

A POSSIBILIDADE DE CAPTURA DAS AGÊNCIAS: FORMAS DE CONTROLE E RESPONSABILIDADE CIVIL DOS SEUS AGENTES – UMA ANÁLISE DO CASO CONCRETO – COELCE

Robério Fontenele Carvalho¹

Herika Janayna Bezerra de Menezes M Marques²

O presente estudo pretende fazer uma análise da atuação das agências reguladoras e seus agentes ante a perspectiva de captura de tais autarquias especiais pelos entes do setor econômico, buscando compreender, se diante do poder do mercado subsistira a independência desses entes da administração indireta, ou, se seus agentes serão cooptados e em tal hipótese qual a responsabilidade destes agentes e quais as formas de controle existentes para evitar tal cooptação.

Considera, portanto, no primeiro item desse estudo a possibilidade de captura das agências reguladoras observando o fato de que dificilmente resistirão a pressões da administração e do setor regulado. A análise da atuação das agências reguladoras encontra-se fundamentada em dois casos específicos: o setor elétrico e setor das telecomunicações, dentro dos limites de suas atuações, demonstrando a falta de sintonia destas agências com os consumidores, apresentando uma prestação de serviço fiscalizatório e regulatório viciada.

Detecta-se um “diálogo surdo” entre agências e a sociedade, onde a administração parece não compreender os interesses dos administrados, por se encontrarem distante da sociedade, encasteladas em refrigerados gabinetes, afastadas da função que lhes foi outorgada pelo legislador.

Esses vícios de atuação podem ser compreendidos a partir do entendimento de Freitas (2007, p.31) ao afirmar que:

¹ Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – Professor de Direito do Consumidor e Direito Administrativo.

² Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – Professora de Direito Civil.

O que importa nesse contexto é frisar a necessidade de os órgãos públicos observarem nas suas decisões os parâmetros contidos na ordem de valores da constituição, especialmente dos direitos fundamentais, o que assume especial relevo na esfera da aplicação e interpretação de conceitos abertos e cláusulas gerais, assim como no exercício de atividade discricionária.

A atividade desenvolvida pelas agências, sem dúvidas deve ser voltada a qualidade dos serviços públicos, ao cumprimento do que efetivamente foi avençado nos contratos de concessão, principalmente no que se refere à qualidade, pela modernização modicidade dos preços.

1.1 A melhor escolha administrativa

O Brasil ao adotar o sistema regulatório da atividade econômica, fez opção por um serviço público de qualidade a menores preços, onde deve haver a participação da sociedade, por intermédio dos instrumentos das audiências e consultas públicas, conforme prevê a legislação das agências reguladoras.

Desta forma, as agências devem adotar, para sua atuação, a melhor escolha administrativa visando o interesse da sociedade, dentro daquilo Freitas (2007, p. 38) afirma que somente existe aquela que denominou de melhor escolha administrativa:

- a) porque o sistema administrativo é aberto, isto é, uma rede hierarquizada pelo interprete, sem normas estruturadoras que prescindam da interpretação;
- b) porque não se aplica a logica do ‘tudo-ou-nada’ em nenhuma parcela do Direito, dado que a lógica dialética ocorre no plano dos princípios e das regras, sendo a diferença entre ambos sobretudo de carga argumentativa e de função hierárquica, dado que, por definição as regras devem servir aos princípios constitucionais;
- c) porque até a ‘versão fraca’ da tese da ‘única’ resposta correta guarda pontos de conexão com os equívocos da ‘versão forte’ da jurisprudência dos conceitos, sendo o mais impressionante a busca de certezas supressoras da liberdade.
- d) porque, embora sem cair no ceticismo birrónico, o reconhecimento da relativa ‘autonomia’ do objeto não pode acarretar a perda da noção de intersubjetividade no processo de aplicação das disposições legislativas, impossível o objetivismo extremado, por mais meritórios que tenham sido os esforços na elaboração de cânones hermenêuticos, com semelhante desiderato;
- e) porque o direito administrativo só se sintetiza de modo tópico-sistemático (= interação caso/sistema), não havendo campo do ordenamento onde ocorra subsunção automática, excludente dessa interação.

Para que ocorra sempre a melhor escolha, se observa o pensamento Miragen (2011, p. 88), onde, segundo o autor, as audiências e consultas públicas são elementos necessários para que o sistema de regulação da economia se dê de modo a assegurar a estabilidade do mercado diante de variantes que possam influenciá-lo, com a adequação dos serviços públicos ao

desenvolvimento econômico:

Tanto a regulação dos serviços públicos, quanto a regulação da atividade econômica *stricto sensu*, do que se trata é de assegurar a observância do princípio democrático sob dois aspectos: a) adoção de mecanismos institucionais que assegurem a participação dos cidadãos (usuários) de serviços públicos e cidadãos (agentes econômicos e consumidores) partes das relações estabelecidas no âmbito de atividade econômica em geral, dos processos de tomada de decisão regulatórios; b) assegurar por meio de controles externos à atividade de regulação (especial no controle judicial), a razoabilidade e vinculação da decisão regulatória ao interesse público e as diretrizes legais e constitucionais correspondentes.

O ideal era que essas audiências públicas, como instrumentos de transparência, fossem capazes de efetivamente possibilitar a participação da sociedade na formulação das políticas de interesse público.

Muito embora exista previsão legislativa, a participação popular se dá de forma muito restrita, em razão da não existência de meios eficazes de atração dos consumidores e suas associações representativas, notando-se, nesse sentido, que as empresas reguladas utilizam sempre a regulação em seu próprio proveito, por serem detentores das informações - que muitas vezes tem origem nelas próprias -, do conhecimento técnico e científico sobre a matéria objeto de sua atividade, além da assessoria econômica e jurídica cuja atuação é capaz de fazer surgir situações que lhes são absolutamente favoráveis no campo econômico.

1.2 Do risco de captura das agências

Não obstante doutrina utilize a expressão “captura” para indicar a cooptação da agência de forma a atuar na proteção e defesa dos interesses dos setores empresariais regulados, se observa nessa pesquisa que essa captura pode ocorrer por duas maneiras diferentes, sendo a primeira delas exercida pelo Poder executivo e a segunda pelo mercado regulado.

1.2.1 Pelo Poder Executivo

A primeira forma que se admite existir, se apresenta como menos complexa e de menor nocividade social, visto que, a captura das agências pelo Poder Executivo, pode ser compreendida como a formação de um ajuste de seu caráter técnico a determinado controle político, cuja extensão não se pode valorar nessa pesquisa.

Entretanto vale lembrar que as agências foram instituídas como autarquias especiais, sem obediência hierárquica aos ministérios aos quais se vinculam as atividades por elas reguladas.

Portanto estes entes autárquicos foram criados dotados de independência para não sofrer qualquer influência que retire sua autonomia, que por certo, as afastaria do caráter de atuação técnico-científico, como forma de controle de metas pré-fixadas de modernização e desempenho das atividades cuja regulação é de sua competência.

A tentativa de captura pelo Executivo se evidenciou pela criação em 2003 de um Grupo Interministerial de Trabalho para propor medidas para o aperfeiçoamento das agências reguladoras.

A atuação do grupo gerou o Relatório de Análise e Avaliação do Papel das Agências Reguladoras no Atual Arranjo Institucional Brasileiro (BRASIL, 2012, *on-line*), que encontrou sinteticamente as seguintes conclusões: a) que as agências eram essenciais “para o bom funcionamento da maior parte dos setores encarregados da provisão de serviços públicos, com reflexos positivos no resto da economia”; b) que existia alto risco de captura das agências reguladoras; c) que sua independência poderia criar dificuldades para o mercados.

Historicamente o país se encontrava no início do primeiro mandato do Ex-Presidente Luís Inácio Lula da Silva e os diretores das agências ainda tinham o mandato outorgado pelo Ex-presidente Fernando Henrique Cardoso. Do referido Relatório (2012, p.11) destaca-se:

O distanciamento com relação ao Poder Executivo pode dar origem à negligência da autoridade do regulador para como outros fortes atores políticos do Executivo e Legislativo. Ela pode também reduzir a confiança na força da entidade e na significância do seu trabalho. A ausência de confiança do mercado na instituição, cujo propósito é sobrepujar as deficiências do mercado. Por sua vez, impede-o de supervisionar e regular o mercado efetivamente.

Em segundo lugar, pode ser argumentado que, sendo menor e mais focalizada que um ministério, a instituição regulatória independente é mais vulnerável à captura. Isso, mais uma vez, pode ser uma questão de percepção, mais do que realidade [...]

Uma terceira fraqueza de estruturas regulatórias independentes é, paradoxalmente, relacionada a sua força. Há possibilidade de uma agência independente poder tornar-se tão forte, ou ‘tão independente’ que venha a se comportar como um poder quase independente dentro do Estado. Se não contida, uma entidade independente pode ir além do papel visado para ela ao tempo de sua criação, ensejando a necessidade de medidas restritivas e corretivas por parte do legislador.

Importa destacar que esse Relatório de Análise e Avaliação do Papel das Agências Reguladoras no Atual Arranjo Institucional Brasileiro (BRASIL, 2012, *on-line*), teve como coordenador o então Ministro da Casa Civil José Dirceu, de deletério comportamento ético na administração pública.

Apesar de se referir ao risco da captura das agências pelo setor econômico regulado, o relatório inaugurava a ideia da captura pelo Executivo. Restando como única alternativa

contra essas tentativas de captura pelo Executivo o mandato fixo dos diretores das agências, conforme art. 6º da Lei 9.986/00 e sua consequente inamovibilidade e a criação de quadro técnico funcional de empregados, contratado mediante concurso público.

1.2.2 Pelo setor econômico regulado

A regulação econômica tem como causa justificadora a eficiência do mercado em setores caracterizados pela concentração de poder econômico, de forma a obter o melhor resultado da relação entre produtores e consumidores, delimitados pelo objeto de cada regulação, visando, ainda, estimular a concorrência de forma a minorar deficiências mercadológicas, incidindo sua atuação sobre os monopólios, monopólios naturais ou quase monopólios, como é o caso do petróleo, das telecomunicações e da distribuição de energias elétrica.

À regulação cabe administrar antagônicos interesses dos atores do setor regulado, de tal sorte que restem geridos de forma equânime os interesses da sociedade e dos entes regulados, como forma de assegurar a supremacia do interesse público sobre qualquer outro interesse.

A captura, portanto, ocorre quando, o regulado se valendo do seu poder econômico, passa a interferir na regulação, determinando o comportamento administrativo que deve ser adotado pelo agente regulador.

Tal influência que resulta da captura, não corresponde necessariamente à corrupção, muito embora não se deixe de admitir tal possibilidade, podendo decorrer da assimetria da informação, o que Salgado (2005, p. 9-10) classifica como seleção adversa, quando trata da expressão captura:

[...] foi cunhada para retratar o problema do vínculo de dependência que se forma entre regulador e regulado. Entre eles existe uma questão básica, a assimetria de informação (e problemas associados). O regulado, na medida em que desempenha diretamente a atividade econômica, dispõe de informação – sobre custos, principalmente, e condições de operação – que o regulador só obtém de segunda mão, por meio do próprio regulado. O regulador pode ser levado a tomar decisões contrárias às suas intenções de zelar pelo interesse público por não dispor de informações adequadas ou por ser pressionado a tomar decisões em uma direção ou outra. É o que se convencionou chamar de seleção adversa. Hoje em dia, entretanto, esse risco ‘abrange também a relação entre regulador e governo, ou seja, o governo também pode ser sujeito dessa captura’.

Mitigada a autonomia das agências, surge o risco da captura que pode levar a atuação do ente regulador a dar prevalência aos interesses dos grupos econômicos em detrimento aos dos cidadãos, em atividade inversa a pretendida pelo sistema da regulação. As formas de captura das agências reguladoras são enumeradas na doutrina de Marques Neto (2006, p.89-90) em quatro diferentes espécies:

- a) captura pelo risco de concussão, que ocorre na hipótese de corrupção dos agentes, podendo ser minimizada pela boa escolha dos dirigentes entre pessoas de reputação verdadeiramente ilibada, bem como pela criação de mecanismos de controle, inclusive por parte da sociedade;
- b) captura por contaminação de interesses, que se dá quando o ente regulador assume valores e interesses do regulado como se fossem interesses da coletividade, o que pode ser contornado pela radicalização da transparência e publicidade da atividade regulatória, combinada com envolvimento maior da sociedade;
- c) captura por insuficiência de meios, verificada quando o esvaziamento de recursos materiais, logísticos, financeiros e humanos do regulador inviabiliza a atividade regulatória, convindo lembrar que os regulados normalmente são dotados de forte poder econômico e da estrutura que tal poder proporciona, problema que deve ser contornado pelo reconhecimento da importância da atividade regulatória e pelo provimento de meios suficientes para seu exercício;
- d) captura pelo poder político, que ocorre quando do atrelamento da atividade regulatória aos interesses conjunturais do bloco do poder e às vicissitudes eleitorais, sendo esta, segundo o autor, uma modalidade de captura especialmente perigosa por conduzir rapidamente a um processo de deslegitimação perante os regulados, *a priori*, e depois perante os próprios usuários, podendo ser contornada pela existência de mecanismos legais de reforço à independência das agências e à rejeição de mecanismos de atrelamento, sendo recomendável que as agências se vinculem ao Poder Legislativo por meio de comissões específicas, não ao Executivo.

Entretanto as agências que nasceram para fiscalizar e regular os concessionários não poderiam ficar livres de uma fiscalização, razão pela qual foram criados alguns mecanismos de controle que serão apresentados a seguir.

1.3 Tipos de Controle – Controle Social e Controle Externo

O controle social é aquele realizado por meio das audiências e consultas públicas além dos Conselhos Consultivos. A participação destes mecanismos junto ao ente regulador se dá por meio de representantes de entidades civis, ou pessoas da comunidade, que apresentam suas sugestões de forma a propiciar uma melhor política pública para atuação do regulado.

A participação da sociedade se dá como elemento incrementador da democracia à medida que passa a colaborar com a criação ou modificação da norma reguladora, conferindo-lhe maior força social.

Essa participação tem matriz constitucional, exatamente no art. 37, § 3º da Constituição Federal que, ao disciplinar a Administração Pública, institui a participação dos usuários na administração direta e indireta, de forma a regular, conforme inciso “I” de mencionado artigo, as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços.

A importância de tal matriz constitucional se dá pela colocação da democracia como fundamento de legitimidade da atuação do Estado, que no pensamento de Binenbojn (2006, p. 61) assim se traduz:

A Constituição é o instrumento por meio do qual os sistemas democráticos e de direitos fundamentais se institucionalizam no âmbito do Estado. O processo por meio dos qual os sistemas espraiam seus efeitos conformadores por toda ordem jurídico-política, condicionando e influenciando os seus diversos institutos e estruturas, tem sido chamado de constitucionalização do Direito ou neoconstitucionalismo.

Contudo, não seria o controle social o único a buscar regular e fiscalizar o desempenho das agências, assim, surge o controle externo com vistas a dar uma maior segurança na execução dos trabalhos a elas destinados.

O controle externo da atividade de regulação a que se refere Bruno Miragem pode

ocorrer por intermédio dos Tribunais de Contas, pelo Poder Judiciário o pelo próprio Ministério Público, de tal sorte que, sendo a agência reguladora espécie de autarquia, sem a mínima dúvida está sujeita ao controle destes órgãos, visto que existe a utilização verbas orçamentárias públicas.

Muito embora detentoras de discricionariedade, as agências só poderão discriminar dentro de critérios técnicos, naquilo que Miragen (2011, p.107) chamou de “discricionariedade técnica”, onde existe acentuada restrição à sua liberdade de escolha do titular do poder, sendo que seu juízo de conveniência e oportunidade, somente poderá ser exercido dentro critérios técnicos e científicos e de uma visão estratégica. Fora destes critérios, entende-se existir a possibilidade do controle externo:

Ou seja, de que o espaço de escolha do agente público é restringido por critérios objetivos, que diminuem seu espectro de exame, mediante valoração de conceitos jurídicos que utilizam critérios técnicos de modo que seu controle pelos tribunais observa certa resistência por parte da jurisprudência brasileira e de direito comparado.

O controle das Agências Reguladoras pelos Tribunais de Contas se dá ante a necessidade de cumprimento das normas orçamentárias e de adequada aplicação dos recursos públicos, conforme preceitua o art.70 e o art.71, inciso II da Constituição Federal.

A dimensão desta atividade fiscalizatória dos Tribunais de Contas pode ser observada pela exegese do parágrafo único do mencionado art. 70, que enuncia: “Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumas obrigações de natureza pecuniária”.

Como órgão do controle externo o Tribunal de Contas, na forma do art. 71 da Constituição Federal, é casa auxiliar do congresso nacional destinado à fiscalização financeira, contábil, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta.

Entretanto, se deve observar que a fiscalização dos tribunais de contas somente incide sobre fiscalização financeira, contábil, orçamentária, operacional e patrimonial, não podendo manifestar-se sobre a atividade fim da agência reguladora, assim como também não pode fiscalizar o mérito das decisões administrativas das agências.

O controle das Agências Reguladoras pelo Poder Judiciário se dá em razão de

irresignação de alguém ante a atuação da agência, após o julgamento de recurso hierárquico impróprio, portanto, depois de exaurida a via administrativa.

Ante a impossibilidade de recurso das decisões dos conselhos das agências, entretanto a admissibilidade desse recurso impróprio surgiu pelo parecer 51, lavrado em razão do processo nº 50000.029371/2004-83 em que se deu a aprovação do Parecer nº 04/2006 AGU/MS, (*online*) pelo Presidente da República, se passou a ser aceita a possibilidade de sua interposição.

De uma forma geral, entretanto, tem-se a teor do inciso XXXV, do art. 5º da Constituição Federal, que ninguém será privado de buscar o Poder Judiciário para proteger direito seu que haja sofrido lesão ou se ache ameaçado de sofrê-la.

Portanto, as agências ao realizarem suas atividades normativas, seja no exercício do poder de polícia, ou ainda ao atuar na arbitragem de conflitos, podem ferir direitos de terceiros, razão pela qual, poderão ser submetidas ao crivo do poder judiciário, pois ter suas decisões como intocáveis avilta o Estado democrático de direito.

Entretanto, quando essa lesão a direito resulta da regulação, deriva de um raciocínio lógico que deve primeiro exaurir a possibilidade recursal administrativa, para só posteriormente ingressar pedido de reforma do ato administrativo pela via judicial.

Importa observar ainda que esse controle pelo Poder Judiciário pode acontecer até mesmo sobre as competências discricionárias das agências, dentro daquilo que nessa pesquisa se define como discricionariedade técnica, aquela em que o espaço de escolha do agente público é mitigado por critérios objetivos.

Nesse sentido Justen Filho (2003, p. 590) afirma existir a possibilidade de “invalidar a decisão administrativa quando se evidencie ter sido adotada sem as cautelas necessárias, impostas pelo conhecimento técnico-científico”.

Vale dizer, que a atuação do Poder judiciário não implica substituir a atuação da autoridade administrativa, o que se verifica em tal espécie é se “a autoridade administrativa adotou as providencias necessárias ao desenvolvimento satisfatório de uma competência discricionária”.

O controle pelo Ministério Público decorre de suas competências constitucionais, entre elas a de promover o inquérito civil e a ação civil pública, conforme preceitua o art. 129, III

da Constituição Federal: para proteção dos interesses difusos e coletivos, bem como proteção do patrimônio público e social e meio ambiente.

É, portanto, o Ministério Público detentor da função de fiscalizar a ordem jurídica da regulação em defesa da sociedade. Portanto pelo instrumento da ação civil pública, regulado pela Lei. 7.347/85, o Ministério Público poderá questionar perante o judiciário os atos de cunho regulatórios viciados ou defeituosos.

Não se pode deixar de analisar que os Promotores de Justiça tem ainda competência para instauração do inquérito civil destinado a colheita de prova e informações, e que esse controle poderá ser efetivado, ainda pela ação popular, regulada pela Lei 4.717/65, com a finalidade de ver decretada a nulidade de atos lesivos ao patrimônio ou interesse público.

Destaque-se ainda que o Ministério Público esta legitimado a propor ação por improbidade administrativa, contra gestor público, entre eles os das agências reguladoras na forma do art. 17 da Lei 8.429/92.

Por essas considerações se observa que o controle externo sobre as agências reguladoras se dá, de uma forma geral, por aquelas maneiras já utilizados para combater chagas já existentes na administração pública, obviamente com necessárias adaptações de casos específico.

São velhas falhas da Administração Pública, que somente serão extirpadas mediante a aplicação desses mecanismos de controle, a exemplo a lei da ficha suja, com suas variações estaduais, que retira a possibilidade do improbo participar dos cargos de gestão demonstrando que a democracia está em construção, no âmbito das agências, a chamada “captura” é um risco a idoneidade no desempenho de sua finalidade.

1.4 Repressão ao abuso na ordem jurídica brasileira

Com a privatização das distribuidoras de energia elétrica, o monopólio estatal para distribuição de tal bem, foi sucedido pelo que a doutrina de Castelar (2005, p.276) denomina de “monopólio natural”, ao passo que surge de uma relação vertical entre o monopolista e o seguimento que funciona como monopólio, detentor de cliente cativo que não encontra possibilidade fática de buscar outro fornecedor para abastecer suas necessidades.

Na realidade, em uma visão ideal de mercado, Paixão (2009, p. 343) chama de monopólio privado verticalmente integrado:

A regulação, neste caso, além de levar em conta a necessidade de adequado atendimento aos consumidores, ocupa-se principalmente dos preços cobrados pela energia entregue, e sua fixação procura balancear o interesse dos investidores com o interesse do público em geral, protegendo esses últimos de tarifas abusivas sem reduzir o lucro do agente monopolista a ponto de desestimular novos investimentos ou ameaçar a sobrevivência do negócio.

Neste contexto, se faz necessário analisar a atuação da companhia distribuidora de energia elétrica no Ceará como potencializadora de efeitos anti-competitivos no mercado, por ser de forma exclusiva detentora da distribuição de energia elétrica, monopolizando-a, e em razão disso, criando, conforme se apurará nesta pesquisa, custos artificiais em flagrante prática abusiva, ante a passividade dos entes de regulação do setor.

Muito embora, por ordem constitucional contida no art. 170 da Constituição Federal (1988), seja absolutamente livre a atividade empresarial, o combate a condutas abusivas é previsto na própria carta brasileira.

O art. 173, § 4º ao tratar dos princípios gerais da atividade econômica, taxativamente afirma que, “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação do mercado, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Desta forma, a “Lei Antitruste” é importante instrumento de limitador e repressor do abuso do poder econômico no Brasil ao teor do Capítulo II, Título I, da CF/88 que trata da Ordem Econômica nacional. Com a revogação da Lei 8.884/94, Lei antitruste, que inclusive criou o Conselho Administrativo de Direito Econômico-CADE, encontra-se em vigor Lei 12.529/11, a nova “Lei Antitruste” que mantém o mesmo sentido da anterior e confere maior efetividade e celeridade às decisões administrativas, introduzindo reformas administrativas e alterando infrações e penalidades inerentes ao abuso do poder econômico.

A nova Lei Antitruste, Lei 12.539 de 30 de novembro de 2011 preserva o mesmo sentido da Lei 8.884/94, inclusive por adotar a responsabilidade objetiva para aqueles que violem a ordem econômica.

Ao analisar a Lei anterior Grau (2010, p.213) diz que:

Conferem concreção aos princípios da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico, tudo em coerência com a ideologia constitucional adotada pela Constituição de 1988.

Segundo Mello (2010, p.146):

[...] a lei antitruste pune o abuso de poder econômico e não o poder em si, sempre que o desvio de finalidade é provado pela lei é no uso desse poder, capaz de retirar a competitividade da competição entre concorrentes, impossibilitando assim a eficiência econômica.

Uma das principais características da Lei antitruste, segundo Mello (2010, p.138) é que por “defender o processo de concorrência implica na necessidade de reprimir qualquer tipo de prática que provoque o efeito de restringir esse processo,” buscando desta forma a abusividade para reprimi-la. Muito embora não esteja expresso na Lei, Mello (2010, p.146) destaca:

[...] a caracterização de poder de mercado/posição dominante é condição necessária para poder-se cogitar da ocorrência de uma infração, pois um agente só é capaz de falsear a concorrência ou aumentar arbitrariamente o seu lucro se tiver poder de mercado. O poder de mercado é pressuposto lógico.

A Constituição Federal apresenta a repressão ao abuso do poder econômico com vistas à dominação dos mercados, à eliminação a concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Note-se que assegurar a concorrência é um dos fins sociais do Estado, porque gera a eficiência no funcionamento do mercado, e o chamado “poder de mercado” não deve ser reprimido quando resulta de maior eficiência de um agente com relação a seus competidores.

Sob esta ótica deve ser incentivada a concorrência, para que os competidores busquem angariar mercado por meio de práticas competentes, que certamente ensejarão menor preço, sem que os lucros sejam afetados, pois obtidos por menor custo.

O Art. 175 incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos, prevendo seu parágrafo único que a lei disporá sobre: a) o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; b) os direitos dos usuários; c) política tarifária e d) a obrigação de manter serviço adequado.

A nova Lei Antitruste, Lei 12.539 de 30 de novembro de 2011, da mesma forma que a lei anterior, aplica a responsabilidade civil objetiva às pessoas que por quaisquer atos violem a ordem econômica:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;

b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;

c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;

d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;

VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;

VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;

X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;

XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;

XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;

XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;

XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;

XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e

XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

Observe-se que os § 1º e § 2º, do transcrito art. 36 expressamente admite a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracterizando o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo e, por sua vez, conceitua posição dominante como aquela em uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia, admitindo-a, portanto, quando não exercida com abusividade.

1.5 “Caso Coelce”: um modelo de abuso de direito e de poder econômico

Nesse ponto se faz necessário distinguir se a atuação das distribuidoras de energia elétrica no mercado brasileiro constitui abuso do poder econômico em razão de sua atividade empresarial ser provocadora de distorções no mundo econômico, por embutir altos custos ao produto energia elétrica, prejudicando, de forma “democrática”, pobres e ricos.

De tal entendimento, tem-se que esta prática deve ser combatida pelo Estado-Regulador através de suas autarquias especiais criadas com este fim. Carvalho Filho (2010, p.841-842) analisa o abuso do poder econômico compreendendo-a com ambição desmedida do lucro com total indiferença à justiça social:

Usualmente o abuso do poder econômico, é cometido pela iniciativa privada, na qual alguns setores do empresariado, com ambição desmedida de lucros e total indiferença à justiça social, procuram e executam fórmulas altamente danosas ao

público em geral. Não obstante, estudiosos têm sustentado que, o próprio Estado pode conduzir-se de forma abusiva no setor econômico, principalmente quando atua por intermédio das entidades paraestatais a ele vinculadas e por ele controladas.

Entretanto, há de se observar que as distribuidoras de energia elétrica, atuam no mercado dentro de uma atividade absolutamente lícita, amparada na lei que regula a concessão de serviços públicos, sendo precisamente concessionárias do Estado para a finalidade de prestar o serviço público de distribuição de energia elétrica.

Dentro dessa hipótese em que contratualmente tem a formação do preço de seu serviço estabelecida e tabulada em contrato de concessão pública, após concorrência internacional impõem-se perguntar: Poderá tal empresa praticar abuso do poder econômico?

Na realidade a atividade da distribuidora de energia elétrica do Ceará está amparada na Lei de Concessões e no contrato de concessão de serviços públicos pactuado com o governo do Estado.

Exerce, portanto a empresa desse caso paradigma uma atividade, que a *priori*, pode ser considerada legal, entretanto, no mundo dos fatos, sua atividade, por mais de uma forma, se caracteriza como abusiva.

Desta forma, o fato que a agência reguladora, dentro de sua atividade não consegue encontrar e caracterizar o abuso do poder econômico pela Coelce (COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO CEARÁ), que pratica sua atividade econômica simulando obediência a lei e ao contrato de concessão, fato que realidade não acontece.

A distribuidora de energia comete a prática do abuso do poder econômico sim, por auferir altos lucros desrespeitando os ditames da ordem econômica nacional, fundada no art. 170 da Constituição, que é precisamente o bem estar da sociedade, incidindo naquilo que preceituou Nader (2010, p. 133) como fraude a lei, onde o agente, valendo-se de negócios jurídicos permitidos, visa buscar resultados vedados no ordenamento jurídico.

Ao abusar de seu direito subjetivo de reajuste de preço, a COELCE deixa inequívoco o seu desprezo pelos interesses social, praticando atos escusos.

Nas hipóteses deste caso paradigma, pode ser encontrado o abuso de direito, por meio de uma modalidade diferente, no caso a fraude a lei, pois esse ente regulado, utilizando negócios jurídicos permitidos, para alcançar resultados que são vedados pela lei antitruste.

Na verdade a fórmula de reajuste de preço contida no contrato de concessão é justa e elaborada dentro de perspectivas técnicas capazes de manter o equilíbrio contratual pelas décadas de duração de referido contrato.

Daí o surgimento de um elemento imponderável que nos leva a um segundo questionamento: Como pode uma fórmula justa, que previa preços módicos tornar-se abusiva, de forma a ensejar abuso do poder econômico?

Tal elemento imponderável que leva ao abuso do poder econômico decorre de uma modalidade de abuso. Encontrar esta equação de desvirtuação é ponto crucial deste estudo, visto que, de forma aparente, a distribuidora não haveria cometido qualquer ato ilícito, pois a fórmula de reajuste está prevista no contrato de concessão.

Entretanto a distribuidora maquia seus custos, comprando energia mais cara a empresa componente do grupo econômico a que pertence, criando custo artificial que irá compor a equação da fórmula do reajuste de preço da energia.

Reportemo-nos, pois às regras do Código Civil, para que se chegue ao ponto onde seja evidenciada a prática abusiva da Coelce. O ponto abordado no Título III, Capítulo V do referido diploma legal, ao tratar dos atos ilícitos, que não se resume a classificar como ilícitos apenas os atos referentes a ação ou omissão voluntária, negligencia ou imprudência que venham a causar danos ou violar direitos de outrem.

O Código Civil tipificou como ilícitos também, aqueles atos praticados com o que denominou de abuso de direito em seu art.187 dizendo que: também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Comete abuso de direito àquele que excede os limites impostos pelo fim econômico e social dado a determinado bem, portanto, abuso no nosso ordenamento civil objetivo não relaciona exclusivamente ao exercício irregular de um direito ou de uma prerrogativa individual.

Abuso é a invasão, até mesmo ética, que viola a função limitadora da lei, o princípio da boa-fé objetiva, função social ou econômica contidas na lei. É precisa lição de Gonçalves (2007, p. 459):

[...] o abuso de direito prescinde da idéia de culpa. Ocorre quando agente, atuando dentro dos limites da lei, deixa de considerar a finalidade social de seu direito

subjetivo e o exorbita, ao exercê-lo, causando prejuízo a outrem. Embora não haja em geral violação da lei, o agente desvia dos fins sociais a que se destina.

O art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, também se presta a coibir, o exercício anormal do Direito, determinando ao juiz, na aplicação da lei, o atendimento aos fins sociais a que ela se dirige e as exigências do bem comum.

Portanto, pode caracterizar ilícito o ato abusivo porque o titular do direito se desviou da finalidade social para a qual se destinava seu o direito subjetivo.

A título exemplificativo, se observa que a época da Comissão Parlamentar de Inquérito que a COELCE comprava da TERMOFORTALEZA, empresa do seu mesmo grupo econômico, 33% da energia que revende, a preço cerca de 129% superior aos demais contratos mantidos pela própria concessionária.

Conforme apurado na CPI da Coelce, realizada no âmbito da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará, tal energia não é gerada pela TERMOFORTALEZA, mas adquirida no mercado livre, de origem hidráulica, e revendida com um preço elevado.

Em agosto 2009, o preço da energia no mercado livre custava R\$16,31(dezesseis reais e trinta e um centavos) o MWh e a Coelce compra da TERMOFORTALEZA ao preço de R\$ 160,30 (cento e sessenta reais e trinta centavos) o MWh.

O simples acesso ao sitio <http://www.endesageracaobrasil.com.br>, demonstra que ambas as empresas pertencem ao mesmo grupo econômico.

Ainda se tratando da CPI restou coletado que no balanço da CGTF de 27 de abril de 2009, referente ao exercício 2008, consta claramente que a empresa teve uma despesa com a compra de energia elétrica de R\$ 183 milhões, enquanto a despesa com a compra de gás foi de apenas R\$ 5 milhões, e o valor da energia revendida para a COELCE foi de R\$ 532 milhões. Caracterizando assim um dos mais lucrativos negócios do mundo.

Note-se que o alto valor da energia comprada à termoelétrica serve para influir no custo final do preço cobrado à sociedade.

Ainda da mesma fonte coletamos que os preços no mercado *spot* registrados nos anos de 2004 até hoje, pela CCEE no sub mercado nordeste foram bem inferiores ao contratado pela COELCE e a CGTF (médias anuais no sub mercado nordeste nos anos 2004 – R\$ 41,55

por MWh, 2005 - R\$ 18,52 por MWh, 2006 – R\$ 32,70 por MWh, 2007 – R\$ 94,40 por Mwh, 2008 – R\$ 136,21 e 2009 até o momento R\$ 36,57 por MWh).

O que de fato diferencia o ato ilícito do abuso de direito é a natureza da violação praticada e que está elencada nos art. 186/187 do diploma civil. No ato ilícito puro, a violação se dá quando o indivíduo viola diretamente o que está contido no comando expresso previsto na lei, que reprovava a conduta individual ou coletiva adotada.

No abuso de direito, como é o caso da COELCE o sujeito aparenta agir no exercício de seu direito, entretanto, a prática material do ato viola os limites do direito, impostos pela lei pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

As condutas formadoras do preço da energia elétrica no Estado do Ceará ferem ainda vários dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, conforme restará demonstrado.

Na realidade, antes de qualquer análise, cumpre destacar que por força do art. 5º, XXXII, da Constituição Federal, o direito do consumidor auferiu status de direito fundamental, inerente ao homem e da mulher brasileira.

Na realidade, analisando o que está contido art. 4º, do Código de Defesa do Consumidor, que trata precisamente da Política Nacional das Relações de Consumo, diz que o objetivo desta política é o atendimento das necessidades dos consumidores, [...] a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...]

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

a) por iniciativa direta;

[...]

c) pela presença do Estado no mercado de consumo

[...]

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

[...]

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;

Já o Art. 6º do CDC diz que são direitos básicos do consumidor:

[...]

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

[...]

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Ao se deparar com o abuso de direito praticado pela Coelce, se observa que cabe à ANEEL, na condição de autarquia federal especial, criada para tal fim, intervir na atividade concedida de evitar danos decorrentes do desequilíbrio no contrato de concessão, pela formação abusiva do preço da energia elétrica, exercendo o poder de polícia, típico das autarquias federais, para, por sua atuação eficaz prevenir o abuso, garantindo além de um serviço adequado o preço módico da tarifa de energia elétrica.

Deixando de agir, incidirá na responsabilização civil das agências e dos seus gestores.

1.5 Do comportamento da agência reguladora da energia elétrica

A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) foi criada sob a forma de autarquia especial, pela Lei 9.427/96, com a finalidade de regular as distribuidoras de energia elétrica em razão da privatização destas.

Com a privatização das distribuidoras de energia elétrica, o monopólio estatal para distribuição da energia, foi sucedido pelo que a doutrina conforme já visto anteriormente, chama de “monopólio privado verticalmente integrado”, que surge de uma relação vertical entre o monopolista e o seguimento que funciona.

No monopólio da distribuição de energia elétrica, onde se detém um cliente cativo, não há possibilidade fática de buscar outro fornecedor para abastecer suas necessidades. Diante deste cliente cativo, que não possui outra alternativa, para aquisição do bem que não seja um único fornecedor, no caso o detentor do monopólio da distribuição, qual seja, uma distribuidora para cada Estado da nação, tem-se somente a atuação de um agente regulador rigoroso que seria capaz de reprimir abusos no mercado, fato não acontece.

O fenômeno da captura que se apresenta inevitável ao setor elétrico e da telefonia, que será analisado adiante, pois não decorre exclusivamente da corrupção, mas que pode ocorrer também das informações assimétricas utilizadas, que partem das próprias reguladas.

Desta forma, ainda que a aquisição de energia no Brasil se repouse em circunstâncias antagônicas de comercialização, uma experimentando o livre mercado, praticado pelas distribuidoras de energia, que participam de leilões de venda de quantidade de energia e encontra preços módicos, experimentando a livre concorrência do embate entre as geradoras de energia para realizar suas compras.

De outro lado, no mercado regulado por agência reguladora ineficaz para seus objetivos encontramos consumidores cativos, que se submetem a preços dolosamente maquiados de forma a obter maior valor. Enquanto que, para as distribuidoras existe o livre processo de concorrência de mercado para abastecer, os consumidores de energia são cativos a uma única distribuidora.

Tem-se, portanto que a ANEEL, passa a margem de sua atividade principal de regular o mercado, proteger o consumidor. O que encontramos é um mercado com preços aquecidos e formado artificialmente, isso porque o Governo Federal através Lei 10.848/04, que regula a comercialização de energia elétrica implantou um modelo híbrido.

Por ser distribuição de energia um serviço público, a ausência de atuação da agência reguladora fez com que fosse preservado todo o arcabouço de mercado privado, o sistema elétrico continua a operar segundo as regras do modelo mercantilista de mercado. A energia é tida como se fosse uma simples mercadoria.

Observa-se que o preço obtido pelas concessionárias nos leilões não correspondem aos custos de produção, visto que em casos como o objeto dessa pesquisa a formação de preços é “maquiada”, com a prática do abuso de direito.

Demonstra-se a captura da Agência Nacional de Energia Elétrica pelo fato que o sistema elétrico brasileiro continua sofrer com pelo menos dois problemas gravíssimos. De um lado, a ameaça sempre presente de crise de abastecimento em caso de período poucas chuvas no país. Do outro, a permanente elevação das tarifas, compostas através de elementos constitutivos de custos, customizados para de forma irreal criar um custo maior a ser inserido no cálculo da tarifa de energia elétrica.

Ademais o plano de desenvolvimento do setor 2008/2017(on-line) está constituído em sua grande parte de usinas térmicas, usinas estas movidas a óleo combustível, diesel e carvão mineral, grande parte das quais já contratadas através dos leilões.

Tais fontes são de geração de energia de alto custo e altamente poluente, caminhando desta forma na contramão do que se faz em grande parte do mundo, onde tais usinas geradoras já não podem mais ser construídas.

Pertinentemente a isso, a agência reguladora é incapaz de constatar que no caso cearense, esta energia não é efetivamente gerada pela TERMOFORTALEZA, entretanto compõe grande parte do preço do custo da nossa energia.

1.5 Outro exemplo - O caso das telefônicas

A exploração das telecomunicações em período anterior as privatizações sempre se deu por monopólio do Estado, isso porque entendia-se tratar de setor estratégico para segurança nacional, elemento inerente à própria possibilidade de soberania da nação.

Entretanto, por conta do discurso neoliberal, principalmente da época do presidente Fernando Henrique Cardoso, houve abertura desse setor da economia para a iniciativa privada, pois, defendiam os neoliberais que a prática da intervenção do Estado nessa atividade econômica implicava na falta de desenvolvimento da telefonia e em seu alto custo.

Defendia-se que somente numa atividade em que houvesse livre concorrência haveria a modernização do sistema e queda no preço do serviço.

No caso das telefônicas, por não comportar essa pesquisa análise tão extensa que englobe as concessões de transmissões por satélite, e ainda, que quanto a radio-difusão e televisão, essa sempre foi exercida por particulares, através de concessão estatal, pelo menos em sua grande maioria.

Em razão da privatização da telefonia, a diminuição do Estado no setor das telecomunicações, abrindo o mercado à livre concorrência, de atividades de serviços públicos, que seriam praticadas por particulares, mediante uma concorrência livre, que contaria com a participação do Estado pela regulação.

Por meio dessa pesquisa, concluiu-se que a parte “boa” destas privatizações só se tornou possível ante o enorme desenvolvimento tecnológico experimentado pelo setor. A televisão se tornou digital e essa tecnologia também vem sendo implementada pela radiodifusão de som.

A telefonia pelo sistema celular já opera em várias bandas, o sítio Telco (*on-line*)

aponta as bandas de frequência para telefonia celular no Brasil, de forma que as operadoras podem, além da telefonia móvel, prestar serviços de transmissão de dados e mesmo de TV por assinatura.

Assim, se encontram disponíveis para o celular no Brasil (SMP) frequências nas bandas de: a) 850 MHz, antigas bandas A e B; b) 900 MHz, bandas de extensão utilizadas pelo GSM ; c) 1700 e 1800 MHz, bandas D, E, e, subfaixas de extensão utilizadas pelo GSM e d) 1900 e 2100 MHz destinadas na sua maior parte para sistemas 3G.

Nessa pesquisa, em se tratando dos mercados regulados, que no da telefonia existe uma concorrência regulada, diferentemente do setor da energia, onde há um monopólio privado verticalmente integrado.

Foi justamente essa concorrência do setor da telefonia, que, de certo lhe impôs condição de desenvolvimento tecnológico como forma de sobrevivência das reguladas, podendo ser apurado alguma redução no que se refere ao preço do serviço, porém, igualmente a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, não logrou escapar ao processo de captura, conforme se verá.

O que se vê é uma grave crise na prestação dos serviços de telefonia móvel, caracterizada pelas constantes quedas nas ligações, que leva os consumidores a situação de extremo desconforto emocional.

A situação fática chegou a nível insuportável, visto que a presença da tecnologia, do serviço de telefonia móvel representa significativa importância no dia-a-dia dos consumidores, tanto é assim que, embora com grande atraso, a Agência Nacional de Telecomunicações -ANATEL, determinou a suspensão de vendas de novas linhas telefônicas às maiores operadoras deste serviço.

A venda, entretanto, logo foi retomada mediante demonstração de planos de investimento para a melhoria da prestação de serviços. Portanto a Agência Nacional de Telecomunicações -ANATEL, manteve as suspensão das vendas de novas linhas dessas operadoras por mínimo período de tempo.

Ressalte-se que estas três empresas representam 70% do mercado de telefonia celular no Brasil, e que, a atividade das operadoras de telefonia celular, pela sua falta de qualidade, pode causar danos materiais e morais aos seus utilizadores, daí ter que apurar a existência dessa

responsabilidade, já que o Estado poderá causar danos a seus administrados por meio de duas vertentes diferentes, ação ou omissão.

1.6 A responsabilidade civil nos casos paradigmas

O dever de reparar dano decorrente da conduta omissiva dessas agências, previstas em legislações esparsas que lhes sejam aplicáveis, quer pela falta de atuação, ou pela atuação ilícita delas, que imponham ao cidadão uma violação de ordem material e moral provocadora de danos individuais e, ou coletivos, principalmente por propiciarem abuso do poder econômico e abuso de direito, dos seus fiscalizados, nos casos paradigmas analisados.

O fato é que o dano causado aos consumidores por essas omissões nos casos analisados, geralmente se dá no âmbito do direito coletivo ou difuso, sendo na maioria das vezes impossível individualizar os que foram atingidos pela desídia do agente, que violou o dever de ação do Estado e de seu agente.

A caracterização desses direitos como coletivos, pôde ser apurada em 16.08.2012, no voto 56/2012 (*on-line*) proferido na 662ª reunião do Conselho Diretor da Anatel, onde restou determinado que a prestadora de serviços de telefonia Telemar Norte Leste S.A (Oi) deveria depositar no Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD) o valor correspondente à reparação de danos causados aos consumidores do Estado de Minas Gerais, isso porque no referido caso, o conselho, ao julgar Procedimento para Averiguação de Descumprimento de Obrigações, aplicou à concessionária sanção de R\$ 24.800.000,00 (vinte e quatro milhões e oitocentos mil reais), que deveria, originalmente ser ressarcido a todos os usuários lesados pela tarifação irregular praticada pela operadora

Nos casos aqui analisados, onde o Estado se omite da prestação estatal de determinados atos, são disciplinados pela teoria da culpa administrativa, segundo a qual a responsabilidade civil é subjetiva, entretanto, conforme adverte Cavaliere (2010, p. 241), admite-se a presunção de culpa do Estado, devendo o Estado provar que o serviço operou-se regularmente: face da extrema dificuldade, às vezes intransponível de demonstrar que o serviço se operou de abaixo dos padrões devidos.

Existe a presunção de culpa, Mello (2010, p.1004), afirma que tal presunção não elide o caráter subjetivo desta responsabilidade, pois, se o poder público demonstrar que se

comportou com diligência, perícia e prudência - antítese de culpa -, estará isento da obrigação de indenizar.

Entretanto existe a responsabilidade subsidiária das agências reguladoras em fatos que decorram do objeto da regulação, visto que as prestadoras de serviços públicos por elas reguladas tem personalidade jurídica, patrimônio próprio e capacidade jurídica, além da responsabilidade objetiva que lhes foi atribuída pelo § 6º do art. 37 da Constituição Federal.

A responsabilidade objetiva dos prestadores de serviços sobre concessão pode ser encontrada ainda no Código de defesa do Consumidor, e no art. 36 da Lei 15.539/11, lei antitruste, portanto, na maioria dos casos, será mais vantajoso, ao usuário a aplicação da responsabilidade objetiva em ação que mova contra as reguladas.

Ao analisar essa responsabilidade subsidiária Cavaliere (2010, p. 258) se posiciona dizendo que somente ocorrerá depois de exauridos os recursos da regulada, afirmando que se o Estado escolheu mal aquele a quem atribuiu a execução de serviços públicos, deve responder subsidiariamente caso o mesmo se torne insolvente.

Quanto ao agente público, defende-se sua responsabilização pessoal, quando se omite de realizar ato que é de seu dever, ou que ao fazê-lo o faça mal, sendo negligente, imprudente ou até imperito, por isso deverá ser responsabilizado pessoalmente, até como forma de coibir tais práticas e omissões que devem ser repudiadas pela sociedade.

Essa punição tem como efeito direto inibir o comportamento lesivo à sociedade, pois em comissão não coibiu o aumento abusivo da energia elétrica além dos limites contratuais, ou impediu prática abusiva das telefônicas que propositadamente “derrubam” as ligações.

Carvalho Filho (2007, p. 514), considera que o fato de se atribuir a responsabilidade objetiva à pessoa jurídica não exclui o direito de agir diretamente contra o causador do dano. Não se deve retirar do lesado a possibilidade de se utilizar do direito de ação.

A regra do art. 37, § 6º da Constituição Federal está voltada a defesa da pessoa lesada e do próprio Estado, não devendo servir para salvaguardar daninhos gestores das agências estudadas.

A questão que se apresenta, como no caso do 56/2012 do Conselho Diretor da Anatel, é que em se tratando de atividades reguladas objeto deste capítulo, quando surgem os danos

materiais e ou morais, são em regra coletivos, atingido grande quantidade de pessoas, ligadas a concessionário de serviços públicos por uma relação jurídica base, em geral um contrato de prestação de serviços e que a indenização se dá em valor extremamente elevado, devendo na espécie ser sopesada a capacidade econômica agente causador do dano para aplicação correta do valor da indenização, que nesse caso será suportada pelo próprio agente.

CONCLUSÃO

O objeto da presente dissertação foi considerar a atuação das agências reguladoras colocando-as como um dos elementos necessários ao equilíbrio das relações econômicas existentes entre os atores do mercado regulado, quais sejam os usuários, o governo e prestadores dos serviços públicos, como forma de evitar abusos ou excesso por parte destes agentes econômicos privados no mercado regulado.

Surgem assim as agências como instrumento da intervenção estatal no mercado, aptas a exercer a regulação, por serem pessoas jurídicas de direito público, pertencentes à administração pública indireta, sob a forma de autarquias especiais dotadas de autonomia administrativa, financeira, orçamentária, decisória, imparcialidade política e atuação técnica, que tiveram seu surgimento impulsionado pelas privatizações levadas a efeito em nosso país cabendo a elas garantir a qualidade dos serviços privatizados.

1. O modelo regulatório brasileiro foi adotado no bojo de um amplo processo de privatizações e desestatizações, sendo a regulação a forma pela qual o Estado dá estabilidade à economia. Entretanto, com base na ideia de que a participação do capital internacional traria investimentos e excelência na qualidade dos serviços públicos, ocasionou desmedida transferência dos serviços públicos a agentes da iniciativa privada, ocorrendo deletério resultado sobre a segurança nacional, que de certo modo foi aviltada pela transferência ao capital internacional das distribuidoras de energia e elétrica e parte das operadoras de serviços de telecomunicações como a telefonia e a transmissão de dados, som e imagem por satélite. Existe como fundamento neoliberal a ideia de que setores vitais da sociedade melhorariam sua qualidade e teriam menor custo em razão das privatizações.

2. A regulação é uma das ferramentas utilizadas pelo Estado para intervir na economia, cabe à regulação administrar antagônicos interesses dos atores do setor regulado da economia, para que sejam geridos, de forma equânime, os interesses da sociedade e dos entes regulados como forma de assegurar a supremacia do interesse público sobre qualquer outro interesse. Essa regulação é exercida pela administração indireta, sob a formula das agências reguladoras, entretanto não se pode desconhecer que o risco da captura destas agências é encontrado como intransponível ante a realidade brasileira, isso por conta da assimetria das informações, que tem a sua origem técnica no próprio setor econômico regulado, que pode manipular dados e resultados, fazendo com que a agências adotem providências equivocadas ante a verdade real dos fatos e ainda, pela mera cooptação dos agentes públicos mediante paga pelos prestadores dos serviços publico, mediante ato de corrupção. Existe ainda a possibilidade da captura pelo próprio Poder Executivo, como uma forma política de captura mediante benesses a seus dirigentes. A interpretação do fenômeno da captura foi realizada a luz do “Relatório de Análise e Avaliação do Papel das Agências Reguladoras no Atual Arranjo Institucional Brasileiro” realizado pelo governo federal.

A captura pelo governo se dá como uma forma menos gravosa, entretanto seja qual for a forma de captura existente, fere o espírito democrático imposto pelo direito administrativo brasileiro, visto que, que a criação das agências se deu no sentido administrar interesses contrapostos dos concessionários e dos usuários. Sob outro aspecto a atuação dos entes reguladores no Brasil, assume uma ideia mais favorável aos empresários que o do Estado, isso diante da captura pelo setor econômico, quer pela informação assimétrica ou mesmo mediante atos de corrupção, que cria a oportunidade do regulado controlar sua própria regulação, trazendo privilégios ao agente econômico em detrimento da sociedade.

3. Embora detentoras da nomenclatura de agências independentes, pois detentoras de autonomia no sentido orgânico ou estrutural, hoje é admitido o controle hierárquico por meio do chamado recurso hierárquico impróprio, dirigido ao Presidente da República dado a inexistência de previsão de revisão administrativa ministerial, e ao art.84, inciso II, da Constituição Federal, que declara ser da competência privativa do Presidente da República a direção superior da administração federal e de forma genérica a supervisão da administração pública.

O parecer nº 51, lavrado em razão do processo nº 50000.029371/2004-83 (parecer nº 04/2006 AGU/MS) aprovado pelo Presidente da República, passou a ser aceita a possibilidade

de interposição de recursos hierárquicos impróprios em razão de decisão de agência reguladora, proferida de forma a violar sua competência, os limites da lei, incorrendo, portanto, em ilegalidade ou descumprimento de políticas públicas.

5. O controle social das agências reguladoras é realizado por meio das audiências de representantes de entidades civis e pessoas da comunidade, Tal forma de controle visa incrementar a democracia à medida que a sociedade passa a colaborar com a criação ou modificação da norma reguladora, conferindo-lhe maior força social. Contudo, existe o controle externo das agências, o controle social não seria o único a buscar regular e fiscalizar o desempenho das agências, assim, surge o controle externo com vistas a dar uma maior segurança na execução dos trabalhos a elas destinados. O controle externo da atividade de regulação ocorre por intermédio dos Tribunais de Contas, pelo Poder Judiciário o pelo próprio Ministério Público não existindo mínima dúvida que a agências reguladoras, espécie de autarquia, estão sujeitas a esse controle externo pela utilização verbas orçamentárias públicas.

6. Detentoras de discricionariedade, as agências só poderão discriminar dentro de critérios técnicos, daquilo que Bruno Miragen chamou de “discricionariedade técnica”, onde existe acentuada restrição à liberdade de escolha do titular do poder, sendo que seu juízo de conveniência e oportunidade, somente poderá ser exercido dentro critérios técnicos e científicos e de uma visão estratégica.

7. Abordada e evolução da responsabilidade civil desde sua origem com responsabilidade coletiva, até os dias atuais fundada na solidariedade, evidencia-se a responsabilidade jurídica das agências reguladoras, ante a atuação ou ausência de atuação na repressão do abuso do poder econômico. Este estudo encontra a omissão dos gestores das agências reguladoras, como permissiva do abuso de direito e da fraude a lei.

Diante dos casos paradigmas analisados emerge a responsabilidade civil do Estado e o dever de reparar dano decorrente da conduta omissiva dessas agências, quer pela falta de atuação, ou pela atuação ilícita delas, que imponham ao cidadão uma violação de ordem material e moral provocadora de danos individuais e, ou coletivos, principalmente por admitirem abuso do poder econômico e abuso de direito, dos seus fiscalizados, nos casos paradigmas analisados.

O dano causado à sociedade por essas omissões nos casos estudados geralmente se dão no âmbito do direito coletivo, sendo na maioria das vezes impossível ou de difícil individualização, conforme encontrado na pesquisa.

Os casos analisados superam a regra da responsabilidade civil objetiva do Estado decorrente do princípio da solidariedade, naquelas relações em que o cidadão é vítima da atuação positiva e lesiva do agente público como estatuído no art. 37, §6º da Constituição Federal Brasileira, e encontram a responsabilidade civil em situações que o Estado se omite da prestação estatal de determinados atos, e que são disciplinados pela teoria da culpa administrativa, segundo a qual a responsabilidade civil é subjetiva, admitida a presunção da culpa do Estado, que deve provar que o serviço operou-se regularmente, deve o poder público demonstrar que se comportou com diligência, perícia e prudência.

Relativamente as agências reguladoras a responsabilidade civil se dá de forma subsidiária e desde que os fatos que causaram danos decorram do objeto da regulação, visto que as prestadoras de serviços públicos por elas reguladas tem personalidade jurídica, patrimônio próprio e capacidade jurídica, além do que lhes foi atribuída reponsabilidade objetiva pelo § 6º do art. 37 da Constituição Federal, sendo ainda que a responsabilidade objetiva dos prestadores de serviços sobre concessão pode ser encontrada no Código de defesa do Consumidor, e no art. 36 da Lei 15.539/11, lei antitruste.

Com relação ao agente público, conclui-se sua responsabilização pessoal, quando se omite de realizar ato que é de seu dever, ou que ao fazê-lo o faça mal, sendo negligente, imprudente ou até imperito, por isso deverá ser responsabilizado pessoalmente, até como forma de coibir tais práticas e omissões que devem ser repudiadas pela sociedade, pois a interpretação do texto constitucional deve ser efetivada para a defesa do administrado prejudicado e do Estado, e não se vislumbrando salvar malévolos agentes públicos, no caso em que a comissão desse agente estava fundada em um dos elementos da culpa, portanto sua responsabilidade é subjetiva.

Tal punição tem como efeito direto reprimir a omissão lesiva à sociedade, e forçar a existência de uma tutela inibitória da omissão ao Estado-Administração, visto que encontrados elementos suficientes que permitam um exame adequado a situação fática deve ser submetida ao Poder Judiciário, pois no Estado social, garantidor dos direitos constitucionais deve existir reparo a lesão ao direito fundamental a uma boa administração pública.

REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Brasil. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.com.br>. Acesso em: 26 nov. 2011.

_____. Presidência da República. Câmara de Infra-estrutura. Câmara de Política Econômica. Relatório do Grupo de Trabalho Interministerial. **Análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro**. Brasília, set. 2003. Disponível em: <http://reformadagestaopublica.org.br/Documents/MARE/Agencias/avaliacao_das_agencias_reguladoras_-_casa_civil.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

CASTELAR, Pinheiro Armando; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

CAVALIERE FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CEARÁ. **CPI DA COELCE**. Assembleia Legislativa do Estado do Ceará, 2009.

CRETELLA JUNIOR, José. **O Estado e a obrigação de indenizar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

COGEN. Disponível em: < <http://www.cogen.com.br/> > Acesso em: 16 ago. 2012.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GRAU, Eros Roberto. As agências, essas repartições públicas. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006.

MEDAUR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MELLO, Celso Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MIRAGEM, Bruno. **A nova administração pública e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MOARAI, Alexandre (Org.). **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 7.

PAIXÃO, Leonardo André. Aspectos Jurídico-institucionais do setor elétrico brasileiro. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito regulatório temas polêmicos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p.339-374.

REALE, Miguel. Estudos de filosofia e ciência do direito. São Paulo: Saraiva, 1978.

SALGADO, Lucia Helena; SEROA DA MOTTA, Ronaldo. **Marcos regulatórios no Brasil: o que foi feito e o que falta fazer**. Rio de Janeiro: IPEA, 2005.

Suspensão das Operadoras Disponível em: <<http://www.dci.com.br/operadoras-de-celular-se-comprometem-a-diminuir-indices-de-reclamacoes-dos-clientes-id305925.html>> Acesso em: 17 ago. 2012.

Parecer 56 AGU. Disponível em: <<http://www.estudodeadministrativo.com.br/noticia-2011mai23-parecer-agu-sujeicao-das-agencias-reguladoras-a-supervisao-ministerial.php>> Acesso em: 13 ago. 2012.

<http://www.teleco.com.br/>> Acesso em: 17 ago. 2012.

Voto 56/2012 proferido na 662ª reunião do Conselho Diretor da Anatel, :
<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=282586&asuntoPublicacao=Voto%20nº%2056/2012%20-%20MB&caminhoRel=Início-Agenda%20e%20Reuniões%20-Agenda&filtro=1&documentoPath=282586.pdf>> A