

BIANCA PEREIRA RAZERA

**A EFICÁCIA DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS DAS AGÊNCIAS
REGULADORAS**

**CURITIBA
2003**

BIANCA PEREIRA RAZERA

**A EFICÁCIA DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS DAS AGÊNCIAS
REGULADORAS**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Pedro Henrique Xavier.

**CURITIBA
2003**

TERMO DE APROVAÇÃO

BIANCA PEREIRA RAZERA

A Eficácia das Sanções Administrativas das Agências Reguladoras

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela banca examinadora:

Orientador:



Professor Pedro Henrique Xavier



Professor Romeu Felipe Bacellar Filho

Professora Ângela Cássia Costaldello

Curitiba, setembro de 2003.

Agradeço ao meu orientador, Professor Pedro Henrique Xavier, por todo tempo e atenção dispensados, e a minha estimada amiga, Ana Rosa Cavalcanti Chan, pelo seu apoio e amizade sem os quais este trabalho não seria possível.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
Capítulo 1- Histórico	
1.1 A experiência norte-americana.....	3
1.2 As agências reguladoras no Brasil.....	5
Capítulo 2 – Natureza Jurídica	
2.1 Autarquias.....	9
2.2 Autarquias de regime especial.....	11
Capítulo 3 – Agências Reguladoras e o Objeto de Regulamentação	
3.1 Agências reguladoras e atividades econômicas em sentido restrito.....	16
3.2 Agências reguladoras de serviços públicos.....	18
Capítulo 4 – Aspectos gerais das Concessões e Permissões de Serviços Públicos	
4.1 Histórico.....	21
4.2 Características básicas das concessões, permissões e autorizações.....	23
Capítulo 5 – Aspectos dos Contratos Administrativos das Agências Reguladoras	
5.1 Noções gerais.....	29
5.2 Características dos contratos de concessão de serviços públicos.....	31
Capítulo 6 – Sobre Fiscalização e a Função Sancionadora das Agências Reguladoras	
6.1 Aspectos relevantes da fiscalização.....	36
6.2 A previsão das sanções administrativas.....	41
CONCLUSÃO	46
Referências	54

Resumo

O presente trabalho de graduação tem como escopo avaliar o desempenho prático das agências reguladoras, concernente às suas funções de fiscalização e imposição de penalidades. Sua importância consiste em verificar se a prestação de atividades econômicas, de relevante repercussão social, tais como, energia elétrica, comércio de petróleo e seus derivados, planos de saúde e telecomunicações vêm sendo fiscalizadas de forma satisfatória e com respeito aos direitos da população. Com base no método da comparação, entre os deveres e prerrogativas estabelecidos em lei, e as sanções efetivamente impostas, desenvolve-se a conclusão acerca dos quesitos em análise. Cada capítulo buscou enunciar as regras básicas que regem as matérias pertinentes para a construção de uma dedução lógica. O cotejo entre o mundo do dever-ser, previsto nos textos legais e princípios da Administração Pública, e, as sanções administrativas habitualmente cominadas, resultaram na observação de que, a atuação das agências reguladoras, reclama mais eficiência.

INTRODUÇÃO

A pesquisa acerca da eficácia das sanções administrativas das agências reguladoras tem como objetivo avaliar a atuação prática dessas figuras, concernente às suas funções de fiscalização e imposição de penalidades administrativas.

A palavra eficácia, que adjetiva o título deste trabalho, deriva do latim *efficacia*, *efficax*, e conforme De Placido e Silva, é “ (...) a força ou o poder que possa ter um ato ou um fato, para produzir os desejados efeitos.”¹ Ainda de acordo com a referida obra, a eficácia jurídica resulta dos efeitos e conseqüências previstos na lei para seu descumprimento e a razão também para seu respeito.

Logo, busca-se a análise dessa eficácia, relacionada à vigilância e à correta cominação das sanções previstas. Isto se dá através da observação das penas administrativas infligidas pelos entes regulamentadores, aos regulados, em face da constatação de irregularidades no exercício de suas atividades.

O primeiro Capítulo aborda, de forma, sucinta a origem histórica das agências, assim como a conjuntura que demandou sua criação. Estas passagens são importantes para se compreender a função que esses órgãos desempenham. Foram implantados, no Brasil, a partir da visão da experiência norte-americana, conquanto, aqui, resultem de um plano de reformulação da política estatal brasileira.

Já no segundo Capítulo, expõe-se acerca da natureza jurídica dos entes regulamentadores, denominados também de autarquias de regime especial. Como o próprio nome indica, têm natureza jurídica de autarquia. A designação especial, deriva de características peculiares, conferidas pelas suas leis de instituição.

Na seqüência, o terceiro Capítulo versa sobre a competência das agências para atuar nos diversos setores da economia. Destacando que, a delegação da prestação dos serviços públicos por terceiros, não retira do Estado a responsabilidade de satisfazer as necessidades inerentes a eles. E, ainda, da existência de atividades, de notória relevância social, que em decorrência disso, demandam uma fiscalização apurada do Poder Público.

No quarto e quinto Capítulos, respectivamente, são destacadas as atribuições das agências para a promoção das licitações, das concessões, das permissões, das

¹ SILVA, D. P. e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 296.

autorizações e da celebração dos contratos de concessão. Apresentando, de forma sucinta, as principais características desses institutos.

O sexto Capítulo trata de questões importantes, referentes a aspectos da fiscalização realizada pelas agências, assim como, da fiscalização que deve ocorrer sobre suas próprias atividades.

No mesmo capítulo, demonstra-se ainda, que as leis de instituição das agências prevêm a prerrogativa de aplicação das sanções administrativas não somente concernente às suas normas de regulamentação. Evidencia-se que, a transgressão a normas que regem outras atividades, que são também de suas competências, enseja a cominação das penas previstas para a irregularidade.

A conclusão, compara os conceitos apresentados nos capítulos anteriores, com o exercício fático das atribuições de fiscalização e imposição de sanções. Observando se as agências reguladoras respondem adequadamente à finalidade para a qual foram criadas. Tal cotejo tem como base pesquisas realizadas por órgãos de defesa dos consumidores, artigos de jornais sobre o desempenho dos entes regulamentadores e os atos normativos de aplicação de sanções administrativas, disponibilizadas nas páginas virtuais das agências reguladoras.

1 HISTÓRICO

1.1 A EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA

A gênese e o desenvolvimento das agências reguladoras ocorreram no contexto norte-americano, o qual serviu de modelo para sua implantação em outros países.

Lúcia Valle Figueiredo² consigna que a criação das agências nos Estados Unidos se deve sobretudo à prática, visto que o Poder Executivo atuava de forma muito especializada, o que resultou na descentralização e atribuição destas atividades a entes especiais.

Conforme anotado por Leilla Cuéllar³, este país foi o berço da constituição do modelo administrativo chamado "regulador". O crescente intervencionismo estatal na economia, devido à política do "new-deal" de Roosevelt, acarretou o aumento no número de agências, até que estas se tornaram o centro da administração do Estado. O desenvolvimento histórico das agências permitiu a observação de uma oscilação nos seus poderes, ora maior, ora menor, variando de acordo com o período e as necessidades daquela sociedade.

Bernard Schwartz⁴, em seu livro *Administrative Law*, citado por Leila Cuéllar (Schwartz, *apud* Cuéllar, 2000, p.88), conceitua agência reguladora como "autoridade do governo federal, distinta do Legislativo e Judiciário..." que se sujeita ao controle de outra agência ou não.

O Direito Administrativo norte-americano, inclusive, é conhecido por ser o "direito das agências", eis que sua Administração trabalha precipuamente através destas. Referido direito é concebido pela doutrina "como o conjunto de normas e princípios que definem os poderes e a estrutura das agências administrativas, especificam as formalidades procedimentais a serem adotadas por elas, determinam a validade das decisões por elas proferidas e fixam o papel a ser desempenhado

² FIGUEIREDO, L.do V. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p.139.

³ CUÉLLAR, L.. **As Agências Reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 90.

⁴ SCHWARTZ, B. **American Administrative Law**. Londres: Sir Isaac Pitman & Sons Ltda., 1950.

pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário no controle da atuação das agências”⁵

Os entes reguladores estadunidenses exercem atividades regulamentares e de decisão acerca dos setores econômicos privados - sobre o modo de atuação, os direitos dos particulares e resolução de conflitos - nos termos e limites que lhes foram delegados pelo Congresso.

É importante ressaltar, ainda, a diversidade de estruturação das agências administrativas nos Estados Unidos, onde se observa uma organização própria para cada agência. Prescinde-se, porém, à exposição, os vários critérios de classificação existentes, por não constituírem objeto de análise do presente trabalho.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶, o sistema de instituição das agências reguladoras adotado no Brasil se baseia no norte-americano, derivado de um momento histórico em que estas concentravam grande poder.

Não obstante a influência norte-americana, há aspectos importantes dos entes implementados no contexto brasileiro que devem ser observados antes de um desenvolvimento mais profundo sobre o tema.

A denominação agências reguladoras, embora recente no Brasil, não é expressão absoluta de órgãos completamente novos. Várias figuras foram criadas com funções bastante similares, quais sejam, regulamentação e fiscalização, mesmo sem a referida designação. Entre eles, o Comissariado de Alimentação Pública de 1918, o Instituto de Defesa Permanente do Café de 1923, o Instituto do Açúcar e do Alcool de 1933, o Instituto Nacional do Mate de 1938, o Instituto Nacional do Pinho de 1941, o Instituto Nacional do Sal de 1940, o Banco Central, o Conselho Monetário Nacional e a Comissão de Valores Mobiliários, além de muitos outros que se ocuparam da fiscalização e regulamentação de áreas específicas da economia.

Contudo, o que nitidamente diferencia os primeiros entes dos que vêm sendo implementados hoje, nominados agências reguladoras, é o meio ideológico em que foram instituídos e a maior especialização técnica com que atuam.

⁵ CUÉLLAR, L. **O Poder Normativo das Agências Reguladoras Brasileiras**. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2000.(Tese, Doutorado em Concentração em Direito do Estado, Orientador Marçal Justen Filho).

⁶ DI PIETRO, M. S. Z. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 1999.

Aqueles foram concebidos dentro de um modelo de Estado Democrático Intervencionista. Já estes, designados por agências, estão sendo criados tendo em vista uma política de total renovação da estrutura estatal, reduzida, mais eficiente e a custos mais baixos.

Além disso, as agências também resultam da necessidade atual de grande especialização técnica, em face do constante desenvolvimento da tecnologia, o que demanda uma fiscalização bastante apurada.

Assim, o ponto de distinção entre as agências reguladoras brasileiras e as norte-americanas consiste no fato daquelas não pertencerem a uma estrutura de organização administrativa que se desenvolve, essencialmente através de agências administrativas, portanto, diferente do que ocorre em relação às estadunidenses.

1.2 AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

A introdução das agências reguladoras, na estrutura administrativa brasileira, foi resultado da mudança do rumo da política estatal. Até os anos oitenta viveu-se a chamada fase do "Welfare State", em que o Estado intervinha assiduamente na economia e a política diretriz consistia na redistribuição de renda através de um Estado "provedor".

A intervenção direta do Estado em praticamente todos os segmentos da sociedade, observada de 1930 a meados de 1980, atribui-se a razões de equidade social e a imperativos do próprio sistema econômico, tais como a criação de grandes infra-estruturas não-lucrativas, a necessidade de evitar a monopolização de setores da economia e o fomento de regiões menos desenvolvidas.

Entretanto, ultrapassado esse período, iniciou-se um movimento de retração da publicização de vários setores econômicos, inclusive, o de serviços públicos. Começaram a surgir outras formas de gerenciamento, através das privatizações e parcerias com o setor privado.

Embora muitos avanços nas áreas de educação, saúde e tecnologia tenham sido alcançados com o Estado do Bem-Estar Social, a estrutura necessária para novos investimentos a fim de implementar novas conquistas ou, até mesmo, a manutenção da já existente se tornou inviável a partir do crescimento desmesurado do Estado.

Assim, com o passar do tempo, a ideologia do “*Welfare State*” aplicada à realidade brasileira acabou por transformar o funcionamento estatal numa organização burocrática, custosa, com crescente endividamento interno e externo e com grande grau de intervenção do governo no domínio econômico. Tudo isto resultou numa estrutura gigantesca, cujo financiamento ensejava elevados custos, mas ainda incapaz de solucionar as crescentes demandas da população.

Com a crise do setor público, na década de noventa, o governo começou a se programar para a retirada do Estado dos setores considerados hábeis para a atuação da iniciativa privada, mantendo-se somente naqueles precipuamente ligados às necessidades fundamentais da população, os serviços públicos.

Desta forma, o Poder Público passa de interventor direto na economia para regulador e fiscalizador das atividades, no intuito de diminuir seus custos e aumentar a qualidade dos serviços oferecidos à comunidade.

Com o fim de cumprir o novo ideal de Estado o governo institui através de várias leis⁷, órgãos com grande especialização técnica para a fiscalização e regulamentação dos serviços prestados à população. Tal conduta visou a melhoria da qualidade dos serviços, através da implementação de metas de universalização, de forma que estes passassem a ser prestados com a mesma qualidade em todo o território nacional.

⁷ Várias são as leis que instituem e regulam a atuação das agências. Como exemplos, a Lei 9.427, de 26 de dezembro de 1996 instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel que também disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica. A Lei 9.472, de 16 de julho de 1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações e a criação e funcionamento de um órgão regulador nos termos da Emenda Constitucional nº 8 de 1995. A Lei 9.782, de 26 de janeiro de 1999, que define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária. A Lei 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a qual criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. A Lei 9.984, de 17 de julho de 2000, que institui a criação da Agência Nacional de Águas – ANA - visando a implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. A Lei 9.900, de 21 de julho de 2000, que além de outras providências institui a Agência Nacional de Petróleo – ANP e a Lei 10.233, de 05 de julho de 2001 dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-estrutura de Transportes.

Em alguns estados foram criadas agências que visam, da mesma forma que as nacionais, regulamentar serviços delegados. Encontram-se agências reguladoras de serviços públicos delegados nos estados do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Norte, Bahia, Pará, Ceará, Rio de Janeiro, Sergipe, Pernambuco e São Paulo. Além de suas funções específicas em relação aos serviços delegados dos estados, as agências estaduais podem firmar convênios com as agências nacionais, com o escopo de realizar os serviços de regulação nacional dentro de seu território.

Eurico de Andrade Azevedo⁸, observa que a política estatal brasileira intervencionista gerou duas conseqüências graves: o crescimento desmesurado do aparelho administrativo estatal, sobretudo das empresas públicas e sociedades de economia mista e suas subsidiárias, assim como o esgotamento da capacidade de investimento do setor público ocasionando a deterioração dos serviços públicos em geral.

E em função deste contexto de crise o governo se viu obrigado a implantar o Programa Nacional de Desestatização, com a promulgação da Lei nº 8.031/90 reformulada pela Lei nº 9.491/97, cuja essência foi a de transferir à iniciativa privada as atividades julgadas passíveis de exercício pelos particulares, ficando a cargo da Administração somente as necessidades fundamentais dos cidadãos.

Dallari⁹ explica que:

... por força dos princípios que regem a reforma administrativa implantada com base na Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.98, alguns serviços públicos tiveram sua execução transferida a particulares outras atividades públicas passaram a ser exercitadas em conjunto com particulares, e certos segmentos da Administração Pública (como é o caso das agências reguladoras) passaram a atuar com elevadíssimo grau de liberdade.

Ou seja, o modelo de Estado regulador é uma tentativa de estancar a política de investimentos governamentais que gerou o crescimento da dívida estatal, com o estrangulamento das finanças e impossibilitando a manutenção do mesmo nível de investimentos.

Conquanto a política diretriz tenha se modificado, a razão de existir do Estado é a mesma. Todo o funcionamento estatal volta-se à consecução do interesse público. Neste sentido é o posicionamento de Dallari¹⁰: "Toda atividade da

⁸ AZEVEDO. E. de. Agências Reguladoras. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.213, jul./set. 1998, p.141.

⁹ DALLARI, A. A., Controle Político das Agências Reguladoras. **Interesse Público**, Porto Alegre, n. 18, mar./abr. 2003, p.13-14.

¹⁰ DALLARI, op.cit., p.14.

Administração Pública é instrumental, pois está voltada para a concretização de algo que a lei previamente qualificou como de interesse público. É nisso que, em resumida síntese, consiste o princípio da legalidade.”

Na nova política adotada, a direta atuação do Estado só se deve verificar nos setores considerados essenciais, nas atividades indelegáveis, tais como a justiça, a defesa, a seguridade, as relações exteriores e a legislação; atividades que, se exercidas por particulares, careceriam do nível de imparcialidade essencial. Nos demais setores da economia, como educação, saúde, pesquisa, cultura, atividades industriais e comerciais, a participação do Estado seria apenas de forma subsidiária.

Tal participação subsidiária consiste no Estado passar apenas a regulamentar a execução dessas atividades, desempenhadas agora pela iniciativa privada, de forma a condicionar a atuação desta e assegurar a qualidade dos serviços, bem como os direitos dos usuários. Exemplo da implementação desta nova concepção de Estado foram as parcerias realizadas nos setores de energia elétrica e dos serviços de telecomunicação.

O que se objetivou foi a devolução aos particulares das atividades que poderiam ser por eles desempenhadas, ficando nas mãos do Estado apenas o poder de controle sobre a execução dos serviços, com a conseqüente diminuição dos custos, sem, entretanto, trazer riscos aos país.

Este poder de controle refere-se à fiscalização da adequada prestação do serviço e à possibilidade de intervenção em casos de desvios evidentes. Eurico de Andrade Azevedo¹¹, afirma que esta nova posição do Estado na economia impõe a necessidade de fortalecimento de sua função reguladora e fiscalizadora, sendo imprescindível a reestruturação da Administração de forma a possibilitar o controle efetivo das empresas privadas que assumem a prestação dos serviços.

Desta forma, o Brasil buscou implementar um Estado regulador, baseado em um modelo administrativista, no qual os antigos monopólios foram gradativamente substituídos por outros métodos de gestão.

¹¹ AZEVEDO, op. cit., p.140.

2 NATUREZA JURÍDICA

2.1 AUTARQUIAS

A doutrina brasileira aponta a natureza jurídica das agências reguladoras como autarquias de regime especial. Pelo fato das agências se sujeitarem às regras pertinentes às entidades autárquicas, mostra-se imprescindível um estudo prévio a respeito destas.

O artigo 5º, inciso I, do Decreto-lei nº 200 de 1967, define autarquia como “serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receitas próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.”

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello¹², o conceito dado pelo Decreto-lei é bastante deficiente, visto não mencionar que as autarquias têm personalidade jurídica de direito público, ficando a cargo da doutrina buscar uma definição completa e mais satisfatória.

O artigo 37, inciso XIX, da Constituição Federal de 1988, por sua vez, prevê que as autarquias só podem ser criadas ou extintas por lei, caracterizando-se como entes com personalidade jurídica de direito público, com direitos e obrigações distintos do Estado e pertencentes à Administração Pública Indireta, com a gestão financeira e administrativa próprias.

Por integrarem a Administração Pública, regem-se pelos princípios que norteiam todo o funcionamento da Administração, tendo como princípios máximos a supremacia do interesse público e o princípio da legalidade, dos quais os demais decorrem.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹³, as características básicas das autarquias são: sua criação e extinção somente por lei, personalidade jurídica de direito público, capacidade de auto-administração (somente a respeito das matérias

¹² MELLO. C. A. B. de. **Curso de Direito Administrativo**. 15ª ed. ref., ampl. e atual., São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2002.

¹³ DI PIETRO. M.S.Z. **O sistema de parcerias entre os setores público e privado**. Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, n.9, set. 1997.p131.

específicas que lhes foram destinadas), especialização dos fins ou atividades e sujeição ao controle de tutela.

Quanto à autonomia das autarquias, ela se define exatamente na medida da lei que as criou, sendo também condicionada pelas disposições do Decreto-lei nº 200/67. Assim, os atos praticados pelas autarquias são de sua responsabilidade e não imputáveis à Administração Pública Direta, justamente por possuírem personalidade jurídica própria. Desta forma, a autarquia é ré em contenciosos judiciais ou administrativos, respondendo o Estado apenas subsidiariamente, em função da outorga da prestação da atividade à autarquia.

Isto se verifica porque, quando alguma função de uma pessoa política do Estado é cometida a uma autarquia, ela passa a ser de titularidade desta, não voltando às mãos do poder cedente por mera conveniência ou arbitrariedade, mas somente mediante edição de nova lei.

Já os atos praticados pelas autarquias, como atos administrativos que são, têm as mesmas qualidades de um ato editado pela Administração Direta, ou seja, presunção de legitimidade, auto-executoriedade e exigibilidade.

Em relação ao controle exercido sobre os entes autárquicos, este se denomina tutela e tem a finalidade de conformar a atuação da autarquia à função para a qual foi criada, eis que ela não pode ser afastar, em hipótese alguma, das atribuições específicas para as quais foi criada. Mas não se trata de um controle hierárquico, pois não há hierarquia entre a Administração Direta e a Indireta.

Além do controle de tutela, as autarquias podem sofrer a fiscalização do Congresso, prevista no artigo 49, inciso X da Constituição Federal, assim como do Tribunal de Contas.

Art. 49. É competência exclusiva do Congresso Nacional:

(...)

X – fiscalizar e controlar, diretamente ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluindo os da administração indireta;

(...)

Por fim, compete às autarquias enviarem aos órgãos superiores do Ministério a que estejam vinculadas, para fins de controle ou tutela, relatórios e balancetes, para que, se necessário e, o interesse público demonstrar imprescindível, nos

termos do artigo 26 do Decreto-lei nº 200/67, possa o Ministério competente intervir na autarquia administrando-a.¹⁴

Art.26. No que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente:

I – a realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade;

II – a harmonia com a política e com a programação do Governo no setor de atuação da entidade;

III – a eficiência administrativa

IV – a autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade.

As questões de controle e fiscalização não serão, aqui, abordadas, por escaparem aos limites deste estudo.

2.2 AUTARQUIAS DE REGIME ESPECIAL

A conjuntura que demandou a criação das autarquias de regime especial¹⁵ evidenciou a necessidade de entidades com relativa autonomia em relação à Administração Pública Direta, e à influência política, grande especialização técnica, para fiscalização e regulamentação da prestação de serviços à população.

Em sua obra “O Poder Normativo das Agências Reguladoras”, Leila Cuéllar¹⁶ observa que o ordenamento jurídico brasileiro fala somente de agências financeiras oficiais ou de fomento e, após as Emendas Constitucionais nº 8 de 1995 e nº 9 de 1995, de órgãos reguladores.

Somente nas próprias leis de instituição das agências reguladoras e na doutrina é que se observa expressamente o referido termo.

Ou seja, apenas a partir da análise concreta da lei instituidora de cada autarquia de regime especial é que se poderá definir, para aquela situação específica, em que consiste tal regime.

Desta constatação resulta que, cada agência reguladora possui peculiaridades próprias. Neste sentido, conforme Leila Cuéllar¹⁷, poder-se-ia dizer

¹⁴ Dentre as atribuições do Ministério, a cuja autarquia se vincula, está a competência para designar os dirigentes das autarquias. A direção das autarquias será sempre exercida por um Conselho ou uma Diretoria, com um presidente, portanto, exercida sempre por um órgão colegiado.

¹⁵ Ver item 1.2.

¹⁶ CUÉLLAR, op. cit.

¹⁷ CUÉLLAR, op. cit.

que cada agência reguladora é única, sendo bastante difícil definir o que caracterizaria, de forma generalizada, para todas as agências reguladoras existentes no Brasil, este regime especial.

As leis que prevêm o que seja o regime especial, referem-se a ele como "(...) a necessidade de se conferir grau elevado de independência aos órgãos reguladores (com sua desvinculação da Administração Pública Direta), maior estabilidade a seus dirigentes, autonomias técnica e financeira, além da especialização funcional."¹⁸

Assim, a leitura deste dispositivo legal permite observar que o regime especial¹⁹, geralmente, consiste em um grau elevado de independência, estabilidade dos dirigentes, autonomia técnica e financeira e especialização funcional.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁰, as agências brasileiras foram criadas sob o regime jurídico de autarquia, porque sua natureza jurídica respondia adequadamente às necessidades, quais sejam, ampla autonomia, auto-gestão, patrimônio próprio e especialidade técnica. Elementos indispensáveis para a consecução dos objetivos almejados pelos entes reguladores.

Eurico de Andrade Azevedo aponta os seguintes critérios, das agências reguladoras, para que cumpram com os seus objetivos²¹:

- (1) necessidade de possuir ampla autonomia técnica, administrativa e financeira que lhes permita ficar tanto quanto possível imunes às injunções político-partidárias, aos entraves burocráticos e à falta de verbas orçamentárias;
- (2) necessidade de expedir normas operacionais e de serviço, de modo a poderem acompanhar o ritmo extraordinário do desenvolvimento tecnológico e o atendimento das demandas populares;
- (3) necessidade de aplicar sanções com rapidez, respondendo aos reclamos da população e às exigências do serviço;
- (4) necessidade de associar a participação dos usuários no controle e fiscalização do serviço.

Para Andrade Azevedo, os privilégios concedidos são: estabilidade dos dirigentes (mandato fixo); autonomia financeira (renda própria e liberdade de sua

¹⁸ CUÉLLAR, op. cit. p.87.

¹⁹ A partir desta constatação torna-se evidente que apenas a estabilidade dos dirigentes é que realmente diferencia as características principais de uma autarquia de regime especial de uma autarquia comum, pelo menos teoricamente.

²⁰ DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 14^a ed., São Paulo: Atlas, 2002.

²¹ AZEVEDO, op. cit., p.142.

aplicação) e poder normativo (regulamentação das matérias de sua competência, sem invadir as reservas da lei).

As agências reguladoras, assim, acabam por desempenhar importante papel, ao corresponder à atribuição do Estado, de fiscalização e regulamentação, conforme o artigo 174 da Constituição Federal. Tais atividades devem ser realizadas por órgãos estatais que tenham idoneidade de resguardar o interesse público e ser imparciais em relação aos interesses específicos das concessionárias e dos consumidores.²²

Ainda sobre as características das agências reguladoras, discorre Adilson Abreu Dallari²³:

Sua especificidade está em que seus dirigentes gozam de independência política, decorrente de mandatos administrativos. São dotadas de recursos próprios e de excepcional autonomia administrativa, patrimonial e financeira. Suas decisões não são suscetíveis de correção por meio de recursos hierárquicos. São competentes para exercer a polícia administrativa em sua área de atuação, podendo aplicar sanções inclusive pecuniárias. São competentes, também, para arbitrar e decidir conflitos de interesses entre concedentes, concessionários e usuários de serviços públicos. Decidem sobre a fixação e a alteração de tarifas. Enfim, exercem atribuições que eram usualmente da alçada do Chefe do Poder Executivo. Exercem, portanto, uma considerável parcela do Poder Público.

Logo, como referido por Dallari²⁴, “As agências reguladoras se caracterizam como órgãos técnicos, responsáveis por determinados setores específicos da Administração Pública, devendo ser dirigidas por pessoas dotadas de elevado grau de conhecimento e larga experiência no tocante aos assuntos correspondentes ao seu setor de atuação.”

Quanto à fiscalização sobre as atividades das agências, Justen Filho²⁵ explica que esta “fiscalização significa a possibilidade de exigir, a qualquer tempo, explicação e justificativa da agência reguladora acerca das decisões adotadas.”

²² No atual governo do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva discute-se sobre os limites da autonomia política das agências reguladoras. A tendência é retirar sua competência para definir a política de preços, assim como a política adotada pelo setor. Segundo governo, estas são decisões de política governamental e não devem ser outorgadas às agências.

²³ DALLARI, op. cit., p.14.

²⁴ DALLARI, op. cit., p. 15.

²⁵ JUSTEN FILHO, M..**O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p.588. Consigna que concomitante à criação das agências é essencial a institucionalização de processos jurídicos-formais de controle parlamentar sobre a atuação das agências, conforme demonstrou a história de outros países que seguiram a tendência de adotar a figura das agências. “A ausência de procedimentos formais de controle propiciará uma certa ineficácia do Poder Legislativo, eis que a mera atribuição constitucional da competência fiscalizatória não se

A autonomia dos entes reguladores não inviabiliza a fiscalização destes pelo Poder Legislativo, tendo em vista o disposto no artigo 49, inciso X da Constituição Federal, já citado, que atribui competência exclusiva ao Congresso Nacional para “fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos as da administração indireta”

Quanto à fiscalização realizada pelo Tribunal de Contas às autarquias de regime especial, Adilson Abreu Dallari²⁶ anota que:

Em face do texto constitucional, quem poderia desenvolver um controle mais acentuado sobre as agências reguladoras seriam os Tribunais de Contas, que possuem competência para adentrar o mérito das ações administrativas, para aferir sua economicidade. Mas, em face da elevada complexidade e do acentuado caráter técnico-especializado que caracterizam as decisões das agências reguladoras, também os Tribunais de Contas não estão aparelhados para isso. O fato, indiscutível, é que os órgãos técnicos dos Tribunais de Contas apenas opinam, sendo que as decisões são tomadas com sensíveis interferências políticas, não obstante a integridade e o preparo de seus dirigentes máximos, mas como decorrência da própria configuração desses Tribunais, onde predominam as indicações político-partidárias.

Marçal Justen Filho²⁷ consigna, ainda, que;

A estruturação de agências reguladoras propiciará uma fonte organizada de produção de normas abstratas e concretas. Não se trata apenas de exercitar a discricionariedade para complementar a norma legislativa, mas também de contínua substituição de normas editadas anteriormente, de modo a assegurar a adequação da regulação estatal às exigências derivadas da mudança das circunstâncias sociais, econômicas e técnico-científicas.

O mandato fixo dos dirigentes²⁸, é uma questão bastante polêmica. De acordo com as leis que instituem as agências, os dirigentes possuem um mandato fixo, só

traduzirá num processo sistemático, organizado e permanente de acompanhamento dos atos das agências.”

²⁶ DALLARI, op. cit., p. 17.

²⁷ JUSTEN FILHO, M., op. cit., p. 584.

²⁸ A grande polêmica acerca do mandato dos dirigentes das agências reguladoras, deriva do fato de possuírem um mandato fixo que pode ultrapassar a legislatura daquele que o indicou. Os dirigentes são indicados pelo Presidente da República submetendo-se, à aprovação do Senado. A indicação dos dirigentes, decorre de serem pessoas de confiança, logo, coadunarem com a política daqueles que exercem o poder no momento. Entretanto, se o mandato é fixo, poderiam eles continuar atuando no mandato de outra legislatura, que apregoe política diversa da anterior que nomeou o dirigente? É esta a grande polêmica. Há autores que admitem a continuidade do trabalho e outros que expressam a incompatibilidade do dirigente do ente autárquico com a política de um novo governante, por ferir o próprio princípio da democracia.

As restrições ao poder de livre nomeação e exoneração pelo Chefe do Poder Executivo, foram consideradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Medida Cautelar pedida na ADIN nº 1949-0. A primeira em virtude do art. 52, III, 'f' da Constituição Federal, ao admitir a prévia aprovação do Senado Federal da escolha de titulares de outros cargos que a lei determinar. Quanto à constitucionalidade da vedação da exoneração ad nutum dos dirigentes das agências reguladoras independentes, o Supremo entendeu não violar as competências do Chefe do

podendo ser destituídos por condenação judicial transitada em julgado, improbidade administrativa ou descumprimento injustificado das políticas estabelecidas para o setor ou previstas no contrato de gestão.

Antônio Carlos Cintra do Amaral²⁹, por sua vez, faz menção à existência de três “tipos” de agência reguladoras: o primeiro tipo decorre da competência do Poder Público de regular atividade econômica, expressa no artigo 174 da Constituição Federal, que estabelece as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. São exemplos desta espécie a ANS (agência nacional de saúde suplementar) e a ANVS (agência nacional de vigilância sanitária).

O segundo “tipo” advém da especificação do artigo 177, §§1º e 2º da Constituição Federal, referente ao monopólio da União quanto às atividades petrolíferas. A agência responsável pela regulamentação destas atividades mediante concessões e autorizações é a ANP (agência nacional de petróleo).

E, o terceiro “tipo” resulta da competência do Poder Público para prestar serviço público, direta ou indiretamente, referida no artigo 175 da Constituição Federal.

O professor Marçal Justen Filho³⁰, de forma otimista, afirma que a atribuição de competências administrativas a entidades dotadas de autonomia, que concentrem conhecimento técnico-científico e habilidades especiais, poderá conduzir à substituição de um modelo-político administrativo, no qual as decisões administrativas têm sido fortemente influenciadas pela conveniência subjetiva do exercente do cargo público, como uma forma de clientelismo, uma negociação política.

Poder Executivo, admitindo a exoneração apenas por justa causa e mediante o prévio procedimento administrativo, assegurados o contraditório e a ampla defesa ou se advier a mudança da lei criadora da agência independente.

²⁹ AMARAL, A. C. C. As Agências Reguladoras de Serviço Público Devem ser Extintas? **Interesse Público**, Porto Alegre, n. 18, mar./abr. 2003, p.50.

³⁰ JUSTEN FILHO, op. cit, p.592.

3 AGÊNCIAS REGULADORAS E O OBJETO DE REGULAMENTAÇÃO

3.1 AGÊNCIAS REGULADORAS E ATIVIDADES ECONÔMICAS EM SENTIDO RESTRITO

Há grande confusão entre as figuras do serviço público e da atividade econômica, especialmente no que concerne ao regime jurídico atribuído a cada uma delas pela Constituição Federal.

Em regra, de acordo com a interpretação dos artigos 173 e 175 da Lei Maior, os serviços públicos são de competência do Estado, enquanto as atividades econômicas em sentido restrito caberiam aos particulares.

Eros Roberto Grau³¹ averba que é impossível uma contraposição absoluta entre o que seja serviço público e atividade econômica, visto que o serviço público seria uma espécie do gênero atividade econômica. Desta forma, todas as características encontradas nas atividades econômicas podem também ser visualizadas no serviço público, pelo menos no seu aspecto material. Para este autor, a Constituição brasileira subdividiu a atividade econômica *lato sensu* em serviços públicos e atividade econômica *stricto sensu*. Visão esta que é adotada neste trabalho.

Logo, a atividade econômica seria um gênero com duas espécies, os serviços públicos e as atividades econômicas em sentido restrito.

Vulgarmente, a atividade econômica é vista como aquela voltada à produção de riquezas. Neste sentido, Marçal Justen Filho³² observa que “A atividade econômica em sentido restrito peculiariza-se pela exploração econômica lucrativa, segundo princípios norteadores da atividade empresarial, fundada na racionalidade estritamente econômica.”

³¹ GRAU, E. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 4ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 137-139.

³² JUSTEN FILHO, op. cit., p.310.

Contudo, não seria o lucro o aspecto caracterizador da atividade econômica em sentido restrito, já que os serviços públicos também podem ser exercidos com vistas à obtenção de lucro.

A diferença nuclear entre os serviços públicos e as atividades econômicas em sentido restrito estaria na exigência daqueles à satisfação de valores fundamentais e à realização do princípio da dignidade da pessoa humana. Enquanto a atividade econômica em sentido restrito, visaria, precipuamente, a satisfação de interesses particulares, podendo também, indiretamente, colaborar com a consubstanciação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Além desta diferenciação sociológica, sabe-se que cada uma destas atividades é regida por regimes jurídicos e princípios distintos. Às atividades econômicas em sentido restrito, aplicam-se os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, sendo reguladas, ainda, pelas normas de direito privado.

Quanto à regulação pública, Pedro Henrique Poli de Figueiredo³³ consigna que ela se dá sobre atividades públicas e atividades privadas de interesse coletivo.

A importância da regulamentação das atividades econômicas em sentido restrito revela-se indelével, eis que a ausência do Estado nestas, sem que se promova qualquer tipo de intervenção, resulta no impasse sobre a adequação ou não do serviço, ficando o usuário dependente da sorte para a sua concretização.

Para Fernando Quadros da Silva³⁴, é a Constituição Federal que expressa o limite da intervenção do Estado na economia, pois somente ela pode restringir ou vedar o exercício de atividade econômica aos particulares:

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.

Assim, a iniciativa privada só pode atuar nas atividades de serviço público, mediante concessão ou permissão estatal, após devida licitação. De maneira oposta,

³³ FIGUEIREDO, P. H. P. de. **A regulação do serviço público concedido**. Porto Alegre: Síntese, 1999

³⁴ SILVA, F. Q. da. **A Independência das Agências Reguladoras e o Princípio do Estado Democrático**. Curitiba: Juruá, 2002.

o Estado só pode desempenhar atividade econômica em sentido restrito, para satisfazer relevante interesse coletivo ou por motivo de segurança nacional.

Ou seja, com relação às atividades econômicas em sentido restrito desempenhadas pelos particulares, o Estado deve apenas cumprir com sua função de fiscalização, limita-se a fiscalizar se o particular cumpre com as normas editadas pelo Poder Legislativo para determinado setor da economia.

Alexandre Santos de Aragão³⁵, por sua vez, afirma que grande parte da atividade reguladora vem sendo confiada a autoridades administrativas independentes e especializadas, as agências reguladoras.

Observa ainda Aragão que, os ordenamentos setoriais vêm a constituir instituto de crescente valia, quando o Estado verifica a impotência dos seus mecanismos regulatórios tradicionais, diante da impossibilidade de atuação satisfatória, perante a emergente realidade sócio-econômica multifacetária com a qual se deparava a sociedade brasileira.

3.2 AGÊNCIAS REGULADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS

O artigo 175 da Magna Carta prevê que: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.” A Lei 9.074/95 elenca os serviços públicos sujeitos à concessão ou à permissão, nos termos da Lei 8.987/95, vinculando o aumento deste rol à edição de outras leis.³⁶

Seguindo a prescrição constitucional, isto implica que os serviços públicos são atribuição do Estado, que, desta forma, tem o dever de prestá-los adequadamente, devendo atuar com o mesmo zelo, independentemente de o serviço ser prestado direta ou indiretamente, mediante concessão ou permissão.

³⁵ ARAGÃO, A. S. . As Agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes – “Uma Contribuição da Teoria dos Ordenamentos Setoriais. **Revista dos Tribunais**, Fasc. Civ, vol. 786, p. 11-56, abr.2001.

³⁶ MEDAUAR, O. **Concessão de Serviço Público**. p.34. “As atividades de educação e saúde podem constituir-se em serviço público ou não, serão serviço público quando prestadas com as características de vínculo orgânico com a Administração e submissão total ou parcialmente ao direito administrativo, isso porque as mesmas atividades podem ser desenvolvidas pelos particulares, independentemente de concessão, caso em que obviamente não são serviços públicos.”

Estes serviços, *a priori*, tinham como objetivo, além do lucro necessário para se manter, uma repercussão social, já que, à população carente era facultada a oportunidade de utilizar os serviços através de tarifas reduzidas.

No Brasil, vários autores tentam definir o que seja serviço público, segundo diversos critérios, como conteúdo ou referindo-se sobre quem os presta, sem, contudo, lograr sucesso, isto se deve, sobretudo, ao fato de competir ao constituinte, a partir de critérios políticos, fixar o que é serviço público.

Para Alexandre Santos de Aragão³⁷, “Os serviços públicos são atividades econômicas qualificadas como tal, qualificação esta que visa a permitir a prestação direta do Estado ou uma forte regulação e ingerência estatal na atividade quando gerida por particulares delegatários.”

Neste mesmo sentido é a exposição de Odete Medauar, “No tocante ao serviço público, o saber quando e por que uma atividade é considerada serviço público se coloca no plano da concepção política dominante, da concepção sobre o Estado e seu papel; é o plano da escolha política que pode estar fixada na Constituição, na lei, na tradição”.³⁸

Referente à intervenção estatal no domínio econômico, Celso Antônio Bandeira de Mello³⁹ afirma que o Estado pode influir de três formas: execução direta; apenas regulação e condicionamento, disciplinando os particulares através do poder de polícia, ou finalmente, através do fomento, estimulando a atividade privada.

A prestação de serviços públicos pelo Estado é direta, quando este os outorga a entidades da própria Administração, e indireta, quando se dá mediante delegação à iniciativa privada, sob as modalidades de concessão, permissão ou autorização⁴⁰.

Assim, o regime de outorga é a transferência, *ex vi legis*, do serviço à entidade autárquica, fundacional ou paraestatal criada pelo Estado, especificamente, para a realização do serviço, como nos casos das Universidades Públicas.

³⁷ ARAGÃO, A. S. de. As Concessões e Autorizações Petrolíferas e o Poder Normativo da ANP. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n 228, abr./jun. 2002, p.245.

³⁸ MEDAUAR, Odete. Serviço Público. **Revista de Direito Administrativo**, n.189, p.100-113, jul./set. 1992.

³⁹ MELLO, C. A. B de. op. cit.

⁴⁰ A doutrina majoritária entende que a autorização não é meio hábil para delegação de serviços públicos.

E a delegação consiste na transferência, a pessoas físicas ou jurídicas, por força de contrato ou ato administrativo, da prestação dos serviços públicos.

O serviço público é regido pelas normas de direito público, mesmo quando há a delegação do serviço, sendo norteado pelos princípios da continuidade do serviço (em face da sua relevância para a sociedade), pelo princípio da igualdade (pelo qual não deve haver discriminação, tendo todos igualdade de condições), e pelo princípio da mutabilidade, o qual, nas palavras do professor Marçal Justen Filho “retrata a vinculação do serviço público à necessidade a ser satisfeita e às concepções técnicas da satisfação. É da essência do serviço público sua adaptação conforme a variação das necessidades e a alteração dos modos possíveis de sua solução”⁴¹.

Há, ainda, uma outra forma de retirada do Estado da prestação de serviços públicos, a chamada "privatização"⁴², que não pode ser considerada uma forma de delegação, por não ser uma prestação indireta. Nesta modalidade, o Estado se retira por completo da prestação do serviço, não restando responsabilidade indireta ou residual.

As delegações têm como principal fim a prestação de serviço público, por concessionária ou permissionária privada, que tenham um capital de investimento alto, visto que, em sua grande maioria, pertencem a grupos econômicos com abrangência em vários mercados mundiais.

Quanto à regulação do serviço público, esta pode incidir tanto sobre serviços executados de forma direta, outorgados a entes da Administração Indireta, como sobre aqueles objeto de delegação.

Em qualquer uma destas hipóteses, a atividade regulamentadora é diversa e independente da prestação dos serviços. Daí ser adequado que o órgão executor do serviço seja diverso do órgão regulador. Caso contrário, haverá uma tendência natural a que a atividade de regulamentação seja deixada de lado, em detrimento da execução, ou que aquela seja executada sem a isenção indispensável à sua adequada realização.⁴³

⁴¹ JUSTEN FILHO, op. cit, p.314.

⁴² Portanto, utilizar o termo "privatização" como um termo geral, que designe todo o processo de retirada do Estado da prestação de serviços e obras públicas, não é o mais adequado.

⁴³ FIGUEIREDO, op. cit.

Assim, os entes de regulamentação foram criados com o escopo de normatizar e fiscalizar os setores dos serviços públicos delegados e as atividades econômicas em sentido restrito, socialmente relevantes, na busca do equilíbrio e da harmonia entre Estado, usuários e delegatários.

Em resumo, nas palavras de Márcio Coimbra⁴⁴:

... podemos definir regulação de serviço público como sendo a atividade administrativa desempenhada por pessoa jurídica de direito público consistente no disciplinamento, na regulamentação, na fiscalização e no controle do serviço prestado por outro ente da Administração Pública ou por concessionário, permissionário ou autorizatário do serviço público, à luz de poderes que lhe tenham sido, por lei, atribuídos para a busca da adequação daquele serviço, do respeito às regras fixadoras da política tarifária, da harmonização, do equilíbrio e da composição dos interesses de todos os envolvidos na prestação deste serviço, bem como da aplicação de penalidades pela inobservância das regras condutoras da sua execução.

4 ASPECTOS GERAIS DAS CONCESSÕES E PERMISSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS

4.1 HISTÓRICO

O autor José Carlos de Oliveira⁴⁵ aborda o histórico das concessões de serviços públicos, possibilitando uma interessante regressão aos motivos das estatizações que ocorreram no Brasil.

Nos séculos XIX e XX, o Brasil vivenciou, pela primeira vez, a experiência da concessão dos serviços públicos, tais como energia elétrica, telefonia e ferrovias. Algumas dessas empresas concessionárias sobrevivem até hoje, a grande maioria das concessões, no entanto, não obteve sucesso. Isto se deu pela falta de regulamentação e fiscalização específica para cada um dos setores, sendo que, quando esta existia sofria grande óbice das concessionárias.

⁴⁴ COIMBRA, M. C. O Direito Regulatório Brasileiro. **A Priori**, Disponível em <http://www.apriori.com.br/artigosdireito_regulatório_brasileiro.shtml>, acesso em 07/07/03.

⁴⁵ OLIVEIRA, J. C. de. **Concessões e Permissões de Serviços Públicos**. Bauru: Editora Edipro, 1996.

Neste período da história brasileira, buscou-se inspiração no modelo inglês de concessão de serviços públicos, baseado, precipuamente, nas concessões das ferrovias.

No início da tentativa de se passar o exercício dos serviços públicos para as mãos dos particulares, o Brasil não obteve êxito. Faltava capital privado para investimento e os particulares esperavam que o governo subsidiasse o montante necessário para a concessão que, ao final, traria grandes lucros para os particulares. Foi somente depois da célebre iniciativa do Barão de Mauá⁴⁶, que tiveram início, no Brasil, as concessões.

Entretanto, devido à falta de fiscalização, ou o óbice a ela, como já acima referido, assim como à ganância dos exploradores dos serviços, a primeira experiência brasileira foi um fracasso. Os serviços prestados eram de péssima qualidade e as tarifas cobradas eram exorbitantes.

Em determinado momento da história, a situação da prestação de serviços pelas concessionárias tornou-se bastante precária. Os concessionários não cumpriam com as obrigações contratuais, logo, o governo foi obrigado a retomar a prestação direta destes serviços, transformando as empresas concessionárias em empresas públicas, estatizando todo o setor de prestação dos serviços públicos.

Quando o Estado retomou a prestação direta dos serviços, diretamente, década de trinta à de oitenta, do século XX, a prestação dos serviços públicos

⁴⁶ “As primeiras iniciativas nacionais, relativas à construção de ferrovias remontam ao ano de 1828, quando o Governo Imperial autorizou por Carta de Lei a construção e exploração de estradas em geral. O propósito era a interligação das diversas regiões do País.

No que se refere especificamente à construção de ferrovias no Brasil, o Governo Imperial consubstanciou na Lei n.º 101, de 31 de outubro de 1835, a concessão, com privilégio pelo prazo de 40 anos, às empresas que se propusessem a construir estradas de ferro, interligando o Rio de Janeiro, São Paulo, Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Bahia. O incentivo não despertou o interesse desejado pois as perspectivas de lucro não foram consideradas suficientes para atrair investimentos. Em 26 de julho de 1852, o Governo promulgou a Lei n.º 641, na qual vantagens do tipo isenções e garantia de juros sobre o capital investido, foram prometidas às empresas nacionais ou estrangeiras que se interessassem em construir e explorar estradas de ferro em qualquer parte do País. O grande empreendedor brasileiro, Irineu Evangelista de Souza, (1813-1889), mais tarde Barão de Mauá, recebeu em 1852, a concessão do Governo Imperial para a construção e exploração de uma linha férrea, no Rio de Janeiro, entre o Porto de Estrela, situado ao fundo da Baía da Guanabara e a localidade de Raiz da Serra, em direção à cidade de Petrópolis.” Disponível em www.dner.gov.br/ferrovias/hist-cap1.htm,. Acesso em 03/09/2003.

Através do Decreto n.º 987 de 12 de junho de 1852, o governo imperial, concedeu por dez anos, à Irineu Evangelista de Sousa, e os demais sócios de sua companhia, a construção e exploração da primeira ferrovia brasileira, entre as cidades do Rio de Janeiro e Porto Estrela. O objetivo era beneficiar o comércio entre as Províncias.

melhorou. Contudo, com o passar do tempo e o crescimento da burocratização destas empresas, ocorreu uma estagnação na prestação dos serviços.

O Estado cresceu de forma desmesurada, visto que assumiu a prestação direta de diversos serviços públicos e também de atividades econômicas. Em virtude desta situação, não havia mais condições de investir no crescimento e melhorar a qualidade dos serviços oferecidos. Com base nesta conjuntura, na década de noventa, o Estado passou a uma segunda tentativa de concessão dos serviços prestados por ele, aos particulares, agora com mais cautela, devido aos erros cometidos no passado.

Essas cautelas se referem, principalmente, à criação de legislação específica de regulação do setor de serviços concedidos, assim como à criação de um órgão técnico, independente, responsável pela fiscalização, controle, organização e normatização destas atividades, de modo que os serviços sejam prestados com qualidade, a um preço justo, atendendo ao interesse público e ao regime público a que esses serviços se submetem.

4.2 CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DAS CONCESSÕES, PERMISSÕES E AUTORIZAÇÕES

Este item do trabalho tem como objetivo apresentar, de forma sucinta, as principais características das figuras acima descritas, diferenciando-as, dentro do possível. Eis que, as agências reguladoras são responsáveis pelas concessões, permissões e autorizações nos seus respectivos setores, assim como pela aplicação das sanções administrativas aos atos de infração contra o regime jurídico a que se submetem estas figuras.

Além da Constituição Federal, duas leis infraconstitucionais disciplinam o sistema de delegação dos serviços públicos, a Lei nº 8.987/95, que dispõe acerca do regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art.175 da Carta Constitucional e a Lei nº 9.074/95, que estabelece normas para a delegação e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos, ambas modificadas parcialmente pela Lei nº 9.648/98.

Conforme já exposto, dentre as competências das agências está a promoção de licitações, concessões, permissões e autorizações, assim como a promulgação de atos normativos e a celebração dos contratos administrativos.

Além das leis referidas, regulam a concessão, a permissão e a autorização, realizadas pelas agências, as leis específicas de cada setor, como, por exemplo, o de energia elétrica e o de telecomunicações.

De acordo com o disposto no inciso I, do artigo 2º da Lei nº 8.987/95, poder concedente é a pessoa política de direito público - União, Estados, Distrito Federal ou Município - que tem entre suas competências o serviço público a ser delegado.

A concessão pode ser de serviço público ou de uso de bem público. A primeira tem como exemplo os casos mais comuns, como os de concessão de fornecimento de energia elétrica. Já a exploração de bem público por particular, mediante concessão, prevê a utilização privativa, exercida conforme a sua destinação. As modalidades de concessão de bem público dividem-se em: de exploração ou de uso, temporária ou perpétua, remunerada ou gratuita, de utilidade pública ou de utilidade privada.⁴⁷ É o caso da exploração das jazidas minerais e de petróleo.

Concernente à concessão de serviço público, o artigo 2º, inciso II da Lei nº 8.987/95 a conceitua como: "delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado".

Em sentido técnico, Odete Medauar define concessão como " (...) a transferência, temporária ou resolúvel, por uma pessoa jurídica de direito público de poderes que lhe competem para outra pessoa singular ou coletiva, pública ou privada, a fim de que esta execute serviços por sua conta e risco, mas no interesse geral."⁴⁸

Já Celso Antônio Bandeira de Melo⁴⁹ considera a concessão um ato complexo, procurando descaracterizar a natureza contratual. Tal doutrina, contudo, não é a dominante. O entendimento que sempre prevaleceu foi o de que a

⁴⁷ COIMBRA. op. cit.

⁴⁸ MEDAUAR, O. **Concessão de Serviço Público**, p.84.

⁴⁹ MELLO, C. A B., op. cit., 1993, pág. 327

concessão é um contrato administrativo, ao passo que a permissão, um ato administrativo.

A remuneração do concessionário⁵⁰ decorre, geralmente, da cobrança de tarifas dos usuários do serviço. Mas pode também advir de outra forma de remuneração, decorrente da exploração, motivo pelo qual, fica a cargo do Estado definir, no contrato de concessão, um preço justo e a forma de seu reajuste. Portanto, não fica ao arbítrio do concessionário impor o preço que julgar conveniente, visto que o objetivo primário visado pelo concessionário é o lucro.⁵¹

De acordo com as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello⁵², o concessionário irá desempenhar as atividades transferidas se, quando, como e enquanto isto for conveniente ao interesse público.

A Constituição Federal, entretanto, causou perplexidade, no que tange à natureza jurídica da concessão e da permissão de serviços públicos, quando cuidou da fixação de regras sobre a delegação de atividades de interesse coletivo. Uma interpretação literal do texto poderia conduzir ao sentido de que a permissão, como a concessão, também seria um contrato, e não um ato administrativo unilateral. Se assim fosse, nenhuma diferença haveria entre a concessão e a permissão.

Referente à permissão, esta é definida pelo artigo 175 da Constituição Federal, como uma forma contratual. As leis infraconstitucionais, pelo motivo acima exposto, regulamentam-na como um contrato. Contudo, a doutrina majoritária vê a permissão de serviços públicos como um ato administrativo. Faz-se mister ressaltar, entretanto, que tal discussão ultrapassa os limites do presente trabalho.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵³ consigna que, tanto a permissão, como a concessão, são modos através dos quais a Administração Pública transfere a outrem, a execução de um serviço público, que o exercerá por sua conta e risco, geralmente, mediante o pagamento de tarifa pelo usuário.

⁵⁰ Entretanto, isto não é uma regra, por exemplo, as redes de televisão e rádio são remuneradas pelos informes publicitários, nada impedindo que além desta remuneração haja também subsídio parcial do Estado para o concessionário.

⁵¹ A agência reguladora, como integrante da Administração Indireta, deve exercer seus ofícios com o fim de consubstanciar o princípio da dignidade da pessoa humana e o interesse público, fomentando a concorrência, de modo que o preço cobrado dos usuários não seja resultado de conluio entre os eventuais concessionários

⁵² MELLO, C. A B., op.cit.

⁵³ DI PIETRO, **Direito Administrativo**, p.280.

O objeto da permissão pode ser tanto a execução de um serviço público ou a utilização privativa de um bem público por particular. Desta forma, possui dupla acepção: permissão de serviço público e permissão de uso.⁵⁴

Em relação à permissão de serviço público, a lei regulamentadora das concessões e permissões, em seu artigo 2º, IV, define-a como: "delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco".

O cotejo dos dispositivos sobre as concessões e as permissões possibilita visualizar as diferenças e os pontos de identificação. Os elementos de identificação consistem nos seguintes dados: em ambos os institutos há delegação do serviço pelo Poder Público; ambos devem ser precedidos de licitação; a exigência de concorrência só é prevista para a concessão, mas não o é para a permissão, o que indica que esta pode resultar de outra modalidade de licitação; em ambos, o delegatário deve demonstrar que tem capacidade para executar o serviço, sendo executado por conta e risco daquele.

Também as diferenças resultam da comparação entre os dispositivos, quais sejam: a concessão só pode ser delegada a empresa ou consórcio de empresas, enquanto a permissão pode ser atribuída à pessoa física ou jurídica e, na concessão, há previsão de prazo determinado, o que não ocorre na conceituação da permissão.

Outros autores que diferenciam as duas figuras, especialmente no que concerne à precariedade, são Hely Lopes Meirelles e Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁵. Para eles, há precariedade na permissão, o que faz com que este tipo de transferência de execução de serviços públicos seja mais apropriado para aquelas atividades cuja natureza não demande grandes investimentos, ou necessidade de aparelhamento específico que não possa ser usado em outros tipos de serviços, ou ainda quando os riscos que envolvem a precariedade sejam compensáveis pela rentabilidade do serviço; ou também aqueles serviços de natureza transitória, ou

⁵⁴ DI PIETRO, **Direito Administrativo**, p.220.

⁵⁵ ANAIS DO SEMINÁRIO: ASPECTOS JURÍDICOS, ECONÔMICOS E SOCIAIS DA PRIVATIZAÇÃO, nº 1., 1998, Bahia. **Aspectos Jurídicos Econômicos e Sociais da Privatização**. Bahia: Escola Nacional da Magistratura, 1998.

permanentes mas que exijam constantes atualizações para acompanhar a evolução técnica.

Quanto à fiscalização sobre a execução dos serviços, o artigo 3º, da Lei nº 8.987/95, prevê que as concessões e as permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários. Com relação a estes, o artigo 7º dispõe sobre seus direitos e obrigações:

Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:

I – receber serviço adequado;

II – receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos;

(...)

IV – levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes aos serviços prestados;

V – comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço público;

(...)

Já o artigo 23, ao tratar das cláusulas essenciais⁵⁶ do contrato de concessão, expõe, no inciso VIII, que dentre elas devem estar necessariamente as penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária, e sua forma de aplicação.

A responsabilidade da concessionária está prevista no artigo 25: “Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua esta responsabilidade.”

Também o Código de Defesa do Consumidor expressa a responsabilidade das empresas concessionárias e permissionárias de serviços nos artigos 14 combinado com o 22. Tal previsão se dá no sentido da responsabilização objetiva das concessionárias e permissionárias pelo funcionamento do serviço⁵⁷.

Ademais, entre as atribuições do poder concedente, conforme artigo 29, estão: regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua

⁵⁶ Sobre as cláusulas essenciais ver item 5.2.

⁵⁷ MEDAUAR. **Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos.** In Ada Pellegrini Grinover *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor.** Editora Forense Universitária. Rio de Janeiro, 1991, p.109 e seguintes.

prestação, aplicar as penalidades regulamentares e contratuais, cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão e zelar pela boa qualidade do serviço, receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários.

Quanto à autorização, seu conceito e definição também não são pacíficos na doutrina. A autorização é ato administrativo unilateral, discricionário, através do qual a Administração Pública, a título precário, autoriza o particular a utilizar, com exclusividade, um bem público, geralmente de uso especial, ou, ainda, a execução de uma atividade. A autorização ocorre mediante provocação do interessado, e é considerada ato unilateral, porque só existe a partir da manifestação positiva do Estado.

Com relação à autorização, importante a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵⁸, explica que os chamados serviços autorizados não têm natureza de serviços públicos e não exigem licitação. Apesar de o artigo 21, inciso XII da Constituição Federal fazer referência à autorização como forma de delegação de serviços públicos, para ela, os serviços autorizados são, simplesmente, atividades de grande relevância para o interesse público.

A discricionariedade resulta da análise da conveniência e oportunidade do ato pelo Poder Público. Já a precariedade advém da possibilidade de revogação do uso a qualquer tempo, desde que a utilização do bem pelo particular tenha se tornado contrária ao interesse público.

Ainda, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵⁹, “A utilização não é conferida com vistas à utilidade pública, mas no interesse privado do utente. Aliás, essa é uma das características que distingue a autorização da permissão e da concessão”.

Em face do que foi destacado pela eminente jurista, decorrem alguns efeitos importantes: a autorização reveste-se de maior precariedade do que a permissão e a concessão; realiza-se em caráter transitório; confere menores poderes e garantias ao usuário; dispensa licitação e autorização legislativa e não cria um dever de utilização para o usuário, o uso é facultativo.

⁵⁸ DI PIETRO, **Direito Administrativo.**, p.280.

⁵⁹ DI PIETRO, *idem.*

5 ASPECTOS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

5.1 NOÇÕES GERAIS⁶⁰

Neste capítulo realiza-se um breve estudo acerca dos principais deveres e obrigações decorrentes da celebração de contratos entre as agências e as concessionárias, tendo em vista a imposição de sanções administrativas, pelo descumprimento das cláusulas contratuais.

Quando o Estado evidencia que não consegue atender adequadamente uma necessidade de interesse público, ou que esta pode ser realizada de modo mais eficiente por terceiros, ele pode celebrar contratos com pessoas físicas ou jurídicas - de direito público ou privado – para consubstanciar tais necessidades.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶¹, assim como Cretella Júnior⁶² expõem que, na prática jurídica, há certa confusão entre os termos contratos da Administração e contratos administrativos. Aqueles são todo e qualquer contrato realizado pela Administração Pública, regido pelo direito privado ou pelo direito público. Já a expressão contrato administrativo é utilizada com maior especificidade técnica para designar os contratos promovidos pela Administração Pública, “com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo o regime jurídico de direito público.”⁶³

⁶⁰ A questão dos contratos administrativos não é pacífica na doutrina. Existem três orientações. Há aqueles que afirmam que os chamados contratos administrativos não são realmente contratos. Os contratos administrativos não existiriam, tendo em vista a ausência de princípios basilares da teoria dos contratos, como a igualdade entre as partes e a autonomia de vontade, requisitos imprescindíveis para configuração da figura jurídica de um contrato.

Outros autores, vêem os contratos administrativos como aqueles submetidos a um regime jurídico especial, o de direito público, o qual confere prerrogativas à Administração Pública em face da razão de existência do Estado, a satisfação do interesse público.

Já para a teoria sustentada por CRETELLA JUNIOR, os contratos administrativos são aqueles que possuem cláusulas derogatórias e exorbitantes.

⁶¹ DI PIETRO, **Direito Administrativo**.

⁶² CRETELLA JUNIOR, J. **Tratado de Direito Administrativo**. Vol III, p. 15.

⁶³ DI PIETRO, **Direito Administrativo**, p.239.

Ademais, Gaston Jèze, citado por Cretella Júnior⁶⁴, consigna que para existir contrato administrativo, propriamente dito, é preciso que se reúnam as seguintes condições: um acordo de vontades entre a Administração e um terceiro, cujo objeto seja a criação de obrigação jurídica de prestação de coisas materiais ou de serviços pessoais, mediante remuneração; a prestação fornecida pelo indivíduo estar destinada a assegurar o funcionamento de um serviço público; as partes, por cláusula expressa, pela própria forma dada ao contrato, pelo gênero de cooperação solicitada ao contratante, ou por qualquer outra manifestação de vontade, concordarem em se submeter ao regime especial do direito público.⁶⁵

Entretanto, Cretella Júnior faz uma ressalva diante das condições ditadas por Jèze, eis que, nem todo contrato administrativo, necessariamente, tem como objeto o serviço público. Há também os contratos concluídos pelo Estado, para gerir atividades econômicas em sentido restrito, como o caso da atividade petrolífera, que é monopólio estatal, mas pode ser exercida por particulares ou outras pessoas de direito público através dos contratos de concessão.

Na opinião de Cretella Júnior, uma concessão envolve sempre a transferência, pela Administração Pública, a terceiros, de poderes, no todo ou em parte, vantagens, utilidades que passam para o concessionário, reservando-se para o concedente, alguns direitos, vantagens ou utilidades.

Referido autor⁶⁶ esclarece ainda que, os contratos administrativos são regidos por normas de direito administrativo, direito público, e, apenas supletivamente, por normas do direito privado. Nos contratos de direito privado, as vontades das partes se equivalem; já nos de direito público, a vontade do Estado é superior, retirando, desta forma, a paridade inerente à natureza dos atos jurídicos bilaterais privados, em razão de uma imposição do interesse público.

⁶⁴ CRETELLA, op. cit.

⁶⁵ Os contratos da Administração podem estar submetidos ao regime privado ou ao regime público, embora, na doutrina, muitos autores coadunem com a tese de que, mesmo nos contratos adstritos ao regime privado, essa sujeição não é absoluta, tendo em vista que o interesse público é sempre o fim maior do Estado.

⁶⁶ Para CRETELLA JUNIOR são dois os tipos de contrato que a Administração Pública pode celebrar: aquele em que ambas as partes do contrato encontram-se em situação equânime, isto é, uma não possui posição superior em relação a outra, e os contratos celebrados pela Administração Pública, em que esta possui posição de superioridade (em razão de buscar o interesse comum), e desta forma, pode impor unilateralmente algumas cláusulas, que denominar-se-iam cláusulas exorbitantes.

Assevera ainda Maria Sylvia Zanella Di Pietro que, nos contratos administrativos “a autoridade administrativa, por estar vinculada ao princípio da indisponibilidade do interesse público, não poderia se sujeitar a cláusulas inalteráveis como ocorre no direito privado.”⁶⁷ No entanto, esta alteração contratual não é arbitrária, eis que deve respeitar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Em resumo, a doutrina aponta, como principais características dos contratos administrativos: regime jurídico de direito público; bilateralidade, porque criam obrigações recíprocas a ambas as partes; formalidade, porque celebrados por escrito e demandando requisitos especiais; onerosidade, pois trazem vantagens para ambos os contratantes; comutatividade, pois cada contraente, além de receber do outro prestação relativamente equivalente à sua, pode verificar, de imediato, essa equivalência; natureza *intuitu personae*, que decorre do próprio princípio da licitação, sendo a subconcessão permitida somente mediante autorização do poder concedente.

5.2 CARACTERÍSTICAS DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Os contratos firmados com as autarquias de regime especial submetem-se à Lei nº 8.666/93, que trata das Licitações e Contratos Administrativos, seguindo o princípio da obrigatoriedade da licitação, explícito na Constituição Federal. Desta forma, previamente à celebração do contrato de concessão, é obrigatória a licitação, conforme o artigo 175 da Magna Carta, e na modalidade de concorrência de acordo com artigo 2º, II, da Lei nº 8.987/95.

Conforme artigo 67, da Lei das Licitações e dos Contratos Administrativos, a execução do contrato deve ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado. Nos casos dos serviços públicos delegados, esta atribuição é exercida pelas agências reguladoras.

⁶⁷ DI PIETRO, idem, p. 240. As cláusulas de um contrato administrativo podem ser modificadas pela Administração para se adequarem às demandas sociais, que estão em constante mudança. Desta forma, as cláusulas poderão ser substituídas de acordo com a necessidade e conveniência do contexto social.

O contrato de concessão de serviço público “é o ajuste pelo qual a Administração delega a execução de um serviço do Poder Público ao particular, para que o explore por sua conta e risco, pelo prazo e nas condições ajustadas, mediante remuneração por tarifa cobrada dos usuários.”⁶⁸

Hely Lopes Meirelles averba: "O contrato de concessão é o documento escrito que encerra a delegação do poder concedente, define o objeto da concessão, delimita a área, forma e tempo da exploração, estabelece os direitos e deveres das partes e dos usuários do serviço".⁶⁹

Como já visto, a transferência da prestação da atividade estatal não retira sua titularidade do Estado. A consequência, em face das suas prerrogativas especiais, é a possibilidade de geri-lo da forma que melhor atender ao interesse público. Assim, se não houver mais conveniência na prestação do serviço, mediante concessão, ocorre a rescisão do contrato por motivo de interesse público, ou, em casos de menor gravidade, a alteração unilateral das cláusulas do contrato.

Por conseguinte, o artigo 58 da Lei nº 8.666/93 prescreve:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I – modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II – rescindi-los unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III – fiscalizar-lhes a execução;

IV – aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

(...)

Com relação à possibilidade de alterações das cláusulas contratuais, Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica ainda, que:

“ o concessionário executa o serviço em seu próprio nome e corre os riscos normais do empreendimento; ele faz jus ao recebimento da tarifa, ao equilíbrio econômico da concessão, e à inalterabilidade do objeto, vale dizer que o poder público pode introduzir alterações unilaterais no contrato, mas tem que respeitar o seu objeto e assegurar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, aumentando a tarifa ou compensando pecuniariamente o concessionário.”⁷⁰

⁶⁸ MEIRELLES. H. L.. **Licitação e contrato administrativo**. 9ª ed., Editora RT, São Paulo, 1990, p.291.

⁶⁹ CARVALHO, J. dos S. **A contradição da Lei nº 8.987/95 quanto à natureza da permissão de serviços públicos. (artigo da internet) acesso em 07/08/03**

⁷⁰ DI PIETRO, **Direito Administrativo**., p.278/279.

Logo, o conteúdo do contrato há de ser o mesmo previsto no edital e na proposta aceita pela Administração, assim como, as alterações contratuais devem estar amparadas pela lei, conforme artigo 65 da Lei nº 8.666/93⁷¹.

O contrato de concessão abrange cláusulas essenciais⁷², cuja falta acarreta a nulidade do contrato pela impossibilidade de se definir o objeto bem como os direitos e obrigações das partes. O artigo 55 da Lei nº 8.666/93, entre as cláusulas essenciais prevê:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...)

VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;

VIII – os casos de rescisão;

IX – o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art.77 desta Lei;

(...)

XII – a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;

(...)

Quanto à responsabilidade do concessionário, este, por assumir a prestação da atividade por sua conta e risco, responde objetivamente por quaisquer danos causados a terceiros, em decorrência da execução do serviço público, conforme disposto no art. 37, § 6º da Constituição Federal.

Outro dispositivo acerca do tema é o artigo 70 da Lei nº 8.666/93, o qual prescreve que a responsabilidade da concessionária depende do dolo ou culpa, com relação ao poder concedente, mas é objetiva perante terceiros, de acordo com a teoria do risco administrativo .

Art. 70. O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes da sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou

⁷¹ Este artigo prevê os casos de alteração das cláusulas contratuais dos contratos regidos pela Lei nº 8.666/93.

⁷² O artigo 23 da Lei nº 8.987/95 prevê a matéria que as cláusulas essenciais devem abranger, como as relativas ao objeto da concessão; à área e o prazo; modo e forma de prestação dos serviços, critérios e parâmetros definidores da qualidade do serviço; o preço do serviço e também os critérios para o reajuste e revisão das tarifas; os direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária; os direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização dos serviços, a forma de fiscalização bem como o órgão competente para exercê-la; as penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária; os casos de extinção da concessão, os bens reversíveis; critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso; condições para prorrogação do contrato, etc.

reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.

Interessante ainda, estudar a rescisão contratual, como uma forma de extinção do contrato de concessão. Isto porque, em muitos desses contratos, a caducidade figura como um dos tipos de sanção administrativa. No artigo 35 da Lei nº 8.987/95, e nos artigos 77 a 80 da Lei nº 8.666/93, estão previstas as formas, conseqüências e os motivos para a extinção das concessões. Entre as mais importantes estão a encampação, a caducidade e a anulação contratual.

A rescisão unilateral da concessão, antes do prazo estabelecido para o término do contrato, que ocorre por motivos de interesse público é a chamada encampação. Esta só pode acontecer mediante lei autorizadora específica, e após prévio pagamento de indenização – referente aos investimentos já realizados e à expectativa de lucro - sendo a execução do serviço retomada pelo poder concedente.

Outra espécie de rescisão unilateral é a caducidade ou decadência, decorre de um inadimplemento contratual. O concessionário, nestas situações, só terá direito ao ressarcimento das parcelas não amortizadas do investimento, visto que estes serão revertidos ao poder concedente, que, precisa continuar com a prestação do serviço.

As situações motivadoras da caducidade podem ser resumidas em quatro: serviço ineficiente prestado pela concessionária, descumprimento de cláusulas contratuais ou disposições legais, paralisação intencional do serviço e condenação final por sonegação de tributos, inclusive de contribuições sociais.

A caducidade⁷³ é o rompimento do contrato em virtude de falta grave cometida pelo concessionário. Esta forma de extinção só deve ser adotada em casos extremos, precedida de processo administrativo, no qual deverão ser garantidos o contraditório e a ampla defesa.

⁷³ À declaração de caducidade deve preceder processo administrativo, informado pelos princípios da oficialidade, o que significa que a Administração Pública instaura e movimenta o processo; informalismo, não existindo formas sacramentais nem formas rígidas no processo administrativo, sendo indispensáveis somente os atos garantidores da ampla defesa e segurança procedimental; o princípio da verdade material, interessa a realidade dos fatos e não a verdade formal.

É possível também a rescisão por parte da concessionária, decorrente de processo judicial, iniciado por esta, em face do descumprimento das obrigações contratuais por parte do concedente.⁷⁴

A ocorrência de ilegalidades, em quaisquer fases da licitação, da celebração do contrato, ou mesmo da execução do contrato de concessão, acarretam a anulação da concessão. Esta pode ser feita pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário. A declaração de nulidade opera efeitos *ex tunc*, ou seja, abrange, por completo, todos os atos e efeitos da concessão.

Em quaisquer dos casos acima descritos o poder concedente poderá reverter os bens necessários à execução do serviço público, mediante indenização, quando prevista, conforme Lei nº 8.987/95, art. 36.

Art.36. A reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos não vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

E, ainda, o artigo 87 da Lei nº 8.666/93 prevê as sanções administrativas aplicáveis pela inexecução total ou parcial dos contratos administrativos. Quais sejam, a advertência; a multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos e declaração de inidoneidade⁷⁵, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição. Entretanto, importante salientar que a cominação de qualquer penalidade deve ser precedida de processo administrativo, garantida a prévia defesa.

⁷⁴ A doutrina admite, ainda, que a rescisão se dê por um acordo entre os contraentes.

⁷⁵ De acordo com o § 3º do artigo 87 da Lei nº 8.666/93, a declaração de inidoneidade é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso.

6 SOBRE A FISCALIZAÇÃO E A FUNÇÃO SANCIONADORA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

6.1. ASPECTOS RELEVANTES DA FISCALIZAÇÃO

As agências reguladoras, entre suas atribuições, detêm a competência para o exercício da atividade fiscalizadora do poder de polícia, concomitante com a função sancionadora. Por conseguinte, a constatação de uma transgressão à regulamentação⁷⁶, do setor ao qual se vincula a agência, implica na aplicação das penalidades administrativas previstas, sem prejuízo à imposição de outras cíveis ou penais.

Ademais, Marcos Coimbra aduz que, a fiscalização da prestação de serviços privados e públicos realizada pelas agências reguladoras é uma espécie do exercício regular do poder de polícia administrativa.⁷⁷

Esta fiscalização exercida pelo Estado pressupõe a cobrança de uma taxa de polícia, que “não se destina a funcionar como instrumento de intervenção no domínio econômico”⁷⁸. Assevera ainda, Marçal Justen Filho⁷⁹, que “a taxa não é instrumento de acumulação de riquezas para a entidade estatal. Sua natureza ressarcitória significa que o montante total arrecadado deverá corresponder, grosso modo, às despesas incorridas pelo sujeito ativo para o desempenho de suas funções regulatórias”.

Alexandre Santos de Aragão⁸⁰ consigna que:

... verificada a necessidade de retração da intervenção estatal em vastos setores da vida econômica, teve-se, por outro lado, a consciência de que o Estado não poderia deixar apenas ao bom senso empresarial a gestão de atividades de indubitável interesse público, devendo estas, portanto, ficar sob o seu poder regulatório.

⁷⁶ Regulamentação que deriva dos poderes traçados na lei de instituição da agência e que encontra seus limites na mesma lei.

⁷⁷ COIMBRA, op. cit.

⁷⁸ JUSTEN FILHO, op. cit, p.478.

⁷⁹ JUSTEN FILHO, idem, p.479.

⁸⁰ ARAGÃO, op. cit.

Como consequência, foram conferidos amplos poderes de natureza normativa aos entes reguladores, que, de outra forma, não poderiam desempenhar satisfatoriamente suas atribuições.

Embora, no governo atual, estejam em questionamento os poderes e os limites da autonomia destas figuras reguladoras, a fórmula utilizada até o momento é a de órgãos bastante independentes, com acentuada competência decisória e técnica. Os órgãos colegiados, através de atos normativos, ditam regras de comportamento aos operadores, os fiscalizam, e quando são verificadas irregularidades, aplicam-lhes as sanções administrativas legalmente previstas.

Ademais, Santos de Aragão⁸¹ averba que, a qualificação "independente", conferida a muitas das agências reguladoras deve ser entendida em termos. País nenhum, onde elas foram instituídas, concedeu-lhes independência em sentido próprio, mas apenas uma maior ou menor autonomia, dentro dos parâmetros fixados pelo ordenamento jurídico⁸². Talvez, seja esta a explicação para a nova tendência de redução dos poderes conferidos às agências. Isto significa, que somente a realidade social, que é fenômeno cambiante, é capaz de determinar, a cada momento, a feição de maior ou menor autonomia e independência conferida às agências.

Não obstante o exercício da função fiscalizadora das agências, se faz necessária a análise de outra, a fiscalização sobre as atividades realizadas pelas agências. O professor Adilson Abreu Dallari⁸³ salienta que, "No sistema Republicano, é elementar a existência de controles sobre quem quer que exerça uma parcela de poder público, pois ninguém tem imunidade."

Sobre o mesmo tema, a fiscalização dos órgãos do Poder Público, Caio Tácito⁸⁴ afirma que:

Se o direito individual tem como limite natural o direito de outrem, cumpre ao Estado o dever de garantir o equilíbrio da ordem coletiva contra os excessos do individualismo. Nasce, por

⁸¹ ARAGÃO, op. cit.

⁸² No governo do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva discute-se sobre até que ponto se deve manter a autonomia e independência das agências. Alguns parlamentares sugeriram projetos de lei que modificam a referida autonomia, criando outros mecanismos de controle das agências pelo governo. Enquanto isto, já pergunta-se se tal controle pelo governo não desvirtuará a própria natureza das agências, a própria essência de um de seus traços definidores.

⁸³ DALLARI, Controle Político das Agências reguladoras, p.14.

⁸⁴ TÁCITO, C. Princípio da Legalidade e Poder de Polícia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 227, jan./mar. 2002, p.40 e 42.

esta forma, o poder de polícia, que exprime em sua origem clássica, o implemento do dever geral de não perturbar que se supõe como limite à liberdade individual.

(...)

O fortalecimento do poder discricionário – do qual o poder de polícia é uma das manifestações mais atuantes – colocou em destaque a necessidade de aperfeiçoamento do controle de legalidade de modo a conter, oportunamente os excessos ou violências da administração pública.

Toda atividade de composição de interesses, realizada pelas agências, tem caráter administrativo. As decisões resultantes destes conflitos são apreciáveis pelo Poder Judiciário. A análise da controvérsia, via jurisdicional, deve se dar dentro dos parâmetros definidos em lei, apenas quanto à legalidade do ato, sob pena de deixar ao Judiciário, a acareação sobre o mérito, ou seja, quanto à parte discricionária do ato.

Em razão da ampla discricionariedade conferida pelas leis às agências reguladoras, e ao caráter técnico-especializado do seu exercício, prevaleceria, em situações de dúvida, a decisão do órgão regulador. Até porque, caso contrário, pela natureza da matéria, ela acabaria deixando de ser decidida pela agência, para, na prática, passar a ser decidida pelo perito técnico do Judiciário.

O Poder Judiciário acaba, portanto, em razão de uma autolimitação, tendo pouca ingerência material nas decisões das agências, restringindo-se, na maioria das vezes, como imposição do Estado de Direito, aos aspectos procedimentais assecuratórios do devido processo legal, e da participação daqueles, direta ou indiretamente interessados no objeto da regulação.

Quanto ao Poder Legislativo, este poderá revogar os poderes anteriormente conferidos às agências reguladoras ou mesmo extingui-las, respeitados, eventuais direitos adquiridos. Oportuno lembrar a competência exclusiva de fiscalização das entidades da Administração Indireta atribuída pela Constituição Federal ao Congresso Nacional.

A questão da imparcialidade quanto à fiscalização é outro ponto relevante para discussão, visto que⁸⁵:

... os grupos de interesse tendem, desde logo, a capturar as agências reguladoras. Estas nem sempre se destinam a proteger o público, mas podem vir a significar uma defesa e proteção para os empresários do setor e, simultaneamente, a introdução ou elevação de barreiras de entrada para os que estão de fora.

⁸⁵ ARAGÃO, op. cit.

Este quadro é agravado pela necessidade constante de obtenção de informações dos setores regulados e pelo fato destes, com o passar do tempo, possuírem maior interesse na agência que os consumidores ou o Poder Público, o que leva a uma certa identificação entre regulamentadores e regulados e possível atenuação dos vínculos de fiscalização e controle originariamente previstos.

As forças pluralistas perturbam a imparcialidade da burocracia com sua influência exercida sobre a ocupação, orientada por critérios políticos, das administrações autárquicas ou até dos ministérios, quer através da infiltração em cargos burocráticos de pessoas que esperam favores especiais. Mas à parte de um tal patrocínio de cargos e respectivo oportunismo na progressão da carreira, também o empenhamento natural do funcionário em prol do sector de vida que lhe foi confiado, pode levar a que ele se identifique com os interesses que deve gerir.

Por conseguinte, quando um segmento social é setorizado, como no caso da criação das agências para fiscalização de setores determinados, os seus dirigentes, inclusive, pela formação técnico-profissional, tendem a ter um contato mais estreito e freqüente com os agentes econômicos regulados. Se por um lado isto é positivo, por outro, se não forem criados os instrumentos necessários, pode levar à parcialidade das agências, face ao natural corporativismo de classes. Alexandre Santos Aragão⁸⁶ comenta que:

Mesmo nos setores de normatização preponderante técnica, revela-se cada vez mais uma maior especialização em razão das constantes evoluções tecnológicas e da crescente complexização e pluralização do sistema social. Estes fatos têm feito com que a especialização em determinado setor do Direito deva ser acompanhada de profundos estudos técnicos da matéria regulada, sendo cada vez mais comuns e necessários os "juristas-biólogos", "juristas-sanitaristas", "juristas-economistas", etc.

A legislação converte-se progressivamente em matéria de peritos, sendo eles os únicos que ainda se entendem nas interligações normativas que poderão afectar a disposição jurídica a adotar.

José Augusto Delgado⁸⁷, então, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, ao tecer considerações acerca dos aspectos jurídicos da privatização, revela algumas preocupações sobre a distância entre a ciência jurídica e a ciência econômica.

Percebe-se que o Direito e a Economia vivem em aparente harmonia, mas economistas e juristas estão em permanente conflito. As dissensões são profundas nas ordens econômica, financeira e jurídica. Há a necessidade de uma união destes três planos, a fim de que os princípios jurídicos possam guardar compatibilidade com os princípios econômicos e financeiros, de forma que a nação possa desenvolver suas atribuições com respeito à cidadania.

⁸⁶ ARAGÃO, op. cit.

⁸⁷ Anais do Seminário: Aspectos Jurídicos Econômicos e Sociais da Privatização, p.76-81.

Por esta razão, as privatizações e parcerias com o setor privado devem respeitar a ideologia prevalente na Constituição Federal. O eminente Ministro observou um excesso de discricionariedade com que o Poder Executivo atuou nas privatizações, visto que estas devem desenvolver-se em consonância com os princípios da transparência, da moralidade, da legalidade, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Anota o jurista que:

Discute-se, defende-se por um lado a diminuição do Estado, para que ele fique vinculado tão somente às atividades essenciais de segurança educação, saúde, lazer etc; por outro lado, isto está acarretando o fortalecimento de grandes grupos econômicos, que não têm nenhum compromisso com o bem estar social e cujo compromisso é exclusivamente com o lucro . Nós sabemos que o percentual que esses grupos econômicos reservam para as suas atividades sociais é tão ínfimo, que estatisticamente não tem nenhuma representatividade. Esses grupos econômicos, no momento atual, em decorrência da privatização, estão assumindo atividades privativas do Estado, ou através da concessão ou da transferência do patrimônio, o que me parece mais grave. Nós temos um patrimônio valioso construído através de décadas – a atividade estatal – e que hoje esse patrimônio está sendo transferido a grupos econômicos privados, restritos, e que passarão, a qualquer momento, a competir com o Estado. É lógico que nessa competição com o Estado, esses grupos econômicos irão defender os seus próprios interesses. Os interesses da manutenção do grupo, da sua estabilidade financeira e econômica. E não os interesses sociais, porque eles não têm nenhuma responsabilidade com o bem estar social da cidadania.⁸⁸

Ao final, consigna que, em eventual disputa política entre uma empresa economicamente forte e o Estado, prevalecerá a vontade do mais forte, se o ordenamento jurídico não contiver dispositivos que permitam atuar no âmbito da constitucionalidade.

Apenas como exemplo elucidativo da atuação da função fiscalizadora, interessante a transcrição deste trecho da página virtual da Aneel⁸⁹:

A ANEEL criou para fiscalização dos serviços de eletricidade a Superintendência dos Serviços de Eletricidade (SFE), dentre suas atribuições está inspecionar as empresas que realizam a distribuição e transmissão de energia no cumprimento dos termos do contrato de concessão de serviços, dos regulamentos técnicos e comerciais, que são editados pela própria ANEEL, assim como a legislação própria do setor.

A SFE é responsável pela averiguação dos diversos aspectos da qualidade do produto, no caso, energia elétrica, entre elas, a qualidade dos serviços prestados aos consumidores. Entre os aspectos averiguados estão o (...) planejamento, operação e manutenção do sistema, a segurança das instalações, dos trabalhadores e dos clientes. São verificadas todas as atividades das empresas relativas ao serviço comercial como arrecadação e faturamento e, principalmente, o atendimento aos consumidores.

⁸⁸ Anais do Seminário: Aspectos Jurídicos Econômicos e Sociais da Privatização p. 78

⁸⁹ www.aneel.gov.br

O objetivo precípua da SFE é a melhoria progressiva da qualidade do serviço prestado aos consumidores – estes são aferidos através dos índices de qualidade e continuidade do fornecimento de energia, assim como na satisfação dos consumidores.

A fiscalização das empresas se dá diretamente através das próprias equipes da SFE ou através das Agências Estaduais conveniadas, e como apoio à fiscalização utiliza também consultoria especializada.

Realizada a inspeção são confeccionados relatórios que podem apresentar evidências de eventual má prestação dos serviços, na forma de uma *constatação*, cada uma destas *constatações* pode gerar uma *recomendação*. Entretanto, se a situação observada não for mera inadequação na prestação dos serviços, mas, descumprimento da legislação específica do setor, a *constatação* irá gerar uma *não conformidade* e uma *determinação*. A *não conformidade* poderá gerar diversos tipos ou níveis de penalidades, desde uma advertência, multas ou até mesmo dar início a um processo administrativo de decretação da caducidade da concessão.

Até o momento, o trabalho de fiscalização deste órgão regulador baseou-se principalmente na monitoração.

Fazem parte das incumbências da ANEEL; a) expedir atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas legais pertinentes ao setor elétrico; b) promover as licitações, efetuar as concessões, permissões e autorizações no âmbito de sua competência, bem como celebrar e gerir os respectivos contratos; c) definir o aproveitamento ótimo do potencial hidrelétrico, sem o que não poderá ser licitado; d) dirimir as divergências entre concessionárias, permissionárias e autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem entre esses agentes e seus consumidores; e) zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, podendo estabelecer restrições para impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica; f) declarar a utilidade pública, para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa das áreas necessárias aos concessionários, permissionários e autorizados de energia elétrica.

6.2 A PREVISÃO DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

A realização do bem comum autoriza a ingerência do Estado na vida de seus cidadãos. É o Estado que detém o poder de ditar regras para a sociedade - o monopólio legislativo - e de fazê-las cumprir, se necessário coativamente.

Uma única conduta pode resultar em punições de diferentes âmbitos do direito, na medida em que ferir mais de um bem juridicamente tutelado.

De acordo com Régis Fernando de Oliveira⁹⁰ citado por Marcos Lisandro (Oliveira *apud* Lisandro, p. 12, 2001):

O conceito de antijuridicidade é comum aos diversos ramos do Direito, pertence à teoria geral do Direito. Por isso não se distinguem os ilícitos civil, criminal e administrativo, em sua essência; ontologicamente, são uma e mesma coisa. Nos primeiros casos, a questão é de grau de valores encampados pelo sistema, dependendo da maior ou menor repulsa do ordenamento jurídico à sua ação ou omissão antijurídica. Isso leva à conseqüência jurídica ou forma de reação ao dano causado.

⁹⁰ OLIVEIRA, R. F. **Infrações e Sanções Administrativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p.6/7.

Logo, um ilícito consiste em uma ação ou omissão, voluntária ou não, o qual viola determinação contida em uma regra jurídica previamente estabelecida. Portanto, não há qualquer diferença ontológica entre um ilícito penal e um ilícito administrativo, sendo ambos os ramos do Direito adstritos aos princípios da legalidade e da anterioridade da lei.

Para Oswaldo Aranha Bandeira de Mello⁹¹ “A sanção administrativa é o ato administrativo unilateral, discricionário, pelo qual se aplicam penalidades em terceiros pela inobservância dos respectivos deveres.”

As sanções administrativas aplicáveis não estão previstas somente nas leis instituidoras das agências reguladoras. Eis que, podem ser encontradas nos seus atos normativos, nos contratos de concessão, e ainda, em toda lei que, de forma direta ou indireta, vincule-se ao setor de atuação da agência.

São exemplos de sanções aplicáveis pelas agências as previstas para irregularidades nas concessões e nas permissões, Lei nº 8.897/95; nas licitações e contratos administrativos, Lei nº 8.666/93 e as infrações às disposições do Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90.

Entretanto, é de suma importância salientar que, as sanções administrativas só são aplicáveis quando realmente há a constatação de uma infração à norma regulamentar do setor. Sanção alguma deve ser imposta sem prévia oportunidade de defesa. Portanto, toda cominação de penalidade deve ser precedida de processo administrativo, observados os requisitos do devido processo legal. A Administração Pública está sempre adstrita aos princípios da legalidade e da anterioridade. Por conseguinte, se não há uma sanção administrativa prevista em lei, no âmbito administrativo, nenhuma sanção pode ser imposta.

Em geral, as sanções administrativas previstas são: advertência, multa pecuniária, declaração de inidoneidade, suspensão, inabilitação temporária, cancelamento da autorização de funcionamento, apreensão de produtos, inutilização de produtos, cassação do registro de produtos, proibição da fabricação de produtos, intervenção administrativas, caducidade, rescisão de contrato e outras que variam de acordo com a natureza de cada setor.

⁹¹ MELLO, O.A B de.. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 2ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 561.

Para os serviços públicos também são exemplos de ações ou omissões que acarretam a imposição de sanções administrativas, previstas nos contratos de concessão: o não atendimento das metas de universalização, o descumprimento de metas e parâmetros de qualidade na prestação dos serviços, violação dos direitos do usuário ou atos omissivos que acarretem prejuízos ao mesmo, qualquer ato ou omissão que traga óbice ao exercício da atividade fiscal do ente regulador e o descumprimento de qualquer obrigação prevista no contrato de concessão.

O não pagamento das multas cominadas à concessionária pode ensejar a intervenção na concessionária, além da cobrança de multa moratória. Nos casos graves, pode ocorrer a fixação da multa, concomitantemente, com a caducidade do contrato ou a intervenção na concessionária. Aliás, em qualquer caso a multa pode ser aplicada em conjunto à outra penalidade administrativa.

No momento da aplicação da sanção são aferidas a natureza e a gravidade da infração, e os danos dela resultantes para o serviço e para os usuários. Para a imposição da penalidade, devem ainda ser observados, a vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes, os antecedentes do infrator e a reincidência específica (visto que a existência de sanção anterior é considerada agravante na aplicação de outra sanção). A determinação do valor da multa também leva em conta a condição econômica do infrator e a aplicação do princípio da proporcionalidade entre a gravidade da falta, e a intensidade da sanção.

Nos casos de descumprimento de normas protetoras dos direitos dos consumidores pode ocorrer a inflicção das penalidades administrativas previstas no Código de Defesa do Consumidor, no Capítulo VII⁹². São elas: multa; apreensão do produto; inutilização do produto; cassação do registro do produto junto ao órgão competente; proibição de fabricação do produto; suspensão temporária de atividade; revogação de concessão ou permissão de uso; cassação de licença de estabelecimento ou de atividade; interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade; intervenção administrativa e imposição de contrapropaganda.

Ronaldo Porto Macedo Júnior⁹³ aponta que “ a proteção do usuário de serviço público ainda está a merecer tratamento mais aprofundado por parte da doutrina.”

⁹² Lei nº 8.078/90.

⁹³ MACEDO JÚNIOR, R. P. . A proteção dos usuários de serviços públicos – A perspectiva do Direito do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n 37, jan./mar. 2001, p.77.

Com base nos artigos 3º, § 2º⁹⁴ e 22⁹⁵ do Código de Defesa do Consumidor, expõe que:

As agências reguladoras destinam-se, também, a realizar o equilíbrio dos contratos de serviço, pois sua atuação se dá no sentido de monitorar o processo de renegociação contratual entre os prestadores do serviço e os usuários do mesmo, agindo, neste contexto, como um terceiro imparcial que regula a relação de consumo do serviço público com a clara intenção de reequilibrar os interesses opostos, aumentando, assim, a função dos Estados nos setores regulados.⁹⁶

Através de atos normativos, as agências reguladoras, promulgaram regulamentos procedimentais para a imposição de penalidades⁹⁷. Estes regulamentos descrevem o procedimento e as sanções administrativas aplicáveis, a cada caso. A espécie de penalidade empregada no caso concreto é aferida de acordo com a gravidade da ação ou omissão do infrator.

Observa-se que os regulamentos procedimentais definem as condutas que ensejam a aplicação de sanções através de conceitos muito abertos. Por exemplo, o anexo à resolução nº 344, de 18 de julho de 2003, Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas da Anatel, dispõe no artigo 2º⁹⁸:

Art. 2º. Para fins deste Regulamento, aplicam-se as seguintes definições:

I – Advertência: sanção disciplinar aplicada por inobservância de obrigação que não justifique imposição de pena mais grave.

(...)

III – Caducidade e cassação: sanções que determinam a extinção da concessão, da permissão ou da autorização de serviço, da autorização de uso de radiofrequência ou de direito de exploração de satélite, nos casos previstos em Lei.

(...)

V – Multa: sanção pecuniária imposta a pessoa natural ou jurídica, em decorrência de desrespeito a dispositivo das Leis aplicáveis ao setor de telecomunicações, dos regulamentos

⁹⁴ Artigo 3º § 2º do Código de Defesa do Consumidor: “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade, produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição e comercialização de produtos ou prestação de serviços.”

“§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes de relações de caráter trabalhista.”

⁹⁵ *Caput* do Art. 22 do Código de Defesa do Consumidor: “Os órgãos públicos, por si ou por suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes e seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.”

⁹⁶ MACEDO JÚNIOR, op., cit., p.87.

⁹⁷ Resolução – RDC nº 24 da ANS; Portaria nº 234 de 12 de agosto de 2003, “Regulamento de Procedimento de Imposição de Penalidades”, e na página da Anatel, anexo da Resolução nº 344 de 18 de julho de 2003. Informações obtidas nas respectivas páginas virtuais de cada agência.

⁹⁸ www.anatel.gov.br. Anexo nº 344/2003.

o das demais normas pertinentes, bem como em decorrência da inobservância dos deveres decorrentes dos contratos de concessão ou dos atos e termos de permissão e de autorização de serviço ou dos atos de autorização de uso de radiofrequência, dos atos e termos de exploração de satélite e dos atos de outorga para exploração dos serviços de radiodifusão, no que tange a aspectos técnicos.

VII – Suspensão temporária: sanção imposta às autorizadas de serviço ou de uso de radiofrequência em caso de infração grave, cujas circunstâncias não justifiquem a aplicação de caducidade.

Desta forma, fica no âmbito da discricionariedade a definição de qual sanção deve ser imposta. Contudo, a falta de moldes precisos, quanto à espécie de sanção administrativa a ser utilizada na prática, ocasiona, tanto para os usuários, como para as operadoras, insegurança e incerteza, e, em certos casos, até mesmo uma sensação de impunidade, muito prejudicial à imagem pública das agências, quanto ao efetivo exercício de suas funções.

CONCLUSÃO

Conforme exposto durante todo o desenvolvimento deste trabalho as agências reguladoras possuem duas funções precípuas, regulamentar e fiscalizar o cumprimento das normas jurídicas concernentes a cada setor, e, nos casos de descumprimento aplicar a sanção administrativa prevista com vistas a coibir condutas irregulares das prestadoras dos serviços.

A partir de tudo o que foi exposto no plano teórico, ou seja, das atribuições legais dadas às agências reguladoras no campo do dever-ser, podemos passar à análise prática da eficácia da atuação destas figuras, no que tange à efetiva aplicação das sanções administrativas previstas e o cumprimento do seu papel fiscalizador dos serviços prestados à comunidade.

As leis que regulam o funcionamento das agências, seus atos normativos, e ainda, os ordenamentos específicos, tais como a lei de licitações e dos contratos administrativos, a lei de concessões e permissões e a lei de defesa do consumidor – utilizável, mesmo que subsidiariamente - prevêm as sanções administrativas aplicáveis nos casos de infração da legislação vinculada ao setor, de forma a coibir estas irregularidades.

Entretanto, percebe-se uma grande disparidade entre o aparato teórico e o que se evidencia na prática corrente das agências. A sua atuação não corresponde às expectativas da população, especialmente dos consumidores, pois, falta transparência, divulgação de informações acerca dos direitos dos usuários, bem como, preocupação em propiciar meios para que os consumidores tenham voz mais ativa nas decisões.

O estudo das sanções administrativas empregadas na prática, aos atos de infração das prestadoras de serviços, demonstra que preponderam as multas pecuniárias decorrentes do atraso de pagamentos de parcelas da concessão, permissão ou autorização. Das páginas virtuais das agências⁹⁹, que disponibilizam os atos normativos de aplicação de sanções, infere-se que é muito pouco freqüente

⁹⁹ Os sites pesquisados que disponibilizam estas informações são os da Aneel, Anatel, ANVS, ANS e ANP.

a imposição de sanções de advertência, suspensão, e outras mais graves, como a caducidade, se comparada com as multas pecuniárias.

Contudo, o mais estarrecedor é a ausência quase total de imposição de sanções às prestadoras de serviços, em face de descumprimento de direitos dos consumidores.

Denota-se que a fiscalização técnica dos setores se realiza preponderantemente, quando comparada, àquela realizada sobre o efetivo cumprimento da qualidade na prestação de serviços aos usuários.

A falta de punições neste sentido enfraquece a legitimidade dos entes reguladores frente à população, que se sente desamparada e ludibriada, em face das promessas milagrosas quanto aos efeitos das privatizações e parcerias com o setor privado. A partir destas últimas, os serviços deveriam ter um incremento na qualidade, enquanto a concorrência diminuiria os custos, dando possibilidade de escolha aos usuários.¹⁰⁰

O Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997, dispôs sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), estabelecendo normas gerais de aplicação das sanções administrativas, previstas na Lei nº 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor.¹⁰¹

O artigo 5º, da mesma lei, prevê que: “Qualquer entidade ou órgão da Administração Pública, federal, estadual e municipal, destinado à defesa dos interesses e direitos do consumidor, tem, no âmbito de suas respectivas competências, atribuição para apurar e punir infrações a este Decreto e à legislação das relações de consumo.”¹⁰²

A esse respeito, interessante analisar alguns dispositivos das leis instituidoras das agências. Referidas leis apresentam em seus textos a atribuição de defesa aos

¹⁰⁰ A reclamação imediata dos consumidores diz respeito às tarifas cobradas pelas concessionárias, que parecem não respeitar o princípio das tarifas módicas. A desproporção entre o aumento das tarifas cobradas pelas prestadoras de serviços e o incremento na qualidade, assim como, a falta da proteção efetiva dos direitos dos usuários dos serviços ou dos produtos ofertados, acarretou uma insatisfação coletiva da população quanto aos esperados efeitos das privatizações e parcerias com o setor privado.

¹⁰¹ O artigo 2º apresenta os órgãos que o integram, quais sejam, Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, por meio do seu Departamento de Proteção de Defesa do Consumidor, e os demais órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal, municipais e as entidades civis de defesa do consumidor.

¹⁰² *Caput* do artigo 5º do Decreto nº 2.181/97.

interesses do consumidor. Tal assertiva pode ser corroborada pelo cotejo de alguns artigos de cada lei.

A Lei nº 9.427/96, da Aneel, no inciso V do artigo 3º, ao tratar das incumbências deste órgão, entre elas descreve: “dirimir no âmbito administrativo, as divergências entre concessionários, permissionários, autorizadas, produtores independentes a autoprodutores, bem como entre estes agentes e seus consumidores.” No mesmo artigo, inciso X, “Fixar multas administrativas a serem impostas aos concessionários, permissionários, autorizados de instalações e serviços de energia elétrica (...)”. E, no parágrafo 1º do artigo 4º: “O decreto de constituição da Aneel indicará qual dos diretores da autarquia terá a incumbência de, na qualidade de ouvidor, zelar pela qualidade do serviço público de energia elétrica, receber, apurar e solucionar as reclamações dos usuários.

A Lei nº 9.472/97, da Anatel, no artigo 2º, prescreve os deveres do Poder Público, prevendo a necessidade de adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com as exigências dos usuários. O artigo 3º, lista alguns dos direitos dos usuários, dos quais cabe destacar os incisos X, XI e XIII. Estes dispositivos prevêm, respectivamente, o direito de resposta às reclamações pela prestadora do serviço, o direito de petição contra a prestadora do serviço ou perante o órgão regulador e os órgãos de defesa do consumidor e a reparação dos danos causados pela violação de seus direitos. O artigo 5º, por tratar dos princípios norteadores desta atividade, merece ser transcrito na íntegra:

Art. 5º Na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público.

Dentre muitos outros, que tornariam desnecessariamente longa esta exposição, há, também, o artigo 19, especialmente, no inciso XVIII, que expressa a competência das agências para reprimir infrações dos direitos dos usuários. O artigo 93, inciso IX, que trata dos contratos concessão, os quais devem indicar os direitos, as garantias e as obrigações do usuários, da Agência e da concessionária, e o artigo 127, que fala das garantias que devem existir no regime de exploração dos serviços,

incisos III e V, que se referem ao respeito dos direitos dos usuários e ao equilíbrio das relações entre prestadoras e usuários de serviços.

A Lei nº 9.478/97, da ANP, já no artigo 1º, inciso III, expõe os objetivos que as políticas nacionais deste setor visarão, dentre eles, a proteção dos interesses do consumidor quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos.

Outro exemplo, é a Lei nº 9.961, da ANS, a qual, no artigo 3º, prevê a finalidade da agência de promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores. E, o artigo 4º, que estabelece as competências da agência, dispondo no inciso XXXVI, sobre articular-se com os órgãos de defesa do consumidor visando a eficácia da proteção e defesa do consumidor de serviços privados de assistência à saúde, observado o disposto na Lei nº 8.078/90.

Desta forma, voltando à prescrição do artigo 5º do Decreto 2.181/97, percebe-se, através de um cotejo sistêmico do ordenamento das agências reguladoras e do referido Decreto, que aquelas possuem legitimidade para aplicação das normas de defesa do consumidor.

Na prática, dados do Ministério Público, demonstraram que a grande parcela das reclamações contra as agências reguladoras, encaminhadas a este órgão, refere-se à necessidade de maior transparência nas contas de luz, denúncias de adulteração de combustíveis, assim como a formação de cartéis pelos postos de gasolina.

As recentes divergências entre os ministros do governo do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e os dirigentes das agências reguladoras aumentam os questionamentos sobre os resultados esperados do programa de privatizações implementado no Brasil.

De acordo com artigo da Gazeta do Povo¹⁰³, as privatizações foram anunciadas como a salvação para o país. Hoje, é possível constatar que isso não ocorreu, conforme anota o professor Gérson Lima, docente do setor de Economia da Universidade Católica do Paraná. O economista comenta que o Produto Interno

¹⁰³ ARAGÃO, W. de A. Governo e sociedade põem em dúvida eficiência da privatização. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 20 abr.2003.

Bruto do Brasil passou da oitava para a décima segunda posição, e com base na projeção da consultoria “Global Invest”, deve cair para o décimo quinto lugar neste ano de 2003.

O professor Lima e seu colega Fayet reconhecem os avanços em alguns setores, mas salientam que os problemas, em razão dos quais as privatizações, *lato sensu*, foram implementadas, persistem, como a burocracia, os custos elevados e a má qualidade na prestação de serviços. Um exemplo, é a tarifa de energia elétrica que, desde 1998 aumentou 71,45%, enquanto o índice de preços ao consumidor aumentou, no mesmo período, 42,17%.

Uma pesquisa realizada pelo Instituto de Defesa do Consumidor¹⁰⁴ – IDEC - acerca do desempenho de algumas das agências reguladoras, como a Aneel, Anatel, ANVISA e ANS, a qual, analisou a transparência das agências quanto ao exercício de suas funções, inclusive, com relação às vias de comunicação e acesso; informações aos consumidores; a efetividade no exercício das atribuições (como a regulamentação econômica, a regulamentação técnica, a fiscalização e mecanismos de solução de problemas), concluiu que a atuação destes entes tem sido insatisfatória quanto aos quesitos em análise.

Os órgãos reguladores demonstram que ainda estão longe de cumprir com seu papel de fiscalização e de proteção dos consumidores. A coordenadora executiva do IDEC, Marilena Lazzarini afirmou com base na pesquisa que as agências não resolvem os problemas dos consumidores.

A pesquisa constatou, por exemplo, que a Anatel aplica sanções irrisórias às concessionárias de telefonia, existindo multas, que chegaram ao valor irrisório de R\$ 2,00 (dois reais). Ressalta também, que as penalidades por infração ao Código de Defesa do Consumidor são muito esporádicas. Apesar de ter fiscalizado e implementado as metas de universalização, previstas nos contratos de concessão, a Anatel ainda se omite na adoção de um sistema de discriminação de pulsos e quanto ao fechamento de postos de atendimento ao consumidor.¹⁰⁵

A Anatel aparentemente havia se mostrado eficaz quanto à participação de representantes de consumidores nas instâncias consultivas das agências.

¹⁰⁴ www.idec.gov.br.

¹⁰⁵ www.idec.gov.br

Entretanto, na prática, são os representantes empresariais que ocupam os lugares dos consumidores. Isto, obviamente, gera desvios, visto que não há legitimidade para que representantes empresariais atuem como representantes de outras classes, já que os interesses são contrapostos. Logo, é frágil o mecanismo de pressão popular e de alteração das decisões tomadas pelas agências.

Outro problema, constatado pela pesquisa, é a falta de correspondência de figuras entre as agências, por exemplo, para a Aneel a ouvidoria é um canal de comunicação com o consumidor, já para a Anatel é uma instância de crítica ao órgão. O resultado da avaliação do Instituto de Defesa do Consumidor, e este quesito, demonstra a ausência de uma homogeneização quanto aos critérios ou mecanismos fiscalizadores das agências.¹⁰⁶

Continuando a exposição sobre as conclusões acerca da pesquisa, nenhuma das agências disponibiliza recursos de modo a dar efetividade às normas dos artigos 5º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor e do artigo 29, inciso XII da Lei de Concessões, que exigem o estímulo à criação de associações de defesa do consumidor e usuários.

A tutela dos interesses dos hipossuficientes em relação aos agentes econômicos mostra-se muito fraca. As agências reguladoras deveriam atuar manifestando-se através de advertências, quando as concessionárias estiverem em desconformidade com seus objetivos. Sanando os problemas de imediato, e em casos de maior gravidade, devem tomar a atitude de estipular multas diárias para as concessionárias que estiverem violando direitos.

Um relatório divulgado pelo Procon de São Paulo¹⁰⁷ observou que das cinco empresas que receberam mais reclamações no ano de 2002, três são fiscalizadas pelas agências reguladoras, e são concessionárias de serviços públicos. O maior número de queixas foi contra a Embratel, a segunda e a terceira empresas que

¹⁰⁶ Em virtude destes problemas apresentados, o diretor do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, José Reinaldo Lopes, reuniu-se, em data de 25/04/2003, com as Agências Reguladoras para definir uma minuta de cooperação técnica, com a intenção de estabelecer uma orientação comum para as agências e para os Procons. Cada uma das agências – Petróleo (ANP), Telecomunicações (Anatel), Energia Elétrica (Aneel), Vigilância Sanitária (ANVS) e Saúde Suplementar (ANS) – ficou encarregada de apresentar propostas para formar um termo de compromisso de ajustamento.

¹⁰⁷ www.idec.gov.br

geraram mais queixas são do setor financeiro, Sul América Capitalização e Credisul Recuperadora de Crédito, respectivamente. Há cinco anos que o setor de telefonia lidera a lista do maior número de reclamações.

Referindo-se à necessidade da figura de um *ombudsman*, para a defesa da comunidade, Marçal Justen Filho¹⁰⁸ consigna que, este deve ser um órgão de fiscalização interna, não um mero relações públicas. O *ombudsman*, tem entre suas atribuições, fiscalizar o desenvolvimento das atividades das agências, e também, ser uma ponte acessível de comunicação para a população quanto a reclamações contra as ações e omissões da agência e do setor regulado. Esta função, deve ainda ser concedida a uma pessoa ou a um conjunto de pessoas, a fim de propiciar a individualização dos responsáveis pela tarefa.

Em vários estados essas agências só vieram a ser criadas após a concessão das atividades. Um exemplo citado pela pesquisa do IDEC é o das rodovias paulistas, que foram, na época, objeto de concessão, sem que o governador, Mário Covas, houvesse enviado projeto de lei à Assembléia Legislativa, para criação da agência reguladora do setor. Enquanto isso, as concessionárias das rodovias descumpriam os prazos de obras, aumentavam os preços dos pedágios, sem a devida fiscalização e regulamentação do setor.

Em entrevista ao jornal Gazeta do Povo, o jurista Marçal Justen Filho¹⁰⁹ relatou ser necessária a visão do atual governo federal, quanto a redefinição do papel da agências reguladoras.

A pedra de toque da discussão encetada pelo governo, concerne à definição da política tarifária adotada pelos entes regulamentadores. Atualmente, as leis instituidoras das agências, prevêm que a determinação do valor das tarifas é competência destas. Entretanto, de acordo com a Ministra de Minas e Energia, Dilma Rousseff “ Traçar políticas e definir a política de preços de petróleo e energia do Brasil não é papel de agência”¹¹⁰, visto que nesse íterim de funcionamento destes órgãos, o Tribunal de Contas da União, observou que ocorreram muitas distorções e abusos.

¹⁰⁸ JUSTEN FILHO, op. cit.

¹⁰⁹ ARAGÃO, W. de A.. Tarifa é com governo, não com as agências. **Gazeta do Povo**. Curitiba, 02 jun. 2003.

¹¹⁰ Agências reguladoras terão poder reduzido. **Anotícia**, Santa Catarina, 02 dez.2002.

Ainda, de acordo com Marçal Justen Filho¹¹¹, o grande problema está na não-observação do princípio da modicidade das tarifas. O governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso preocupou-se somente em captar investimentos no exterior, tendo como um dos atrativos a despreocupação com uma delimitação rígida sobre o valor das tarifas, “(...) ofereceu-se para o investidor a perspectiva de um retorno bastante atraente, refletindo na possibilidade de cobrar a tarifa que compensasse o investimento”.

Referente, ao que acima foi exposto, o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva tece duras críticas sobre as agências, esse fato estimulou, no Congresso Nacional, propostas de parlamentares sobre a criação de uma Lei Geral das Agências, que teria como disciplina normas gerais para os órgãos reguladores, incluindo a obrigação destes prestarem contas ao governo.

O eminente jurista Marçal Justen Filho¹¹² assevera que;

... a autonomia no desempenho de funções regulatórias não pode imunizar a agência reguladora de submeter-se à sistemática constitucional. A fiscalização não elimina a autonomia, mas assegura à sociedade que os órgãos titulares de poder político não atuarão sem limites, perdendo de vista a razão de sua instituição, consistente na realização do bem comum.

(...)

Deverá submeter-se à fiscalização a atuação das agências relativamente à adoção de políticas públicas, de edição de normas tanto gerais e abstratas como individuais e concretas.

Enfim, acerca de tudo o que constatado na prática, as agências reguladoras têm se mostrado satisfatórias no exercício de suas funções de controle, relativamente, às questões técnicas, assim como na cobrança de parcelas devidas pelas prestadoras, em razão de concessões, autorizações e permissões. Contudo, há uma omissão muito significativa, nas suas atuações, com relação à aplicação das sanções administrativas, pertinentes às infrações dos direitos dos consumidores, o que acarreta uma sobrecarga das vias judiciais, e aos poucos cerceia a legitimidade das agências reguladoras, frente à população, especialmente os consumidores.

¹¹¹ ARAGÃO. W de A. Tarifa é com governo, não com as agências. **Gazeta do Povo**. Curitiba, 02 jun. 2003.

¹¹² JUSTEN FILHO, op. cit., p.585.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, A. C. do. As Agências Reguladoras de Serviços Públicos Devem ser Extintas? **Interesse Público**, Porto Alegre, n.18, p. 50-52, mar./abr. 2003.
- ANAIS DO SEMINÁRIO: **Aspectos Jurídicos Econômicos e Sociais da Privatização**. Ilha de Comandatuba – Bahia, 14 a 17 de Maio de 1998 – Escola Nacional da Magistratura.
- ARAGÃO, A. S. de. As Concessões e Autorizações Petrolíferas e o Poder Normativo da ANP. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. I, n.228, p.243-272, abr./jun. 2002.
- _____. **As Agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes- Uma Contribuição da Teoria dos Ordenamentos Setoriais**, vol.786, RT/Fasc. Civ., Abr. 2001, p.11-56.
- ARAGÃO, W. de A. Governo e sociedade põem em dúvida eficiência da privatização. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 20 abr.2003.
- AZEVEDO, E. de A.. **Agências Reguladoras**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, nº 213, 1998.
- CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ed. rev. e atual., Brasília: Ministério da Justiça, 1998.
- CONSTITUIÇÃO FEDERAL: coletânea de legislação administrativa / org. Odete Medauar – 2ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. (atualizada até 31.12.2001).
- CARVALHO, J. dos S. **A contradição da Lei nº 8.987/95 quanto á natureza da permissão de serviços públicos**. Disponível em : http://www.apriori.com.br/artigosdireito_regulatorio_brasileiro.shtml, acesso em 07/08/03.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**. Vol. VII, Rio de Janeiro – São Paulo: Editora Forense, 1970.
- _____. **Tratado de Direito Administrativo**. Vol. III, Rio de Janeiro – São Paulo: Editora Forense, 1967.
- _____. **Curso de Direito Administrativo**. 15ª ed. ver. atual., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

COIMBRA, Márcio C.. **O Direito Regulatório Brasileiro** In: "A priori", internet:
Disponível em :
http://www.apriori.com.br/artigosdireito_regulatorio_brasileiro.shtml, acesso
em 07/08/03.

CUÉLLAR, L.. **O Poder Normativo das Agências Reguladoras
Brasileiras**. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2000.(Tese,
Doutorado em Concentração em Direito do Estado, Orientador Marçal
Justen Filho)

_____. **As Agências Reguladoras e seu poder normativo**. São
Paulo: Dialética, 2001.

DALLARI, A. A.. Controle Político das Agências Reguladoras. **Interesse
Público**, Porto Alegre, n. 18, 13-20, mar./abr. 2003.

DENARI, Z.. " **Da qualidade de produtos e serviços; da prevenção e
da reparação de danos**" in GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*, **Código
Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Editora Forense Universitária,
1991.

DI PIETRO, M. S. Z.. **Direito Administrativo**. 14^a ed., São
Paulo: Editora Atlas, 2002.

_____. **Parcerias na administração pública:
concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 3^a ed.,
São Paulo: Atlas, 1999.

_____. O sistema de parcerias entre os setores público e
privado. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, n.9, set. 1997.

FERRARI, M. M. N.. Tarifa Mófica – Serviços de Qualidade: Conceitos
Jurídicos Indeterminados? **Interesse Público**, Porto Alegre, n. 18, p.53-59,
mar./abr. 2003.

FIGUEIREDO, L.do V. **Curso de Direito Administrativo**. 5^a ed., São Paulo:
Malheiros, 2001.

FIGUEIREDO, P. H. P. de. **A regulação do serviço público concedido**.
Porto Alegre: Síntese, 1999.

GRAU, E. R., **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 4ª

ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

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

_____. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 8ª ed., São Paulo: Dialética, 2000.

LISANDRO, M.. **O Poder Sancionador e as Sanções Administrativas**.

Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2001. (Monografia de Graduação em Direito, Orientadora Ângela Cássia Costaldello).

MACEDO JÚNIOR, R. P..A Proteção dos Usuários de Serviços Públicos – A Perspectiva do Direito do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 37, p.77-91, jan./mar. 2001.

MEDAUAR, O.. Serviço Público. **Revista de Direito Administrativo**, n.189, p. 100-113, jul./set. 1992.

_____. (coord.).**Concessão de Serviço Público**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1995.

_____. **Da qualidade de produtos e serviços ; da prevenção e da reparação dos danos**. In Ada Pellegrini Grinover *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**. Editora Forense Universitária. Rio de Janeiro, 1991.

MEIRELLES, H. L.. **Licitação e contrato administrativo**. 9ª ed., Editora RT, São Paulo, 1990.

_____. Serviço Público, **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 189, p.100-113, jul./set 1992.

MELLO, C. A. B. de. **Natureza e Regime Jurídico das Autarquias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 15ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

MELLO, O.A B. de.. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MOREIRA NETO, D. de F.. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora:Renovar,1989.

MOTTA, P. R. F.. **Agências Reguladoras de Serviços Públicos**. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2000.(Dissertação, Mestrado em Direito do Estado, Orientador Manoel de Oliveira Franco Sobrinho)

Regulação e Universalização dos Serviços

Públicos de Energia Elétrica e Telecomunicações. Curitiba:

Universidade Federal do Paraná, 2003. (Tese de Doutorado em Direito do Estado, Orientador Romeu Felipe Bacellar Filho.)

OLIVEIRA, J. C. de. **Concessões e Permissões de Serviços Públicos**. Bauru: Editora Edipro, 1996.

OLIVEIRA, R. F. **Infrações e Sanções Administrativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

RODYCZ, W. C.. A Responsabilidade Civil das Empresas Privadas por Danos Causados na Prestação de Serviços Públicos Delegados. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n.45, 192-227, jan./mar. 2003.

SILVA, D. P. e. **Vocabulário Jurídico**. 18 ° ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

SILVA, F. Q. da. **A independência das Agências Reguladoras e o Princípio do estado Democrático de Direito**. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2001. (Dissertação, Mestrado em Concentração em Direito do Estado, Orientadora Angela Cassia Costaldello)

Agências Reguladoras: a sua independência e o princípio do estado democrático. Curitiba: Juruá, 2002.

TÁCITO, C.. Princípio de Legalidade e Poder de Polícia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol I, n. 227, p.39-45, jan./mar. 2002.

TREVISANI, K. M. **Agências Reguladoras e o Princípio da Eficiência**. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2001. (Monografia, Graduação em Direito, Orientador Pedro Henrique Xavier)

WALD, A.; MORAES.L. R. de; WALD. A. de M..**O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões: análise das Leis 8.987/95 e 9.074/95**.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

PÁGINAS NA INTERNET

[www. anatel.gov.br](http://www.anatel.gov.br)

www.aneel.gov.br

www. anp.gov.br

www.ans.gov.br

www.anvs.gov.br

www.idec.gov.br