquelas próprias do mercado de petróleo, sendo a elas aditadas todas as demais atividades correlatas às expressamente indicadas; pode a PETROBRAS empreendê-las livremente na persecução de seu objeto social, e se há de entender esta empresa de economia mista, e suas subsidiárias, entre aquelas referidas no artigo 173 da Constituição Federal,

28 Traduziu literalmente o legislador nativo a expressão norte-americana "industry", cujo significado em português refere ordinariamente produção de bens; "industry" naquele idioma compreende, em sentido largo, quase toda atividade produtiva e por essa razão pode, no idioma inglês, ser empregada como sinônimo de mercado, como faz Stigler: "The competition of different markets or industries..." (STIGLER, George. Competition. In: EATWELL, John; MILGATE, Murry; NEWMAN, Peter (Eds.). op. cit. p. 532).

29 "Art. 4° Constituem monopólio da União, nos termos do art. 177 da Constituição Federal, as seguintes atividades:

I — a pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluídos;

II — a refinação de petróleo nacional ou estrangeiro;

III — a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV — o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem como o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e de gás natural.

30 "Art. 5° As atividades econômicas de que trata o artigo anterior serão reguladas e fiscalizadas pela União e poderão ser exercidas, mediante concessão ou autorização, por empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País."

"*empresas de economia mista e suas subsidiárias*"; ou seja, a PETROBRAS e suas subsidiárias, que lhe integram o grupo econômico que lidera e assim age no mercado de petróleo.

A esta latitude de empreender fez o legislador corresponder, designadamente, a submissão integral da PETROBRAS à regra da livre concorrência; a sua ação dar-se-á em disputa com todas as demais empresas presentes no mercado de petróleo, nos termos ordinários deste mercado, isto é, em regime de *livre competição com outras empresas, em função das condições de mercado*, este, é certo, sob regulação da ANP.

7.1. ANP: regulação e promoção da concorrência no mercado de petróleo

Cumprem os órgãos reguladores três funções essenciais: aplicar a lei especial que disciplina o mercado regulado nela definido; expedir normas infra-legais, disciplinando, no âmbito da lei especial, a ação dos agentes presentes no mercado regulado; sancionar infrações à Lei, às normas infra-legais e às obrigações contratuais, cometidas por agentes sob sua jurisdição, que compõe o quadro normativo do mercado regulado.

Atendendo ao princípio constitucional da livre concorrência que, como visto acima, condiciona toda a atividade econômica — e assim todos os mercados de bens e serviços — o legislador vinculou expressamente a disciplina do mercado de petróleo à livre concorrência — desde a formulação das diretrizes de "Política Energética Nacional", a cargo do Conselho Nacional de Política Energética, à ação regulatória a ser exercida pela ANP:

> "*CAPÍTULO I — Dos Princípios e Objetivos da Política Energética Nacional*
> *Art. 1º As políticas nacionais para o aproveitamento racional das fontes de energia visarão aos seguintes objetivos:*
> (...)
> *IX — promover a livre concorrência;*"

À ANP cabe cumprir a Lei 9.478/97 e as "*políticas*" — em verdade diretrizes — que articulem os objetivos fixados no artigo 1º da referida lei, cuja formulação cabe ao referido Conselho, nos termos do artigo 2º, da mesma lei[31], e estas "*políticas*"

31 "Art. 2º Fica criado o Conselho Nacional de Política Energética — CNPE, vinculado à Presidência da República e presidido pelo Ministro de Estado de Minas e Energia, com a atribuição de propor ao Presidente da República políticas nacionais e medidas específicas destinadas a:

I — promover o aproveitamento racional dos recursos energéticos do País, em conformidade com os princípios enumerados no capítulo anterior com o disposto na legislação aplicável;

II — assegurar, em função das características regionais, o suprimento de insumos energéticos às áreas mais remotas ou de difícil acesso do País, submetendo as medidas específicas ao Congresso Nacional, quando implicarem criação de subsídios;

III — rever periodicamente as matrizes energéticas aplicadas ás diversas regiões do País, considerando as fontes convencionais e alternativas e as tecnologias disponíveis;

deverão visar obrigatoriamente a promoção da livre concorrência. A este propósito, vinculou o legislador a ação da ANP, ao por como dever seu implementar tais "*políticas*", aquelas cometidas ao Conselho formular:

> "*Art. 8º A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, cabendo-lhe:*
> 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;*" (grifamos)

Em mesma linha, especificou o legislador:

> "*Na execução de suas atividades, a ANP observará os seguintes princípios:*
> IV — regulação pautada na livre concorrência...". (art. 3º, Anexo I, Decreto 2.455/98)

Regulação aí está em sentido lato, a dizer a função regulatória em seu todo, compreendendo as funções executivas, repressivas e normativas da ANP, e, portanto, não apenas esta última, cumprida pela edição de normas infra-legais pela Agência[32].

Desdobrando os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, aplicou-os o legislador ao mercado de petróleo: alinhou todos os agentes em posição de igualdade e os submeteu à disputa concorrencial. E fixou, como uma das finalidades da regulação do mercado do petróleo, a promoção e a afirmação da livre concorrência, a este propósito vinculando a ação do Conselho Nacional da Política Energética Nacional e a ação da ANP.

IV — estabelecer diretrizes para programas específicos, como os de uso do gás natural, do álcool, do carvão e da energia termonuclear;

V — estabelecer diretrizes para a importação e exportação, de maneira a atender as necessidades de consumo interno de petróleo e seus derivados, gás natural e condensado, e assegurar 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 nº 8.176, de 8 de fevereiro de 1991.

§ 1º Para o exercício de suas atribuições, o CNPE contará com o apoio técnico dos órgãos reguladores do setor energético.

§ 2º O CNPE será regulamentado por decreto do Presidente da República, que determinará sua composição e a forma de seu funcionamento."

32 Uma vez que a regulação caracteriza-se pela disciplina legal de um determinado mercado, a descrição da função do órgão ao qual cabe promovê-la, é, muitas vezes, impropriamente reduzida à função de expedir regras — regular, em sentido estrito. A função regulatória compreende a de fazer cumprir a lei, e sancionar-lhe o descumprimento, variando a intensidade e o momento das funções normativa e sancionadora, devendo ser constante a de fazer cumprir a Lei, que tem por núcleo a fiscalização dos agentes econômicos.

O mercado de petróleo foi aberto ao concurso da iniciativa privada, admitida a exploração das suas atividades principais — pesquisa e lavra de jazidas de petróleo e gás; refino de petróleo; importação e exportação dos derivados de petróleo; transporte marítimo e dutoviário do petróleo e seus derivados e gás natural — sob o regime de concessão e autorização. A estas atividades principais somaram-se, então vantajosamente, as atividades a elas relacionadas e que jamais foram objeto do monopólio estatal. É sobre este mercado, a compreender tais atividades, que se dá a ação regulatória da ANP, tendo sob sua jurisdição a PETROBRAS, esta não mais na qualidade de executora única do monopólio legal, cuja titularidade da União todavia subsiste.

No âmbito deste mercado, exerce a ANP a sua função regulatória. Em sua articulação ao princípio constitucional da livre concorrência e sua defesa, dispõe a Lei 9.478/97, incumbir à ANP, ao "*tomar conhecimento de ato que possa configurar indício e infração da ordem econômica*", cometido no mercado de petróleo, o dever de comunicá-lo à Secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça, que deverá instaurar e instruir processo administrativo para apurar violação à Lei 8.884/94, cuja decisão cabe ao CADE; assim como cabe à ANP opinar, no âmbito de análise de ato de integração de poder econômico promovida pelos órgãos de defesa da concorrência, quando este ato envolver agentes presentes no mercado de petróleo. Note-se que em ambas hipóteses, cuida-se da aplicação da Lei 8.884/94 por parte dos órgãos competentes para aplicá-la.

A função regulatória da ANP, a "*regulação pautada pela livre concorrência*", não se esgota contudo no exercício de sua função auxiliar no cumprimento da lei de defesa da concorrência. Ao contrário, à ANP incumbe o dever de promover a livre concorrência no mercado de petróleo, e a sua atividade acha-se vinculada a esta finalidade, função esta estranha — antagônica mesmo — aos órgãos de defesa da concorrência. Para tanto, vale-se a ANP do seu poder regulamentar — a *regulação*, este o termo da Lei, aqui porém em sentido estrito — para, na medida do possível, afirmar e promover a livre concorrência como visto. Ou seja, não cabe à ANP apenas a função auxiliar de reprimir o abuso do poder econômico, ou de prevenir a sua concentração excessiva decorrente da integração de empresas, mas também a ela incumbe dispor para promover, no mercado de petróleo, a livre concorrência, função preeminente dos órgãos reguladores em mercados privatizados no dizer de duas das maiores autoridades em concorrência nesses mercados, Beesley e Littlechild:

> "*Competition is the most important mechanism for maximizing consumer benefits, and for limiting monopoly power. Its essence is rivalry and freedom to enter a market. What counts is the existence of competitive threats, from potential as well as existing competitors. The aim is not so-called 'perfect' competition; rather, one looks for some practical means to introduce or increase rivalry.*"[33]

33 BEESLEY, Michael; LITTLECHILD, Stephen. *Privatization: principles, problems, and priorities* In: BISHOP, Matthew; KAY, John, MAYER, Colin (Eds.). *Privatization & economic performance*. New York: Oxford University Press. 1994. p. 19.

Hoje, a promoção da livre concorrência é a função que distingue a ação dos órgãos reguladores.

A concorrência pressupõe a rivalidade entre agentes econômicos presentes em um mesmo mercado; nesta rivalidade está a dinâmica competitiva do mercado, porém ela aí não se exaure: é necessário que, no mercado onde esta disputa se dê, seja reprimida a criação de barreira à entrada de novos agentes por parte daqueles já atuantes do mercado.

CAVE é incisivo quanto às vantagens, para o consumidor final, da concorrência, guardada na forma da Lei, sobre a regulação estrita:

> "*Competition involves rivarly among firms for the customer's business across all the dimensions of the service-price, quality, and innovation. Its opposite is a situation in which a single firm can effectively act independently of any competitors and impose a particular offering on the market place. Inevitably, competition is a matter of degree rather than something which is either fully present or absent.*
> (...)
> *As a method for obtaining the best deal for consumers, detailed regulation is seen by many to be inferior to systems allowing competition subject to the safeguards of general competition law.*
> (...)
> *Hence springs the expression: competition is the best regulator. Underlying this proposition is the belief that firms have the strongest incentives to give customers what they want in terms of price and quality of service when they are in competition. In such circumstances firms also have a strong incentive to gain a temporary advantage over their rivals through innovation and the development of new services. Compared with this scenario, the regulation of a monopoly that faces no competition has many disadvantages.*"[34]

Esses fatores — rivalidade e livre acesso — caracterizam o estado competitivo do mercado[35], e a repressão e a prevenção ao abuso do poder econômico guardam esse estado competitivo, que a experiência recente favorece sobre a regulação estrita.

Assim, nos atos que expeça e nas normas que edite, deve a ANP visar afirmar, ou incrementar, a livre concorrência no mercado de petróleo, em todos os seus segmentos, para o fim de aperfeiçoar sua estrutura para se ter uma melhor alocação de recursos e uma maior eficiência tecnológica — e, portanto, uma melhor e mais competitiva oferta — como mostra Hughes:

34 Regulation versus Competition. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. *Understanding regulation*: theory, strategy, and practice. New York: Oxford University Press. 1999. p. 210-211.

35 Demsetz identifica rivalidade à competição, ao dizer: "the concept of competition or rivalry". DEMESETZ, Harold. Why regulate utilities. In: STIGLER, George J. *Chicago studies in political economy*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988. p. 267.

"*Competitive rivalry takes both the form of contests within existing markets, and the form of potential entry into new areas when prospective returns appear relatively attractive. It includes rivalry in terms of price, but also in terms of altered or improved techniques of production or products, and in terms of the provision of information to consumers about products. All these forms of rivalry have consequences for the level and rate of growth of the technical efficiency of production and standards of consumption, for the allocation of resources between industries, and for the evolution of the structures of markets themselves.*"[36]

8. Ação regulatória e a concorrência no mercado de petróleo: Portaria ANP 116/2000

Diz o artigo 12, da Portaria nº 116/2000:

"*Art. 12. É vedado ao distribuidor de combustíveis líquidos derivados de petróleo, álcool combustível e outros combustíveis automotivos o exercício da atividade de revenda varejista.*
§ 1º O *caput* do artigo não se aplica quando o posto revendedor se destinar ao treinamento de pessoal, com vistas à melhoria da qualidade do atendimento aos consumidores.
§ 2º O posto revendedor de que trata o parágrafo anterior deverá atender as disposições desta Portaria e ter autorização específica da ANP, como posto revendedor escola."

Em relação à forma, é a citada portaria ato infra-legal expedido pela ANP; e a matéria que lhe faz objeto é de natureza concorrencial pois afeta a estrutura concorrencial do mercado de petróleo. Não há dúvida quanto à competência da ANP para expedir norma regulamentar, de natureza infra-legal, função própria aos órgãos reguladores, e no caso dessa agência não só previsto em Lei senão vinculada essa função à promoção da concorrência, como se tem no artigo 3º, anexo 1, do Decreto nº 2.455/98, citado, que determina à ANP "*regular pautada na concorrência*".

Regular aí está em seu sentido estrito — editar norma infra-legal — e *portaria* é uma das formas de que esse tipo de norma se reveste, cuja verificação de sua legalidade refere obrigatoriamente a guarda de seus limites, isto é, se a norma infra-legal circunscreve-se ao âmbito da norma que lhe serve de fundamento legal. A propósito dos limites que deve a norma infra-legal expedida por órgão regulador — em verdade, por órgão da administração pública — observar, escrevemos:

36 HUGHES, Alan. *Competition policy, in*: EATWELL, John; MILGATE, Murry; NEWMAN, Peter (Eds.). op. cit. p. 551.

"*A subordinação de uma norma regulamentar aos termos da Lei é integral; esta encontra o seu âmbito no interior da Lei, ou na fração deste âmbito que a Lei lhe reservar. Se a Lei não indicar quais as matérias que podem fazer objeto de normas reguladoras, ou não excluir as matérias além daquelas que indicou, a matéria delas será a matéria da Lei, não podendo, em qualquer hipótese, as normas regulamentares alterarem, acrescendo-as ou suprimindo-as, as disposições da Lei; podem apenas particularizá-las, explicitá-las. Quer dizer, às normas regulamentares é permitido somente desdobrar as disposições da Lei objetivando-as.*"[37]

A Lei 9.478/97 e o referido Decreto nº 2.455/98 fixaram a matéria que o ato infra-legal, a referida Portaria expedida pela ANP, desdobra — *regular pautada na livre concorrência* — ao particularizar sua aplicação ao mercado sob jurisdição da ANP: vedar a integração vertical dos mercados de distribuição e revenda de derivados de petróleo. A Portaria não acresceu, não alterou, não exorbitou, enfim, o conteúdo da lei e do decreto: dispôs sobre matéria própria à livre concorrência, o controle preventivo da concentração do poder econômico. E, ainda, não alterou, o que lhe seria igualmente vedado, a Lei 8.884/94, senão abriu, exclusivamente no mercado de petróleo, no segmento de distribuição e varejo de seus derivados, uma exceção, não para afastar a incidência desta norma, ou para alterar-lhe comando seu. Em verdade, a regra contida na Portaria citada proíbe, negando curso aos seus efeitos, a celebração de negócio jurídico de integração vertical, isto é, qualquer negócio jurídico que, de entre seus efeitos, tenha o de integrar empresas postas em segmentos conexos, um *a montante* — o distribuidor de derivados de petróleo — e outro *a jusante* — o varejista desses produtos — e assim concentrar-lhes o poder econômico.

Como visto acima, o controle da concentração do poder econômico de duas ou mais empresas é matéria concorrencial e se constitui na função preventiva, ao lado da função repressiva, atribuída aos órgãos incumbidos de aplicar essa lei. São três os tipos de integração: horizontal, vertical e conglomerada. Dá-se a primeira quando empresas antes independentes e atuantes no mesmo mercado relevante integram-se. Vertical é a integração de empresas atuantes em mercados conexos, situada uma à montante e a outra à jusante; por exemplo, produtora e distribuidora de um mesmo bem. Diz-se conglomerada a integração de duas empresas de mercados absolutamente distintos; esta forma de integração, por raramente trazer efeitos anticoncorrenciais, não constitui hoje, no entendimento corrente dos órgãos de defesa da concorrência, objeto de sua ação preventiva.

A finalidade do artigo 12, citado, da Portaria nº 116/2000, é proibir a integração vertical seja aquela que resulte de negócio jurídico que tenha por figurantes empresa distribuidora de derivados de petróleo e empresa que os revenda, seja a verticalização promovida pela expansão de linha de negócio, no caso, a constituição de empresa revendedora por empresa distribuidora, seja, ainda, a atuação desta, por qualquer

37 DUTRA, Pedro. *O poder regulamentar dos órgãos reguladores*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro n. 221, p. 247, jul./set. 2000.

forma, no segmento de revenda varejista. Entendeu a ANP, deduz-se da regra, que a integração, qualquer a sua forma, entre os segmentos de distribuição e de revenda de derivados de petróleo, poderia trazer efeitos concorrenciais negativos à livre concorrência no mercado de derivados de petróleo, e concluiu por proibi-la liminarmente, vedando aos distribuidores e varejistas a celebração de negócio jurídico de que resulte a verticalização entre esses agentes econômicos. Não há exceção estipulada na regra citada, alcançando assim a proibição a todas as empresas atuantes em ambos os segmentos.

Por outras palavras, demonstrada indispensável à defesa da livre concorrência a prevenção do abuso do poder econômico que possa resultar da concentração do poder econômico, tida por excessiva, esta concentração poderá, excepcionalmente, ser vedada ou condicionada, pelo órgão regulador, se assim legalmente autorizado — este é o caso presente — que, para tanto, poderá proibir que jurisdicionados seus — os agentes atuantes no mercado sob sua jurisdição, no caso as empresas atuantes no mercado de petróleo — realizem negócio jurídico do qual resulte integração do poder econômico.

Note-se que a proibição destina-se aos agentes em determinada situação, que estão em posição de realizar negócio jurídico de integração vertical do poder econômico de que disponham, esta a finalidade da Portaria; esta não tem por finalidade, portanto, alterar norma de defesa da concorrência, e sim disciplinar, preventivamente, uma dada situação no mercado sob o qual tem a ANP competência para disciplinar, pautada nos princípios da livre concorrência. Há, na hipótese aqui examinada, atenção à regra da livre concorrência por parte da ANP, que lhe vincula a atividade, como, de resto, a de todos os demais órgãos administrativos de intervenção no domínio econômico.

8.1. Subsistência da Portaria ANP 116/2000

A proibição expressa na Portaria sem dúvida importa em uma restrição à liberdade de iniciativa e de concorrer; negado curso aos efeitos de negócio jurídico de integração de empresas, surge nítida a restrição ao direito de propriedade, restrição esta contudo admitida em Lei. Atende-se, em restrições dessa natureza, à função social da propriedade, sobre as prerrogativas amplas do seu exercício privado; como já pudemos observar:

> "*Essa exceção ao pleno exercício do direito da propriedade é admitida no direito brasileiro e acha o seu fundamento no princípio constitucional da função social da propriedade, disposto em linha com os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa, princípios complementares entre si e regentes da ordem econômica, a dizer prevalecer, eventualmente e na forma da Lei, a atribuída função social da propriedade sobre o pleno exercício das prerrogativas a ela inerentes, e ordinariamente asseguradas nas regras de direito privado ao titular do bem.* (...)

A qualificação excepcionante indica a limitação, estendida à ordem econômica, ao exercício do direito de propriedade; e, como todas as demais formas de intervenção estatal na ordem econômica, está disposta em Lei, em cumprimento à regra do artigo 174 da Constituição Federal."[38]

Como visto, à ANP cabe agir, e assim editar normas infra-legais, pautada pelo princípio da livre concorrência, e o controle da concentração do poder econômico, função de caráter preventivo, é uma das formas ordinárias de defesa da livre concorrência, explicitamente prevista em Lei. Nesse contexto, enquadram-se as normas infra-legais expedidas por órgãos reguladores, que fixem proibição de integração do poder econômico. Tal a Portaria ANP nº 116/2000, e seu artigo 12.

Contudo, a proibição liminar de concentração econômica, que pode a Lei atribuir competência ao órgão regulador promover, não é incondicionada: vincula-se liminarmente à demonstração efetiva, pelo órgão regulador, de que, se admitida, tal concentração impediria, ou comprometeria, precisamente a afirmação de livre concorrência no mercado em causa, cuja estrutura ordinariamente apresenta-se concentrada.

A concorrência não é um simples contexto de negócios, mas sim um processo dinâmico, que reage às alterações dos mercados, de estrutura dos mercados, de conduta dos agentes e dos hábitos dos consumidores. Por conseguinte, as normas que tenham por finalidade disciplinã-las ou que visem afirmá-la, alcançam uma realidade em permanente câmbio, com maior ou menor intensidade, o que requer do órgão regulador não apenas editar normas, mas acompanhar as alterações que ocorram no mercado, na sua estrutura, na conduta de seus agentes e nos hábitos dos consumidores, para que as normas que edite, visando a afirmação e a preservação da livre concorrência, e nesse contexto especialmente as de proibição, não venham a ser superadas ou surjam já vencidas, e assim acabem por ter efeito diverso, senão inverso, àquele visado.

A extensão do poder regulamentar aos órgãos reguladores tem, precisamente, a finalidade de dotá-los de meios de disciplina expedita e minudente dos mercados econômicos sob sua jurisdição, o que o processo legislativo ordinário não alcançaria prover. Essa elasticidade do poder normativo tem, como visto, o seu limite na Lei que estende este poder ao órgão regulador; é no âmbito da Lei que deve o órgão regulador exercer seu poder normativo, e de forma e a tempo para que ele se mostre apto a atender à realidade dos mercados regulados em toda a sua dinâmica, para realizar a sua finalidade inexa de promover a concorrência no mercado sob sua jurisdição.

Por outras palavras, a ação normativa, de caráter restritivo, é ação, por princípio excepcional porque contraposta à afirmação da livre concorrência, esta uma finalidade permanente do órgão regulador.

38 in DUTRA, Pedro. *Desagregação e compartilhamento do uso de rede de telecomunicações.* Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 226, p. 148, out./dez. 2001.

Portanto, se, de um lado, é competente a ANP para expedir regras como a do artigo 12 citado, de outro, é dever seu verificar, em caráter permanente, a subsistência das condições do mercado que lhe motivaram a edição da regra de proibição, para avaliar, no quadro da realidade concorrencial, a oportunidade e a conveniência da permanência dessa regra. Insubsistente aquelas condições de mercado, deve a ANP revogar a regra de proibição que expediu, excepcional e preventiva, remanescendo, porém, o controle ordinário das integrações empresariais, ao qual todas as empresas atuantes no mercado de petróleo estão submetidas, sem exceção.

Bibliografia consultada

AREEDA, P.; HovenkamP, H., *Antitrust law*. Aspen Law & Business, New York, NY, v. 1A, 1997.

Aulete, F. J. Caldas. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*. Lisboa, 1911.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. *Understanding regulation*: theory, strategy, and practice. New York: Oxford University Press. 1999.

BEESLEY, Michael E. *Privatization, regulation and deregulation*. 2nd ed. New York: Routledge. 1997.

_____; LITTLECHILD, Stephen Littlechild. *Privatization: principles, problems, and priorities* In: BISHOP, Matthew; KAY, John, MAYER, Colin (Eds.). *Privatization & economic performance*. New York: Oxford University Press. 1994.

BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Conselheiro-relator. Ato de concentração nº 08012.004550/99-11 — Requerentes Integral Holdings S/A e Companhia de Gás do Estado de São Paulo (COMGÁS). Julgado em 28 de março de 2001.

DEMESETZ, Harold. *Why regulate utilities*. in: STIGLER, George J. Chicago studies in political economy. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

DUTRA, Pedro. *Desagregação e compartilhamento do uso de rede de telecomunicações*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 226, out./dez. 2001.

_____. *Novos Órgãos Reguladores: energia, petróleo e telecomunicações*. Revista do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo. São Paulo, v. 4, n. 3, p. 38, mar. 1997.

_____. *O poder regulamentar dos órgãos reguladores*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro n. 221, jul./set. 2000.

O Estado de São Paulo, São Paulo, 28 fev. 2002. Caderno Economia, p. B10.

Ferreira, Aurélio Buarque de Hollanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 1. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.

Houaiss, Antonio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 1896.

HUGHES, Alan. Competition policy. In: EATWELL, John; MILGATE, Murry; NEWMAN, Peter (Eds.). *The new palgrave: a dictionary of economics*. London: Macmillan; New York: Stockton Press, 1998. v. 1.

KRATTENMAKER, Thomas G.; LANDE, Robert H; SALOP, Steven C. *Monopoly power and market power in antitrust law*. In: FIRST, Harry; FOX, Eleanor M.; PITOFSKY, Robert (Ed.) *Revitalizing antitrust in its second century:* essays on legal, economic, and political policy. New York: Quorum Books. 1991.

MAGALHÃES, Agamemnon. *Abuso do poder econômico*: Projeto de Lei regulando a aplicação do art. 148 da Constituição Federal. Recife: Ed. Folha da Manhã, 1949.

Moraes Silva, Antonio de. *Dicionário da língua portuguesa*. 7. ed. Lisboa: Typographia de Joaquim Germano de Souza Neves, 1877.

NASCENTES, Antenor. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1932. v. 2.

Novíssimo Dicionário Latino-Português. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1905.

PHILLIPS, Charles F. Jr. *The regulation of public utilities*: theory and practice. Virginia: Public Utilities Reports, 1993.

POSNER, Richard A. *Natural monopoly and its regulation*. Washington: Cato Institute. 1999.

Presidente defende redução no preço do gás. O Estado de São Paulo, São Paulo, 28 jul. 2002. p. A11.

RAMAJOLI, Margherita. *Attività amministrativa e disciplina antitrust*. Milano: Giuffrè 1998.

REALE, Miguel. *Abuso do poder econômico e garantias individuais*. in: FranceschinI, José Inácio Gonzaga; Franceschini, José Luiz Vicente de Azevedo (Org.). *Poder econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985.

Regulation *versus* Competition. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. *Understanding regulation*: theory, strategy, and practice. New York: Oxford University Press. 1999.

SHIEBER, Benjamin M. *Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1966.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização — privatização, concessões e terceirizações*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2000.

LA SPINA, Antonio; MAJONE, Giandomenico. *Teoria della regolazione*. in: *Lo Stato regolatore*. Bologna: Il Mulino, 2000.

STIGLER, George. Competition. in: EATWELL, John; MILGATE, Murry; NEWMAN, Peter (Eds.). *The new palgrave*: a dictionary of economics. London: Macmillan; New York: Stockton Press, 1998. v. 1.

TÁCITO, Caio. *Panorama do direito norte-americano e de outros países*. in: _____. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975.

_____. *Presença norte-americana no direito administrativo brasileiro*. in: *Temas de direito público* (estudos e pareceres). Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1.

Universal Service. in: NEWTON, Harry. *Newton's Telecom dictionary*. 17th ed. New York: CMP Books, 2001. p. 729-730.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.*