

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS
E
A JUSTIÇA SOCIAL**

**CURITIBA
2006**

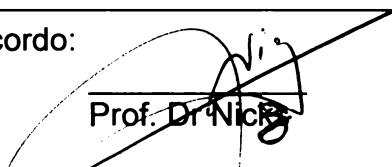
AIRTON GIROTO

**O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS
E
A JUSTIÇA SOCIAL**

Monografia apresentada pelo acadêmico Airtón Giroto, matrícula sob o nº 20017034-8 do 5º ano, noturno, apresentado ao Núcleo de Monografias do Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Alvacir Alfredo Nicz.

De acordo:



Prof. Dr. Nicz

**CURITIBA
2006**

AIRTON GIROTO

**O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS
E
A JUSTIÇA SOCIAL**

Monografia apresentada pelo acadêmico Airton Giroto, matrícula sob o nº 20017034-8 do 5º ano, noturno, apresentado ao Núcleo de Monografias do Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Alvacir Alfredo Nicz.

**CURITIBA
2006**

Giroto, Ailton

O Poder Normativo das Agências Reguladoras e a justiça social.
Curitiba, 2006.

Ix, 77f.

Monografia (Graduação) – Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná.

1. Introdução. 2. O Estado contemporâneo. 3. Serviços Públicos. 4.
As agências reguladoras. 5. As agências reguladoras – instrumento
da justiça social. I – Título.

CDD 302.12
CDU 301.151

TERMO DE APROVAÇÃO

AIRTON GIROTO

O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E A JUSTIÇA SOCIAL

Monografia aprovada como requisito parcial para a conclusão de curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: _____

Prof. Dr Alvacir Alfredo Nicz.

Prof.^(a) M. / Dr.^(a)

Prof.^(a) M. / Dr.^(a)

CURITIBA, _____ de outubro de 2006.

DEDICATÓRIA

Ao meu pai, Alvino Pascoal Giroto, pelo exemplo de vida simples como lavrador, marcada pela honestidade e a humildade; em minha saudade estará eternamente presente.

AGRADECIMENTOS

A Deus que rege e ilumina meu caminho, pela vida, pela saúde e pelas pessoas maravilhosas com quem pude contar neste árduo caminho:

- Ao **Profº Alvacir Alfredo Nicz** – meu coordenador e orientador que soube com grande exímio e aprêço ser verdadeiro mestre, corrigindo e orientando a direção a seguir objetivando sempre a perfeição do trabalho.

- À **Margareth Viana Prado Giroto** – minha amada companheira e sempre grande incentivadora.

- **Renan e Caroline** – filhos queridos, os quais lutamos para o sucesso deles.

- À minha mãe, Rosa, todo o meu reconhecimento e amor.

Na verdade, sabe-se somente quando se sabe pouco; com o saber, cresce a dúvida.

Goethe

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS	vii
RESUMO	viii
ABSTRACT	ix
1 INTRODUÇÃO	1
2 O ESTADO CONTEMPORÂNEO	4
2.1 O SURGIMENTO DO ESTADO	4
2.2 A INTERAÇÃO DO ESTADO COM A ECONOMIA.....	6
2.3 O ESTADOR REGULADOR.....	7
2.4 A REFORMA DO ESTADO BRASILEIRO.....	12
3 SERVIÇOS PÚBLICOS	15
3.1 FUNDAMENTOS CONCEITUAIS DOS SERVIÇOS PÚBLICOS.....	15
3.2 A DELEGAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS.....	21
4 AS AGÊNCIAS REGULADORAS	27
4.1 A ORIGEM DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	27
4.1.1 O modelo dos Estados Unidos da América.....	27
4.1.2 O modelo da Inglaterra.....	30
4.1.3 O modelo da França.....	31
4.2 AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL.....	33
4.3 AS CARACTERÍSTICAS e ORGANIZAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	36
4.4 A COMPETÊNCIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	42
5 AS AGÊNCIAS REGULADORAS - INSTRUMENTO DA JUSTIÇA SOCIAL	54
5.1 OS VALORES CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS DE JUSTIÇA SOCIAL.....	54
5.2 O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NA PRESTAÇÃO DE VALORES FUNDAMENTAIS – A JUSTIÇA SOCIAL.....	58
6 CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS	69

LISTA DE ABREVIATURAS

ADIn	—	Ação Declaratória de Inconstitucionalidade
AGERGS	—	Agência Estadual de Regulação dos Serviço Públicos Delegados do Rio Grande do Sul
ANA	—	Agência Nacional de Águas
ANEEL	—	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP	—	Agência Nacional do Petróleo
ANS	—	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANATEL	—	Agência Nacional de Telecomunicações
ANTAq	—	Agência Nacional dos Transportes Aquaviários
ANTT	—	Agência Nacional dos Transportes Terrestres
ANVISA	—	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
Art(s).	—	Artigo(s)
AR	—	Agência Reguladora
CF	—	Constituição Federal
COB	—	Commission des Opérations de Bourse
CNIL	—	Commision Nationalee de l'Informatique et dès Libertes
CSA	—	Conseil Supérieur de l' Áudio-visuel
CRB	—	Comitê de la Réglementation Bancaire
DL	—	Decreto Lei
EUA	—	Estados Unidos da América
Inc.	—	Inciso
QUANGOS	—	Autonomous Non Governmental Organizations
PND	—	Programa Nacional de Desestatização
PPP	—	Parceria Público Privada
p.	—	Página
Min.	—	Ministro
nº	—	Número
Prof.	—	Professor
ss.	—	Seguintes
STF	—	Supremo Tribunal Federal

RESUMO

O Estado é um organismo político-jurídico-administrativa, capaz de influenciar em a vida dos cidadãos e a economia. Logo que surgiu como tal, manteve-se afastado do trato com a economia – foi liberal. Buscando corrigir as deficiências desse modelo, tornou-se intervencionista. Este modelo foi ampliando suas proporções ao longo dos anos, levando-o a hipertrofia e resultando no surgimento recente do Estado regulador. Esta forma pressupõe a atuação indireta do Estado, por meio de entes criados para exercer a gestão dos setores transferidos ao particular. O Brasil, acompanhando a tendência mundial reguladora, iniciou um vigoroso programa de desestatização reestruturando o setor público, privatizando várias empresas estatais e abrindo o mercado às empresas privadas. Para controlar os serviços públicos e os setores econômicos privatizados adotou o modelo gerencial de agências inspirado no modelo americano. O fato dos serviços públicos serem atividade tradicional de prestação de utilidades e comodidades essenciais à vida, torna as agências instrumentos cruciais para se materializar a justiça social. A redução da intervenção direta aposta no novo arranjo institucional de controle da provisão dos serviços públicos para se continuar a manter os valores constitucionais fundamentais. Entretanto, na implementação e consolidação do modelo intensificou-se o debate acerca do poder normativo das agências, a capacidade de editar regras e normas para se prestar adequadamente os serviços públicos. O poder normativo é questão primordial, para que os novos instrumentos criados cumpram a finalidade a que foram instituídas, de regular os entes privados e promover a dignidade a todos, enfim, prestar a justiça social.

Palavras-chave: Reestruturação. Agências e justiça social.

ABSTRACT

The State is an politician-legal-administrative, organism capable to influence in the citizens life and the economy. As soon as it appeared as such, it stayed moved away of the treatment with the economy - it was liberal. Looking for to correct the deficiencies of that model, it became interventionist. This model went enlarging their proportions along the years, taking it anomaly and resulting in the recent appearance of the State regulator. This form presupposes the indirect performance of the State, through of beings created to exercise the administration of the sections transferred to the matter. Brazil, following the tendency world-wide trend it began a vigorous program of desestatization restructuring the public section, privatizing several state-owned companies and opening the market to the proven companies. To control the public services and the privatized economical sections, it adopted the managerial model of agencies inspired in the American model. The fact of the public services be traditional activity of installment of usefulness and essential comforts to the life, of promoting well-being and the minimum of dignity, it turns the agencies crucial instruments to materialize social justice. The reduction of the intervention direct is in the new institutional arrangement of control of the provision of the public services to continue to maintain the fundamental constitutional. Values however in the implementation and consolidation of the model intensified the debate concerning the normative power of the agencies, the capacity to edit rules and norms to render intensified the public services appropriately the normative power is primordial subject, so that the new instruments servants accomplish purpose the one that had been instituted, of regulate the private beings and to promote the dignity to all, finally, to render social justice.

Keywords: Reorganization. Agencies and social justice.

1 INTRODUÇÃO

O Estado é uma organização política jurídica e administrativa capaz de implementar políticas em diversos campos de interesse. Até o final da Idade Média ainda não existiam Estados estruturados capazes de implementar políticas. A consolidação como ente organizado e estruturado ocorreu no início da Idade Moderna, por volta do século XVI. A interação do Estado com a economia em sua concepção inicial foi a de manter-se afastado do trato econômico - o Estado liberal. Na concepção liberal, a gestão econômica era regida pelo particular e pelas leis de mercado. Com o passar dos anos a realidade demonstrou que o afastamento total do Estado da condução de certas atividades econômicas conduzia a uma série de problemas.

As deficiências do modelo de Estado liberal fizeram surgir os adeptos de que algumas atividades, imprescindíveis à vida humana deveriam ser prestadas pelo Estado para satisfazerem às necessidades básicas da vida em sociedade, criando-se a noção de serviço público. Surge assim, o modelo de Estado intervencionista ou prestador do bem estar, que atua diretamente no setor econômico executando por si próprio certas atividades. Este modelo foi marcante nos anos que se seguiram à Segunda Guerra mundial e perdurou até a década de 1980.

O agigantamento deste modelo, aliado à revolução tecnológica e às crises fiscais levaram-no à hipertrofia e ao colapso, a partir da década de 1980, surgindo uma nova forma, de inspiração neoliberal, onde se propunha a volta do particular na condução da economia, inclusive os serviços públicos. Neste modelo, apesar do Estado se abster de prestar diretamente os serviços públicos e as atividades econômicas em geral, este se mantém como condutor da economia como um todo, pela regulação normativa.

A conjuntura internacional e a adoção desse modelo em vários países influenciaram também o Brasil, que adotava o modelo intervencionista desde a década de 1930. O País passa então, a adotar, no final da década de 1990, o modelo de Estado regulador, após constatar a obsolescência e ineficiência no modelo intervencionista em vigor.

Seguindo essa tendência mundial o Brasil inicia um processo de abertura da economia, em busca da modernização do Estado, privatizando uma série de empresas estatais, resultando na redução significativa do Estado interventor e voltando-se exclusivamente para a intervenção normativa.

O modelo de livre mercado adotado, porém, exigiu a criação de uma inovação institucional, as agências reguladoras com autonomia funcional e operacional para gerenciar diversos setores, de forma ágil e flexível. Nesse contexto, são criadas a partir de 1996 as agências reguladoras, em meio ao processo de privatização e de redefinição dos contornos da atuação do Estado, para fiscalizar e regular setores específicos.

A substituição da prestação de serviços públicos pelos entes privados e a sua condução pelas agências não implica na transferência de titularidade. O Estado continua a ser o responsável, apenas sai de cena e dá lugar à essas figuras jurídicas, que atuarão descentralizadamente no exercício da condução dos diversos setores, como se Estado fosse.

A função dos novos instrumentos jurídicos torna-se, assim, indispensável para assegurar as condições mínimas de dignidade aos usuários e à sociedade como destinatária dos serviços públicos executados pelo setor privado. Sua tarefa compreende a harmonização dos vários setores envolvidos, especialmente os particulares que, sobretudo, almejam o lucro. A par disso, a realidade nacional tem uma característica muito particular, bastante diferente de onde foi importado o modelo, quer seja, é marcada por uma grande parte da população vivendo à margem da pobreza, sem o mínimo de condições, exigindo cuidados redobrados na prestação dos serviços essenciais. As agências foram assim alçadas no País ao papel de implementar as condições básicas de dignidade humana e da justiça social no lugar do Estado.

Inobstante a sua relevante importância, o novo modelo regulatório tornou-se alvo de intensos debates acerca dos limites dos instrumentos regulatório e de sua competência. Assim sendo, a necessidade de inclusão social da população mais carente, da oferta do mínimo de cidadania e dignidade, e da justiça social, enaltece os estudos dos instrumentos regulatório do Estado, notadamente o fundamento do poder normativo e as consequências do modelo adotado.

Os reflexos das novas figuras jurídicas serão muitos na sociedade, destacando, portanto, a análise do novo instituto que estará à frente, atuando como Estado, na condução dos novos rumos dos serviços públicos, para dar as melhores condições de vida e de dignidade a todos.

A regulação, portanto, devesse mais que ser instrumento do Estado contemporâneo, meio de prestar adequadamente os serviços públicos e de prover a dignidade e a justiça social a todos. Os instrumentos reguladores do modelo estatal contemporâneo são, portanto peças fundamentais nesse processo de mudança do Estado, que sai do palco, mas inversamente aumenta a responsabilidade por construir uma sociedade justa e solidária, fundada nos princípios basilares da dignidade da pessoa humana. A consolidação das novas figuras jurídicas recém implantadas exige a participação de todos e amplas discussões para que se aperfeiçoe e dê eficácia ao novo modelo. Do contrário, o retrocesso será mais amargo e o ônus caberá aos que mais necessitam dos serviços públicos como núcleo elementar de dignidade de vida.

2 O ESTADO CONTEMPORÂNEO

2.1 O SURGIMENTO DO ESTADO

O Estado é a mais relevante das instituições criadas e o termo deriva do latim *status*. Os primeiros conceitos do Estado foram formulados por Sócrates (469-399 a. C.) e Platão (427/347 a.C.), que escreveram que o Estado era o ente apto a fomentar a bondade e a justiça. A partir do século XVII surgem alguns filósofos que irão conceituar o Estado na concepção próxima de hoje conhecida. Thomas Hobbes (1588-1679) em sua obra "Leviathan" (1651) defendia que o homem no estado de natureza é levado à discórdia e o Estado seria a associação capaz de evitar este estado de guerra, de disciplinar o comportamento humano em comunidade, objetivando assegurar a coexistência pacífica dos indivíduos.

A garantia da propriedade era a finalidade primordial do Estado na visão de John Locke (1632-1704). Jean Jacques Rousseau (1712-1778), por sua vez, entendia que o Estado existia para proteger seus membros, porém, em sua visão, os poderes desse ente não podiam jamais prevalecer sobre a vontade popular.

As formulações doutrinárias legitimantes do Estado permitiram a sua consolidação no plano conceitual. Na prática, a predominância de uma língua, de uma religião ou de costumes, propicia a integração dos indivíduos que convivem em determinado espaço físico, fazendo surgir uma nação. A nação, ao organizar-se politicamente, passa a aplicar o seu poder, mediante um organismo a quem incumbe coordenar a vontade coletiva. A nação politicamente organizada é o Estado.

Na Idade Média (476 a 1453) ainda não existiam Estados na forma hoje conhecida, com seu sistema organizacional e aparato administrativo. Havia apenas os feudos, uma extensão de terra, concedida a alguém como "benefício", em troca de serviços. Nesses feudos, os senhores feudais, centralizavam as funções administrativas, judiciárias e militares, governando de maneira autônoma, mas longe de serem os Estados de hoje - eram apenas aglomerações, sem uma política capaz de coordenar as forças ativas internas.

No início da Idade Moderna (século XV e XVI) ocorre um forte desenvolvimento, conhecido como Renascimento, levando ao progresso das

Ciências Exatas e Naturais, às Reformas Religiosas e à uma acentuada evolução econômica e política. A burguesia se fortaleceu e passou a se interessar na criação de unidades fiscais e monetárias. A centralização monárquica, aliada a todo o progresso vivido e interesses, paulatinamente substituiu os pequenos núcleos feudais por monarquias absolutas, criando o Estado em sua acepção atual.

O Estado ao se estruturar como tal teve tendências absolutistas, fazendo com que a burguesia, que tinha contribuído para a estruturação desse ente, buscasse no direito uma forma de restringir os desmandos do Rei. A burguesia encontrou inspiração no modelo que surgiu na Inglaterra, no século XIII. Neste país, em 1215, os aristocratas ingleses descontentes com os desmandos do Rei João Sem Terra, forçaram-no a obedecer a Magna Carta. O modelo de Estado de direito foi assim uma forma de submeter o soberano à lei. Este modelo disseminou-se rapidamente pela Europa, sendo depois aperfeiçoada em outros países, como a Alemanha, conforme se defluiu das lições de José Gomes CANOTILHO (1991, p. 24): “Na Inglaterra sedimentou-se a idéia do *rule of law* (regra do direito ou império do direito). Na França emergiu a exigência do Estado de legalidade (*etat legal*). Dos Estados Unidos chegou-nos a exigência do Estado constitucional, ou seja, do Estado sujeito a uma constituição. Na Alemanha construí-se o princípio do Estado de direito (*reechsstaat*), isto é, um Estado subordinado ao direito”.

O Estado limitado pelo direito, com a produção das normas pelo legislativo, objetivou restringir os desmandos do Rei e dos juizes, que até então representavam a produção das leis e eram, sobretudo, corruptos e imorais. Surge assim o Estado, no sentido moderno, como sendo o organismo capaz de implementar uma política nacional, de garantir a liberdade, de promover o desenvolvimento: a organização político, administrativo e jurídica de um grupo social com vínculos em comum, em um determinado território e sobretudo, vinculado ao direito, que delimitava a atuação dos governantes.

A doutrina considera esse organismo uma associação, sendo três os elementos basilares - o povo, o território e o poder - conforme afirma Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (2003, p.12), “o humano (a sociedade), o institucional (a organização política-jurídica) e o geográfico (o território)”.

O Estado desde a sua consolidação como organismo estruturado atuou de forma variada nos vários setores da vida econômica e social. Essa interação

econômica teve uma tendência de certa forma uniforme nos diversos países, pois nem todos seguiram e seguem o mesmo modelo, permitindo, porém, definir três modelos básicos de modelo de Estado, com relação a sua forma de interação com a economia: o liberal, o intervencionista e o regulador.

2.2 A INTERAÇÃO DO ESTADO COM A ECONOMIA

O Estado logo que se estruturou política, jurídica e administrativamente, manteve-se afastado do trato econômico. Vigorava nessa época a concepção liberal, que propunha a condução de todas as atividades econômicas pelos particulares. Ao ente soberano, cabiam apenas as tarefas ditas essenciais. A atuação do Estado restringia-se a garantir a ordem, o cumprimento dos contratos e a propriedade, prevalecendo os ideais do Estado liberal ou "*laissez faire*".

No modelo do Estado liberal o direito tutelava exclusivamente as liberdades individuais e o bem estar geral. O princípio da legalidade objetivava impedir a volta do absolutismo e vinculava-se diretamente ao princípio da liberdade. A Administração e os juízes ficaram adstritos à lei, no dizer de (ZAGREBELSKY apud MARINONI, p. 7)¹ "nos países marcados pelo princípio da legalidade, o direito foi reduzido à lei".

O Estado liberal considerava todos os indivíduos na sociedade iguais, homogêneos e não pressupunha as diferenças de necessidades, do indivíduo na sociedade. Era a priorização da liberdade, em detrimento das desigualdades individuais.

A incapacidade de responder às distorções da sociedade industrial, do capitalismo "selvagem", provocou reações contra o Estado liberal, levando a uma progressiva intervenção estatal, fazendo emergir um novo modelo de Estado mais atuante, que voltasse sua atenção para as massas mais necessitadas, surgindo a noção de serviços essenciais, prestados pelo Estado, os serviços públicos.

Nasce assim, paulatinamente o modelo de Estado intervencionista, provedor do social, também adjetivado de Estado social, de bem-estar ou "*welfare state*", que assumia diretamente a execução e a gestão de atividades econômicas e dos serviços públicos. Em meados do século XX, iria sedimentar-se esse modelo

¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. p. 25. Madrid: Trotta, 2003.

estatal, caracterizando-se por um crescimento vertiginoso da sua atuação em todos os campos. O pressuposto do “*welfare state*”, era reduzir as desigualdades sociais, erradicar a pobreza, promover o desenvolvimento econômico. Os direitos sociais nesse perfil de Estado estavam em primeiro plano, contrastando com a concepção individualista do Estado Liberal.

As leis do Estado do bem-estar buscavam atender aos clamores da população mais carente. Com o tempo, este modelo de Estado, também se mostrou ineficaz, tal qual o Estado liberal, principalmente devido a sua incontrolável ampliação e sua incapacidade de atender às necessidades crescentes da sociedade. De forma sistemática, esse modelo apresentou uma face negativa, o autoritarismo, conforme lições de José Joaquim Gomes CANOTILHO (1999, p. 37), “A experiência demonstrou que a efetivação dos próprios direitos econômicos, sociais e culturais através da ordem e do livre mercado é a única forma de garantir a justiça distributiva sem pôr em perigo à liberdade. Não é ao Estado, e muito menos a um Estado de direito, que pertence impor e realizar fins sociais”.

A conjuntura mundial como a queda do muro de Berlim em 1989, o desenvolvimento tecnológico, a formação dos blocos econômicos propiciaram o surgimento de um novo modelo de Estado, que não mais enfocasse a atuação direta na economia. O Estado deveria se abster das atividades que a iniciativa privada tivesse condições de exercer, permanecendo, porém, na condução da atividade econômica executada pelos particulares, apenas por meio da regulação. Surge assim, o modelo que seria a tendência contemporânea, a do Estado regulador, também chamado de terceira via.

2.3 O ESTADOR REGULADOR

O esgotamento do modelo intervencionista, a constatação da ineficiência da máquina administrativa para prestar os serviços de interesse social, criou um ambiente propício a se reduzir a atuação direta do Estado, repassando-se à iniciativa privada. Surge assim, a idéia do Estado regulador onde as atividades são executadas preferencialmente por empresas privadas, de modos que o Estado apenas mantinha suas funções indelegáveis, conforme ensina Ruy Barbosa NOGUEIRA (1989, p. 2), “A par das funções privativamente estatais há funções de

natureza complementar que o Estado pode exercer por si, por terceiros ou deixar de exercer, como certas atividades de ordem econômica, de aperfeiçoamento etc., que não afetam a existência do Estado.”

Na concepção reguladora, o Estado não precisa executar uma série de atividades, que o particular tem melhores condições de fazê-lo. Deve sim, orientar adequadamente as atividades econômicas, notadamente as imprescindíveis, por meio da regulação, de acordo com os ensinamentos de Odete MEDAUAR (2003, p. 98. grifo nosso) **“O Estado do século XXI é restrito às funções específicas, atuando no domínio econômico de modo mais suave em relação ao modelo paternalista, por meio da regulação”**. Apesar de não ser o executor direto de grande parte das atividades econômicas, em especial os serviços públicos, isso não afasta o Estado de seu dever de promover o bem comum e as condições mínimas de dignidade e de justiça social às pessoas.

A substituição da execução das atividades econômicas pelos entes privados, requer, por outro lado, regras próprias que possibilitam a atuação dos particulares devidamente orientados pelas regras advindas do poder público. A experiência demonstrou que esse pressuposto é imprescindível, pois em todos os momentos que o Estado se absteve de forma ampla, houve posteriormente a necessidade de se retomar o controle, configurando o chamado pêndulo privatização-estatização, conforme ensina José Carlos de OLIVEIRA (1996, p. 23), : **“Os antecedentes históricos demonstram que a ingerência política, a falta de capacitação técnica e patrimonial dos interessados na concessão e a ausência de regras claras sobre o jogo que envolve Governo, empresário e usuários, fizeram com que não prosperasse a iniciativa privada, na gestão de serviços públicos, em nosso País”**.

O Estado contemporâneo esta em conformidade com noção de subsidiário, conceito formulado pela doutrina social da Igreja Católica. Esta doutrina defende que a iniciativa privada e a sociedade são os principais responsáveis pela condução das atividades econômicas e sociais conforme se extrai dos ensinamentos de Maria Zanella DI PIETRO (2005, p. 34):

Em consonância com essas idéias, o Papa João XXIII, na *Mater et Magistra*, define o bem comum como 'o conjunto de condições sociais por onde os homens tornam-se capazes de alcançar mais facilmente a plenitude de seu desenvolvimento'. De conformidade com essa idéia, quando se diz que o fim do Estado é a busca do bem comum, tem-se que entender que ele deve assegurar as condições para que os próprios particulares atinjam o bem comum.

No Estado subsidiário as atividades que o particular tiver condições de desempenhar por si próprio, são preferencialmente desenvolvidas pelo setor privado, ou seja, o Estado deve se abster de atuar quando sua presença for dispensável: "Fala-se na valorização do princípio da subsidiariedade da atuação estatal na economia, pretendendo-se dizer que aos particulares cabe o papel principal no domínio econômico, devendo o Estado atuar somente em determinados setores essenciais ou para complementar a atividade privada" (CUÉLLAR, 2004, p. 420).

A noção do termo regulador que qualifica o Estado não coincide com os conceitos de regulamentação, conforme lições de Sergio de Andréa FERREIRA (2003, p. 357) "no significado normativo, 'regular' não é regulamentar, apesar do uso promíscuo das duas palavras, e embora ambos sejam segmentos do poder normativo estatal e tenham a mesma origem etimológica". O vocábulo regular provém do Latim *regulare* e denota atividade de dirigir, dispor, ordenar, estabelecer normas procedimentais e administrar. Para Maria Silvia Zanella DI PIETRO, regular significa (2002, p. 150), "estabelecer regras, independente de quem as dite, seja o legislativo ou o executivo".

Regular, seria o gênero, que abrange as espécies regulação e regulamentação. Regulamentar significa ditar regras jurídicas para o detalhamento de uma lei, sendo, no direito brasileiro, de competência privativa do Chefe do Executivo (art. 84, IV)² ou de um ministro (art. 87, parágrafo único, inciso II)³, não sendo incluído no mesmo dispositivo entre as competências delegáveis⁴. Para a citada autora, o exercício do poder regulamentar é exclusivo do Chefe do Poder Executivo em vista do art. 84, inciso IV, e não está incluído entre as competências

² Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

³ Art. 87. Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei: II – expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos.

⁴ Art 84. Parágrafo único. O Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte, aos Ministros de Estado, ao procurador - Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações.

delegáveis. Inobstante a posição da autora que considera a limitação da delegação, a posicionamentos contrários, como o do Prof Marçal JUSTEN (2006, p. 478) “a redação do art. 84, IV, da Constituição não significa uma reserva constitucional privativa para o Presidente da República editar regulamentos”. Os Ministérios e órgãos administrativos inferiores podem praticar atos normativos, por portarias, resoluções, circulares, instruções, que versem sobre aspectos exclusivamente técnicos, sem conteúdo inovador ou que produzam efeitos apenas no âmbito interno da administração, para instruir subordinado. A limitação é que “eles não podem estabelecer normas inovadoras na ordem jurídica, criando direitos, obrigações, punições, proibições, porque isso é privativo do legislador, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade previsto nos arts. 5º, II e 37, caput da Constituição” (DI PIETRO, 2002, p. 153).

O regulamento expedido pelo Chefe do Executivo é o chamado de regulamento executivo, que se limita a estabelecer normas para a fiel execução da lei, ou seja, como vai ser cumprida pela administração. Há outros tipos de regulamento, como o regulamento autônomo ou independente, o regulamento jurídico ou normativo e ainda o regulamento administrativo ou de organização. O primeiro, “inova a ordem jurídica, porque estabelece normas sobre matérias não disciplinadas em lei; ele não completa nem desenvolve nenhuma lei prévia.” (DI PIETRO, 2002, p. 151), sendo bastante limitado no ordenamento pátrio, restrito ao dispositivo do art 84, VI⁵. Os regulamentos jurídicos estabelecem normas que ligam o cidadão ao estado, eminentemente de supremacia geral, onde o exemplo mais marcante é aquelas que envolvem o poder de polícia. Já os regulamentos administrativos “contém normas sobre a organização administrativa ou sobre as relações entre particulares que estejam em situação de submissão especial ao Estado, decorrente de um título jurídico especial, como um contrato, uma concessão de serviço público, a outorga de auxílios ou subvenções, a nomeação de servidor público, a convocação para o serviço militar, a internação em hospital público, etc.” (DI PIETRO, 2002, p. 151).

⁵ A EC 32, de 11/09/2001 introduziu esta hipótese de regulamento autônomo.

A regulação nos contornos do Estado regulador é a atuação estatal voltada a orientar o mercado, que maximiza os efeitos benéficos e neutraliza os maléficis, segundo Marçal JUSTEN FILHO (2005, p. 447):

A regulação econômico-social consiste na atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e a realização de direitos fundamentais.... A utilização do vocábulo 'regulação' não é casual; não pode ele ser substituído por 'regulamentação'. Na terminologia consagrada entre nós, a expressão '**regulamentação**' **corresponde ao desempenho de função normativa infra-ordenada**, pela qual se detalham as condições de aplicação de uma norma de cunho abstrato e geral, tal como dispõe o art. 84, IV, da Constituição. **O conceito de 'regulação' é muito mais amplo e qualitativamente distinto**. Eventualmente, a 'regulação' pode se traduzir em atos de 'regulamentação'.

O novo modelo de atuação do Estado onde o livre mercado é a regra, exige instrumentos jurídicos ágeis e flexíveis para normatizar e regular a atividade econômica. Deverão ser órgãos permanentes, instrumentalizados e aptos também a promover a satisfação dos interesses coletivos e dos direitos fundamentais. A regulação é uma opção política, conforme ensina Carlos Ari SUNDFELD (2000, p. 18), "A regulação é – isso, sim – característica de certo modelo econômico, aquele em que o Estado não assume diretamente o exercício de atividade empresarial, mas intervém enfaticamente no mercado utilizando instrumento de autoridade. Assim a regulação não é própria de certa família jurídica, mas sim de uma opção de política econômica."

Uma característica é marcante na via regulatória segundo JUSTEN FILHO (2002, p. 25), "reside na institucionalização de mecanismos de disciplina permanente da atividade econômica privada. Passa-se de um estágio de regramento estático para uma concepção de regramento dinâmico".

Ao invés de prestar serviço, o Estado regulador edita regras por meio de entes criados para este fim, cuja previsão constitucional está contida nos dispositivos do art. 21, inciso XI⁶ para o setor de telecomunicações e no art. 177, §2º, III⁷, para

⁶ Art 21. Compete à União:

"XI - Explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais" (grifo nosso).

⁷Art. 177. Constituem monopólio da União:

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:

III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União;

regulação de atividades específicas do setor de petróleo. Os dispositivos esparsos infraconstitucionais completam o sistema.

A diminuição da capacidade empreendedora do Estado transfigurou a sua atuação, sem, contudo deixar de ser o responsável pelas atividades imprescindíveis como a dos serviços públicos. Nesse particular, a produção normativa exige repensar o princípio da legalidade⁸. Na análise da difusão normativa contemporânea assinala CASTRO (1986, p. 36), que "...o legalismo formal e dogmático tem experimentado notória superação em face da hipertrofia do Poder Executivo e da difusão multiforme do fenômeno normatização".

Assim sendo, o Estado regulador tem o pressuposto de não atuar diretamente na economia, mas sim indiretamente, de forma regulatória. Para exercer este papel, necessita de instrumentos jurídicos apropriados a orientar os diversos setores, tornando a regulação satisfatória aos interesses da coletividade, no foco do interesse da sociedade.

2.4 A REFORMA DO ESTADO BRASILEIRO

A exploração de atividades de interesse coletivo, do período colonial até ao final da década de 30, era preponderantemente realizada pelo capital privado. A partir da Era Vargas, no intuito de se diminuir os atos prejudiciais ao interesse coletivo, inicia-se uma tendência no sentido da execução direta pelo Estado de certas atividades econômicas. Aos poucos o Estado vai avocando para si o desempenho direto de certos setores da economia, até tomar proporções incontroláveis, que resultaram na sua incapacidade de cumprir os objetivos que se propunha. A crise fiscal e estrutural que se acentuou na década de 1980 levou o modelo ao colapso.

Ao lado da incapacidade do modelo intervencionista, a conjuntura internacional como a globalização ensejou uma mudança no papel de intervenção do Estado brasileiro no domínio econômico, acompanhado de um processo de

⁸ O princípio da legalidade que tem duas vertentes: na esfera privada traduz no aspecto de que o particular pode fazer tudo aquilo que não é proibido, sendo uma manifestação geral de liberdade; no âmbito do poder público volta-se para o aspecto de que a administração pública só pode ser exercida em conformidade com a lei, obedecendo estritamente ao ordenamento.

abertura do mercado⁹ e privatização de empresas estatais¹⁰, conceito explicado por Edimir Neto de ARAÚJO (1986, p.120):

Privatização, juridicamente é a transferência de algo que é de regime jurídico de direito público para o regime privado. O que chama de privatização é, na verdade, a transferência de controle acionário de entidade que já são de direito privado: podem ser privatizados serviços públicos prestados por entidades de natureza jurídica de Direito Público, não entidade de Direito Privado, mas sob controle do Estado.

As mudanças estruturais do Estado brasileiro foram instrumentalizadas pelo Programa Nacional de Desestatização (PND), regulado pela Lei 8.031/1990, onde se propunha a diminuir a atuação direta do Estado no âmbito econômico conforme ensina Paulo Roberto MOTTA (2003, p. 6), "Estava criado o Programa Nacional de Desestatização, que pretendia a reordenação da posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público."

O PND tinha motivações políticas, a inspiração neoliberal que defendia a atuação privada na economia, motivações financeiras, que objetivavam diminuir os gastos públicos e a atração de novos investimentos, melhoria tecnológica, busca de maior competitividade. O Estado precisava também concentrar os seus gastos em atividades fins, conforme ensina o Professor Diogo MOREIRA NETO (2003, p.522):

O grande alcance da privatização é, todavia, o seu subproduto político, a republicização do estado, que durante longo tempo estava perdendo sua legitimidade na área econômica, baralhando sua finalidade pública, ao pretender conciliar suas ações de governo com interesses secundários, e até interesses privados enquanto empresário estes com a agravante não só de lhe serem impróprios, como de distorcerem e desvirtuarem-se sua atuação na persecução de interesses públicos primários.

A reforma do Estado brasileiro produziu uma reengenharia em sua estrutura para que reduzisse as suas dimensões e voltasse a suas atividades indelegáveis, conforme lições de Maria Zanella DI PIETRO (2005, p.38):

⁹ Permissão de ingresso em atividades sem privatizações como o setor de petróleo e estímulo à concorrência em áreas onde não havia a participação direta do Estado.

¹⁰ Privatização por meio da venda de ações em setores como de telefonia, energia e transporte ferroviário.

Devem ficar a cargo do Estado as atividades que lhe são próprias como ente soberano, consideradas indelegáveis ao particular (segurança, defesa, justiça, relações exteriores, legislação, polícia); e devem ser regidas pelo princípio da subsidiaridade as atividades sociais (educação, saúde, pesquisa, cultura, assistência) e econômicas (industriais, comerciais e financeiras), as quais o Estado só deve exercer em caráter supletivo da iniciativa privada, quando ela for deficiente.

O PND iniciado com a Lei 8.031/90 prosseguiu com a Lei 9.491/97, que revogou a anterior, mas teve poucas alterações de conteúdo. O Estado brasileiro mudou assim, de empreendedor para o modelo de Intervenção normativa, do Estado regulador, conforme ensina Odete MEDAUAR (2003, p. 98), "O Estado retira-se de vários setores, transferindo à iniciativa privada, mas fixando regras, fiscalizando seus cumprimentos e aplicando sanções". A Reforma implementada veio efetivar o comando constitucional que dá preferência pela participação privada, estimula a concorrência (art 170, IV)¹¹ e privilegia a atuação no ordenamento econômico de forma indireta ou normativa, por meio de agentes normativos (cf. art 174, caput)¹².

A investigação do modelo do Estado regulador será feita a partir desse prisma, onde o Estado reduz sua atuação, mas sem descurar de sua responsabilidade de titular de prestar atividades essenciais à vida humana. Torna-se imperioso, assim, averiguar a legalidade do novo enfoque de atuação estatal, particularmente de seus instrumentos, as agências, se são adequadas e aptas a promover a justiça social.

¹¹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

IV - livre concorrência;

¹² 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.

3 OS SERVIÇOS PÚBLICOS

3.1 FUNDAMENTOS CONCEITUAIS DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

A necessidade do Estado prestar serviços essenciais à população fez surgir os serviços considerados públicos ou simplesmente, serviços público. A locução serviço público é formada pelo substantivo serviço, conjugada ao adjetivo público. Serviço público é genericamente aquele que é instituído pelo Estado, com o objetivo de satisfazer necessidades coletivas, ao entender como necessário a assunção da responsabilidade de sua prestação por ele próprio.

A noção dos serviços públicos iniciou-se ainda no Estado liberal, mas se expandiu com o crescimento das necessidades do Estado promover o bem comum, na concepção de Estado do bem-estar. A noção dos serviços públicos adquiriu, assim, os contornos do Estado do bem-estar social, tendo como marco fundamental a Revolução Francesa, quando se elevou à própria razão de ser do Estado, uma obrigação de prestar atribuída ao Estado, os chamados por Dinorá Adelaide Musetti GROTTI (2000, p.40), de “serviços ao Rei”.

A formulação teórica dos serviços essenciais foi desenvolvida nessa época pela chamada “Escola Francesa do Serviço Público” ou ainda de “Escola Bordeaux” que, segundo GROTTI (2003, p. 31), foi “influenciada pela filosofia Neokantiana, pelo positivismo de Augusto Comte, pela sociologia de Durkheim e pelo solidarismo de Léon Bourgeois”. Destaca-se na Escola Francesa, Léon Duguit, que defendia a noção ampla de serviços públicos e Gaston Jéze, que visualizava em primeiro plano o regime jurídico de direito público.

A doutrina contemporânea majoritária entende a noção de serviço público subdividido em três critérios: O primeiro critério, o material, consiste numa atividade de satisfação de necessidades individuais. O critério subjetivo pressupõe uma atuação desenvolvida pelo Estado, ou por alguém que atue em seu lugar. Por fim, o critério formal, em que serviço público caracteriza-se pela aplicação do regime jurídico de direito publico¹³, onde a atividade desenvolvida neste regime pressupõe mais prerrogativas do que sujeições e caracteriza-se, segundo

¹³ Este é o critério que publicistas como Gaston Jéze, Godilho e Bandeira de Melo utilizam.

JUSTEN FILHO (2005, p. 48) “pela ausência de disponibilidade e pela vinculação à satisfação de determinados fins”. O regime de direito privado, diferentemente, tem por escopo a autonomia da vontade.

Os serviços públicos são subdivididos quanto aos destinatários, em serviço público em sentido amplo ou geral (*uti universi*) e serviços públicos individuais (*uti singuli*). Serviços *uti universi* são aqueles segundo DI PIETRO (2001, p. 105) “prestados à coletividade, mas usufruídos apenas **indiretamente** pelos indivíduos”. São serviços *uti universi*, os serviços de coleta de lixo, de limpeza de ruas e o de iluminação pública, que são prestados a todos indistintamente. Em regra não são remunerados diretamente pelos usuários. Já serviços *uti singuli*, são “... aqueles que têm por finalidade a satisfação **individual e direta** das necessidades dos cidadãos” (DI PIETRO, 2001, p. 104). Pertencem a esse grupo, os serviços de telefone, gás, água, transporte e energia, que são prestados a usuários determinados e tem como contraprestação, uma taxa ou tarifa.

Os serviços públicos são atividades que BANDEIRA DE MELLO afirma que (2005, p. 636), “o Estado assume como próprias, por serem reputadas imprescindíveis, necessárias ou apenas correspondentes a conveniências básicas da sociedade, em dado momento histórico”. Abrangem, pois, as atividades de natureza essencial, indispensáveis à dignidade humana.

Apesar de os serviços públicos serem relacionados ao regime jurídico de direito público, segundo Rodrigo Luis KANAYAMA (2005, p. 207), “o regime jurídico privado da prestação não desnatura o caráter de serviço público, desde que não considerado atividade puramente econômica”. Cita como exemplo o transporte coletivo urbano, que é regido pelo regime de direito privado¹⁴, mas tem estar sob a égide dos princípios dos serviços públicos, devido ao aspecto de sua essencialidade.

Na consagrada definição de Hely Lopes MEIRELLES (1998, p. 12), “serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”. Os serviços serão próprios, quando prestados pelo Estado e impróprios, quando prestados pelo particular. Os

¹⁴ Este caráter é marcante pelo aspecto de que nem precisam realizar concurso para contratar pessoal.

serviços de saúde (art. 196 e 199), previdência social (art. 208, § 8º), assistência social (art. 204) e educação (art. 208 e 209) são considerados impróprios, pois “ficam sujeitos a autorização e controle do Estado, com base em seu poder de polícia¹⁵. Não deixam de ser serviços públicos porque atendem necessidades coletivas; mas impropriamente públicos, porque falta um dos elementos do conceito de serviço público, que é a gestão, direta ou indireta, pelo Estado” (DI PIETRO, 2001, p. 106).

Bandeira de Mello leciona que os serviços disponibilizam às pessoas uma utilidade e não se confundem com atividades típicas de polícia administrativa, aquelas que restringem, limitam uma conduta de atuação, como uma perícia ou uma vistoria. Ao passo que serviço público “orienta-se para a atribuição aos administrados de comodidades e utilidades materiais”. (BANDEIRA DE MELLO, 2005, p. 645)

Os serviços públicos, em razão da natureza da necessidade a ser satisfeita, são divididos nas lições do Prof. Marçal JUSTEN FILHO (2005, p. 499) em:

Sociais: aqueles que satisfazem necessidades de cunho social ou assistencial, tal como a educação, a assistência, a seguridade;

Comerciais e industriais: aqueles que envolvem o oferecimento de utilidades materiais necessárias á sobrevivência digna do indivíduo, tal como água tratada, a energia elétrica, as telecomunicações;

Culturais: os que satisfazem necessidades culturais, envolvendo o desenvolvimento da capacidade artística e o próprio lazer, tais como museus, cinema, teatro.

Alguns autores como Themístocles Brandão CAVALCANTI considera ser mais acertada a definição de serviço público pela (1998, p.261) “finalidade coletiva, o fim social que prepondera em todas as manifestações dessa atividade”. Os serviços públicos não deixam de ser espécies de atividade econômica, mas estão sujeitos a obrigações de serviço público pelo seu titular, o Estado. Pode-se afirmar, segundo JUSTEN FILHO (2005, p. 457), que “**atividade econômica é um gênero, que contém duas espécies, o serviço público e a atividade econômica** (em sentido estrito)”. É oportuno destacar-se o aspecto que uma atividade econômica em sentido estrito é informada pela livre iniciativa e a concorrência, ao passo que os serviços públicos submetem-se a um regime todo especial e a princípios constitucionais, especialmente o regime jurídico administrativo (art 37, caput da CF).

¹⁵ Poder de polícia é a atividade do Estado voltado a limitar o exercício do interesse público.

A noção de serviço público, porém, não é um conceito estático, mas sim variável, elástico, conforme estudos de Rodrigo Luis KANAYAMA (2005, p. 208), “as mudanças sociais fizeram com que a noção se modificasse a ponto de quase tornar-se irreconhecível”. No mesmo sentido afirma Themístocles CAVALCANTI (1956, p.211):

A noção de serviço público varia com o tempo, de acordo com a necessidade de maior ou menor amplitude de intervenção do Estado (...) o serviço, para ser considerado público, precisa obedecer a um regime jurídico peculiar fixado pelo Estado, a cujo controle deve atender, e destinar-se ao público em geral, sem visar somente benefícios e interesses individuais e que a intervenção do Estado, por meio de seus órgãos, constitui um dos elementos necessários à classificação dos serviços públicos.

A variedade e a volatilidade das formulações teóricas sobre a noção de serviço público, a par da diversidade de exigências sociais, fez o conceito tornar-se irreconhecível. A qualificação e a formulação do conceito dependem em muito do poder público, em função de necessidades coletivas existente em determinado momento, quando delinea quais atividades devem ser considerados serviços públicos.

Mais importante, porém do que a noção que aparentemente enseja uma crise teórica são as balizas constitucionais que permitem aferir se determinada atividade é serviço público.

A Constituição qualifica os serviços públicos que cabem ao Estado (União, Estados, DF e Municípios) prestar no art. 175¹⁶. O Estado é o titular, mas não tem o dever de prestá-lo diretamente, segundo BANDEIRA DE MELLO (2005, p. 642), “na maioria dos casos estará apenas obrigado a discipliná-los e a promover-lhes a prestação”. A prestação pode ser delegada ao particular, como atividade especial, executada sob regime jurídico específico.

A Constituição qualifica vários serviços como públicos como funções administrativas e sua respectiva competência para prestá-los, segundo Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (2003, p. 416), “seja explicitamente, como os arts. 21, 25, 30 e dispositivos extravagantes dos arts. 194, 196, 200, 201, 203, 205, 208, 211 e 223, seja implicitamente, como os quais sejam deles derivados e, ainda, todos os

¹⁶ Art 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

demais, que necessitam ser prestado em regime de exploração de atividade econômica”.

A enumeração dos serviços públicos não é exaustiva, uma vez que podem ser acrescentados outros. Para isto, basta que haja interesse da prestação ser regida pelo regime jurídico de Direito Público, segundo as lições de José CRETELLA Jr (1970, p.6), "atividade que as pessoas jurídicas exercem, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades coletivas mediante procedimentos peculiares ao direito público". A fixação na Constituição dos serviços públicos visa à garantia de direitos fundamentais uma das funções do Estado, conforme apontamentos de Geraldo ATALIBA (1993, p. 61), "a idéia de serviço público casa-se com a dos fins do Estado para realizar o bem comum, que significa a satisfação concreta e justa das necessidades coletivas”.

O rol de serviços públicos descritos pela Constituição compreende serviços da esfera federal, estadual ou dos municípios, que se subdividem em de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, como o serviço postal e o correio aéreo nacional (art 21, X)¹⁷ e serviços em que não há a obrigação do Estado prestar, mas deve promover-lhes a prestação, mediante concessão e permissão (art. 21, XI e XII, letras “a” a “f”). Os serviços públicos de radiodifusão sonora (rádio) ou de sons e imagens (televisão) o Estado é obrigado a prestar em vista da previsão de complementaridade, mas também deve conceder (art. 223)¹⁸.

Os serviços públicos que não são de titularidade exclusiva do Estado abrange quatro espécies, segundo BANDEIRA DE MELLO (2005, p. 648), os “serviços de saúde, de educação, de previdência social e assistência social”. Os dispositivos constitucionais que contém a previsão dessas espécies são respectivamente os arts. 196 e 197 para a saúde, os arts. 205, 208, 211 e 213 para a educação, os art 201 e 202 para a previdência social e os arts. 203 e 204 para a assistência social.

¹⁷ Art 21. Compete à União.

X – manter o serviço postal e aéreo

¹⁸ Art. 223. Compete ao poder executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para serviço de radiodifusão sonora e imagens, observadas o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estadual.

A Constituição Federal dispõe ainda acerca da competência estadual para a criação de serviços públicos (artigo 25)¹⁹ como, por exemplo, a exploração de gás encanado e a competência residual, daqueles serviços que não tenham sido reservados à União.

Ao município coube a competência para a gestão de serviços públicos de interesse local, como o transporte coletivo delineado no artigo 30, inciso V da CF²⁰. Alguns serviços devem ser promovidos de forma concorrente segundo GROTTI (2000, p. 47), “muitos serviços serão da alçada de Estados, Distrito Federal e Municípios, sendo comuns à União e a eles, como, por exemplo, cuidar da saúde e assistência pública, proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência (artigo 23, II)”.

Mais importante do que a questão conceitual dos serviços públicos é o aspecto que a prestação dos serviços públicos devem primordialmente obedecer a determinados princípios consagrados. Neste sentido, o princípio da continuidade estabelece que os serviços ditos públicos devam ser prestados de maneiras ininterruptas, constantes. A continuidade dos serviços é direito de todos os cidadãos e somente em situações extremas se justifica a paralisação destes.

O princípio da supremacia do interesse público traduz-se na prevalência do interesse da coletividade em detrimento de outros de menor valor. O princípio da regularidade pressupõe que os serviços adequados são aqueles prestados uniformemente segundo padrões qualitativos e quantitativos. Em verdade é um complemento ao princípio da continuidade, uma vez que o serviço público deve ser prestado continuamente e regularmente. Pelo princípio do serviço adequado (art. 6º Lei 8.987/95²¹ e art. 6º Lei 8.078/90²²), compreende-se a necessidade de

¹⁹ Art 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§1º São reservadas aos Estados as competências que não lhe forem vedadas por esta Constituição.

§2 Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.

²⁰ Art. 30. Compete aos municípios:

V – organizar e prestar diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o transporte coletivo, que tem caráter essencial.

²¹ Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

²² Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

modernização técnica, modernização dos equipamentos, a expansão dos serviços para as áreas mais carentes, além das tarifas módicas (art 11 Lei 8.987/95)²³. A modicidade das tarifas pressupõe os valores retribuídos pelo usuário como sendo o mais baixo possível, o que não se confunde com gratuidade. O princípio da cortesia pressupõe o atendimento ao usuário com cortesia e urbanidade. Além dos princípios específicos dos serviços públicos, sujeitam-se aos princípios gerais de direito administrativo elencados no caput do art. 37 da Constituição.

Pelo princípio da uniformidade dos serviços públicos, os usuários de serviços públicos devem ainda receber tratamento isonômico, de igualdade nos serviços prestados. Todo esse arcabouço conceitual e principiológico realçam a natureza dos serviços públicos, como sendo atividade voltada a satisfazer necessidades essenciais à generalidade dos cidadãos, sendo a sua existência fundamental à vida em sociedade e à dignidade da pessoa humana. É o serviço público atividade do Estado em que os particulares podem exercê-lo, pelos institutos da delegação, devidamente regulada e fiscalizada, mediante condições específicas, mas o farol a guiar a conduta de todos é o interesse público.

3.2 A DELEGAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

A hipertrofia do modelo de Estado intervencionista fez com que o Estado brasileiro implementasse uma reforma gerencial. A reestruturação se efetivou pela venda de ações de Empresas estatais ao setor privado, as chamadas privatizações em sentido estrito²⁴, a adoção do modelo regulador e a volta das concessões de serviço público “pelo retorno ao instituto da concessão de serviços públicos, seja em sua forma tradicional, a partir de sua disciplina legal pelas Leis nº 8.897, de 13-2-95, e 9.074, de 7-7-95, seja sob a forma de parceria público-privado, instituída pela Lei 11.079, de 30-12-2004” (DI PIETRO, 2005, p. 76).

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

²³ Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

Parágrafo único. As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

²⁴ Lei 8.031 de 12 de abril de 1990, posteriormente revogada pela Lei 9.491, de 9 de setembro de 1997.

A delegação de serviços públicos a empresas privadas pouco utilizada no Estado do bem-estar, intensificou-se a partir da década de 1990. A entrega ao particular da execução dos serviços de caráter público foi uma opção para a continuidade da sua prestação de forma eficiente e também desonerar o Estado desta tarefa. Para isto, houve a necessidade de se adotar o modelo regulatório, conforme lições de Calixto SALOMÃO FILHO (2001, p.19), “cria-se o mecanismo da concessão e, posteriormente, surge à noção de regulação econômica das atividades públicas concedidas à exploração econômica por particulares”.

Pelas concessões, o Estado delega a terceiros, a prestação de um serviço público, por conta e risco do prestador (concessionário, delegatário), remunerado por meio da tarifa cobrada do usuário. O Estado transfere a gestão do serviço e não a titularidade. Na delegação por privatização a mesma empresa, outrora estatal continua a prestar o serviço público, agora como concessionária, sob gestão do particular que detém o controle acionário. As concessões são uma forma de descentralização que Celso SPITZCOVSKY afirma que (2004, p. 86), “tem lugar sempre que a execução de um serviço público for retirada das mãos da Administração direta, sendo transferido para terceiro que com ela não se confundem”.

A delegação será uma descentralização²⁵ por colaboração quando, segundo Edimir Netto de ARAUJO (2006, p. 154), “o Estado, por delegação contratual ou administrativa, atribui a pessoa jurídica privada a execução, apenas de serviços públicos que possam ser delegados”.

A delegação permite a prestação indireta dos serviços públicos, com variados propósitos: torná-los mais eficiente, reduzir o déficit fiscal, incrementar novas tecnologias, atrair investimentos, adequá-lo à realidade contemporânea, dentre outros.

A Constituição permite a execução indireta dos serviços públicos no dispositivo do art 175, *in verbis*: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei,

²⁵ A descentralização pode ser: política (organização em União, Estados e Municípios), descentralização por colaboração (quando se transfere mediante contrato a execução de determinado serviço público a ente privado e ainda a descentralização administrativa (quando se transfere atribuições a outras pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas). A descentralização administrativa tem duas espécies: a por serviços ou funcional (quando o Estado cria uma pessoa jurídica para prestar determinado Serviço público) e a territorial (nos casos em que um ente local - como se fosse o caso de territórios federais - é dotado de personalidade e capacidade administrativa).

diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, **a prestação de serviços públicos**".

A concessão e a permissão de um serviço público são disciplinadas pela Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. A Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004 instituiu duas espécies de PPP, a concessão administrativa e a concessão patrocinada. Desta feita, na atualidade existem três instrumentos de delegação de serviços públicos, segundo Maria Zanella DI PIETRO (2005, p. 40), o "da concessão e permissão de serviços públicos, ou da concessão patrocinada (uma das modalidades de parcerias público-privadas instituídas pela Lei nº 11.079, de 30-12-2004". A concessão (em sentido estrito) prevista pela Lei 8.987/95 é, segundo Edimir Netto de ARAUJO (2006, p.154) "modalidade de delegação, qualificada como concessão comum, pela Lei 11.079, de 30-12-2004)".

A concessão patrocinada assemelha-se em muito à concessão tradicional. A diferença reside no aspecto que possui uma contraprestação do ente público ao contratante privado, surgindo um subsídio à tarifa pago pelo Estado, segundo DI PIETRO (2005, p. 82), "concessão patrocinada, em que se conjugam a tarifa paga pelos usuários e a contraprestação pecuniária da concedente (parceiro público) ao concessionário privado; conforme artigo 3º, §1º, da Lei nº 11.079, ela é disciplinada por essa lei, porém a Lei nº 8.987 a ela se aplica subsidiariamente".

A concessão administrativa é a outra forma de PPP na qual a administração é usuária direta ou indireta do serviço e quem a paga. A permissão, por sua vez, é a espécie de delegação que se manifesta em prazos reduzidos. Ocorre nos casos em que o particular não se vale do empreendimento para recuperar o investimento e diz-se que é de natureza precária e unilateral. "Difere da concessão no seguinte sentido 'enquanto a concessão é contrato e, portanto, assegura maior estabilidade ao concessionário, a permissão é ato unilateral, discricionário e precário" (DI PIETRO, 2002, p. 129)

Para se implementar uma concessão de um serviço público o órgão que têm a competência para conceder a licença segue uma série de procedimentos previstos na lei. Toda concessão enseja uma licitação na modalidade concorrência (cf. Lei 8.987, art. 2º, II) ²⁶ e ainda a necessidade de audiência pública. O art. 27 da

²⁶ Art 2º, II Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:

lei 9.074 institui também o leilão para casos específicos. Ressalta-se ainda que o Executivo não pode iniciar o processo, sem lei que autorize²⁷.

O Estado faz a delegação do serviço público para desonerar-se desse encargo e de certa forma, buscar que esse serviço seja executado de forma mais eficiente do que se fosse por ele próprio. O particular, ao se dispor a prestar o serviço, assume a obrigação de prestá-lo adequadamente, de forma a satisfazer as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação e modicidade das tarifas, princípios que informam os serviços públicos, mas almeja, sobretudo, o lucro ou que no mínimo cubra os encargos.

Em regra, a contraprestação é paga como tarifa pelo usuário. As receitas alternativas provenientes devem favorecer a modicidade das tarifas (art. 11 Lei 8.987/95) tal qual quando subsidiadas pela concedente. Possuem natureza complementar e acessória. As concessões são informadas por uma gama de institutos que delineiam seu perfil, ensejando uma relação complexa conforme ensina BANDEIRA DE MELLO (2005 p. 672):

A concessão é uma relação complexa, composta de um ato regulamentar do estado que fixa unilateralmente condições de financiamento, organização e modo de prestação do serviço, isto é, as condições em que será oferecido aos usuários; de um ato-condição, por meio do qual o concessionário voluntariamente se insere debaixo da situação jurídica objetiva estabelecida pelo Poder Público, e de contrato, por cuja via se garante a equação econômico-financeira, resguardando os legítimos objetivos de lucro do concessionário.

O Estado tem a prerrogativa de alterar unilateralmente o contrato, orientar suas políticas, fiscalizar, porém, deve manter a equação econômico-financeira, implementando, inclusive, uma revisão no valor original e não a simples alteração do preço da tarifa se for necessário. O poder concedente pode alterar as condições pactuadas com base nas prerrogativas exorbitantes decorrentes do **interesse público**, que se apresenta com a natureza de "conceito jurídico indeterminado". A professora Ângela Cássia COSTALDELLO trata do termo, afirmando que apesar da dificuldade em defini-lo, há aspectos comuns (1998, p.

II – Concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre a capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

²⁷ Art 2º da Lei 9.074 de 7 de julho de 1995.

144) “a satisfação de necessidades da coletividade. Portanto, é possível identificar o destinatário – a coletividade –, e a finalidade – atender aos interesses preponderantes e oriundos da vida em sociedade”. Assim sendo, denota-se que é inquestionável que o interesse público é voltado à satisfação de valores coletivos fundamentais. Ao se falar que a concessão visa, sobretudo, atingir o interesse público tal conceito dá amplos poderes ao ente incumbido de administrá-lo, pois, “Sendo a concessão um instituto oriundo da necessidade de satisfazer pelo melhor modo possível o interesse público, dispõe o concedente de todos os meios necessários ao alcance deste propósito. O concedente não se despoja – nem poderia fazê-lo – dos poderes requeridos para impor a realização mais conveniente do interesse público” (BANDEIRA DE MELLO, 2005, p. 685).

O Estado no exercício do poder-dever de manter o interesse público, pode retomar a concessão por um dos institutos existentes. Neste sentido, há a encampação (art 37 da Lei 8.987/95), o término do prazo contratual ou o inadimplemento contratual do concessionário (art. 38, § 1º, da Lei 8.987/95). A substituição da prestação dos serviços pelo particular, o Estado continua com a titularidade desses serviços. O concedente que atua em nome do Estado detém uma série de poderes previstos na lei de concessões (art. 29 da Lei 8.987/95)²⁸.

As concessionárias têm a contrapartida de uma remuneração justa, podendo invocar o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro, na ocorrência de fatos imprevisíveis, aplicando-se as teorias do fato do príncipe (art 65, II, 'd' da Lei 8.666/93)²⁹, fato da administração (art 57, §1º, VI da Lei 8.666/93)³⁰, e a cláusula *rebus sic stantibus* ou teoria da imprevisão (art 57, §1º, II da Lei 8.663/93)³¹. O **fato do príncipe** advém de um ato geral do poder público, que interfere na

²⁸ Inspeção, fiscalização, alteração unilateral de cláusulas regulamentares, de extinguir a concessão, de intervenção, de aplicar sanções.

²⁹ Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: II - por acordo das partes: d) para restabelecer a relação que as parte pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevierem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

³⁰ VI - omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis.

³¹ II - superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato.

relação contratual. O **fato da administração** é uma conduta lesiva da administração que incide diretamente no contrato, onerando-o. A **teoria da imprevisão** guarda a relação com um evento de força maior ou de caso fortuito, inevitável e imprevisível. Verificando-se uma das hipóteses anteriormente mencionadas, justifica-se uma revisão nos preços e não reajuste, pois, segundo JUSTEN FILHO (2003, p. 20) “no reajuste não há mudança substancial na tarifa; altera-se o preço. A revisão pressupõe reavaliação do valor”.

A Lei de concessões³² disponibiliza ainda ao poder concedente instrumentos que permitem regulamentar os setores envolvidos (art 29, I)³³ e estimular a formação de associações de usuários (art 29, XII)³⁴. O particular apenas recebe a gestão do serviço e não sua titularidade, pois segundo JUSTEN FILHO (2005, p. 500) “a concessão de serviço público é um instrumento de implementação de políticas públicas. Não é pura e simplesmente, uma manifestação da atividade administrativa contratual do Estado. Mais ainda, é um meio para a realização de valores constitucionais fundamentais”.

A atividade serviço público desempenha papel essencial na vida dos cidadãos. Cabe ao Estado prestá-lo adequadamente e ao cidadão, o direito de exigí-lo. Por todas essas características, o estudo dos órgãos que exercerão essa função fiscalizadora e reguladora das concessões, as agências reguladoras, são fundamentais, especialmente seu papel na sociedade contemporânea, de harmonizar e equilibrar a relação entre o Estado, concessionário e usuários e prestar a justiça social.

³² Lei 8.987 de 13 de fevereiro de 1995.

³³ Art 29. Incumbe ao poder concedente:

I – regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação;

³⁴ XII – estimular a formação de associações de usuários para a defesa de interesses relativos ao serviço.

4 AS AGÊNCIAS REGULADORAS

4.1 A ORIGEM DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

4.1.1 O modelo dos Estados Unidos da América

O termo *agencia* deriva do latim *agentia* que se traduz em direção, condução e enseja especialidade técnica com eficiência. O termo regular advém do latim *regulare* e refere-se à regras, às normas. Na acepção do termo, agências reguladoras são entes aptos a dirigir determinada atividade, de forma técnica, especificando regras.

Os Estados Unidos foram o primeiro país a adotar esse modelo organizativo segundo Tony PROSSER³⁵ citado por Alexandre Santos de ARAGÃO (2002, p.226) “as raízes do modelo regulatório surgiram no fim do século XIX nos Estados³⁶ da federação americana”. As agências reguladoras – *agencies* – são nos Estados Unidos um modo de se referenciar os órgãos públicos com função regulatória, as “*Independent Regulatory Agencies*” ou “*Independent Regulatory Commission*” bem como os órgãos não dotados de função reguladora, as “*Executive Agencies*” ou “*Administrative Agency*”.

As agências nos Estados Unidos são mecanismos de se gerenciar diversos setores de atividades, de forma colegiada. No modelo americano, detém função reguladora, as “*Independent Regulatory Agencies*”, que são autônomas para regulamentar o setor que lhe é atribuído por lei e os diretores possuem a prerrogativa da estabilidade. As agências executivas não detêm competência regulatória. Nestas, o chefe do executivo tem controle da sua política, podendo exonerar os dirigentes a qualquer momento. Não há diferenças entre os dois modelos, quanto à organização interna e à forma de atuação.

Uma característica é marcante no sistema americano o de que a organização administrativa se resume nas agências, diferentemente do modelo brasileiro em que a administração pública pressupõe uma organização complexa, composta por órgãos que compõem a administração direta e entidades da

³⁵ PROSSER, Tony. *Law and the Regulators*, Clarendon Press, Oxford, 1997, pp.40 e segs

³⁶ Em 1887 foi criado o Interstate Commerce Commission, ente administrativo regulador.

administração indireta, conforme lições de DI PIETRO (2001, p. 391), “nos Estados Unidos toda organização administrativa se resume em agências”.

As agências reguladoras americanas são consideradas independentes, sendo que as principais razões desse motivo, segundo Andrés Betancor RODRIGUEZ³⁷ citado por ARAGÃO (2002, p. 228) são:

(a) o fato de, ainda que sem caráter de coisa julgada, comporem conflitos (função quase-jurisdicional), o que requer uma posição de ‘terceiro imparcial’; (b) a tradicional desconfiança do Congresso em relação ao Presidente; (c) a neutralização política da Administração promoveria a competência profissional, a estabilidade das instituições colocadas sob a proteção do Congresso e seria favorecida a coerência e a responsabilidade das ações administrativas; (e) as novas tecnologias exigiam uma regulação técnica, de especialistas, com o que também se asseguraria a adoção de critérios objetivos de decisão, desvinculados de interesses político-partidários.

O modelo de agências nos EUA se consolidou durante o governo de Franklin Delano Roosevelt, que implementou uma série de medidas para combater a grande depressão de 1929. No modelo americano é peculiar a função reguladora “quase-legislativa”, a função processual “quase-judicial” e a função de administrar “quase-executiva”. A função quase-legislativa decorre da delegação do Congresso e afeta o comportamento dos particulares. Não há, contudo, neste sistema uma delegação genérica e abrangente, segundo as lições de Eloísa CARBONELL (1999, p. 26), “Quanto ao desempenho de funções regulamentares pelas agências (na nomenclatura norte americana, funções quase-legislativas), a orientação prevalecente, apesar de alguns adeptos da *non-delegation doctrine*, é no sentido de que a lei deve conter standarts mínimos – *intelligible principle doctrine* – pelos quais deve a Administração pautar”.

As agências americanas são assim um aparente quarto poder, mesclado com um pouco de função típica de cada um, o que permite às agências o exercício das mais diversas e importantes atividades estatais.

Um importante marco no desenvolvimento do tema da regulação das agências americanas foi o precedente da Suprema Corte americana, onde se

³⁷ RODRIGUEZ, Andres Betancor. *Lãs Administraciones Independientes – um reto para el Estado social y democrático de Derecho*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994, pp.32 a 55.

posicionou pela limitação da regulação, o chamado *standart*³⁸, extraído das lições de Marcelo FIGUEIREDO (2005, p. 160):

"Para superar a dogmática (e aparente) antinomia entre o princípio da separação de poderes e a delegação legislativa é a de que o Congresso não pode delegar a função de legislar, mas pode transferir certos poderes para completar os detalhes (*fill up details*), para o qual deve estabelecer um 'padrão inteligível' (inteligível *standart*, também chamado de *discernible standart*), de modo a guiar, adequadamente, a atividade do órgão delegado em sua tarefa legislativa"

Apesar da relativa consolidação do modelo americano e o grau de desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário atingido, as agências americanas não são imunes ao problema da corrupção, questão que é apresentada por Lee Leovinger, juiz da divisão antitruste dos EUA, nas lições de Richard HARRIS (1974, p. 145):

Por desgraça, a verdade de toda agência, governamental é que acaba representando a indústria ou o grupo que supõe deva controlar. Todas essas agências estavam muito bem quando se estabeleceram, mas não tardaram muito a infiltrarem-se nelas os elementos as controlam, e que agora as dirigem, em maior ou menor escala"... "Toda companhia afetada por um controle governamental, e que é bastante forte para fazê-lo, contrata um indivíduo – ou talvez quatro ou cinco – por 30 a 70 mil dólares ao ano, para averiguar o que está ocorrendo". E é claro que cumprem sua missão. Obtêm favores para os funcionários das agências, desenvolvendo grande amizade...cedo ou tarde, todas essas agências acabam por cair a serviço dos mandantes que as representam com inteira satisfação.

Apesar de se pressupor a independência em vários ângulos e a condução imparcial dos setores por elas regulados, os entes privados invariavelmente encontram meios de influenciar as agências nas questões de seu interesse. Para coibir comportamentos destoantes, resta apenas o controle desses órgãos, pela conformidade com os valores fundamentais existentes na constituição segundo Peter STRAUSS (1989, p. 7), "uma atuação, mesmo exitosa de uma agência, seja de forma direta, seja através de poderes que tenha recebido de forma contrária às provisões da Constituição derrotará inexoravelmente sua atuação". A participação de grupos de indivíduos é assegurada conforme afirma Alexandre ARAGÃO (2002, p. 235), pelo "*administrative Procedure Act* – APA de 1946, que assegura a participação dos indivíduos e dos grupos (relacionados com interesses coletivos e

³⁸ Standart é a tradução de padrão entendida como sendo aspectos genéricos e abstratos da lei, pressuposto de políticas públicas.

difusos) nos processos decisórios das agências, mesmo aqueles que visam à emissão de normas gerais e abstratas” .

O modelo americano de regulação fundamenta-se na necessidade de intervenção pública necessária a preservar o bem-estar, os interesses coletivos, a observância do sistema de pesos e contrapesos (*checks and balances*) e a livre concorrência. Apesar de ser o primeiro País a adotar o modelo de agências, persistem ainda debates aprofundados sobre diversas questões.

4.1.2 Modelo da Inglaterra

No Reino Unido, a descentralização da Administração Pública pela criação de entes autônomos surgiu como uma necessidade, uma vez que inexistia a idéia de administração pública e tão-somente de governo. A cada lei que se criava para regular um interesse público surgia a necessidade de criação desses órgãos para controlar os serviços transferidos a particulares, imunes a interferência política. Esses órgãos eram “denominadas de Quase ‘*Autonomous Non Governmental Organizations*’ – QUANGOS, *boards ou quase tribunals*” (ARAGÃO, 2002, p. 222).

Os Ministérios em Londres limitam-se a gerir atividades administrativas de outros órgãos, tendo em consequência, a Inglaterra uma pequena administração, limitada a delinear a política geral e controlar a função administrativa da alçada dos outros organismos. Nas lições de Howard MACHIN (1998, p. 236): “A noção de ‘autoridade’ implica, pois, na existência de uma organização distinta e autônoma, exterior ao serviço público (*à la fonction publique*), e dotada de poderes, de responsabilidades e de recursos financeiros outorgados pelo Estado”.

Os *quangos* proliferaram na regulação econômica inglesa até o Governo de Margareth Thatcher, quando se passou a adotar a terminologia dos Estados Unidos, as *agencies* ou *commissions*. À essa época também passou-se a limitar a competência das agências, repartindo esses poderes com os Ministérios. Estes, passaram a avocar a capacidade de expedir licenças, semelhantes aos instrumentos de concessão e permissão do direito brasileiro. Assim, a competência da fixação das políticas públicas ficaram com os ministérios e a execução com as agências. Neste sentido, afirma ARAGÃO (2002, p. 225), que “as agências ficaram com a

competência sancionatória, de alteração das *licenses* e de proteção dos consumidores”³⁹.

O modelo inglês é bastante particular face às peculiaridades daquele país segundo Eric BARENT⁴⁰ citado por ARAGÃO (2002, p. 226), “o caráter flexível da Constituição consuetudinária do Reino Unido, o seu exacerbado parlamentarismo e a verdadeira fusão (não separação) dos poder – *fusion of powers* – existente na arquitetura político institucional deste País”. O modelo britânico, da mesma forma que o modelo norte-americano, serviu de parâmetro para a criação do modelo brasileiro de agências reguladoras.

4.1.3 O modelo da França

A administração pública francesa é um modelo singular, caracterizada pela estrutura burocratizada e hierarquizada e, segundo Fernanda Schuhli BOURGES (2005, p. 47), “A jurisdição francesa, em razão da influência de Montesquieu na separação dos poderes, é composta pelo **contencioso administrativo e pela Justiça comum**” (grifo nosso). Nesse país, todos os atos da administração são analisados pelo contencioso administrativo que tem como órgão supremo o Conselho de Estado. Torna-se assim, o modelo francês, importante referência no estudo das agências.

Na França, as agências são chamadas *autorités administratives indépendantes*. A primeira agência francesa surgiu na década de 1960⁴¹, dotada de função regulamentadora e independência funcional.

O aparecimento de instituições que demonstram maior autonomia para cumprirem seus objetivos no direito francês foi motivo de intensa polêmica. Na França as agências distinguem-se dos demais modelos, pela inexistência de personalidade jurídica das agências, nas lições de Jean-Louis QERMONNE (1991, p. 253):

(a) autoridades no sentido de exercerem competências decisórias, excluindo-se, assim, aqueles órgãos que exercem funções meramente consultivas; (b) administrativas,

³⁹ PROSSER, Tony. *Law and the Regulators*, Clarendon Press, Oxford, 1997, p. 57

⁴⁰ BARENT, Eric. *Na Introduction to Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 1998, pp. 34, 35, 107 e 108.

⁴¹ A agense de défense de Biens et des Intérêts des Rapatriés.

'exercentes de uma função de regulação destinada a estabelecer as regras do jogo entre os atores sócio-econômicos – missão mais ampla que aquela de comando, (e) independentes, já que não integram a linha hierárquica do Poder Executivo central. Apesar de serem desprovidas de personalidade jurídica, sendo orçamentariamente ligadas à estruturas ministeriais, escapam a todo poder hierárquico ou de tutela. Os únicos limites à sua autonomia consistem na obrigação de publicar um relatório anual de prestação de contas e no controle exercido sobre certas decisões suas pelo juiz, normalmente do contencioso administrativo, e às vezes do Poder Judiciário.

O modelo de agências da França diferencia as agências reguladoras das agências com fins diversos. Neste sentido, tem poderes regulamentares as Commission des Opérations de Bourse – COB, de Proteção contra a Administração Pública as Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés – CNIL, as de Regulação da Informação e da Comunicação, as Conseil Supérieur de l'Audio-visuel – CSA e o Comitê de la Réglementation Bancaire – CRB. Essas agências, as autoridades administrativas independentes francesas têm uma característica especial segundo ARAGÃO (2005, p. 240), “ao contrário de muitos países, tais como o próprio Brasil, não se limitam à regulação de setores econômicos ou de serviços públicos delegados a particulares, abrangendo também funções de proteção de direitos fundamentais e de proteção dos cidadãos frente à administração Pública, não sendo, portanto, no seu conjunto, vinculadas ao Direito Econômico”.

No modelo francês, as agências em regra têm poderes regulatório, de editar regras, delineados pelo legislador e subordinado ao Primeiro-Ministro, mas restritas a normas individuais, jamais poderes amplos. Também possuem poder de fiscalizar o cumprimento de tais normas, aplicando sanções pela violação das normas.

O modelo de agências neste País, surgiu das estruturas do Estado e objetivando a independência e autonomia, à semelhança dos EUA, pretendendo, segundo Marcelo FIGUEIREDO (2005, p. 232), “ter uma ação subtraída de influências políticas e das diversas pressões dos interesses econômicos e profissionais em setores sensíveis de atividades que estariam a exigir proteção especial e imparcial”. Entretanto, predominam hoje na França a qualificação das agências como órgãos especiais, com respeito à autonomia.

Inobstante ao pressuposto de tentativa de afastamento de influências diversas, as agências francesas também sofreram assédio das empresas reguladas, dando margens a críticas e aumento do controle. Assim sendo, as agências

francesas surgiram com o propósito de melhorar a eficiência e flexibilizar a estrutura administrativa daquele País. Apesar do modelo das agências francesas terem surgido mais recentemente, também é um parâmetro para a estruturação do modelo brasileiro.

4.2 AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

A criação das agências reguladoras no Brasil insere-se no quadro de reestruturação do Estado brasileiro, resultado de uma tendência à supressão do regime burocrático de exercício da atividade administrativa, em favor de uma conduta gerencial. O novo instrumento vem produzindo significativas mudanças em toda a política de atuação do Estado na economia e na sociedade. O ente técnico de regulação do modelo de Estado Regulador adotado no direito brasileiro foi inspirado nas “*agencies*” do direito americano, seguindo uma tendência mundial, conforme assinala Alexandre Santos ARAGÃO (2002, p. 221), “A criação de entidades dotadas de especial autonomia frente ao poder Executivo Central não é fenômeno exclusivo do Brasil. Muitos países, uns há mais, outros há menos tempo, recorreram a este modelo organizativo para dar conta da regulação de setores sensíveis da vida social, neles incluídos certo setores da economia”.

No Brasil e nos demais países que adotaram o modelo de agências o propósito foi aumentar a eficiência dos diversos setores envolvidos. Diferentemente do modelo americano que surgiu dos Estados para a federação, o modelo nacional surgiu da União para os Estados-membros. Mesmo assim, o modelo dos EUA foi a grande inspiração do brasileiro, segundo Marcio COIMBRA (2006, p.1), “O sistema adotado em nosso país, é baseado no modelo norte-americano, em uma época em que as agências concentravam um alto grau de poder. Várias nações contam com agências reguladoras, e o número destas varia de acordo com cada país. Os EUA contam com 72 agências, o Canadá com 15, Argentina: 12; Dinamarca: 9; Holanda: 7; Alemanha e Suíça: 6; China: 5 e França: 4.”

A teoria das agências reguladoras foi importada, segundo o Prof. Romeu BACELLAR FILHO (2005, p. 23) “dos Estados Unidos da América e principalmente da Inglaterra”, mas esta figura jurídica não é criação recente no direito brasileiro, pois já existiam entidades similares, sem, contudo, as características que hoje se

implementa ao modelo de agências, criadas a partir da década de 1990. O modelo atual insere-se no contexto das privatizações e delegações de serviços públicos e tem como base legal o PND. A associação exclusiva a esse programa, para o surgimento dos entes regulatório, não é o entendimento mais correto, conforme ensina Alexandre ARAGÃO (2002, p. 265):

É comum associar-se o surgimento das agências regulatória ao movimento de desestatização verificado no Brasil principalmente a partir da década de noventa. Todavia, antes das agências reguladoras independentes que começaram a ser criadas no bolo do PND, já havia sido criada uma série de órgãos e entidades reguladores, tais como o Conselho Monetário nacional – CMN, Banco Central do Brasil, o Instituto do Açúcar e do Alcool - IAA, o Instituto Brasileiro do Café – IBC e a Comissão de Valores Mobiliários – CVM. Nenhum deles, contudo, tinha ou tem o perfil de independência frente ao Poder Executivo afirmado pelas recentes leis criadoras das agências reguladoras e pela Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF.

Da mesma forma, é incorreto associar as agências ao perfil do Estado mínimo. As agências são na verdade um modelo organizacional que pode ser adotado por qualquer modelo político de Estado. Em verdade, as agências reguladoras são instrumentos normativos do Estado regulador destinadas a formular regras, preservando o interesse público, conforme apontamentos de Ruth Helena P. de OLIVEIRA (2003, p. 113):

Deixando de ser protagonista na prestação do serviço, o Poder Público conserva em suas mãos as atividades de regulamentação e organização dos serviços concedidos para atender às necessidades coletivas, e o poder-dever de exercer a fiscalização e o controle sobre as atividades desenvolvidas pelo concessionário, a fim de garantir a prestação de serviço adequado, eficiente e de forma contínua, buscando sempre atender ao interesse público, à satisfação das necessidades coletivas.

Também não é referencial para se fundamentar a criação das agências, segundo Marcelo FIGUEIREDO (2005, p. 137), “o argumento meta jurídico de exigência de criação desses entes em função de que a complexidade contemporânea estaria a exigir novos desenhos e modelos jurídicos mais ágeis a conferir ao Estado, ao Poder Executivo ou a seus delegados, normas ou cheques normativos em branco para atuar ou agir”.

Independente dos motivos da adoção do modelo regulatório, a primeira autarquia a ter recebido a denominação agência reguladora foi a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), criada pela Lei 9.427, de 26 de dezembro de 1996,

alterada pela Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998 e regulamentada pelo Decreto nº 2.335, de 06 de outubro de 1997. A ANEEL é vinculada ao Ministério de Minas e Energia e tem a finalidade de regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica no País.

Logo em seguida foram instituídas a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e a Agência Nacional do Petróleo (ANP). A ANATEL é autarquia vinculada ao Ministério das Comunicações, criada pela Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 e regulamentada pelo Decreto nº 2.338, de 07 de outubro de 1997. A ANATEL tem a finalidade de regular o setor de telecomunicações, outorgar concessões e dirimir conflitos. A previsão constitucional dessa agência encontra-se no art. 21, inc. XI, cujas alterações foram feitas pela EC nº 08/95.

A ANP é autarquia vinculada ao Ministério de Minas e Energia e foi criada pela Lei nº 9.478, de 06 agosto de 1997, alterada pela Lei nº 10.202, de 20 de fevereiro de 2001. A ANP é regulamentada pelo Decreto nº 3.388, de 21 de março de 2000 e tem a finalidade de regular a indústria do petróleo. Sua previsão constitucional foi inserida pela Emenda Constitucional nº 09/95, que alterou o art. 177, § 2º, inc. III.

Vinculada ao Ministério da Saúde, foram criadas a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). A ANVISA foi criada pela Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, para exercer atividades de regulação, normatização, controle e fiscalização na área de vigilância sanitária. A ANS foi criada pela Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, com as funções de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde, no setor de planos de saúde privados. A ANS é típica agência reguladora de atividade econômica em sentido estrito.

Vinculada ao Ministério do Meio Ambiente a Agência Nacional de Águas (ANA) criada pela Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000 para estabelecer regras, a estrutura administrativa e as fontes de recursos do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

Na área do Ministério dos Transportes encontra-se a Agência Nacional dos Transportes Terrestres (ANTT) e a Agência Nacional dos Transportes Aquaviários (ANTAq). A ANTT e a ANTAq foram criadas pela Lei nº 10.233, de 05 de junho de 2001. A ANTT tem como fundamento implementar políticas, regular e supervisionar,

o transporte ferroviário, rodoviário e multimodal. Já a ANTAq objetiva estabelecer regras, implementar políticas, regular e supervisionar, a navegação fluvial, lacustre e os portos.

As agências federais criadas quer sejam as reguladoras de serviços públicos delegados, quer sejam as reguladoras de atividade econômica monopolizada, como a do setor petróleo e o mercado de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, ou ainda as agências de assistência suplementar à saúde e as do setor de recursos hídricos, são todas especializadas atendendo o conceito elementar desses órgãos, conforme lições de Leila CUELLAR (2004, p. 421) “para que a regulação se concretize de forma mais eficaz, sejam instituídos diversos reguladores, cada qual devendo se ocupar da regulação de apenas um setor econômico, em relação ao qual detém um grau elevado de especialização”.

No âmbito estadual e municipal nem todas as agências criadas são destinadas a gerenciar setor específico. Algumas agências estaduais são de caráter multisetorial, responsáveis por vários setores de atividades econômicas, como a Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado do Rio Grande do Sul (AERGS). A proliferação do modelo dá mostras da intenção de se implantar definitivamente o modelo regulatório no País, por meios dessas figuras jurídicas.

4.3. AS CARACTERÍSTICAS E ORGANIZAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

As agências foram instituídas no ordenamento jurídico pátrio como autarquias de regime especial. Na acepção de seu termo, autarquia pressupõe um governo próprio e, em síntese é uma entidade da Administração Pública Indireta, para o exercício descentralizado de atividades típicas de Estado, com personalidade jurídica de direito público e autonomia para que possa prosseguir os fins a ela atribuídos. A autarquia especial, por sua vez, diferencia-se de uma da autarquia comum em razão da lei instituidora conferir maiores privilégios, conforme lições de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (2003, p. 247):

Autarquias especiais são aquelas instituídas sob regime de pessoal, bens, atos ou serviços, distintos do regime geral autárquico, em atenção a certas pretendidas peculiaridades em seu desempenho, como sejam: **a relativa garantia de estabilidade de seus dirigentes, a execução de atividades que exijam um maior grau de autonomia técnica, a atribuição de competências reguladoras**, inclusive para-jurisdicionais e, ainda, a tomada de decisões com maior participação dos administrados.

A qualificação das agências como autarquias, cuja definição legal encontra-se no dispositivo do art. 5º, I, do DL 200/67⁴² permite que as agências exerçam atividades típicas de Estado, com personalidade jurídica e patrimônios próprios. As autarquias são sempre criadas e extintas por lei (art. 37, XIX da CF)⁴³ e vinculadas a um órgão da administração direta, os Ministérios, no nível federal, ou as Secretarias no nível estadual e municipal, que exercem segundo Romeu BACELLAR FILHO (2005, p. 21) “o chamado controle administrativo ou tutela⁴⁴”.

O controle e a tutela são inerentes à descentralização administrativa e decorre do dever daqueles a quem foi delegada determinada atividade, exercer adequadamente. A tutela não se confunde com o controle hierárquico, pois aquela é condicionada pela lei. As diferenças dos dois institutos são trazidas à baila por DI PIETRO (2001, p. 399), “a tutela supõe a existência de duas pessoas jurídicas, uma das quais exercendo controle sobre a outra, existindo onde haja descentralização administrativa; a hierarquia existe dentro de uma mesma pessoa jurídica, relacionando-se com a idéia de desconcentração”. A tutela alcança todas as entidades da Administração indireta.

As agências são entes da Administração pública Indireta e como tal possui posição privilegiada na relação jurídica administrativa e submete-se ao regime jurídico administrativo que, segundo DI PIETRO (2001, p. 64), “resume-se em duas palavras apenas: prerrogativas e sujeições”. As prerrogativas ou privilégios desconhecidos da esfera de direito privado permitem às agências fiscalizar, aplicar sanções e compor conflitos⁴⁵, ou seja, desempenhar descentralizadamente o papel de satisfazer interesses coletivos e fiscalizar a prestação de serviços públicos. A

⁴² Serviço autônomo criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receitas próprias, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

⁴³ Somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de atuação.

⁴⁴ A tutela o controle hierárquico e a autotutela são modalidades do gênero controle administrativo. A autotutela a é o poder de a administração rever seus próprios atos.

⁴⁵ Lei 8.987/95, arts. 7º e 23, XV e Lei 9.427/96, art 3º, V

natureza autárquica confere ainda às agências, certos privilégios como a imunidade de impostos (art. 150, VI, a)⁴⁶ e privilégios processuais (art 37, § 6º). Quanto ao regime de pessoal prevalece o regime estatutário e o trabalhista de cargo público. Neste aspecto, originalmente o regime de pessoal previsto foi o de emprego público disciplinado pela Lei 9.986/2000 e subordinado à legislação trabalhista, mas segundo BACELLAR FILHO (2005, p. 24) “no julgamento da ADIn 2.310, de que foi relator o Min. Marco Aurélio, o despacho afirma que a ‘natureza da atividade desempenhada pelas agências demanda o regime de cargo público, sendo incompatível o regime de emprego”.

Diante da elucidação da noção de autarquia especial que qualifica as agências reguladoras em estudo, pode-se passar a verificar as características e a organização das agências. Antes, porém convém esclarecer que a nomenclatura da Constituição⁴⁷ não se refere especificamente ao vocábulo agências e sim a “órgão regulador”. De qualquer forma, as conhecidas agências reguladoras, com natureza jurídica de autarquias especiais possuem as seguintes características, nas lições de Caio TÁCITO (2000, p.4):

É constituída como autarquia especial, afastando-se da estrutura hierárquica dos Ministérios e da direta influência política do governo, com acentuado grau de independência; é dotada de autonomia financeira, administrativa e, especialmente, de poderes normativos complementares à legislação própria do setor; possui poderes amplos de fiscalização, operando como instância administrativa final nos litígios sobre matéria de sua competência; responde pelo controle de metas de desempenho fixadas para as atividades dos prestadores de serviço, segundo as diretrizes do governo e em defesa da coletividade.

As agências reguladoras diferenciam-se das chamadas agências executivas que são autarquias ou fundações públicas dotadas de regime especial, resultando especialmente em uma maior autonomia de gestão. “Trata-se de entidade preexistente (autarquia ou fundação governamental) que uma vez preenchidos os requisitos legais, recebe a qualificação de agência executiva, podendo perdê-la, se deixar de atender aos mesmos requisitos” (DI PIETRO, 2001, p. 393).

A maior independência em relação ao executivo confere às agências

⁴⁶ Art 150 Sem prejuízos de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI – Instituir impostos sobre:

a) Patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros.

⁴⁷ Artigo 21, XI e artigo 177, § 2º, III

atribuições e poderes variados, as ferramentas necessárias ao desempenho das funções das agências na regulação dos serviços públicos prestados pelos entes privados, conforme lições de Maria Zanella DI PIETRO (2000, p.391):

Regulamentar os serviços que constituem objeto da delegação; realizar o procedimento licitatório para a escolha do concessionário, permissionário, autorizatário; celebrar o contrato de concessão ou permissão, ou praticar o ato unilateral de outorga da autorização; definir o valor da tarifa, de sua revisão ou reajuste; controlar a execução dos serviços, podendo aplicar sanções, encampar, decretar a caducidade, intervir, fazer rescisão amigável, providenciar a reversão dos bens ao término da concessão; exercer o papel de ouvidor de denúncias e reclamações dos usuários.

Às agências reguladoras no exercício de suas funções podem adotar procedimentos licitatórios especiais, conforme apontamentos de Alexandre ARAGÃO (2002, p. 328)⁴⁸ “previram a adoção de procedimentos licitatórios especiais, diferentes daqueles fixados pela Lei 8666/93, tanto no desempenho de suas atividades-fim (ex: para a delegação do serviço público regulado), como das atividade-meio (compras e contratações de serviço)”. Sintetiza sobre o assunto, o mesmo autor, que os julgados admitem que as compras de bens e as contratações de serviços pelas agências reguladoras podem ser precedidas das modalidades licitatórias especiais simplificadas como o pregão e a consulta pública.

As agências reguladoras foram concebidas para serem autônomas, independentes, para administrar o livre mercado com agilidade e flexibilidade, pois, segundo Floriano Azevedo MARQUES NETO (2002, p.199), “a introdução das agências reguladoras como autoridades independentes permitem a construção, nos vários setores da economia e da sociedade que imprescindem de regulamentação de caráter público”.

A independência das agências pode ser orgânica e funcional. A primeira decorre da sua natureza autárquica especial e permite estabilidade e a independência em relação aos setores regulados. A independência orgânica decorre ainda “da ausência de vinculação dos responsáveis pela direção e administração da agência à Administração Direta” (CUELLAR, 2004, p. 431). A independência funcional, se traduz na ausência de ingerência na execução das suas atribuições e na fixação dos objetivos a serem perseguidos para a consecução

⁴⁸ Art 210 da Lei 9472/97 teve suspensão indeferida pela ADIN 1.668-DF. O art 37 da Lei 9.986 e os arts 55 a 58 da Lei 9.472/97, foram considerados constitucionais pelo STF no julgamento da mesma ADIN.

de seu trabalho. Essa espécie de independência decorre da inexistência de vinculação hierárquica com a administração direta.

A autonomia se materializa nas dotações orçamentárias e nos recursos humanos disponibilizados para preencher os diversos cargos. Os recursos para as despesas de custeio e capital são todos orçamentários uma vez que o produto da arrecadação das agências é transferido ao Tesouro Nacional, não podendo ser utilizados diretamente.

A caracterização das agências como independentes e autônomas não pressupõe liberdade ampla de agir, tal como ocorre com qualquer outro órgão público. As atividades das Agências são condicionadas juridicamente aos princípios da administração, além de submetem-se ao controle das várias esferas do poder.

Em relação ao Poder Legislativo, as agências se sujeitam (art.49, inciso X) ao controle pelo Congresso Nacional e ao controle financeiro, contábil e orçamentário, exercido com auxílio do Tribunal de Contas (art. 70 e ss.). Pelo Poder Judiciário, as agências como entidade da administração pública, tem sua atuação submetida ao regime jurídico administrativo o que a submete ao controle judicial, pela via da Ação Popular, do Mandado de Segurança e da Ação Civil Pública, decorrente do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXV). Desta feita, inobstante a competência das agências para dirimir conflitos em instância administrativa, nada impede o controle de suas decisões por esse poder.

De parte do executivo o controle se concretiza pela tutela do Ministério vinculado, conforme lições de Ruth Helena de OLIVEIRA (2003, p. 124), "como são autarquias integrantes da Administração Indireta, acham-se submetidas ao poder de supervisão e tutela exercido pelo órgão da Administração Direta ao qual estão vinculadas. Com efeito, as agências reguladoras não escapam, em princípio, da tutela ou controle administrativo exercido pelo Ministério ao qual se acha vinculada, nem mesmo à direção superior da Administração federal (art. 84, inciso II, CF)"⁴⁹.

A tutela se materializa pela indicação dos dirigentes e dos representantes nas previsões existentes em lei. O controle está presente nas necessidades de envio

⁴⁹ Em razão desse controle, nos termos do inciso XXIX, do art. 19, da Lei n 9.472/97, a ANATEL tem a obrigação de enviar anualmente relatório de suas atividades ao Ministério das Comunicações e, por intermédio do Presidente da República, ao Congresso nacional.

de relatórios e balanços que permitem o acompanhamento das atividades das agências. A previsão tem que ser expressa em lei e não decorre do controle hierárquico.

O poder Executivo tem ingerência ainda na escolha dos dirigentes. Após serem escolhidos tem mandato fixo e gozam de relativa estabilidade, decorrente da impossibilidade de exoneração *ad nutum*⁵⁰, que limita a perda do cargo às hipóteses expressamente previstas, como nos casos de crimes de improbidade administrativa ou de violação grave dos deveres funcionais. Os dirigentes das agências compõem uma unidade de gestão estratégica e de deliberação colegiada denominada Conselho Diretor, cujos integrantes são escolhidos pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal⁵¹. Para concorrerem à escolha, devem satisfazer alguns requisitos, tais como, ter reputação ilibada e capacidade técnica para o cargo. Em regra cada agência tem um Diretor-Geral (presidente executivo) e mais quatro outros Diretores, com mandato fixo de cinco anos.

As agências possuem também as corregedorias e os mecanismos de controle e participação popular, como o das audiências pública, das ouvidoras e dos conselhos consultivos.

As corregedorias têm o propósito de fiscalizar as atividades dos integrantes das agências e dos diversos órgãos que a integram, podendo instalar, de ofício, sindicâncias e processos administrativos. A previsão das corregedorias está contida nos regulamentos esparsos de cada setor⁵². As agências, como entidade integrante da administração pública indireta, devem observar, a Lei 9.874, de 29 de janeiro de 1999. A falta de observação de qualquer dos princípios que rege a administração pública, em especial o da moralidade, as corregedorias devem prontamente intervir, realizando correições e sugerindo as medidas necessárias.

As audiências são mecanismos que permitem às agências receberem contribuições da sociedade sobre questões diversas, como técnicas e normativas. Este instrumento de consulta permite que se levantem subsídios para uma melhor tomada de decisões e tornam-se também instrumentos de legitimação

⁵⁰ A proibição de afastamento *ad nutum* é a impossibilidade do afastamento de um detentor de cargo de confiança, pela simples vontade de quem o convidou, sem a necessidade de processo administrativo ou legal. A vedação implica que só podem perder o cargo por renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou decorrente de processo administrativo disciplinar.

⁵¹ Nos termos da alínea "f" do inciso III do artigo 52 da CF.

⁵² Art 59/ ANATEL; art 24/ANVISA; art. 7º/ANA; art. 22/ANS.

administrativa na medida em que proporcionam uma melhor aceitação das decisões e a efetividade ao princípio da publicidade.

As ouvidorias apuram as queixas, consolidam as sugestões e os pedidos de informação, tornando-se num canal de participação da população e dos organismos sociais. O canal de atendimento é importante instrumento de aperfeiçoamento da dos serviços públicos prestados pelo particular. As ouvidorias são segundo Arnold WALD e Luíza Rangel MORAES (1999, p. 162), "a tradução e adaptação do direito brasileiro do ombudsman". As ouvidorias tem a tarefa ainda de dirimir, no âmbito administrativo as divergências existentes, tornando-se uma instância superior das concessionárias. O ouvidor tem mandato de dois anos e autonomia funcional.

Por fim, os Conselhos Consultivos são também mecanismos de participação da sociedade nas decisões e atividades das agências. As entidades representativas de usuários indicam os Conselheiros, a serem nomeados pelo Presidente da República. Os Conselhos possuem, em regra, doze membros, com a função de contribuir com suas opiniões na condução das atividades das agências, em especial as políticas para as agências. A lei 9.472/97 traz a previsão dos Conselhos Consultivos dos art. 33 ao art. 37.

As características e o aparato institucional das agências disponibilizam mecanismos para o desempenho das funções reguladoras dos serviços públicos de forma ágil e eficaz. Ressalva-se, porém, a questão do poder normativo que ainda carece de sedimentação no ordenamento jurídico e na própria doutrina, suscitando muita polêmica e discussões a seu respeito.

4.4 A COMPETÊNCIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A transferência dos serviços públicos ao setor privado exigiu a criação de um ente especializado que fosse responsável pela supervisão dos serviços públicos e disciplinasse a sua prestação, conforme se infere do art. 175, IV, do art. 21, XI da CF e do art. 31 da Lei 8.987/95. Como se viu anteriormente, as agências são instrumentos técnicos, pertencentes à administração indireta e qualificadas como autarquias especiais, pelos quais o Estado, descentralizadamente, atua administrando setores específicos, orientando-se pelo interesse público, conforme apontamentos de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (2003, p. 249):

Destinados a administrar setores em que são desenvolvidas atividades privadas de interesse público exercido por delegação (concessões e permissões e institutos afins), bem como as atividades, profissionais ou empresariais, que venham a estar legalmente submetida a um regime especial de controle destinado a salvaguardar valores específicos como ocorre com a vigilância sanitária, com o regime do petróleo, com o regime hídrico e tantos outros.

As agências exercem funções típicas de Estado, de disciplina, fiscalização, aplicação de sanções, ou seja, atuam nos mais variados setores, exercendo funções similares à quase-judicialidade, quase-executividade e à quase-legislativa, sem, contudo, confundir com tais poderes. Neste sentido, ensina Leila CUELLAR que as agências detêm poderes de (2001, p. 143 -144):

Regulação de determinado feixe de atividades, através da positivação de regras ou da aplicação de regras preexistentes; outorga do exercício de atividades a terceiros (mediante licitação e contratos); fiscalização dos contratos administrativos e da execução dos serviços cuja prestação foi outorgada a terceiros ou de atividades econômicas; exercício de papel de ouvidor de reclamação e denúncias de usuários ou consumidores, efetuando, inclusive, arbitragem de conflitos.

As agências foram criadas para atender as exigências de especialidade dos setores administrados, para fazerem que cumpram as cláusulas regulamentares e contratuais. As agências garantem de outra parte, o equilíbrio econômico da concessionária. As funções das agências são diversas, neste sentido, Luis Roberto BARROSO apresenta um rol exemplificativo dessas atribuições (1999, p. 76):

- a) controle de tarifas, de modo a assegurar o equilíbrio econômico e financeiro do contrato;
- b) universalização do serviço, estendendo-se às parcelas da população que deles não se beneficiavam por força da escassez de recursos;
- c) fomento da competitividade, nas áreas nas quais não haja monopólio natural;
- d) fiscalização do cumprimento do contrato de concessão;
- e) arbitramento de conflitos entre as diversas partes envolvidas: consumidores do serviço podem concedente, concessionários, a comunidade como um todo os investidores potenciais, etc.

Os poderes que mais se sobressaem na garantia da prestação adequada, dando conformidade à atividade prestada com o interesse público, são o de outorga da concessão, o da regulamentação e o da fiscalização, inobstante a relevância da capacidade de arbitramento e de fixação do valor da tarifa, donde decorre o poder de revisão ou reajuste.

A competência para a resolução de conflitos é uma função de caráter

jurisdicional, que permite dirimir controvérsias no âmbito administrativo, porém, limitada a um poder decisório. Tal atributo se equipara à quase-judicialidade ou discricionariedade técnica do modelo americano. A conciliação de interesses, pela arbitragem⁵³, é um mecanismo de se concretizar esta competência.

A empresa particular que atua como concessionária, presta o serviço público sob regime de direito público, por estar exercendo atividade estatal, o que outorga às agências incumbidas do controle do setor o exercício de determinadas prerrogativas.

A competência fiscalizadora permite às agências avaliar se as obrigações contratuais e regulamentares estão sendo cumpridas pelas empresas prestadoras e conduzir as atividades no sentido da adequação ao interesse público. As empresas que descumprem as obrigações e normas sujeitam-se à competência sancionatória⁵⁴ das agências pela aplicação de sanções, de natureza administrativa, que vão desde a advertência e multas até a cassação da concessão. A competência de fiscalização, de controle, de arbitramento são funções meramente administrativas ou operativas, que nos ensinamentos de Lucia Vale de Figueiredo (FIGUEIREDO, (2003, p. 34), constituem “o dever-poder do Estado, ou de quem aja em seu nome, de atuar para dar cumprimento fiel aos comandos normativos, de modo a atender os fins públicos”.

O artigo 174 da Constituição fez distinção entre regulação e normatização. Neste sentido leciona Sergio de Andréa FERREIRA (2003, p. 354) a “**regulação**’ **abrange uma atuação normativa**, em tese e em abstrato; e outra atuação **individualizadora, operativa, in casu e in concreto** (...) no significado normativo estrito, poder regulador é segmento específico do poder normativo estatal, que, além do poder constituinte, engloba o legiferante e o regulamentar.”

Lais CALIL também tem o mesmo entendimento (2006, p.75) “a regulação contempla uma gama mais ampla de atribuições relacionadas ao desempenho de atividade econômica e à prestação de serviços públicos, **incluindo sua disciplina, fiscalização, composição de conflitos e aplicação eventual de sanções.**”

⁵³ A arbitragem é tratada pela lei 9.307, de 23 de setembro de 1996.

⁵⁴ A lei 9.784/99 que trata do processo administrativo se aplica à competência sancionatória das agências.

O exercício da competência normativa com que se concebeu as agências, entretanto, hoje é palco de intensos debates doutrinários. Uma parte da doutrina entende que a produção normativa do ordenamento é restrita ao Congresso, sendo o único que pode restringir direitos e liberdades, estabelecer penas, criar obrigações em geral. A regulamentação é pertinente ao chefe do executivo, limitada à fixação de parâmetro - os standarts. Leciona CARVALHO FILHO sobre a amplitude da capacidade legislativa e regulamentadora (2006, p.76), "o primeiro é primário e se origina da Constituição. O segundo é secundário, pois tem como fonte os atos derivados do poder legiferante. O primeiro gera Lei, o segundo, regulamentos revestidos de denominações diversas, como decretos, portarias, etc)".

Publicistas como Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, Lúcia Valle FIGUEIREDO e Celso Antonio Bandeira de Melo entendem que somente as agências previstas no texto constitucional como órgãos reguladores, que são a ANATEL (art. 21, XI) e a ANP (art. 177, § 2º, III) tem tal competência. As argumentações de DI PIETRO (2001, p. 397) são:

As demais não têm previsão constitucional, o que significa que a delegação está sendo feita pela lei instituidora da agência. Por isso mesmo, a função normativa que exercem não pode, sob pena de inconstitucionalidade, ser maior do que a exercida por qualquer outro órgão administrativo ou entidade da administração indireta. Elas nem podem regulamentar matéria não disciplinada em lei, porque os regulamentos autônomos não têm fundamento constitucional no direito brasileiro, nem podem regulamentar leis, porque essa competência é exclusiva do executivo e, se pudesse ser delegada, essa delegação teria que ser feita pela autoridade que detém o poder regulamentar e não o legislador. As únicas normas que podem estabelecer têm que produzir efeitos internos apenas, dirigidos à própria agência, ou pode dizer respeito às normas que se contém no edital de licitações, sempre baseadas em leis e regulamentos prévios.

A ANATEL e a ANP, em vista da referência expressa na constituição, como órgão regulador, detém "a possibilidade de regulamentar a lei a partir de conceitos genéricos, princípios, standarts, tal como as agências reguladoras norte-americanas" (DI PIETRO, 2001, p. 398). As agências em que a delegação foi feita unicamente pela lei instituidora não teriam tal competência, porque seu poder normativo não pode ser maior que qualquer outro órgão administrativo ou entidade da administração indireta. A competência reguladora das agências contidas na Constituição, contudo, também não é ilimitada. As matérias que podem ser regulamentadas pelas agências, segundo estes autores, estão adstritas aos

contratos de concessão e desde que não entrem na esfera do legislador, restritas “aos chamados **regulamentos administrativos** ou **de organização**” (DI PIETRO, 2002, p.158).

Lucia Valle FIGUEIREDO defende que (2003, p.141), “no direito brasileiro, obrigações somente se criam por lei e o poder regulamentar do Presidente da República limita-se a fixar parâmetros e *standarts* para a execução da lei, atribuição específica do executivo”.

Para Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO a função reguladora das agências deve restringir-se a aspectos eminentemente técnicos. Argumenta que o princípio da legalidade veda apenas que atos inferiores inovem inicialmente na ordem jurídica e não, se resultarem do comando constitucional (2005, p. 157), “resulta claro que as determinações normativas de tais entidades não se cifram a aspectos estritamente técnicos, que estes, sim, podem na forma da lei, provir de providências subalternas”.

Outros autores como Marcelo Figueiredo defendem ainda que a Constituição permite delegações do Legislativo ao Executivo, nos termos do art. 68 “porém, há todo um regime jurídico a ser observado, que, certamente, não é a hipótese das agências reguladoras” (FIGUEIREDO, 2000, p. 138). Para a Philip Gil FRANÇA há sim necessidade de aperfeiçoamentos na instrumentalização das agências, a fim de que se adequem ao ordenamento e detenham o poder normativo (2005, p. 158-183):

Atualmente, não há lei específica que estabeleça uma estrutura homogênea das agências reguladoras, contudo, apresentam, de forma geral, as seguintes características: capacidade normativa, capacidade punitiva, capacidade sancionatória e organização do quadro gerencial diferenciados, tendo seus diretores tratamentos especiais quanto aos mandatos específicos, bem como prerrogativas e deveres (...) tem-se como incontroverso o entendimento de que a atuação das agências reguladoras deve limitar-se à especificidade técnica para a qual foi criada, sob pena de agredir o Princípio da Legalidade.

A especialidade das agências se presta não apenas a garantir maior eficiência regulatória, mas também à legitimação técnica dos entes reguladores. Marcelo FIGUEIREDO entende as agências são organismos vocacionadas a cumprir função administrativa e que a previsão constitucional ou não, não é bastante para delimitar a competência regulatória (2005, p. 256):

- 1) A alusão constitucional a um 'órgão regulador' no art. 21, XI, e no art. 177, §2º, III, da CF, constitucionalizou a sua existência naqueles domínios. A Previsão constitucional alusiva a 'órgão regulador' não exclui a existência e a possibilidade de outros órgãos reguladores ou agências no direito brasileiro.
- 2) A alusão constitucional a um 'órgão regulador' no art. 21, XI, e no art. 177, §2º, III, da CF, a partir das emendas constitucionais que introduziram a previsão, obriga o intérprete a entender que esses 'órgãos reguladores' são obrigatórios. É dizer, nessas atividades é imperiosa sua existência, nada mais.
- 3) A Constituição de 1988, em seu arcabouço principiológico, ao contrário do que prega parcela da doutrina, continua a prestigiar o esquema de controles recíprocos entre poderes e atribuições, privilegiando, sem dúvida alguma a atividade legislativa e normativa do Poder Legislativo.

Esta corrente doutrinária entende, em linhas gerais, que mesmo as agências que a Constituição se manifestou sobre a sua criação (art. 21, XI e 177 § 2º, III) a função normativa deve restringir-se tão-somente a aspectos técnicos, os regulamentos administrativos ou de organização. Isso deve porque no ordenamento pátrio não é possível que obrigações, proibições ou outros constrangimentos sejam criados, senão pela lei (art. 5º, inciso II). Além disso, nem mesmo a delegação poderia resolver a questão, devido à restrição Constitucional (art. 84, IV). As agências que não tem previsão constitucional expressa não teriam nem mesmo competência reguladora de natureza técnica.

Milita no sentido de que não há conflito da produção normativa pelas agências reguladoras, o entendimento que a lei não é apenas o ato emanado do legislativo e sim, aquele em conformidade com todo o ordenamento. Seria válido pelo ordenamento em função da conotação de lei em sentido material, que segundo Uadi Lamêgo BULOS (2002, p. 184), "na acepção material, lei é todo e qualquer ato que, independentemente de procedimento técnico-constitucional, ostente conteúdo de norma jurídica. Neste sentido, todo ato emanado dos órgãos que a Constituição atribua função legislativa é válido".

Os principais publicistas que defendem a competência reguladora para as agências são Carlos Ari Sundfeld, Floriano de A. Marques, Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Marçal Justen. Carlos Ari SUNDFELD (2000, p. 27) defende que:

Quando reconheço ser constitucionalmente viável que elas desfrutem de um tal poder, de modo algum estou sugerindo que elas produzam 'regulamento autônomo' ou coisa

parecida, pois todas as suas competências devem ter base legal – mesmo porque só a lei pode criá-las, conferindo-lhes (ou não) poderes normativos. A constitucionalidade da lei atributiva depende de o legislador haver estabelecido standards suficientes, pois do contrário, haveria delegação pura e simples de função legislativa.

Floriano Azevedo MARQUES NETO advoga que (2000, p. 82), “a especialidade, a complexidade, a multiplicidade e a velocidade de surgimento das questões regulatória determinam a necessidade de que parcela significativa da regulação estatal seja delegada ao órgão regulador (...) são dotados de grande especialidade, pois se prestam a atuar num subsistema jurídico (conjunto de regras, normas, princípios, finalidades e pressupostos, adstritos a um dado setor da vida humana)”.

Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO argumenta sobre a competência normativa das agências fundamentando na deslegalização. Para isso, traz ao estudo os tipos de técnicas de delegação legislativa, como sendo os da (2000, p. 154), “delegação receptícia, a remissão e a deslegalização”. A primeira, seria a transferência da função legislativa ao Poder Executivo para produzir normas com força de lei (art. 59, IV e art. 68 da CF). A segunda, a técnica da delegação por remissão, corresponde ao poder regulamentar atribuído ao chefe do Poder Executivo, visando à fiel execução das leis. Consiste na remessa pela lei a uma normatividade ulterior que deverá ser elaborada pela Administração, sem força de lei. Por fim, a deslegalização seria a retirada pelo próprio legislador de certas matérias do domínio da lei, passando-as ao domínio do regulamento. A densidade normativa das matérias compreendidas pela deslegalização é reduzida, estabelecendo, tão-somente, os princípios gerais. Esta espécie seria para esse autor, a mais pertinente à atuação das agências, pois permitiria a implementação de normas setoriais abstratas.

O professor Marçal JUSTEN FILLHO parte da assertiva que a atividade dos serviços públicos nas mãos do particular exige um regramento ágil, que os órgãos tradicionais do Estado não teriam como praticá-los (2002, p. 361), “a dimensão quantitativa e a complexidade qualitativa criam problemas que conduzem a tornar vagarosa a regulação estatal sobre certas matérias. A criação das agências permite superar essa dificuldade, eis que se reduz o número de participantes no processo decisório final, amplia-se a especialização dos órgãos e se reduz a demora na geração de atos estatais.”

A partir desta linha de argumentos Marçal JUSTEN FILHO desenvolve a atribuição de poder normativo a essas figuras jurídicas defendendo que reside na discricionariedade técnica (2002, p. 518) “a competência normativa abstrata das agências, no Direito Brasileiro, tem de ser enquadrada como manifestação da discricionariedade”.

A discricionariedade técnica, que seria apta a resolver a questão das limitações do processo legislativo de geração de normas jurídicas, não se confunde com a discricionariedade administrativa, nas lições de Eva Desdentado DAROCA (1997, p. 36), “na discricionariedade Administrativa convivem juízo de valor e vontade do administrador; ao passo que na discricionariedade técnica somente haverá juízo de valor”. Sergio GUERRA complementa ainda sobre a discricionariedade técnica lecionando que ela vincula-se ao interesse público (2006, p. 902) “ a atuação discricionária das agências reguladoras tem limites. Seus atos sempre estão vinculados à lei, à sua competência e às políticas públicas traçadas para o subsistema regulado”

As agências como agentes normativos investidos de tal função pela Constituição, expressamente previstas ou não, podem disciplinar o comportamento dos agentes econômicos por meio da edição de normas gerais, uma vez que, segundo Seabra FAGUNDES (1984, p. 20), “todo ato emanado dos órgãos ao qual a Constituição atribua função legislativa, se praticado no uso da competência constitucional, será lei, em perspectiva genérica”.

A competência regulatória é, pois, apesar das divergências, instituto altamente necessário para harmonizar os diversos atores envolvidos no processo, quer sejam as concessionárias, o Estado ou os usuários. As discussões são salutares e oportunas, mas grife-se que mesmo nos EUA, país berço das agências, há até hoje muita discussão sobre o assunto.

A tarefa das agências em administrar os serviços públicos exige que se manifeste nas situações concretas apresentadas e também que tenha aptidão de dispor abstratamente para situações posteriores. Assim, sua atuação será em termos de ato administrativo regulamentar, que em tese não cria novas situações jurídicas e apenas serve para interpretar e especificar certas situações pertinentes à conformidade constitucional ou à lei regulamentada. A atuação normativa das agências é de índole inferior à lei, segundo José dos Santos CARVALHO FILHO

(2006, p. 75), “em face da inevitável **multiformidade de fontes normativas regulatória**, que presentemente expressam a forma de atuação do Estado **pela via da posituação jurídica**, impede **impor limites claros e precisos à produção de regras jurídicas**, calcadas na regulação econômica, de índole e de nível necessariamente subalterno à lei”.

O vocábulo regular que qualifica as agências não seria assim, o legislar⁵⁵, mas sim uma atuação inferior, conforme lições de Sergio FERRREIRA (2003, p. 361):

no Direito Brasileiro o exercício do poder regulador é, substancialmente, vinculado; e seus aspectos discricionários estão sempre clausulados com os gravames da ponderação adequada aos motivos dos atos que são praticados; da razoabilidade e da eficiência de seu objeto; da proporcionalidade entre o ônus que este acarreta e os seus fins, de interesse social, com cuja consecução a Administração Pública está comprometida.

Caio TÁCITO também tem o mesmo entendimento sobre a competência normativa das agências que fica bastante claro ao lecionar que (1997, p. 1.089), “nada impede que, ao fazê-lo, a lei reserve ao órgão Administrativo incumbido da gestão política adotada, uma parcela secundária de poder normativo”. Além da questão de inferioridade à lei, a produção normativa das agências deve se conformar com os princípios e o direito como um todo, que se traduz no que na Europa se chama de princípio da juridicidade, conforme apontamentos da Prof. Ângela Cássia COSTALDELLO (1998, p. 50):

A juridicidade encontra-se em toda e qualquer Administração Pública, sobretudo naquela que se conforma com o Estado de direito. Já a legalidade resulta de cada um dos ordenamentos jurídicos e espraia efeitos e regulamenta ações somente no âmbito daquele ordenamento (...) o princípio da juridicidade quer significar que a administração está submetida a toda a ordem jurídica que visa preponderantemente assegurar a proteção às liberdades públicas, aos direitos fundamentais. George DUPUIS, Marie – José GUEDON e Patricie CHERETIEN assinalam a impropriedade do uso do termo 'princípio da legalidade, justificada pela restrição de referir-se apenas às leis, desconsiderando os princípios.

A juridicidade é, pois, pressuposto que amplia o conteúdo do poder normativo. A juridicidade está de acordo ainda ao que afirma Leila CUELLAR (2001, p. 142), que “não se pode “ inovar de forma absoluta, *ab ovo*⁵⁶, na ordem jurídica,

⁵⁵ CF, art 5º, II: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei.

⁵⁶ Ab ovo é termo em latim que significa “de início”.

contrariar a lei e o direito, desrespeitar o princípio da tipicidade, impor restrições à liberdade, igualdade e propriedade ou determinar alterações no estado das pessoas”.

A criação das agências, com poderes normativos autônomos conduz a ponderar a exclusividade da produção normativa, no sentido de reconhecer a fragmentação normativa, conforme ensinamentos de Carlos Roberto Siqueira CASTRO (2006, p. 36), “bem caracteriza o Estado contemporâneo à fragmentação normativa pela qual a maioria dos atos-regras, para utilizar a conhecida classificação cunhada, por Leon Duguit, não mais promana das Assembléias de representação popular, mas sim de uma miríade de órgãos e conselhos da Administração Pública.

O Professor Marçal argumenta ainda que a produção normativa poderia ser atribuída às agências em virtude de que a competência para editar regras não é privativa do Presidente da República, pois o art. 84, IV não é exaustivo.

Deve haver fundamentalmente a compatibilidade com os vetores constitucionais e isso está na idealização dessas figuras jurídicas. As mudanças exigidas pela sociedade atual, não mais permitem a concepção exclusiva de produção normativa, uma vez que segundo Leila CUELLAR (2001, p. 117), “reconhece-se atualmente que o poder regulamentar pode ser exercido não somente pelo Presidente da República, mas também pelos Ministros de Estado e por outros órgãos e entidades da administração Pública, como as autarquias. Portanto, as agências examinadas, autarquias integrantes da Administração indireta, podem deter competência regulamentar”.

O Art. 87, § único, II, da CF é exemplo da outorga aos Ministros de Estado de competência para expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos. Os instrumentos que essas autoridades e as demais entidades autárquicas podem emitir, onde se inserem as agências, são, segundo Edimir Netto de ARAUJO (2006, p. 429):

Decreto (atos privativos do Chefe do Executivo) e nos demais casos por resoluções (ministros, Secretários de Estado, Presidente de Tribunal, Superintendente de Autarquia e Presidente de fundações), portarias (demais autoridades Executivo, superintendente de autarquias e presidente de fundações), Instruções e ordens internas ou de serviços, deliberações (decisões de órgãos colegiados), que se restringem ao âmbito de atuação do respectivo órgão ou entidade, para disciplinar suas atividades internas.

O exercício das atribuições conferidas às agências exige que elas tenham poderes que permitam o desenvolvimento das funções inerentes à regulação, tanto na vertente operativa, quanto na vertente normativa estrita. A competência normativa das agências está mais adequado ao que chama Sergio FERRAZ, após lembrar que norma ou regra não é sinônimo de lei, de (2004, p. 722), “alargamento do campo normativo inovador, no (aparente ou real) silêncio da lei.” Leciona ainda esse autor que as agências faleceriam se “não lhe fossem conferidas faculdades de editar normas individuais e concretas”.

Marcelo FIGUEIREDO defende que a competência normativa trata-se unicamente de um poder administrativo e deve ser compreendido como (2005, p. 265) “como capacidade jurídica ou poder limitado e condicionado pelo ordenamento jurídico, com a finalidade de especificar os mandamentos da lei ou de prover situações por ela ainda não disciplinadas, mas autorizadas, emitido por órgão ou agente no exercício de função legislativa”.

As agências devem exercer o poder normativo para bem cumprir seu papel, quer seja atuando em um espaço de discricionariedade técnica, pela emissão de normas de baixa densidade ou a pura delegação de certas questões. Não pode esse poder normativo colidir com o princípio da legalidade enquanto garantia. Se as normas baixadas pelas agências objetivarem a garantia de valores fundamentais, estará conforme a própria Constituição, possibilitando o convívio desse poder normativo com o princípio da legalidade.

Para Laís CALIL (2006, p. 170) “o poder regulamentar de que dispõe as agências não decorre da delegação do chefe do Executivo, mas é inerente a este Poder; a norma secundária editada pela agência pode regulamentar a lei diretamente, sem afronta aos princípios da legalidade e da separação dos poderes”.

A atuação reguladora das agências, no novo modelo de provisão de serviços públicos é compreendida assim, sem ferir o princípio da legalidade⁵⁷. Trata-se de um poder exercido dentro dos parâmetros da legalidade instituída, conforme ensina CARVALHO FILHO (2006, p. 76), “a disciplina jurídica de caráter basicamente

⁵⁷ O princípio da legalidade que tem duas vertentes: na esfera privada traduz no aspecto de que o particular pode fazer tudo aquilo que não é proibido, sendo uma manifestação geral de liberdade; no âmbito do poder público volta-se para o aspecto de que a administração pública só pode ser exercida em conformidade com a lei, obedecendo estritamente ao ordenamento.

técnico, conferido a tais entidades, não indica qualquer vestígio de usurpação de poder legiferante, uma vez que, mesmo editando normas gerais, as agências atuam no exercício de função administrativa”.

O que se necessita é que os chamados *standards*⁵⁸ normativos, compreendidos, segundo CASTRO (1986, p. 56), como “princípios e diretrizes basilares da legislação delegada”, fiquem bem definidos no ato da delegação, permitindo o controle a posterior do poder judiciário e do próprio legislativo que estabeleceu a delegação.

As agências reguladoras podem inobstante divergências variadas e com devida ousadia, fundamentada na doutrina que defende o poder normativo a que foram instituídas, expedir atos derivados de lei, que não criem obrigação, condicionado a serem adstritos a aspectos eminentemente técnicos.

Ao ente regulador atual cabe, em essência, exercer o poder próprio do Estado, dentro dos limites estabelecidos na lei de criação do órgão. A competência normativa é elementar para que as agências cumpram sua função social, permitindo vincular a prestação dos serviços públicos pelos entes privados aos ideais de justiça.

Por fim, sobre essa ampla discussão da capacidade normativa, cabe as lições de Sergio FERRAZ (2004, p.722) “ o que justifica a existência de uma AR, o que configura seu núcleo essencial e sua *ratio essendi*, é sua competência regulatória”. Pensar diferente disso, seria defender a morte súbita dessas figuras e fazer um grande retrocesso.

⁵⁸ Standarts se traduz em padrão. Seriam assim, padrões abstratos e genéricos, pré-estabelecido e vinculados a políticas publicas.

5 AS AGÊNCIAS REGULADORAS – INSTRUMENTO DA JUSTIÇA SOCIAL

5.1. OS VALORES CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS DE JUSTIÇA SOCIAL

A vida em sociedade é pautada por uma série de relações sociais, que exigem do Estado a instrumentalização de meios e formas da prestação de certas utilidades essenciais. Essas utilidades mínimas constituem um padrão imprescindível de bem-estar, para que todos tenham uma vida digna e se atenda também ao pressuposto das garantias fundamentais contidos na Constituição, tais como a dignidade da pessoa humana (art.1º, III)⁵⁹, a promoção de uma sociedade justa (art 3º, I)⁶⁰, a erradicação da pobreza e redução das desigualdades (art. 3º, III), além da promoção do bem comum (art. 3º, IV).

As garantias fundamentais constitucionais exigem um mínimo essencial para sua concretização e efetividade. É necessário que todos tenham acesso e possam usufruir de certas atividades imprescindíveis, básicas da vida em sociedade. A prestação dessas atividades mínimas relaciona-se e interage com a concepção de justiça social e a dignidade da pessoa humana. Os parâmetros da justiça social são extraídos das lições de CID CARVALHO em sua obra Lições de Direitos Humanos (1979, p. 58):

Atém-se ao interesse coletivo, à obrigação irrecusável de o Estado prestar assistência à comunidade social. **Está ligada à idéia de amparo e proteção**, efetivos e permanentes, a toda a coletividade integrada, referindo-se, prioritariamente, ao pleno emprego, ou seja, assegurar as condições indispensáveis para que haja uma estrutura ocupacional permanente e, especificamente, **para a assistência médica, jurídica, à educação, habitação, saneamento, higiene e alimentação.**

A noção de dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III)⁶¹, por sua vez, advém do ideário kantiano de que o ser humano deve ser tratado como fim e não

⁵⁹ Art. 1º. A Republica Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana.

⁶⁰ Art 3º. Constituem-se objetivos fundamentais da Republica Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária.

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

IV – promover o bem comum de , sem preconceitos de raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁶¹ Art.1º . A Republica Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

um mero instrumento. Para a efetividade da dignidade da pessoa humana é elementar se efetivar o direito fundamental ao serviço público adequado, conforme lições de Andréia Cristina BAGATIN (2005, p. 37):

O princípio da dignidade humana envolve uma face negativa e uma face positiva. Sob o enfoque negativo, o princípio envolve respeito a um núcleo essencial da pessoa humana que não pode ser afastado. Corresponde à impossibilidade de violação à condição de pessoa, implicando a vedação da própria 'coisificação' da pessoa humana. Sob a visão positiva, o princípio envolve determinadas atividades prestacionais do Estado, voltadas à oferta de utilidades que propiciem o desenvolvimento digno de cada ser humano.

Os valores esculpidos por esse princípio não são respeitados apenas com a observância dos direitos essenciais como da vida e da liberdade, porque ele é, segundo Thiago Lima BREUS (2005 p. 261), "informador de todos os direitos fundamentais, notadamente os que compõem o mínimo existencial". Os serviços considerados essenciais recebem essa qualificação se atendem a valores fundamentais, segundo Guilherme Moro DOMINGOS (2005, p. 89), "a atividade qualificada como serviço público deve ser aquela que se destina a realizar o 'dever fundamental' do Estado, qual seja, a satisfação de necessidades vinculadas a um direito fundamental, com ênfase ao princípio máximo da dignidade da pessoa humana". Nas lições de Romeu BACELLAR FILHO se extrai o mesmo entendimento da correlação da prestação de serviço com a justiça social (2002a, p. 15), "a doutrina administrativa brasileira tem caminhado no sentido de reconhecer, no inc. IV do art. 175 da Lei Fundamental de 1988, o **direito fundamental ao serviço público adequado**, como direito a exigir do Estado-Administração prestações positivas, de fornecer 'utilidades ou comodidades materiais' consideradas necessárias, imprescindíveis para a pessoa e para a coletividade" (grifo nosso).

O conceito de serviço público defendido por Hely Lopes MEIRELLES alinha-se com este entendimento (2006, p. 329), "serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, **sob normas e controles estatais**, para **satisfação de necessidades essenciais** ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado".

A dignidade da pessoa humana, uma garantia fundamental constitucional, deve ser assim, orientadora da condução das atividades das agências e dos setores

regulados. Isso se deve porque os demais valores constitucionais como a liberdade, a igualdade e a legalidade gravitam em torno daquele princípio e segundo Philip Gil FRANÇA (2005, p. 169) “devem ser o ponto de partida da empresa particular – agora responsável pela prestação da atividade pública”. Além disso, conforme ensina Rosangela Marina LUTF (2005, p. 232) **“O direito fundamental à vida, consagrado na Constituição Federal, não significa apenas o direito de estar vivo, mas sim, o direito de viver com dignidade, em condições básicas de saúde e bem-estar”**.

A obrigação da prestação do mínimo existencial incorpora-se e interage com a noção da justiça social e corresponde à oferta a todos, de necessidades básicas do homem, como saúde, educação, água potável, energia elétrica saneamento e outros. A falta de acesso à essas utilidades mínimas fragiliza a dignidade da pessoa humana, cuja prestação dos serviços públicos é instrumento de efetiva-lo, uma vez que tais serviços “envolve determinadas atividades prestacionais⁶² do Estado, voltadas à oferta de utilidades que propiciem o desenvolvimento digno de cada ser humano” (BAGATIN, 2005, p. 37).

A noção de justiça social envolve assim a obrigação de prestação de serviços públicos como forma de se implementar garantias fundamentais, especialmente o da dignidade da pessoa humana, pois todos têm o direito não apenas à vida, mas à uma vida com dignidade e bem-estar.

A par disso, a demanda por essas necessidades consideradas elementares, que exigem o amparo do Estado, tem se ampliado. Até pouco tempo, o acesso à rede Mundial de computadores, a “*internet*” não era nem sonhada por grande parte da população, hoje já é uma necessidade quase que imprescindível.

Inobstante a obrigação de o Estado promover o bem estar de todos, de promover as condições de uma vida com dignidade, a tendência atual é seu distanciamento da prestação direta das utilidades que concretizam valores

⁶² “Conforme indicado por Haroldo Malheiros Duclerc VERÇOSA, um dos argumentos que tem sido adotado pelo Poder Judiciário para afastar o corte nas situações examinadas pelo presente trabalho é o de que ‘O corte de energia (no caso do bem eletricidade considerado essencial, por exemplo), mesmo autorizado pelo Código de Defesa do Consumidor é previsto *uti singuli*, ou seja, da concessionária versus o consumidor isolado inadimplente. Esta previsão não seria extensível à administração Pública, por força do princípio da continuidade, derivado da supremacia do interesse público”. (Serviços públicos essenciais (água) fornecidos por empresa concessionária – direito ao corte por falta de pagamento’. Revista de Direito Mercantil, Industrial econômico e financeiro. São Paulo, v. 132, p. 198, out./dez.2003).

fundamentais, delegando-as aos entes privados, sob a gerencia das novas figuras jurídicas - as agências. Exige-se assim, que sejam examinadas a sua forma de articulação e de instrumentalização, para que substituam eficazmente o Estado na promoção da justiça social e na concretização das políticas públicas.

O novo arranjo institucional de controle da provisão dos serviços por meio das agências reguladoras somente terá condições efetivas de promover esses objetivos se, segundo CARVALHO FILHO (2006, p. 59) “constituam a razão suprema de uma **ordem jurídica solidamente instituída**”. As agências como ente delegado do Estado deverão possuir mecanismos que permitam conduzir sua atuação na consecução dos interesses maiores da sociedade, implementando valores de justiça social para todos.

Por outro lado, o modelo de agências adotado é baseado em modelos estrangeiros, principalmente, nos modelo americano e da Inglaterra, países que não possuem a mesma realidade brasileira, marcada pela desigualdade social e com uma grande parcela da população vivendo em condições de miserabilidade. Mesmo com essas diferenças conjunturais, a implantação das agências está sendo feita em grande escala no País, tornando-se uma inovação para a administração pública.

Para que se promova a justiça social condizente com a realidade nacional, o farol de orientação da atuação das agências deve ser a consecução de valores constitucionais contidos no objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, como os da construção de uma sociedade justa e solidária, da erradicação da pobreza e da dignidade humana. Qualquer atuação normativa das agências, mesmo exitosa, fora desses parâmetros será desconforme, por que: **“A lei não vale mais por si, mas depende da sua adequação aos direitos fundamentais. Se antes era possível dizer que os direitos fundamentais eram circunscritos à lei, hoje é acertado concluir que as leis devem estar em conformidade com os direitos fundamentais”** (ALEXY, apud MARINONI, p. 30).

Torna-se imprescindível que os atos normativos das agências estejam de conformidades com esses valores consagrados como fundamentais especialmente os da dignidade da pessoa humana, que guarda relação de proximidade com a noção de justiça social, pois, aquele princípio é, segundo Ingo Wolfgang SARLET (2001, p.87) “valor (e princípio normativo) fundamental que ‘atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais”. As agências como delegadas do poder estatal são

as responsáveis pela implementação da justiça social, particularmente reduzir as desigualdades sociais e permitir levar à coletividade mais carente o bem-estar social, pela prestação de utilidades imprescindíveis à vida com dignidade.

A atuação reguladora das agências reguladoras na provisão dos serviços considerados públicos é fundamental e deverá ser balizada pelos direitos fundamentais constitucionais, cuja prestação vincula-se ao interesse público, por ser indispensável à satisfação das necessidades elementares. As agências reguladoras foram alçadas a uma grande tarefa: de promover e implementar a justiça social, em uma realidade nacional marcada pelas desigualdades sociais.

5.2 O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS NA PRESTAÇÃO DE VALORES FUNDAMENTAIS – A JUSTIÇA SOCIAL

O Estado tem nos serviços públicos um instrumento tradicional de satisfação de necessidades basilares, de se oferecer comodidades ou utilidades imprescindíveis à vida da pessoa humana, o que torna a prestação desses serviços pelas concessões, mais que o gerenciamento de uma atividade administrativa contratual e sim instrumento de se promover a justiça social. Por outro lado, a tarefa de gerenciar o setor privado que se dispôs a prestar o serviço, cabe hoje às agências reguladoras: “ o papel novo que algumas delas vêm desempenhando é o de assumir os poderes que, na concessão, na permissão e na autorização, eram antes desempenhados pela própria Administração Direta, na qualidade de poder concedente” (DI PIETRO, 2001, p. 395).

A redução das estruturas do Estado de intervenção direta não resultou em um Estado mínimo. Para manter os mesmos níveis de interferência e promoção das necessidades as agências têm que ter competência normativa, para poder disciplinar e orientar os serviços públicos prestados pelo particular em conformidade com os valores constitucionais fundamentais, promovendo a justiça social.

Florian de Azevedo MARQUES NETO chama esta nova performance de intervenção indireta de republicização. Para este autor, (2002, p. 183) “um Estado republicado é, a um só tempo, um radical **interferidor indireto** e subsidiário” .

A raiz da criação das agências está no afastamento do Estado e na conseqüente necessidade de se manter a prestação das atividades essenciais de

modo satisfatório, por meio do poder normativo. As agências foram criadas em nosso ordenamento para se poder “influir na organização das relações econômicas de modo muito constante e profundo, com o emprego de instrumentos de autoridade, e do desejo de conferir, às autoridades incumbidas dessa intervenção, boa dose de autonomia frente à estrutura tradicional do poder político” (SUNDFELD, 2000, p. 18).

A regulação abrange segundo Luis BARROSO (2006, p. 75), a “disciplina, fiscalização, composição de conflitos e aplicação eventual de sanções”. Vital MOREIRA, subdivide a regulação em três subgrupos, (1997, p. 36/37) a “regulamentação, a implementação das normas e a supervisão administrativa e a aplicação de sanções”.

A regulamentação ou simplesmente poder normativo⁶³, envolve a atividade de disciplina e edição de regras, de normas para a adequação e harmonização dos serviços prestados. A implementação das normas é atividade típica de gestão, fiscalização, notadamente atividade de cunho executivo e decisório, cujo escopo é levar à prática, por meio de providências concretas. Esta função se concretiza por meio de “emissão de autorizações; fiscalizações da execução das autorizações, permissões e concessões que possibilitam aos particulares o desenvolvimento de determinado serviço público; utilização de meios para controlar a qualidade dos serviços ou bens ofertados; monitoração de preços; poderes de investigação, de vistoria, etc” (CUELLAR, 2004, p. 424). A terceira espécie de regulação seria a capacidade de aplicar as penalidades pelos descumprimentos das normas e preceitos, quer sejam contratuais ou regulamentares. Na aplicação das sanções não pode as agências desrespeitar as regras de contraditório e da ampla defesa, que garantam aos administrados a explicação de procedimentos adotados, um preceito constitucional.

O aspecto da competência das agências para o exercício do poder normativo já foi analisado anteriormente, resta agora, esmiuçar o conteúdo e a amplitude desse poder normativo, voltado à consecução da justiça social.

O poder normativo é a capacidade de impor condutas, conforme salienta Edimir Neto de ARAUJO (2006, p. 428), “poder normativo (e não apenas

⁶³ A administração, além do poder normativo detém os poderes disciplinar, hierárquico e o poder de polícia. O poder normativo é dividido em originário e derivado.

regulamentar, que é uma de suas espécies) permite ao administrador (ou Administração) editar normas gerais e abstratas, observado o princípio da legalidade e as regras de competência". O poder normativo se subdivide originário e derivado. O poder normativo originário dimana da Constituição, sendo os atos legislativos os principais exemplos. O poder normativo derivado se subsume à espécie de poder regulamentar.

O poder normativo é essencial para que as agências cumpram o papel a que foram criadas. Além disso, é uma prerrogativa de autoridade das agências como integrante da administração. Tal poder só pode ser exercido nos limite da lei e deve balizar-se pela garantia de que o serviço público seja concretizador de valores fundametais. Neste sentido ensina Luis Roberto BARROSO que as agências surgiram especialmente em razão da transferência dos serviços públicos aos setores privados, decorrente das privatizações, e da (2006, p. 129), "necessidade de regula-las intensamente, a fim de não se perder de vista aqueles valores e objetivos constitucionalmente traçados".

O conteúdo do poder normativo que leva à consecução da justiça social pelas agências, em substituição do Estado, deve partir dos parâmetros elementares já estudados anteriormente, quer sejam, os valores fundamentais constitucionais, especialmente o da dignidade da pessoa humana, os preceitos legais pertinentes ao setor regulado e os princípios administrativos e dos serviços públicos. A elaboração dos padrões e normas a serem cumpridas pelos particulares prestadores dos serviços públicos, deve sobretudo estar comprometida com os valores constitucionais, segundo Marçal JUSTEN (2006, p.466), "o serviço publico existe quando uma atividade econômica é necessária de modo direto e imediato, à satisfação de **direitos fundamentais**".

O poder normativo é exercitado ainda na fase de fixação das condições do edital e na conseqüente definição das cláusulas do contrato, onde se define o valor da tarifa e as regras de sua revisão ou reajuste bem como os padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviço. A prerrogativa de se fixar as condições do certame licitatórios e a minuta contratual, instituindo adequadamente os padrões e meios de se atingir a eficiência, a qualidade e os preços compatíveis com as possibilidades dos usuários, a obrigação de implementar técnicas modernas, bem como o tratamento diferenciado para os usuários mais carentes é importante

mecanismo da vertente normativa das agências direcionada à consecução da justiça social.

Neste momento inicial que o concessionário proponente propõe-se a prestar o serviço público é necessário já se estabelecer as regras de todo o arcabouço das garantias constitucionais e dos princípios informadores dos serviços públicos, a serem materializados pelo particular com o foco na justiça social.

O poder normativo posterior à concessão incidirá alterando o comportamento dos agentes, fazendo-os adotar uma determinada conduta balizada pelos valores da justiça social e que, normalmente não teria, se não houvesse a regulação, como correção de caminho, se assim precisar.

As prestadoras de serviço público devem orientar-se pelo aspecto de que representam e proporcionam um direito essencial à subsistência digna do ser humano. Para isto, não podem desviar do foco orientador de benefício da sociedade e do interesse público, que materializa direitos fundamentais e delinea toda a prestação dos serviços públicos. Todos estes parâmetros devem estar claros desde o primeiro momento que o particular se propõe a prestar o serviço público.

As regras expedidas pelas agências devem ser claras e aptas para que os serviços públicos sejam prestados da forma mais adequada possível com o foco na concretização da justiça social. O interesse público deve ser entendido com as necessidades individuais das pessoas em determinada coletividade. A guisa de exemplo, o interesse público de uma favela como a do Cantagalo na cidade do Rio de Janeiro diferencia-se dos moradores vizinhos, que tem alto poder aquisitivo.

É necessário que as agências estabeleçam as normas de forma a proteger a os mais fracos e desfavorecido, enfim que, segundo MARINONI (2006, p. 61) “promova as medidas necessárias à transformação da sociedade numa perspectiva comunitariamente assumida de bem público” para se efetivar a justiça social a todos.

O regramento expedido pelas agências concretiza a justiça social, quando se estabelecem meios e formas de se universalizar o serviço público, promovendo os preços compatíveis aos usuários, de acordo com sua capacidade econômica.

As agências devem ter a capacidade de percepção para se estabelecer tarifas que assegurem ao consumidor a contrapartida justa, acessível a todos e que também garanta o equilíbrio econômico-financeiro da concessionária. A remuneração das concessionárias interage com o princípio das tarifas módicas

decorre da noção basilar de serviço público defendida por BANDEIRA DE MELLO (2005, p. 692) “o serviço público, por definição, corresponde à **satisfação de uma necessidade** ou conveniência **básica dos membros da Sociedade**”.

Para se entender a realidade social e poder editar regras focadas na consecução dos valores fundamentais, o poder normativo deve utilizar-se dos meios de a se dividir com a sociedade a responsabilidade dos rumos a serem definidos para os serviços públicos. Na fase de elaboração normativa as audiências públicas são instrumentos valiosos para se conhecer os problemas e se efetivar esses princípios. Ao se permitir a participação da sociedade, a tendência é surgir um regramento direcionado à consecução dos objetivos maiores dos serviços públicos, pois somente quando se conhece os reais problemas é que se pode atuar na gestão deles, por meio de regras a direcionar no sentido de corrigi-los ou neutralizá-los.

Uma outra via regulatória para se dar efetividade à concretização dos valores da justiça social é a do chamado direito suave (*soft-law*). No “soft-law” não se impõe uma conduta, apenas se limita a solicitar determinados parâmetros, com acentuada normatividade técnica. Em verdade é uma forma de incentivo de conduta que foi adotada na crise de geração de energia, quando o governo estabeleceu medidas sancionatórias, como a elevação de tarifas e a suspensão de fornecimento para os ultrapasassem limites pré-estabelecidos. Paralelamente se implementou formas incentivadoras, como a redução de tarifas para aqueles que economizaram energia.

A busca de se dar efetividade à justiça social pelo regramento normativo exige quase que invariavelmente a prestação de serviços a preços compatíveis, mas que por outro lado tem a contrapartida da remuneração justa do serviço. A permissão para o particular explorar áreas contíguas viabiliza se atingir o pressuposto das tarifas módicas. A exigência por tarifas módicas e às vezes diferenciadas por faixas de consumos é uma necessidade decorrente da realidade nacional conforme lições de Bandeira de MELLO (2005, p. 639), “Destarte, em um país como o Brasil, no qual a esmagadora maioria vive em estado de pobreza ou miserabilidade, é óbvio que o serviço público, para cumprir sua função jurídica natural, terá de ser remunerado por valores baixos, muitas das vezes subsidiados”.

Às agências competem hoje, regulamentar todo o serviço público e desta forma, devem ter competência para produzir normas. Do contrário, se enfraquece o

Estado, em vez de revitalizá-lo por meio dessas figuras jurídicas, para que possam exercer seu papel. Neste sentido leciona Eros GRAU (2002, p. 147), “a destruição e mesmo o mero enfraquecimento do Estado, conduzem inevitavelmente à ausência de quem possa prover adequadamente o interesse público” .

A baliza orientadora da capacidade de editar regras pelas agências deve ser a justiça social. O erro mais crasso delas seria defender os prestadores de serviço em detrimento dos usuários, a chamada captura regulatória. Qualquer decisão unilateral e desvinculada da sociedade não pode ser aceita. A especialidade de cada setor e a necessidade de regras no tempo certo, só pode ser efetivada por meio da competência normativa das agências.

Ao regulador cabe, pois, a responsabilidade pela implementação das políticas setoriais, zelar pela garantia dos princípios básicos dos serviços públicos e pelo atendimento das necessidades de todos os segmentos da população, em especial aqueles mais necessitados.

A interação do setor encarregado de produção das normas com aqueles que escutam as reclamações dos usuários, as ouvidorias, bem como mecanismos de avaliação periódica, permitem atingir a eficiência normativa, conforme ensina o Prof. Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (2003, p.418), “...Primeiro, quanto à disciplina das reclamações relativas à prestação de serviços públicos em geral, segundo, assegurando a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e, terceiro, determinando a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços (art. 37, §3º, I)”.

A regulação e a sua conseqüente fiscalização exigem atuação conjunta de todos. De parte das agências, buscando concretizar valores fundamentais inseridos no texto constitucional e harmonizando interesses diversos. Do lado das concessionárias, o entendimento que prestam serviço essencial. Dos usuários, saberem que devem participar do processo de elaboração normativa, devem exigir seus direitos e que uma simples reclamação pode mudar um conteúdo normativo direcionando a prestação do serviço no sentido da justiça social.

A conscientização do poder de cada cidadão, a transparência e a publicidade são mecanismos que direcionam também a atuação das AR. Em recente trabalho a ANEEL começou a implantar uma cartilha com o objetivo de ampliar o conhecimento dos consumidores e informar direitos, deveres e formas de

participação dos consumidores, além de explicar acerca da atuação dos conselhos de consumidores existentes nas distribuidoras. O regramento da forma como deve ser emitida uma conta de serviço público pode promover a concretização da justiça social, ao instrumentalizar formas de se corrigir problemas e bem informar a todos. As regras para as formas das contas, estabelecendo-se a exigência de informação de telefones para reclamação pelos usuários e a colocação de dados claros sobre o consumo são exemplos de regras especializadas que não seriam possíveis de serem editadas pelo legislador, mas que o poder normativo das agências tem condições de bem desempenhar o papel e efetivar valores fundamentais.

A tarefa de edição de regras pelas agências não pode em hipótese alguma sofrer a captura dos prestadores de serviço público ou desviar-se do foco da justiça social. Se, porventura isto ocorrer, só resta o controle desse poder regulador, que pela sua natureza estará sempre vinculado ao interesse público, ensejando a sua ponderação pelos diversos princípios informadores, quer sejam constitucionais, quer sejam os do serviço público ou ainda estritamente de direito administrativo. O desvirtuamento do foco enseja o controle por qualquer um dos Poderes ou pela via judicial, em sede de Ação Popular, Mandado de Segurança ou Ação Civil Pública.

O Estado é o grande responsável pela promoção e prestação de utilidades indispensáveis, vistas como instrumentos de efetivação da justiça social. Entretanto, as agências substituíram o Estado neste papel. Philip Gil FRANÇA compara o Estado regulador a um maestro, mas acreditamos que este papel é em verdade das agências (2005, p.146):

“Como o ‘maestro’ – quando da regência dos músicos que estão sob sua guarda – da prestação dos serviços públicos à sociedade” e **o Estado deve ser visto como o guardião dos interesses de desenvolvimento, proteção e bem-estar da sociedade que o representa, por intermédio da expressão normativa coercitiva**, bem como pela regência de políticas públicas fomentadoras dos respectivos mercados de serviços públicos desestatizados.

As agências reguladoras foram assim elevadas ao papel de principal protagonista da concretização e efetivação dos valores constitucionais, de promover a melhoria das condições de vida para todos, principalmente os mais carentes, efetivando a justiça social. Para isso, só se concebe a atuação dessas novas figuras jurídicas como verdadeiros instrumentos de se promover a justiça

social, se detiverem competência para editar normas mais diretas, que tratem de especificidades, concretizando o real sentido da justiça social, expressa em valores fundamentais constitucionais. A norma elaborada pelas agências deve ser entendida neste contexto sistemático, cujo valor maior é a dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

O novo modelo de Estado implementado a partir das reformas iniciadas na década de 90, com o PND conduziu a sua redução de tamanho, passando a executar os serviços públicos por meio do setor privado. Para gerenciar os diversos setores foram criadas as AR para exercer descentralizadamente atividades típicas de Estado, decorrentes do crescimento da especialidade de determinados setores. Ao priorizar a atuação indireta o Estado se abstém de prestar os serviços públicos e delega-os aos particulares, devidamente gerenciados pelas agências instituídas. A associação das agências a apenas a abstenção do Estado não é entendimento correto, pois as agências floresceram nos EUA num momento de grande intervencionismo do Estado sobre a economia.

O modelo de agências adotado no País foi importado dos EUA e da Inglaterra. As AR são qualificadas no ordenamento pátrio como autarquias especiais, vinculadas a um órgão da administração direta, tendo como competência a capacidade de contratar, fiscalizar, regulamentar e aplicar sanções, nos setores que foram incumbidas de gerenciar.

A dimensão essencial e universal dos serviços públicos torna irrelevante se são prestados pelo Estado diretamente ou pelo particular, pois são meios de se efetivar valores fundamentais como a dignidade da pessoa humana, que em sentido lato, refere-se à chamada justiça social. O compromisso das agências é de atuar em prol do bem comum, sem descuidar que a necessidade social, muito das vezes é subjetiva. Os prestadores de serviço também devem se engajar nesse compromisso, sobrepondo ao interesse capitalista.

As agências estão sujeitas ao regime jurídico administrativo e uma série de controles, o que torna sua atuação toda vinculada à lei e aos princípios fundamentais constitucionais, do regime administrativo e dos serviços públicos. A natureza jurídica de autarquia especial confere às agências mecanismos para bem cumprir seu papel como se Estado fosse, proporcionando-lhe autonomia e independência, com seus devidos limites.

As agências são aptas a dar agilidade à gestão dos serviços prestados pelo particular e editar regras com notória especialidade em cada setor. A necessidade de se dar velocidade à produção normativa, contrapondo ao crescente surgimento

das questões regulatória, fundamenta também o poder normativo das agências. A ampla discussão sobre a competência regulatória é salutar mas não pode de forma alguma ser entendida como uma usurpação da capacidade legislativa ou mesmo de regulamentação, pois as normas expedidas pelas agências são inferiores e elas se adequam. O poder normativo das agências, associado em essência à possibilidade de editar normas possibilitam à essas figuras jurídicas terem um decisivo impacto sobre a sociedade. Ao impor uma conduta, por meio da regulação, implementar administrativamente medidas que permitam ao ente privado desenvolver o serviço público segundo certos padrões ou mesmo sugerir ou induzir determinado procedimento as agências concretizam a justiça social.

Verdadeiramente e mais acertadamente, pode-se dizer que as agências reguladoras substituíram o Estado no papel de maestro dos serviços públicos. O Estado saiu de cena, delegando a grande responsabilidade de promover o bem-estar e de promover valores fundamentais constitucionais a essas figuras jurídicas recém criadas.

As agências reguladoras têm um papel ativo e fundamental na condução dos diversos setores regulados, objetivando sempre a prestação positiva dos valores essenciais esculpidos no texto constitucional, da dignidade da pessoa humana e da melhoria das condições de vida.

Num país como o Brasil com grande contingente de pobreza e exclusão, é imprescindível que a regulação dos serviços públicos, tenha a baliza de não só ofertá-lo eficientemente aos usuários, com tarifas adequadas à realidade brasileira, mas principalmente, a sua extensão às pessoas que não tem condições de acesso a esses serviços essenciais, os mais carentes.

A participação do cidadão e, principalmente de grupos representativos da sociedade é essencial para que as normas sejam produzidas com o foco na sociedade e na consecução dos valores fundamentais. O poder normativo das agências deve ter a capacidade de harmonizar os diversos interesses em jogo, muitas vezes conflitantes.

Deve-se ter em mente que a experiência estrangeira demonstra que o assédio regulatório deve ser amplamente combatido. Para controlá-los é necessária a existência de mecanismos apropriados. As agências jamais devem se esquecer que representam primordialmente a sociedade e não os prestadores de serviço.

Ao exercício do poder regulador cabe a responsabilidade pela implementação das políticas setoriais, zelarem pela garantia dos princípios básicos dos serviços públicos e pelo atendimento das necessidades de todos os segmentos da população, em especial aqueles mais necessitados. A transferência para a iniciativa privada da prestação dos serviços públicos não tira o seu caráter de público e o dever do Estado. Nos EUA, país berço das agências, o tema ainda envolve grandes discussões e desafios. Por certo, a implantação das agências reguladoras no ordenamento, depende de amplas discussões jurídicas e políticas, para o aperfeiçoamento dos instrumentos. As AR devem ser solução e não mais um problema para a sociedade brasileira.

O maior risco da consolidação do modelo de agências não seria a alegada suposição da usurpação de competência legislativa, que supostamente afronta ao princípio da reserva legal, visto que as agências sujeitam-se a uma gama variada de controles, mas sim a possibilidade de serem capturadas pelo setor regulado, tendo como consequência imediata a perda do foco na efetivação da justiça social.

O poder normativo voltado à edição de regras em defesa dos valores fundamentais, onde o interesse público é o valor maior, não dá guarida a questionamentos. Do contrário, a atuação regulatória no sentido de defesa dos interesses dos prestadores de serviço, em detrimento daqueles que mais necessitam da prestação dos serviços essenciais, é razão para conduzir o modelo a um processo de metástase e ensejar um desgastante retrocesso.

Uma racional intervenção normativa efetivada pelas agências só pode e deve assegurar a materialização da justiça social e a legitimação do modelo no país. Os eventuais aperfeiçoamentos são salutares se objetivarem melhorar a eficiência desses entes na consecução da justiça social. A persecução dos valores fundamentais, correlacionados com a justiça social é o valor maior das AR recém criadas no ordenamento brasileiro. A atuação neste farol orientador legitima o poder normativo das agências reguladoras, pois, assim será instrumento de se promover a justiça social.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, F. H. **Controle Social de Serviços Públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ALEXY, R. **Los derechos fundamentales em el Estado Constitucional Democrático: Los fundamentos de los derechos fundamentais**. Madrid: Trotta, 2001.

AMARAL, L. O. de O. **Agências regulatórias, consumidor e cultura ético-jurídica**. Disponível em: <<http://www.direitovirtual.com.br/artigos>> Acesso em: 20 jun. 2006.

ARAGÃO, A. S. de. **As Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: forense, 2002.

_____. **O poder normativo das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ARANHA, M. I. **Interpretação Constitucional e as Garantias Institucionais dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

ARAÚJO, E. N. de. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **Referências: elaboração NBR-6023**. São Paulo, 2000.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS REGULADORAS. **Instrumentos de fortalecimento do estado**. Disponível em: <<http://www.abarg.org>> Acesso em: 09jul06.

ATALIBA, G. **Empresas estatais e Regime Administrativo: Serviço Público – Inexistência de Concessão – Delegação – Proteção ao Interesse Público**. In: Revista Trimestral de Direito Público. n. 4. São Paulo: Malheiros, 1993.

BACELLAR FILHO, R. F. **O Poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade**. In *Serviços públicos e direitos fundamentais: Os desafios da regulação na experiência brasileira*. In *Revista de Direito Administrativo*. n. 230. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **O Poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade**. *Serviços públicos e direitos fundamentais: Os desafios da regulação na experiência brasileira*. Interesse Público. Porto Alegre, n.16, p. 13-22, out./dez. 2002a.

_____. **Aspectos polêmicos do Regime Disciplinar do servidor público**. In WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (coord.). In *Direito Público: estudos em*

homenagem ao professor Adilson de Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 700 - 712.

_____ **Direito Administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2005.

BAGATIN, A. C. **O Princípio da Continuidade dos Serviços Públicos:** um exame do art. da Lei da Aneel. In: COSTALDELLO, Angela Cassia (coord.). Serviço Público: Direitos Fundamentais, Formas Organizacionais e Cidadania. Curitiba: Juruá Editora, 2005, p. 27 - 44

BARROSO, L. R. **Natureza jurídica e funções das agências reguladoras de serviços públicos:** Limites de fiscalização a ser desempenhada pelo Tribunal de Contas do Estado. RTDP 25/76-77. São Paulo: Malheiros editores, 1999.

_____ **Agências Reguladoras:** Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. In BINENBOJM, Gustavo. Agências Reguladoras e Democracia. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 59-87.

BASTOS, C. R., e MARTINS, I. G. **Comentários à Constituição do Brasil.** 2. vol. São Paulo: Saraiva, 1989.

BASTOS, C. R. **Curso de direito constitucional.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____ **Curso de Direito Financeiro e Tributário.** 9. ed. ampl. e atual. – São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Curso de Direito Administrativo.** 19. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2005.

BIGLIASSI, R. **Governo Eletrônico e teoria dos serviços públicos.** Disponível em: <<http://www.cbeji.com.br/br/downloads/secao/artrenatobigliassi29052002.doc>> 10 > Acesso em: 13 jul. 2006.

BOURGES, S. F. **Aspecto da Noção de Serviço Público no Contexto Brasileiro.** In COSTALDELLO, Angela Cássia (coord). Serviço Público: Direitos Fundamentais, Formas Organizacionais e Cidadania. Curitiba: Juruá, 2005, p. 45-80.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor.** Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990 Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, V.128, nº 176, Supl. P1, 12 set. 1990.

_____ **Lei que regula a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar.** Lei 9.961 de 28 jan. 2000. Diário Oficial da República Federativa do Brasil Brasília: Senado Federal, 2000.

_____ **Lei que regula a criação da da Agência Nacional de Telecomunicações.** Lei 9.472 de 16 jul. 1997. Diário Oficial da República Federativa do Brasil Brasília: Senado Federal, 1997.

_____ **Lei que regula a criação da criação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária.** Lei 9.782 de 26 jan. 1999. Diário Oficial da República Federativa do Brasil Brasília: Senado Federal, 1999.

_____ **Lei que regula a criação da Agência Nacional de Águas.** Lei 9.984 de 17 jul. 2000. Diário Oficial da República Federativa do Brasil Brasília: Senado Federal, 2000.

_____ **Regula a criação da criação da Agência Nacional de Desenvolvimento do Nordeste.** Medida Provisória 2.157-5 de 24 ago. 2001 Brasília: Senado Federal, 2001.

_____ **Lei que regula a criação da Agência Nacional de Transportes Terrestres e Aquaviários.** Lei 10.233 de 05 jun. 2001 Diário Oficial da República Federativa do Brasil Brasília: Senado Federal, 2001.

_____ **Lei que regula a criação da Agência Nacional de Energia Elétrica.** Lei 9.427 de 26 dez. 1996. Diário Oficial da República Federativa do Brasil Brasília: Senado Federal, 1996.

_____ **Lei que regula a criação da Agência Nacional do Petróleo.** Lei 9.478 de 06 ago.1997. Diário Oficial da República Federativa do Brasil Brasília: Senado Federal, 1997.

_____ **Regula a criação Agência Nacional de Prevenção e Controle de Doenças.** Medida Provisória 33 de 19 fev. 2002. Diário Oficial da República Federativa do Brasil Brasília: Senado Federal, 2002.

_____ **Lei que regula a criação da Gestão de Recursos Humanos das Agências Reguladoras.** Lei 9.986 de 18 jul. 2000. Diário Oficial da República Federativa do Brasil Brasília: Senado Federal, 2000.

_____ **Lei que regula regime de concessão e permissão previsto no art 174 da CF.** Lei 8.097/95. Diário Oficial da República Federativa do Brasil Brasília: Senado Federal, 1995.

_____ **Lei que regula Outorga de prorrogações de concessão.** Lei 9.074/95. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1995.

BREUS, T. L. **Da prestação de Serviços públicos à Concretização de direitos: O papel do Estado na efetivação do mínimo existencial.** In COSTALDELLO, Angela Cassia (coord.). In Serviço Público: Direitos Fundamentais, Formas Organizacionais e Cidadania. Curitiba: Juruá Editora, 2005, p. 249 – 265.

BULOS, U. L. **Constituição Federal Anotada.** 4. ed. rev. e atual. até a EC 35/2001. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAETANO, M. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1996.

_____ **Manual de Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1997.

CALIL, L. **O Poder Normativo das Agências Reguladoras em face dos princípios da Legalidade e da Separação dos Poderes**. In BINENBOJM, Gustavo. *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 126-176.

CANOTILHO, J. J. G. **Estado de Direito**. Lisboa: Gradiva, 1999.

_____ **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARBONELL, E. P. **Agencias y procedimiento Administrativo en Estados Unidos**. Madrid: Marcial Pons, 1996 25 a 29

CARVALHO FILHO, J. dos S. **Manual de Direito Administrativo**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

_____ **Agências Reguladoras e Poder Normativo**. In ARAGÃO, Alexandre Santos (Coord.) *O poder normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 75 - 89.

CASTRO, C. R. S. **O Congresso e as Delegações Legislativas**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____ **Função normativa regulatória e o novo princípio da legalidade**. In ARAGÃO, Alexandre Santos (Coord.) *O poder normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 25 – 73.

CRETELLA Jr, J. **Tratado de Direito Administrativo**. 4. v. São Paulo: Forense, 1970.

CAVALCANTI, T. B. **Curso de direito administrativo**. 4. ed.. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

_____ **Instituições de direito administrativo brasileiro**. Parte especial. 2. ed. V. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988.

CARVALHO, C. **Lições de Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Lemi S/a, 1979.

COIMBRA, M. C. **Agencias Reguladoras**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=454>> Acesso em: 17 jul. 2006.

COSTALDELLO, Â. C. (coord). **Serviço Público: Direitos Fundamentais, Formas Organizacionais e Cidadania**. Curitiba: Juruá, 2005.

_____ **A invalidade dos atos Administrativos: Uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa fé.** 154p. Curitiba, 1998. Tese (Doutorado em Direito Estado) – Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná.

CHEVALIER, Jacques. **Lês Agences: effet de mode ou revolution administrative.** Études em l'honneur de Georges Dupuis. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence – LDDJ, 1997.

CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo.** São Paulo: Dialética, 2001.

_____ **Quadro jurídico das agências reguladoras brasileiras.** In WAGNER JUNIOR, L. G. C. (coord.). In *Direito Publico: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 419 - 446.

DAROCA, E. D. **La Crisis de identidad Del derecho Administrativo: Privatización, huida de la Regulac Publica y administraciones Independientes.** Valencia: Ed Tirant lo Blanch, 1999.

_____ **Los problemas del control Judicial de la dicricionariiedad tecnica.** Madrid: Civitas, 1997.

DOMINGOS, G. M. **Os serviços Públicos em face da supremacia e indisponibilidade dos directos fundamentais.** In COSTALDELLO, Â. C. (coord.). In *Serviço Publico: Direitos Fundamentais, Formas Organizacionais e Cidadania.* Curitiba: Juruá Editora, 2005, p. 81- 95.

DI PIETRO, M. S. Z. **Parcerias na Administração Pública.** 3.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____ **Direito Administrativo.** 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____ **Direito Administrativo.** 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____ **Parcerias na Administração Pública. Concessão, Permissão, Franquia, terceirização e outras formas.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____ **Parcerias na Administração Pública. Concessão, Permissão, Franquia, terceirização e outras formas.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DUGUIT, L. **Lês Transformations du Droit Public.** Paris: Librairie Armand Colin, 1913.

FAGUNDES, S. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

FERAZ, S. **Agências Reguladoras: do Teórico ao Concreto.** In WAGNER JUNIOR, L. G. C. (coord.). In *Direito Público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 713 - 726.

FERREIRA, S. de A. **A regulação como expressão do poder normativo governamental.** In GRAU, E. R. et CUNHA, S. S. in *Estudos de Direito Constitucional: em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros editores, 2003. p. 352-370.

FILHO, M. dos S. C. **Manual de Direito Administrativo.** 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

FIGUEIREDO, L. V. **Curso de Direito Administrativo.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FIGUEIREDO, M. **As agências reguladoras: O Estado democrático de Direito no Brasil e sua Atividade Normativa.** São Paulo: Malheiros, 2005.

FRANÇA, P. G. **A regulação da prestação de serviço público de telefonia e a proteção do cidadão** In COSTALDELLO, Ângela Cássia (coord.). In *Serviço Público: Direitos Fundamentais, Formas Organizacionais e Cidadania*. Curitiba: Juruá Editora, 2005, p. 145- 191.

GIANNINI, M. S. **Diritto Amministrativo.** 3ª ed. 2º vol. Milão: Giuffrè Editore, 1993, p. 3-43.

GORDILLO, A. **Tratado de derecho administrativo.** 5. ed. t. II. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GRAU, E. R. **A ordem econômica na Constituição de 1998.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____ **O direito posto e o direito pressuposto.** Ed. 4. São Paulo: Malheiros, 2002.

GROTTI, D. A. M. **Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação.** In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). In: *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 40-71.

_____ **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988.** São Paulo: Malheiros, 2003.

GUERRA, S. **Discricionariedade técnica e Agências Reguladoras** In MEDINA, F. e SOUTO, M. J. V. (coord.). *Direito Administrativo: Estudo em homenagem ao professor Diogo de Figueiredo Oliveira Neto*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 869-907.

HARRIS, R. **The Real Voice.** New York: Macmillan, 1974.

JÉZE, G. **Princípios generales Del derecho Administrativo**. T. II. Buenos Aires: De Palma, 1949.

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

_____ **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: dialética, 2003.

_____ **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____ **Curso de Direito Administrativo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

KANAYAMA, R. L. **A polêmica acerca do Regime Jurídico dos Serviços Públicos**. In COSTALDELLO, Ângela Cássia (Coord.). In **Serviço Público: Direitos Fundamentais, Formas Organizacionais e Cidadania**. Curitiba: Juruá Editora, 2005, p. 193 – 211.

LUFT, R. M. **Marcos Legais e Institucionais para a Redefinição do Serviço Público de saneamento Básico**. In COSTALDELLO, Ângela Cássia (coord.). In **Serviço Público: Direitos Fundamentais, Formas Organizacionais e Cidadania**. Curitiba: Juruá Editora, 2005, p. 213 – 234.

MACHIN, H. “**L’ expérience Britânique**”, constante da obra coletiva **Lês Autorités Administratives Independentes**, coordenada por Claude-Albert Colliard e Gerard Timsit, PUF, Paris, 1988.

MARINONI, L. G. **A Jurisdição no Estado Constitucional**. Disponível em: <<http://www.bdjur.stj.gov.br/artigos>>. Acesso em 25/05/06.

MEDAUAR, O. **O Direito Administrativo em evolução**. 2. ed. Rio de Janeiro: RT, 2003.

MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23. ed. Atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

_____ **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MELO, M. A. “**Governance e reforma do Estado: o paradigma agente principal**.”, *Revista do Serviço Público*, ano 47, vol. 120, n. 1, 1996.

MORAES, A. de. **Direito Constitucional**. 4ª ed., Atlas, São Paulo, 1998.

MOREIRA NETO, D. de F. **Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____ **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MOTTA, P. R. F. **Agências reguladoras de serviços públicos**. Curitiba. 2000. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná.

_____ **Agências Reguladoras**. Barueri: Manole, 2003

MARQUES NETO, F. A. **A nova regulação estatal e as Agências independentes**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 72-97.

_____ **Regulação estatal e interesse público**. 1.ed. São Paulo: Malheiros editores, 2002.

MENDES, C. H. **A reforma do estado e as agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 99-139.

NOGUEIRA, R. B. **Curso de Direito tributário**. 9. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1989.

OLIVEIRA, J. C. de. **Concessões e Permissões de Serviços Públicos**. 1. ed. Bauru: Edipro, 1996.

OLIVEIRA, G. de. **Dignidade e Direitos Humanos**. Curitiba: Ed. UFPR, 2003

OLIVEIRA, R. H. P. de. **Entidades prestadoras de serviços públicos e responsabilidade extracontratual**. São Paulo: Atlas, 2003.

PEREIRA, C. F. de O. **Reforma Administrativa: o Estado, o Serviço Público e o Servidor**. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

REZENDE, F. **O crescimento (descontrolado) da intervenção governamental na economia brasileira**. As Origens da crise: Estado autoritário e planejamento no Brasil. São Paulo> Vértice, 1987.

REZEK, F. **Curso de direito constitucional público**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SALOMONI, J. L. **Teoria general de los servicios públicos**. Buenos Aires: Ad-Hoc, S.R.L. Villela Editor, 1999.

SALOMÃO FILHO, C. **Regulação da atividade econômica**. São Paulo, Malheiros Editores, 2001.

STRAUSS, P. L. **An Introduction to Administrative Justice in the United States**. Durham, North Carolina, Carolina Academic Press, 1989.

SUNDFELD, C. A. **Introdução às Agências Reguladoras**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). In: **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 17-38.

_____ **Serviços públicos e regulação estatal** in *Direito Administrativo econômico*. Malheiros, 2000.

_____ **Introdução às Agências Reguladoras**. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 19.

_____ **Fundamentos de direito publico**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

QUERMONNE, J.-L. *L'Appareil Administratif de l'État.*, Paris, Éditions du Seuil 1991.

SPITISKOVSKY, C. **Direito Administrativo**. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004.

TÁCITO, C. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975.

_____ **Conceito de Serviço Publico**. *Temas de Direito Publico: estudos e pareceres*. v. 1 e 2. Rio de janeiro: Renovar, 1997.

_____ **Consumidor – Falta de Pagamento – Corte de Energia**. *RDA*. Rio de Janeiro, v. 219, p. 398-399, jan./mar. 2000.

_____ **Agências Reguladoras da administração**. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de janeiro: Renovar, nº 221, p. 1-5, jul. / set. 2000a.

TREVIZANI, K M. **As agências reguladoras e o princípio da eficiência**. Curitiba, 2001. Monografia. 97p. – Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná.

VENTURA, R. E. **Agências Reguladoras (Org e Notas)**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

WALD, A.; MORAES, L. R.; WALD, A. de M. **O Direito de Parceria e a Lei de Concessões**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____ MORAES, L. R. de. **Agências reguladoras**. *Revista de informação legislativa*, Brasília, ano 36, nº 141, p. 143-171, jan. / mar. 1999.