

PAULO ROBERTO FERREIRA MOTTA

**AGÊNCIAS REGULADORAS DE SERVIÇOS
PÚBLICOS**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito do Estado. Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Professor Catedrático Manoel de Oliveira Franco Sobrinho

CURITIBA

2000

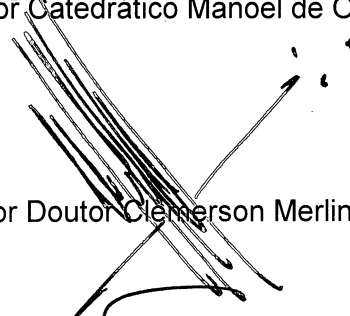
PAULO ROBERTO FERREIRA MOTTA

AGÊNCIAS REGULADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS

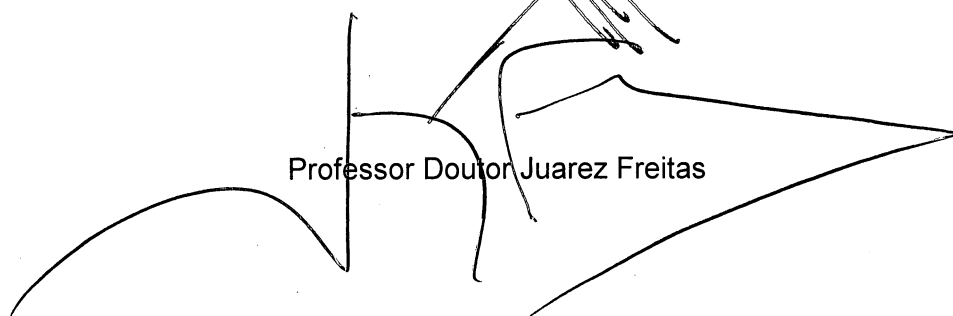
Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito do Estado no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:



Orientador: Professor Catedrático Manoel de Oliveira Franco Sobrinho



Professor Doutor Clemerson Merlin Clève



Professor Doutor Juarez Freitas

Curitiba, 19 de maio de 2.000.

Todo direito é fruto de uma certa história e de uma certa cultura.

Sabino Cassese

O jurista, mais do que qualquer outro especialista, deve ter em conta a limitação e a condicionalidade histórica de sua obra.

Ludwig Spiegel

Dedico o presente trabalho para:

João, Fernanda, Carlos, Ana Paula, Adriana, Rafaela, Luis Eduardo e Daniela, por tudo.

Professor Emérito e Catedrático Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, amigo incansável que em todos estes anos tem saciado minhas curiosidades com afeto, ternura e esperança;

Doutor Jorge de Andrade Motta, que me fez um apaixonado pelos livros;

Professor Doutor Romeu Felipe Bacellar Filho, que numa gélida madrugada de Madrid me convenceu a ser professor de Direito Administrativo;

Professor Paulo Moacyr Wilhelm Rocha, que me ofertou a chance de pela primeira vez encarar o Magistério Superior na cadeira de Direito Administrativo;

Doutor Renato Cardoso de Almeida Andrade, amigo de todas as horas, desde 1978.

Doutor João Amadeu Guiss, que me ensinou a advogar, e gostar;

Professores Doutores Clèmerson Merlin Clève, Jacinto Néelson de Miranda Coutinho e Luís Edson Fachin, pelo incentivo na carreira acadêmica;

Professora Doutora Regina Maria Macedo Nery Ferrari e Professor Doutor Juarez Freitas, pelos incentivos sempre renovados;

Professor Doutor Carlos Ari Sundfeld e demais colegas do Curso de Aprofundamento em Direito Administrativo Econômico da Sociedade Brasileira de Direito Público realizado no primeiro semestre de 1988, onde muitas das idéias aqui expostas foram despertadas;

Doutores Célio Heitor Guimarães (cujo trabalho de revisão dos originais foi valioso e fundamental), Ana Cláudia Finger França, Marcello Nascimento Bacellar, Edson Dallagassa e Emerson Gabardo, com quem muitas idéias foram trocadas; e Vanessa Colombo Bisca, Gisélia Medeiros, Reinaldo Marques e Israel Soares Rosa pelo indispensável apoio;

Doutora Cibele Fernandes Dias, a quem devo muito do material bibliográfico estrangeiro citado, bem como a crítica e revisão tão necessárias;

Doutora Tatiana Kalko, sem a qual o material referente ao direito norte-americano não seria possível;

Christina Hagemann, pois vive dizendo “tome tento menino”;

Meus ex-alunos, atuais colegas, mas para sempre amigos, da Turma do 2º Semestre de 1998, do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Curitiba, que me conferiram a maior das homenagens que um professor universitário

pode almejar, ao escolherem minha pessoa como Paraninfo: Alessandro Pires Staniscia, Alexandre Almeida Blitzkow, Alexandre César da Silva, Ana Carolina Silva Faria Ribas, Ana Lúcia Martins Valduga, André Krempel Lós, André Luiz de Oliveira Brandalise, Andréa Regina de Moraes, Andréia Cândida Vitor, Antonio Carlos Moreira, Carla Barusso Medaglia Haesbaert, Carla Thereza Maruska Abrão, Caroline Agilbert, Cassiana Veloso Conte, Christie Mery Lustosa Pegorini, Cláudia Maria Borges Costa Pinto, Cláudia Regina Merisio, Cristina Mara Oliveira de Moraes, Daniel Augusto Raitani, Daniela Resende Archanjo, Danielle Thaís Carnieri, Denise Terezinha Varela Costamilan, Drahomiro Lucio Segalla Romanowski, Eduardo França Romeiro, Eduardo Hideshi Noguti, Elizângela Lazzaretti, Evaldo José Magalhães, Fabiana Vieira Pires, Fernando Zenato Negrele, Frederico Ferraz Lewin, Geison de Oliveira Rodrigues, Helena Lanzini Losso, Henry Andersen Navarette, Inara Danielle Marques Drapalski, Inessa Kaminiski Biermayr, Itajana Barreto, Ivanize Liliane Machado, Janaína Rebucci Dezanetti, Jean Rhenius Daros, Jeanne Marcelle Teixeira de Faria, Josemir de Almeida Oliveira, Juliana Arantes Zanin, Juliane Zancanaro, Karine Kloster, Kellen Adriane da Silva Patruni de Lima, Leila Maria Couto Esturaro, Leonardo Souza, Lisane Maria Conte, Livia Isabele Mayer Blaskevicz, Liz Danielle Pires de Oliveira, Liza Hauer Portella, Luciana Furlam Barão Marques, Ludovina Luciane Dering, Luiz Felipe Bergmann, Manuel Eugênio dos Santos Taborda Ribas, Marcelo Augusto Angioletti, Marcia Maria Marchesini, Márcio Roberval Flôres Carvalho, Maria Cláudia Bruzamolín Lourenço, Maria Estelita Chaves, Marisa Lourenço de Carvalho Abrão, Marlos Augusto Melek, Melissa Bertolini, Mônica Caroline Celli Lopes, Mylene Gai Mercer, Neiva de Fátima Techy, Odécio João Trentini, Paula Cristina Conti Thá, Paula Schmitz de Schmitz, Péricles Pessoa Salazar Filho, Priscilla Placha, Rejane Guarany Fernandes, Reld Lobo David, Roberta Noroschny, Sandra Mara Carta Ribeiro, Suzillaine Marie da Rocha Cavalheiro, Tatiana Kalko, Tatiana Richartz Benke, Thaiz Elena de Almeida Prado, Valéria Siqueira, Vanessa Teixeira dos Santos, Vânia Karen Trentini, Vânia Paula das Chagas Lima, Viviane Duarte Couto de Cristo, Wanderlei Gonçalves Custódio, Wilson Mossato Rodrigues, e aos também integrantes da turma Andréia Sarmento, Fernanda Guimarães e Francisco Pignatta.

Por derradeiro, mas jamais por último, Marasilvia Baena, com um beijo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO, 9

1. O pêndulo brasileiro, 15

- 1. 1. As mudanças e o Brasil, 15
- 1. 2. Marcos legais da reforma do Estado brasileiro, 18
- 1. 3. A criação das agências reguladoras, 21
- 1. 4. Outros entes reguladores no direito brasileiro, 23
- 1. 5. O Brasil como economia periférica (antes da Revolução Francesa), 28
- 1. 6. A Revolução Francesa, 30
- 1. 7. O Brasil como economia periférica (pós Revolução Francesa), 33
- 1. 8. A atual política econômica, 37
- 1. 9. Concessões e agências : desafios e perspectivas, 42

2. As agências : origens e atualidade, 53

- 2. 1. A regulação, 53
- 2. 2. As agências reguladoras nos Eua, 62
- 2. 3. As autoridades independentes européias, 86
- 2. 4. Regulação de serviços públicos no Brasil, 93
 - 2. 5. 1. A posição de Mário Masagão, 93
 - 2. 5. 2. A posição de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, 95
 - 2. 5. 3. A Comissão Francisco Campos, 97

2. 5. 4. A posição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello,
104

3. As agências reguladoras como autarquias especiais, 108

3. 1. Introdução, 108

3. 2. Uma agência *in abstracto*, 113

3. 3. Da natureza jurídica, 121

3. 4. Da criação e instalação das agências reguladoras, 123

3. 5. Do patrimônio, 124

3. 6. Das rendas, 125

3. 7. Do orçamento, 128

3. 8. Dos dirigentes, 130

3. 9. Do pessoal, 140

3. 10. Dos contratos, 141

3. 11. Dos controles, 148

4. As agências reguladoras e o exercício das funções normativa,
administrativa e jurisdicional, 163

4. 1. Introdução à função normativa, 163

4. 2. A função normativa, 165

4. 2. 1. A posição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro e de
Lúcia Valle Figueiredo, 174

4. 2. 2. A posição de Carlos Ari Sundfeld, 175

4. 2. 3. Da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal,
176

4. 2. 4. A Constituição vigente e suas regras, 178

4. 2. 5. A normatização técnica, 183

4. 3. As funções normativas exercidas pelas agências reguladoras, 196

4. 4. A função administrativa, 201

4. 5. Da função jurisdicional, 208

4. 5. 1. A interconexão e o compartilhamento, 212

CONCLUSÃO, 220

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS, 222

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre as agências reguladoras de serviços públicos, no caso a ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica, a ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, e a ANP – Agência Nacional de Petróleo¹.

Agências reguladoras são entes administrativos, dotados de ampla autonomia, sendo que a sua criação deve ser realizada por lei específica, com personalidade jurídica de direito público interno, patrimônio próprio e competências perfeitamente especificadas no texto legal criador das mesmas. Caracterizam-se, ao menos no direito comparado, como entidades capazes de exercer, em simultâneo, as funções normativa, administrativa e jurisdicional.²

A titulação, em homenagem à doutrina contemporânea que vem sendo construída e consolidada na Europa, talvez não devesse utilizar a

¹ Poder-se-ia, com razão, indagar se a ANP é uma agência reguladora de serviço público. Com efeito, petróleo (na pesquisa, prospecção, exploração) é atividade econômica. Contudo, deve-se considerar que a Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997, em vários dos seus dispositivos aplica, à citada atividade econômica, um regime de direito público, consagrando prerrogativas de supremacia do interesse público, como, por exemplo, no Art. 2º, V, onde estabelece normas para o adequado funcionamento do Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis e o cumprimento do Plano Anual de Estoques Estratégicos de Combustíveis. Ademais, em diversas passagens, Arts. 18, 19 e 20, dentre outros, a lei em questão refere-se, ao lado dos consumidores, aos usuários de bens e serviços da indústria do petróleo, podendo-se, então, visualizar, na matéria objeto da citada lei, variados elementos, ao menos formais, caracterizadores de serviço público, ao lado do poder de polícia.

² Num país que adota a jurisdição única, a expressão “função jurisdicional”, neste trabalho, deve ser entendida como função para a resolução dos conflitos. Em atenção a tradição existente no direito brasileiro, utilizamos, então, a expressão no sentido de função, ou atividade, arbitral.

expressão “serviços públicos”, mas sim “serviços de interesse econômico geral”, fazendo, assim, uma diferenciação entre serviços prestados sob o regime da iniciativa privada, visando lucro, com os serviços prestados, direta ou indiretamente, pelo Estado, que visam atender os direitos subjetivos da população, e que, por óbvio, não se prestam à obtenção da mais valia.³

Pensamos diferente, e com base nas colocações de Juarez FREITAS, aceitamos que “serviço público é todo aquele essencial para a realização dos objetivos fundamentais do Estado Democrático, devendo, por isso mesmo, ser prestado sob o regime peculiar publicista.”⁴ “A essencialidade vincula, pois, os serviços e as pessoas que o prestam ao comando do princípio da preponderância teleológica do interesse público.”⁵

A normatização atual, de qualquer forma, introduziu no nosso sistema jurídico a prestação de “serviços públicos” sob duplo regime: o regime jurídico público e o regime jurídico privado.

³ Sobre o tema veja-se, SUNDFELD, Carlos Ari. A Administração pública na era do direito global. in SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direito global**. São Paulo : School of Global Law – SBDP; Max Limonad, 1999, p. 157-168, especialmente 161, nota 6, para quem, com o fenômeno da “globalização”, e com a duplicidade de regimes, público e privado, melhor seria designar a atividade, antes denominada de serviço público, por “serviços de interesse econômico geral”. Sobre os serviços de interesse geral, ou econômico, notadamente na distinção do mesmo serviço ser prestado sob o regime de direito público e de direito privado, no âmbito da Comunidade Econômica Européia veja-se, LLANEZA GONZALEZ, Paloma. **Telecomunicaciones** : régimen general y evolución normativa. Pamplona : Aranzadi, 1998, p. 88-92.

⁴ FREITAS, Juarez. **Estudos de direito administrativo**. São Paulo : Malheiros, 1995, p. 31.

⁵ Idem, p. 32.

O juspublicista argentino Jorge Luiz SALOMONI sustenta que o “conceito de igualdade da sociedade já não se daria mais pela intervenção do Estado, mas sim pelas regras do mercado”⁶, muito embora termine SALOMONI por constatar que com essa teoria existe uma justificação ideológica para a existência de uma parcela da sociedade que jamais poderá integrar-se no mercado.⁷ Em nossa opinião, que de resto pretende-se esteja espalhada em todo o texto, países como o Brasil, dada a sua realidade econômica e social, não podem prescindir do velho, tradicional e afrancesado conceito de “serviço público”, ou, como sustenta Juarez FREITAS, da “preponderância teleológica do interesse público”. O contrário, só iria alargar para patamares mais dramáticos aquela parte da sociedade que jamais poderá integrar-se ao mercado, como bem constata SALOMONI.

Fugiu-se, assim, e tendo em vista a polêmica acima vista, propositadamente, de conceituar ou delimitar os serviços públicos, pela óbvia razão de que essa é tarefa, historicamente, impossível. Ainda mais nesses tempos em que profundas modificações são operadas no direito público, em virtude do advento de uma nova forma do sistema capitalista de produção. Do mesmo modo, fugiu-se de duas autarquias especiais presentes no direito brasileiro, que, a exemplo das agências reguladoras, exercem, concomitantemente, funções normativas, administrativas e jurisdicionais: o Banco Central e o CADE. Muito embora haja extraordinária semelhança entre todas as autarquias reguladoras, elementar reconhecer que o BACEN e o CADE não regulam serviços públicos, mas exercem

⁶ SALOMONI, Jorge Luiz. **Teoria general de los servicios públicos**. Buenos Aires : Ad-Hoc, 1999, p. 330-331. (traduzido)

⁷ Idem, p. 331.

poder de polícia em atividades econômicas fortemente reguladas pelo Estado, no primeiro caso, e atividades econômicas, no segundo.

O presente trabalho divide-se em capítulos. Assim, no primeiro, sob o título de **pêndulo brasileiro**, coloca-se a questão das agências reguladoras num mundo que trouxe ao Brasil, bem como a todas as demais nações, profundas alterações no ordenamento jurídico.

No segundo capítulo, **origem e atualidade das agências**, estão presentes elementos do direito comparado, notadamente do norte-americano, *locus* de nascimento das agências reguladoras e do direito europeu contemporâneo. Como introdução à temática do direito comparado, traçam-se alguns marcos teóricos sobre expressões que do uso vulgar ou apenas econômico, sofrem alguns problemas ao adentrarem no âmbito da terminologia jurídica.

Ainda em relação ao direito norte-americano, importa salientar que o trabalho procurou ser o mais sintético possível, tarefa sobremaneira difícil, e talvez sem êxito, haja vista o enorme desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário que a temática, desde o século passado, adquiriu nos Estados Unidos. Sobre o direito europeu, o trabalho é, propositadamente, sucinto. Duas razões: a primeira, as agências (denominadas de Autoridades Administrativas Independentes) ainda são recentes e um balanço conclusivo de suas atividades é prematuro. A segunda, buscam as mesmas, nas suas características mais fundamentais, clara inspiração na construção estadunidense. Fez-se também, nesse capítulo, uma retrospectiva doutrinária sobre a temática no direito pátrio.

Algumas posições e proposições dos autores estudados demonstram que o tema pode ter sido olvidado no nosso direito, mas jamais ignorado. Aliás, essa parte do trabalho demonstra, que nos anos 30-40, a doutrina brasileira estava plenamente atualizada em relação aos métodos utilizados em outras plagas para a devida e necessária regulação dos serviços públicos.

O terceiro capítulo versa sobre a **natureza e estrutura jurídica** das agências no direito brasileiro positivo. Autarquias especiais, com o perdão da expressão, mais do que especiais, são analisadas suas principais características, sempre com a perspectiva de análise das normas instituidoras das mesmas.

No capítulo final, o núcleo básico das agências, estudamos as funções **normativa, administrativa e jurisdicional** exercidas pela mesmas, notadamente no campo do exame constitucional dos dispositivos legais.

Necessário, também, esclarecer que este trabalho procura ser interdisciplinar, no sentido de que a dogmática jurídica anda, lado a lado, com conceitos oriundos da economia, da ciência política e da sociologia. A regulação do mercado, tarefa das agências reguladoras, não pode, sob pena de frustrar-se, prescindir de conceitos nascidos dos estudos e proposições dos economistas, cientistas políticos e sociais.

Não tratamos das denominadas “agências reguladoras de serviços públicos concedidos”, criadas por alguns Estados, porque o presente trabalho parte do pressuposto de que as agências reguladoras devem ser

entes técnicos especializados, sob pena de não cumprirem com suas funções. As agências estaduais, ao regularem, ou pretenderem regular, serviços públicos concedidos, diversos e plurais, não podem, segundo nosso entendimento, enquadrar-se no instituto. Inexiste no texto qualquer menção à Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVS). A primeira foi criada em 28 de janeiro de 2.000, pela Lei n. 9.961, quando os originais do presente já haviam sido depositados na Secretaria do Curso de Pós Graduação. A segunda, “criada” pela Medida Provisória n. 1814, atualmente na sua décima quinta edição (Medida Provisória n. 2000-15), impossibilita, como é elementar, qualquer análise, uma vez que ainda não convertida em lei.

1. O PÊNDULO BRASILEIRO⁸

1.1. AS MUDANÇAS E O BRASIL

Nas guerras movidas pela humanidade através dos tempos, quando um Império vencida outro, seu *modus vivendi* tornava-se a cultura dominante no território do derrotado. Mais, o estilo de vida, a ideologia, os costumes do vencedor encontravam um fortalecimento ainda maior em seu próprio espaço geográfico e nas terras que já dominava.

Nos anos em que Ronald REAGAN governou os Estados Unidos, moveu o “Confronto Final” contra a União Soviética. O socialismo real sucumbiu na guerra econômica. O capitalismo estava livre, não só para adentrar nos antigos territórios da “Cortina de Ferro”, como também encontrar um fortalecimento nos países em que já era o sistema jurídico-econômico vigente. Na batalha, o Presidente REAGAN contou com a aliança da primeira mandatária do Reino Unido, a “Dama de Ferro” Margareth TATCHER, que havia iniciado, pouco antes, um processo de desestatização, transformando por completo o panorama econômico da Grã-Bretanha. Esta política teve como características fundamentais: a

⁸ A criação da figura do “pêndulo” para caracterizar as idas e vindas das concessões de serviços públicos no Brasil foi utilizada por Caio TÁCITO, em artigo denominado O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada: o exemplo brasileiro. TÁCITO, Caio. **Temas de direito público** : estudos e pareceres. Rio de Janeiro : Renovar, 1997. p. 721-733. V. I.

desregulação e a privatização; a contratação externa de serviços financiados publicamente; e a venda de propriedades públicas.⁹

Como não poderia deixar de ser, no final da década passada e início da atual, os ecos da “retumbante vitória” não tardariam a chegar aos demais cantos do globo, pois privatizar e reformar o Estado eram, e são, as palavras de ordem em todas as nações do mundo. Nos países de capitalismo tardio, os projetos privatizantes são uma constante. O processo de privatização, notadamente na América Latina, ao contrário do que ocorre em solo europeu, não visa uma melhor qualidade na prestação dos serviços públicos. É, fundamentalmente, o método utilizado pelos governos para fazer frente às exigências de seus credores internacionais no (re)financiamento dos programas de estabilização econômica dos anos noventa. Serve, também, ao criar desemprego em massa, para debilitar os movimentos sociais adversários do capitalismo. O que se pode notar é que os ganhos dos processos privatizantes na América Latina são altamente contestáveis e na prática, na maioria das vezes, o que se tem é um câmbio de monopólios, antes estatais, agora particulares, e, no mais das vezes, estrangeiros.¹⁰

Conjugam-se vários fatores que fazem as reformas econômicas um assunto candente: o desenvolvimento de um mercado mundial, que

⁹ BEL I QUERALT, Germà. **Privatización, desregulación y competencia**. Madrid : Civitas, 1996, p. 20. (traduzido). Na doutrina nacional há um importante estudo sobre o processo privatizante inglês em AMARAL FILHO, Marcos Jordão Teixeira do. **Privatização no estado contemporâneo**. São Paulo : Icone, 1996, p. 49-60. Segundo a doutrina inglesa, coligida por RODRÍGUEZ CHIRILLO, Eduardo J. **Privatización de la empresa pública y post privatización : análisis jurídico**. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1995, p. 181-183, as opiniões sobre os acertos e desacertos do processo privatizante inglês são divididas.

¹⁰ BEL I QUERALT, Germà, op. cit. p. 21-22. (traduzido)

coloca em relevo a incidência de atividades públicas sobre a competitividade nacional; a impressão de que a produtividade do setor público é inferior a do setor privado; a limitação do crescimento do setor público, para que possa ser suplantado pelo setor privado; uma menor esperança na capacidade do poder público resolver os problemas econômicos e sociais mediante as receitas tradicionais; as exigências da cidadania por uma maior qualidade nos serviços públicos.¹¹

Examinando o resultado das políticas implementadas, a OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – constata que as estratégias colocadas em prática guardam muitos pontos em comum: transferência de competências do setor público para o privado; responsabilidades e controles fortalecidos; maior capacidade de definição de estratégias; e a modificação das Administrações Públicas.¹² Infere que não há um modelo de reforma ideal, uma vez que existem diferenças entre os países, e que as reformas colocam novos problemas sendo necessário combater os efeitos desfavoráveis das mesmas.¹³

O maior problema das reformas perseguidas pela “globalização”, reside no fato de que as mesmas se operam sem qualquer conteúdo ético.¹⁴ Este será o grande desafio com o qual se defrontará o jurista no limiar do próximo milênio: assegurar o funcionamento das estruturas

¹¹ ORGANIZACION PARA LA COOPERACION Y EL DESARROLLO ECONOMICO. **La transformación de la gestión pública** : las reformas en los países de la OCDE. Madrid: Ministério de Administraciones Públicas, Ministério de La Presidencia. Boletín Oficial del Estado, 1997, p. 49-62, especialmente 55.

¹² Idem, p. 63.

¹³ Ibidem, p. 63.

¹⁴ Sobre o tema veja-se VIEIRA, Oscar Vilhena. Realinhamento constitucional. SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (coord), op. cit. p. 15-48, especialmente 16 e seguintes.

econômicas, sem as amarras dos procedimentos burocratizantes do Estado, de modo compatível com a efetivação dos direitos humanos.

1.2. MARCOS LEGAIS DA REFORMA DO ESTADO BRASILEIRO

A reforma do Estado brasileiro começa, de fato e de direito, durante o governo de Fernando COLLOR DE MELLO¹⁵, por meio da Medida Provisória n. 155, editada em 15 de março de 1990, rapidamente aprovada e transformada na Lei n. 8.031, de 12 abril de 1990.¹⁶ 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; visando reduzir a dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público e a retomada de investimentos nas empresas e atividades que viessem a ser transferidas à iniciativa privada, com a modernização do parque industrial do País, ampliando a sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia; permitindo que a Administração Pública concentrasse seus esforços nas atividades em que a presença do Estado fosse fundamental para a consecução das prioridades nacionais, bem como para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de

¹⁵ Muito embora houvessem experiências de privatizações tímidas nos governos FIGUEIREDO e SARNEY e no Estado de São Paulo, com a venda da VASP. Sobre o tema, veja-se AMARAL FILHO, Marcos Jordão Teixeira do. Op. cit. p. 111-120.

¹⁶ Para comentários sobre a citada lei, cf. MAMELUQUE, Leopoldo. **Privatização** : modernismo e ideologia. São Paulo : RT, 1995. Cf. também AMARAL FILHO, Marcos Jordão Teixeira do, op. cit. p. 122-123. STUBER, Walter Douglas. **O financiamento de projetos no Brasil e a lei de concessões**. São Paulo : Max Limonad, 1996, p. 35-40.

valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que viessem a integrar o Programa¹⁷.

Com a declaração do impedimento de COLLOR DE MELLO, o novo Presidente Itamar FRANCO convida o então Senador pelo Estado de São Paulo, Fernando Henrique CARDOSO, primeiro para o cargo de Chanceler, depois para o de Ministro da Fazenda. Neste posto, o futuro Chefe de Estado cria o “Plano Real” que, ao estabilizar a moeda, trazendo a inflação para níveis e índices civilizados, permite sua eleição para o mais alto cargo do Poder Executivo Federal.

Em 9 de setembro de 1997, é editada a Lei n. 9.491, que revoga a anterior Lei n. 8.031/90¹⁸. Apesar da pequena diferença no uso do vocabulário, os objetivos, no campo da desestatização, dos governos dos Presidentes Fernando COLLOR DE MELLO e Fernando Henrique CARDOSO são exatamente os mesmos. Para confirmação da assertiva, basta confrontar os incisos do Art. 1º, da Lei 8031/90, reproduzidos anteriormente, com os incisos do Art. 1º, da Lei n. 9491, de 9 de setembro de 1997: (I) reordenação da posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; (II) contribuição para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida; (III) permissão da retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; (IV) contribuição para a reestruturação econômica do setor privado,

¹⁷ Lei n. 8.031, de 12 de abril de 1990. Art. 1º, incisos.

¹⁸ Cf. a mesma bibliografia recomendada para os comentários sobre a Lei n. 8031, de 12 de abril de 1990.

especialmente para a modernização da infra-estrutura e do parque industrial do país, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito; (V) permissão para que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para consecução das prioridades nacionais; (VI) contribuição para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrarem o Programa.

1.3. A CRIAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A partir do ano de 1996, com a implementação das leis sobre a “Reforma do Estado”, são criadas no Direito Brasileiro, na esfera federal, as agências reguladoras de serviços públicos. Pela Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996, é instituída a ANEEL, Agência Nacional de Energia Elétrica, autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, com sede e foro no Distrito Federal e prazo de duração indeterminado¹⁹, tendo por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal²⁰. São competências da ANEEL: implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos regulamentares necessários ao

¹⁹ Art. 1º da Lei n. 9.427/96.

²⁰ Art. 2º da Lei n. 9.427/96.

cumprimento das normas estabelecidas pela Lei n. 9.074, de 7 de julho de 1995;²¹ promover as licitações destinadas à contratação de concessionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para o aproveitamento de potenciais hidráulicos; definir o aproveitamento ótimo de que tratam os parágrafos 2º e 3º do Art. 5º da Lei n. 9.074 de 7 de julho de 1995;²² celebrar e gerir contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público, expedir as autorizações, fiscalizar, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, as concessões e a prestação dos serviços de energia elétrica; dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, emissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, como também entre esses agentes e seus consumidores; fixar os critérios para cálculo do preço de transporte, e arbitrar seus valores nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos; articular com o órgão regulador do setor de combustíveis fósseis e gás natural os critérios para fixação dos preços de transporte desses combustíveis, quando destinados à geração de energia elétrica, e para arbitramento de seus valores, nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos.²³

Em 16 de julho de 1997, com a edição da Lei n. 9.472 (LGT – Lei Geral de Telecomunicações), que dispõe sobre a organização dos serviços

²¹ A Lei n. 9074, de 7 de julho de 1995 estabelece normas para outorga e prorrogação das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências.

²² O parágrafo 3º, do art. 5º, da mencionada Lei, considera aproveitamento ótimo todo potencial definido em sua concepção global pelo melhor eixo do barramento, arranjo físico geral, níveis d'água operativos, reservatório e potência, integrantes da alternativa escolhida para divisão de quedas de uma bacia hidrográfica.

²³ Art. 3º, incisos, da Lei n. 9.427/96.

de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais nos termos da Emenda Constitucional n. 8, de 15 de agosto de 1995, é criada a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida ao regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais.²⁴ Esta agência, apesar da lei instituidora não trazer qualquer comando a respeito, recebeu a sigla de ANATEL.²⁵ À Agência

²⁴ Art. 8º, da Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997.

²⁵ A promulgação desta Lei somente foi possível através da Emenda Constitucional n. 8, de 15 de agosto de 1995, publicada no Diário Oficial da União, de 16 de agosto de 1995, que alterou o inciso IX e a alínea “a” do inciso XII, do art. 21 da Constituição Federal, dando aos mesmos a seguinte redação: 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; XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora de sons e imagens.” Mais, o art. 2º, da mencionada Emenda, vedou a adoção de medida provisória para regulamentar o disposto no inciso XI, antes transcrito. Segundo Gaspar VIANNA, “(...) a leitura desta Emenda Constitucional evidencia, desde logo, que a exclusividade conferida à União para explorar todo e qualquer serviço de telecomunicações continua a existir. O monopólio constitucional (como de forma imprópria e simplista alguns preferem chamar) não acabou. O direito à exploração de serviços de telecomunicações permanece sendo da União que, se desejar, e só se desejar, poderá dividi-lo com terceiros. (...) Houve, apenas, a “desconstitucionalização parcial” da matéria. Em outras palavras, a exclusividade até então reservada à União para, diretamente ou por empresas sob controle acionário estatal, explorar serviços públicos essenciais (dentre os quais os telefônicos, telegráficos, e de transmissão de dados) deixou de ser matéria constitucional. Agora, estes serviços, como quaisquer outros, poderão continuar a ser explorados pela União, mas também poderão ser delegados à iniciativa privada, mediante concessões, permissões ou autorizações. A Emenda Constitucional poderia dizer apenas isso, repetindo a redação que fora adotada pela Constituição de 1967 e mantida pelo texto de 1969, *verbis*: “Art. 8º. Compete à União: (...) XV – explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão: a) os serviços de telecomunicações.” Caso acolhesse esta redação sintética e genérica, o Congresso Nacional estaria consagrando, com pequenas alterações formais, a proposta de emenda constitucional que lhe fora encaminhado pelo Poder Executivo. Entendeu, todavia, o Poder Legislativo que a ‘flexibilização’ do texto constitucional não poderia ser feita nos termos incondicionais solicitados. Se, por um lado, o Parlamento permitiu que, na organização dos serviços de telecomunicações, a participação da empresa não-estatal pudesse vir a ser ampliada, por outro lado, exigiu

Nacional de Telecomunicações compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, além de trinta e uma outras competências.²⁶

Finalmente, em 6 de agosto de 1997, surgiu a Agência Nacional do Petróleo — ANP — criada pela Lei n. 9.478, entidade integrante da Administração Federal indireta, submetida ao regime autárquico especial, como órgão regulador da indústria do petróleo, vinculada ao Ministério de Minas e Energia.²⁷

1.4. OUTROS ENTES REGULADORES NO DIREITO BRASILEIRO

Muito embora, para alguns, estas entidades autárquicas, entes reguladores, possam parecer um novo instituto jurídico ou uma inovação em nosso ordenamento positivo, necessário frisar que autarquias com as mesmas funções já existem no Direito Brasileiro, há muito mais tempo do que se possa imaginar, e exercem, concomitantemente, as funções normativa, administrativa e jurisdicional. Veja-se, por exemplo, o Banco Central criado pela Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964, como um dos

que essa participação passasse a obedecer a um conjunto de condições. A primeira condição é de que qualquer mudança no regime jurídico hoje vigente se faça 'nos termos da lei'."

²⁶ Todas previstas nos incisos do art. 19, da Lei 9472/97.

²⁷ Art. 7º da Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997.

primeiros atos legislativos mais marcantes do regime militar implantado em abril do mesmo ano, cujas atribuições eram, na origem, e no mais das vezes continuam sendo, executar a política financeira do governo; emitir papel-moeda; autorizar o funcionamento de instituições financeiras e fiscalizar suas operações de acordo com as leis específicas; receber depósitos compulsórios e voluntários do sistema financeiro nacional; realizar operações de compra e venda de títulos públicos federais, de empresas de economia mista ou estatais; custodiar e administrar as reservas nacionais em ouro e moedas estrangeiras; controlar o crédito e o capital estrangeiros; e representar o governo brasileiro perante os organismos financeiros internacionais.²⁸

Na senda da criação do Banco Central do Brasil, foram criados outros organismos de mesmo molde que passaram a gozar de amplas atribuições normativas, administrativas e jurisdicionais, como o Conselho Monetário Nacional (CMN) e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), responsáveis pelo poder de polícia da moeda e pela regulação das instituições financeiras estabelecidas no Brasil. Segundo o Art. 3º da Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que dispôs sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, e criou o Conselho Monetário Nacional, o mesmo tem por objetivos adaptar o volume dos meios de pagamento às reais necessidades da economia nacional e seu processo de desenvolvimento; regular o valor interno da moeda, para tanto prevenindo ou corrigindo os surtos inflacionários ou deflacionários de origem interna ou externa, as depressões econômicas e outros

²⁸ SANDRONI, Paulo. **Dicionário de economia e administração**. São Paulo : Nova Cultural, 1996, p. 35-36.

desequilíbrios oriundos de fenômenos conjunturais; regular o valor externo da moeda e o equilíbrio no balanço de pagamento do país, tendo em vista a melhor utilização dos recursos em moeda estrangeira; orientar a aplicação dos recursos das instituições financeiras, quer públicas, quer privadas, tendo em vista propiciar, nas diferentes regiões do país, condições favoráveis ao desenvolvimento harmônico da economia nacional; propiciar o aperfeiçoamento das instituições e dos instrumentos financeiros, com vistas à maior eficiência do sistema de pagamentos e de mobilização de recursos; zelar pela liquidez e solvência das instituições financeiras; e coordenar as políticas monetária, creditícia, orçamentária, fiscal e da dívida pública, interna e externa. Nos termos do Art. 4º da citada lei, ao CMN compete, privativamente, autorizar as emissões de papel-moeda; aprovar os orçamentos monetários preparados para o Banco Central; determinar as características gerais das cédulas e moedas; fixar diretrizes e normas de política cambial; disciplinar o crédito em todas as suas modalidades; regular a constituição, funcionamento e fiscalização dos que exercem atividades monetárias; limitar as taxas de juro, descontos, comissões e qualquer forma de remuneração do capital.

A Comissão de Valores Mobiliários (CVM) foi criada pela Lei n. 6.385, de 7 de dezembro de 1976, para regular e julgar, administrativamente, as operações do Mercado de Valores Imobiliários, estando sob sua “jurisdição” as bolsas de valores, corretoras, bancos, financeiras e etc. A CVM, juntamente com o Conselho Monetário Nacional, estabelece as normas e diretrizes para o funcionamento do mercado de valores.²⁹

²⁹ SANDRONI, Paulo. Op. cit. p. 106-107.

Em outros campos econômicos, o Conselho Nacional de Petróleo (CNP), órgão regulador em matéria de combustíveis, foi criado pela Lei n. 2.004, de 3 de outubro de 1953. Citada lei veio criar também a PETROBRÁS – Petróleo Brasileiro S. A., constituindo em monopólio da União Federal a pesquisa, a lavra, o refino e o transporte do petróleo.³⁰ Esta realidade normativa, de resto mantida pelos ordenamentos promulgados após o ano de 1953, veio a modificar-se com a edição da Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997, que dispôs sobre a política energética relativa ao monopólio do petróleo e instituiu o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional de Petróleo. Inclusive o art. 83 da atual lei revogou a anterior Lei n. 2.004. Assim, as atribuições do antigo CNP passaram a ser divididas entre o aludido Conselho e a ANP.

E, por derradeiro, nesta retrospectiva histórica, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), criado em 1962 e tendo suas competências modificadas nos anos de 1991 e 1994, exercendo, em tese, ativa competência sancionadora.³¹

Na verdade, nenhuma destas autarquias exerceu o papel regulador na área dos serviços públicos. São entidades que exercem, ou exerceram, poder de polícia nas atividades econômicas monopolizadas pelo Estado ou fortemente reguladas pelo mesmo.

³⁰ VENANCIO FILHO, Alberto. **A intervenção do estado no domínio econômico** : o direito público econômico no Brasil. Ed. fac-similar. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 207.208.

³¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito antitruste brasileiro** : comentário à lei n. 8.884/94. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 3. Sobre o CADE, consultar ainda FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência** : comentários à lei antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

Necessária, na área dos serviços públicos, a menção a uma agência reguladora pioneira em nosso Direito, no caso, o Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica, posteriormente substituído pelo Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica. Sobre esse tema, regulamentação das concessões de serviço público, Caio TÁCITO considera que “se vai operar no Brasil a recepção do sistema norte-americano com influência significativa”³², o que, de resto, foi reconhecido pelo autor do projeto do Código de Águas, no caso, Alfredo VALADÃO.³³

Apesar de tentativas como a de VALADÃO, somente agora, no apagar do vigésimo século, é que o Direito Positivo Brasileiro veio criar as denominadas agências reguladoras de serviços públicos, seguindo, contemporaneamente, os demais países do mundo - com a exceção dos Estados Unidos - após as grandes reformas legislativas ocasionadas pela “globalização”. Não deve ser ignorado, e no próximo capítulo há ampla informação sobre isso, as diversas tentativas de Francisco CAMPOS na criação de órgãos reguladores de serviços públicos sob a égide das Constituições de 1934 e de 1937.

³² TÁCITO, Caio. Presença norte-americana no direito administrativo brasileiro. In: **Temas de direito público** : estudos e pareceres. Rio de Janeiro : Renovar, 1997. p. 17. V. I.

³³ “No regular essa concessão, convenci-me cada vez mais de que era indispensável adotar no projeto em tudo que com a mesma fosse compatível, aquele controle que se exerce nos Estados Unidos sobre as empresas hidrelétricas, e de que em parte eu já havia dado notícia no meu trabalho **Direito dos águas**, ao referir-me à *Federal Power Commission*. Isto é, controle pela Comissão Administrativa, com função imperativa. (...) O controle do poder público sobre as empresas hidrelétricas eu estabeleci nos termos os mais amplos, no projeto remodelado; isto é, nos termos da regulamentação dos serviços de utilidade pública pela Comissão Administrativa, como se pratica nos Estados Unidos.” VALADÃO, Alfredo. **Exposição de motivos do anteprojeto do Código de Águas**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1933, p. 21-22. in PINTO, Bilac. **Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública**. Rio de Janeiro : Forense, 1941. A mesma citação aparece também em TÁCITO, Caio, op. cit. p. 17.

1.5. O BRASIL COMO ECONOMIA PERIFÉRICA (ANTES DA REVOLUÇÃO FRANCESA)

Como economia periférica, distante dos padrões capitalistas mais desenvolvidos, o Brasil encontrou dificuldades significativas para estabelecer uma política própria em relação às atividades econômicas do Estado e à prestação dos serviços públicos. Balançaram, tal como um pêndulo, o direito positivo e a doutrina nacional sobre uma das mais traumáticas questões legislativas: a titularidade e prestação dos serviços públicos, bem como sua regulação.

O primeiro movimento do pêndulo deu-se há muitos séculos e a muitas léguas marítimas de distância. Lembra Carlos Frederico Marés de SOUZA FILHO:

Conta a história que vivendo Portugal na mais absoluta miséria por volta do ano de 1375, quando a fome já havia se instalado por todos os sítios, o rei D. FERNANDO mandou contar todas as terras de sementeira do Reino e chegou a conclusão de que se todas elas fossem lavradas, não faltaria pão para ninguém.

Verificou ainda D. FERNANDO que não faltavam braços trabalhadores em Portugal, estando a maior parte faminta e ociosa nas cidades. Faltava terras para trabalharem.

A conclusão lógica veio fácil: se faltava terras a quem queria trabalhar e sobejava a outros, haveria de se oferecer força de trabalho a quem tivesse terras e terras a quem pudesse e quisesse trabalhar.

Assim D. FERNANDO, em 2 de junho de 1375, criou por lei o instituto das Sesmarias, com a qual obrigava a todos transformarem suas terras em lavradio, sob pena de não o fazendo, a perderem a quem quisesse trabalhar. Este importante instituto arrancou o povo português da fome e ajudou a transformá-lo em grande potência mundial.³⁴

³⁴ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **As sesmarias no Brasil** : trabalho originalmente escrito para servir de base às aulas de história da ocupação

Além da transformação agrária que procedeu, de maneira notável, eis que a “lei (das sesmarias), depois incorporada às Ordenações Afonsinas, guarda, na verdade, matiz duplo, nem burguês, nem aristocrático”, uma vez que é “uma vitória burguesa, sem representar um desprestígio da nobreza”³⁵, o Rei D. FERNANDO se notabilizaria por ser um intransigente defensor do mercado interno português, construindo, assim, as bases através das quais, no século XVI, Portugal seria, ao lado de Espanha, potência hegemônica.³⁶ O sábio D. FERNANDO, em 2 de junho de 1375, criou os primeiros elementos de dois institutos jurídicos que marcariam a história do Brasil: a função social da propriedade e a concessão. Sobre o segundo, e como introdução ao tema proposto, socorro-me do mesmo historiador do Direito para demonstrar que sucessores de D. FERNANDO, no caso Dom MANUEL — “O Venturoso” —, em 1504 e Dom JOÃO III, em 1532, aproveitariam a anterior experiência para criar, *mutatis mutantis*, os primeiros marcos teóricos da concessão como instituto jurídico:

O Instituto em Portugal era aplicado para terras que já haviam sido lavradas e estavam abandonadas, quer dizer, eram terras que já tinham produzido e deveriam voltar a produzir alimentos locais. No Brasil não, o sentido da concessão das sesmarias era o de ocupação, desbravamento, conquista, desrespeitando qualquer tipo de uso indígena. Na verdade a ocupação tinha o sentido de tomar posse das terras em nome do rei e da coroa portuguesa, em disputa com a espanhola e outras nações européias. Quer dizer que enquanto em Portugal as sesmarias tiveram o sentido de proporcionar a produção de alimentos para a população, no Brasil foi instrumento de conquista.

territorial brasileira. Curso de graduação em Direito da PUC-PR do ano de 1995. Atualizada e corrigida em janeiro de 1997 para o curso de graduação em Direito da PUC-PR. Novamente atualizada em março de 1998. Curitiba, 1998, p. 1.

³⁵ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder** : formação do patronato político brasileiro. 3. ed. Porto Alegre : Globo, 1976, p. 38.

³⁶ BARROS, Henrique da Gama. **História da administração pública em Portugal**. Lisboa : Sá da Costa, 1945, p. 281-282, Tomo V, *apud* FAORO, Raymundo, op. cit. p. 38, V. I.

Tal era a importância das sesmarias para a conquista das novas terras que ao vir para o Brasil, em 1530, Martim Afonso de SOUZA recebeu três cartas régias: a primeira para tomar posse das terras em nome D'El Rei; a segunda que lhe dava direito a exercer as funções de capitão-mor e governador das terras descobertas; e a terceira o nomeava Sesmeiro do Rei, que o autorizava entregar terras legitimamente em sesmaria a quem desejasse.

Os donatários das capitanias hereditárias também receberam, cada um, o poder de ser senhor em suas terras, com jurisdição civil e criminal e podiam conceder terras em sesmaria.³⁷

Muito embora os conceitos de serviço público e de concessão de serviços públicos surgissem após a Revolução Francesa, as raízes da concessão — na modalidade de direito real de uso — estavam presentes desde a primeira tentativa de ocupação de todo o território brasileiro, com a formação das capitanias hereditárias. Pode-se visualizar, portanto, os principais elementos do instituto: o poder concedente (El-Rei); a outorga (Sesmaria); o concessionário (Capitão-mór, que era o Sesmeiro do Rei); o sub-concessionário (Sesmeiro do Capitão-mor). No centro de toda a relação jurídica, o ente regulador, no caso o Capitão-mor, que, por Carta Régia, exercia nas terras do Novo Mundo as funções normativa, administrativa e jurisdicional, inclusive assumindo, a exemplo das agências e dos concessionários de hoje, compromissos e metas a serem cumpridos.

1. 6. A REVOLUÇÃO FRANCESA

A Revolução Francesa criaria o conceito jurídico de serviço público e, notadamente, após a assunção de Napoleão BONAPARTE, modificaria a realidade econômico-jurídica de todos os países do mundo. Aqui, neste iter brasileiro, cabe um parênteses, para demonstrar a força impactante dos

³⁷ SOUZA FILHO, op. cit., p. 2.

novos institutos jurídicos surgidos das refregas que inundaram de sangue as ruas de Paris, inaugurando, assim, a luta violenta de classes.³⁸

Da simbiose da Revolução Industrial com a Revolução Francesa surgiria o mais extraordinário período de desenvolvimento da espécie humana. Desenvolvimento este que somente seria possível com a eliminação, nunca total, das diferenças entre os seres humanos, agora não mais escravos, vassalos, proletários, mas sim Cidadãos, titulares de direitos subjetivos. Muitos destes direitos nasceram e adquiriram eficácia com o “serviço público”, cuja precisão jurídica e terminológica jamais foi alcançada pela doutrina do direito administrativo.

Em acordo com os parágrafos antes escritos, se poderia sustentar que o “serviço público” foi, desde a sua origem, uma ideologia. E nesta construção ideológica, a Revolução Francesa e suas conseqüências tiveram um papel preponderante.³⁹ Para MUÑOZ MACHADO, é

³⁸ “ (...) se a economia do mundo do século XIX foi constituída principalmente sob a influência da revolução industrial britânica, sua política e ideologia foram constituídas fundamentalmente pela Revolução Francesa. A Grã-Bretanha forneceu o modelo para as ferrovias e fábricas, o explosivo econômico que rompeu com as estruturas sócio-econômicas tradicionais do mundo não-europeu; mas foi a França que fez suas revoluções e a elas deu suas idéias, a ponto de bandeiras tricolores de um tipo ou outro terem-se tornado o emblema de praticamente todas as nações emergentes, e as políticas européias (ou mesmo mundiais), entre 1789 a 1917. A França forneceu o vocabulário e os temas da política liberal e radical-democrática para a maior parte do mundo. A França deu o primeiro grande exemplo, o conceito e o vocabulário do nacionalismo. A França forneceu os códigos legais, o modelo de organização técnica e científica e o sistema métrico de medidas para a maioria dos países. A Ideologia do mundo moderno atingiu, pela influência francesa, as antigas civilizações que até então resistiam às idéias européias. Esta foi a obra da Revolução Francesa”. HOBBSAWN, E. J. **A revolução francesa**. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1996, p. 1-2.

³⁹ “(...)a França construiu como nenhum outro Estado europeu a ideologia e a técnica do serviço público. A idéia de serviço público que o ordenamento comunitário coloca em crise pode ser identificado como a concepção francesa de serviço público”. MUÑOZ MACHADO, Santiago. **Servicio público y mercado** : los fundamentos. Madrid : Civitas, 1998, Tomo I, p. 32-33. (traduzido)

perfeitamente compreensível que seja a França o local onde estão se produzindo as defesas mais ardorosas da noção tradicional de serviço público.⁴⁰

Importante relembrar, neste longo parênteses e sobre o tema dos serviços públicos, que para os principais doutrinadores franceses o direito administrativo é o “direito dos serviços públicos”. George VEDEL leciona que “depois de DUGUIT, toda uma geração de autores de alto valor, como JÈZE, BONNARD, L. ROLLAND, desenvolveram a tese da escola do serviço público.”⁴¹ Para eles, todo o direito administrativo pode ser explicado pela noção de serviço público. Para ROLLAND, por exemplo, “o serviço público é uma empresa ou instituição de interesse geral que, sob a alta direção dos governantes, está destinada à satisfação das necessidades coletivas do público”.⁴²

Evidente que não tardaram as críticas a estes posicionamentos tão radicais e limitadores do direito administrativo, notadamente a partir do momento histórico, variante em cada lugar, em que o Estado outorga a prestação dos serviços públicos aos organismos privados, como, por exemplo, nas concessões, permissões e autorizações. Por mais que se considere que as críticas presentes na moderna doutrina administrativista são procedentes, não se pode desconsiderar que as formulações doutrinárias clássicas do direito administrativo francês, ainda possuem

⁴⁰ Inclusive, uma Resolução da Assembléia Nacional apresentada pela delegação francesa à União Européia afirma de maneira clara, que “os princípios do serviço público tocam à organização da sociedade francesa e não são negociáveis, em particular nas instâncias de deliberação da Comunidade Européia.” Idem, p. 33.

⁴¹ VEDEL, Georges. **Droit administratif**. 5. ed. Paris : Presses Universitaires de France, 1973, p. 85. (traduzido)

⁴² Apud VEDEL, op. cit. p. 85.

importância doutrinária e social. Todas as formulações clássicas foram de grande importância para o desenvolvimento científico do direito administrativo, retirando do mesmo o ranço que vislumbrava no Estado apenas o poder de polícia, bem como por ser, efetiva e eficazmente, o serviço público a técnica primeira, e quiçá ainda insuperável, da construção real dos mais elementares direitos do Homem e do Cidadão.

1. 7. O BRASIL COMO ECONOMIA PERIFÉRICA (PÓS REVOLUÇÃO FRANCESA):

Um dos produtos mais perturbadores, para a velha ordem, da Revolução Francesa foi a obra de Napoleão BONAPARTE. Por causa de suas campanhas militares, sob a justificativa de levar as boas novas às nações do Velho Continente, mas sem jamais conseguir esconder sua vocação imperialista, países foram invadidos e Monarquias tiveram que fugir do “Corso”. Neste período, aporta no Brasil, fugindo do Imperador dos Franceses, a Família Real Portuguesa. A consequência imediata desta mudança da Corte portuguesa, dentre outras, foi a Abertura dos Portos.⁴³ A

⁴³ “Ato pelo qual o regente português Dom JOÃO VI liberava os portos brasileiros para o comércio com as nações amigas, particularmente a Inglaterra, extinguindo dessa forma o monopólio comercial de Portugal com o Brasil-Colônia. Foi decretado pela Carta Régia de 28 de janeiro de 1808, em Salvador, a conselho do Visconde de CAIRU e logo que o príncipe-regente chegou ao Brasil, premido pela invasão napoleônica. Representou um sério golpe para a política mercantilista de Portugal e um passo importante rumo à separação política do Brasil.” SANDRONI, Paulo. op. cit. p. 5. Para Celso FURTADO, “(...) a abertura dos portos decretada ainda em 1808, resultava de uma imposição dos acontecimentos políticos da Europa de fins do século XVIII e começo do seguinte (porque) ocupado o reino português pelas tropas francesas, desapareceu o entreposto que representava Lisboa para o comércio da colônia, tornando-se indispensável o contato direto desta com os mercados mais acessíveis.” FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 18. ed. São Paulo :

chegada da Corte em terras brasileiras daria início à criação dos primeiros serviços públicos em nosso território. Ao que parece, os primórdios da implantação dos serviços públicos no Brasil podem ser localizados no Decreto de 3 de agosto de 1818, quando Dom JOÃO VI autorizou o funcionamento de uma empresa de barcos a vapor na cabotagem e navegação na Capitania da Bahia. Esta empresa foi dirigida pelo Marquês de BARBACENA.⁴⁴

Após a Independência, o instituto jurídico da concessão de serviços públicos teve o condão de caracterizar a ideologia dos que detinham o poder. Num autêntico movimento pendular, as concessões, em nosso país, foram sístole e diástole.

Irineu Evangelista de SOUZA, primeiro Barão, depois Visconde de MAUÁ, foi o maior empresário do Império e um dos maiores de seu tempo em todo o mundo. As primeiras estradas de ferro, sistemas de iluminação pública, sistemas de água e esgoto surgiram no Brasil por empreitadas criadas, desenvolvidas e dirigidas por MAUÁ. A vida de MAUÁ seria marcada também por um pêndulo, pois nos gabinetes chefiados pelo Marquês de PARANAGUÁ, e com a ajuda dos partidários deste, como o Visconde do URUGUAI – um dos primeiros cultores do Direito Administrativo no Brasil –, o Barão do RIO BRANCO e o Duque de CAXIAS, o nosso primeiro capitalista encontrava ambiente propício às suas atividades. Nos governos chefiados por ITABORAÍ e outros as iniciativas de

Companhia Editora Nacional, 1982, p. 91 e seguintes. A íntegra da Carta Régia de 28 de janeiro de 1808 encontra-se publicada em SIMONSEN, Roberto. **História econômica do Brasil**. 8. ed. São Paulo : Companhia Editora Nacional, 1978, p. 394.

⁴⁴ SIMONSEN, Roberto, op. cit. p. 441 e seguintes.

MAUÁ sempre eram sabotadas e o empresário perseguido politicamente. Gozando da antipatia pessoal do Imperador PEDRO II, MAUÁ foi derrotado politicamente em todos os seus empreendimentos que visavam colocar o Brasil como agente efetivo do mundo de então. Sobre MAUÁ consulte-se, por todos, a portentosa obra de Jorge CALDEIRA⁴⁵, de onde foram retiradas as informações antes deduzidas. A leitura da citada biografia leva a crer que, se suas teses políticas e econômicas tivessem sido melhor compreendidas pelos políticos da época, o Brasil teria tido um desenvolvimento muito mais satisfatório, com a criação de um mercado nacional forte e menos dependente do capital estrangeiro, notadamente britânico. Ainda sobre o tema, seria fundamental o conhecimento da visão do próprio protagonista de todos estes acontecimentos.⁴⁶

A derrocada dos sonhos de MAUÁ escancararia o Brasil ao capital inglês, que desde então passou a assumir todas as concessões de serviços públicos outorgadas pelo Império sem procedimentos licitatórios. O fim da monarquia não mudaria em nada o panorama. Na República Velha, o instituto das concessões foi largamente aplicado, notadamente, mais uma vez, com os investimentos ingleses.

Com VARGAS, era do nacionalismo e do primeiro, e talvez único, projeto de inserção do Brasil no cenário mundial, as concessionárias foram, paulatinamente, perdendo terreno, primeiro para as autarquias, depois para

⁴⁵ CALDEIRA, Jorge. **Mauá: empresário do Império**. São Paulo : Companhia das Letras, 1995.

⁴⁶ Veja-se MAUÁ, Visconde de. **Autobiografia** : exposição aos credores e ao público seguida de meio circulante no Brasil. 3. ed. Rio de Janeiro : Topbooks, 1998.

as empresas públicas e sociedades de economia mista.⁴⁷ Neste período, são criados o Instituto de Resseguros do Brasil (1939), a Companhia Siderúrgica Nacional (1941), a Companhia Vale do Rio Doce (1942), a Companhia Nacional de Álcalis (1943), a Companhia Hidrelétrica do São Francisco (1945) e a Fábrica Nacional de Motores (1946).⁴⁸ Com a redemocratização, cujo marco é a Constituição de 1946, mas ainda com Getúlio VARGAS (agora como Presidente eleito), constitui-se a Petrobrás. Apesar da “Era Vargas” marcar a etapa inicial do declínio das concessões, notadamente as outorgadas à empresas estrangeiras, com o surgimento de inúmeras autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, não pode ser olvidado que um aliado (ao início da Revolução de 30) e posteriormente inimigo político (a partir do momento da implementação de uma política nacionalista e de defesa dos interesses sociais) de Getúlio VARGAS foi um concessionário de serviços públicos, no caso de rádios e televisões, o polêmico Francisco de Assis Chateaubriand Bandeira de Mello, CHATEAUBRIAND, ou simplesmente CHATÔ. O personagem construiu um Império de telecomunicações, ainda hoje sem paralelo no Brasil, pelo grande número de estações de rádio e televisão, títulos de jornais e revistas, além de outras atividades econômicas, reunidas nos Diários Associados, condomínio de empresas ainda existente, apesar da decadência econômica do grupo após a morte de seu líder.⁴⁹ No início dos

⁴⁷ Sobre o período áureo das autarquias, sociedades de economia mista e empresas públicas veja-se PINTO, Bilac. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas. **Revista de direito administrativo : seleção histórica**, matéria doutrinária publicada em números antigos (de 1 a 150). Rio de Janeiro : Renovar, 1991, p. 257-270. Também cf. PAIVA, Alfredo de Almeida. As sociedades de economia mista e as empresas públicas como instrumentos jurídicos a serviço do estado. **Revista de direito administrativo : seleção histórica...** p. 307-319.

⁴⁸ TÁCITO, **Temas...**, op. cit., p. 723.

⁴⁹ Sobre CHATEAUBRIAND veja-se, por todos, a obra de MORAIS, Fernando. **Chatô : o rei do Brasil**. São Paulo : Companhia das Letras, 1994.

anos sessenta, sendo o país governado pela coligação de dois partidos políticos idealizados por Getúlio (PSD-PTB), fundou-se a Eletrobrás — Centrais Elétricas Brasileiras (1961).

Paradoxal (apenas na aparência, mas não no fundo) é a situação verificada após o movimento militar de 1964. Os novos donos do poder, castrenses, cuja formação ideológica era baseada na doutrina da segurança nacional, viscerais anticomunistas, levaram o País a um processo de estatização econômica sem paralelo na história. A quantidade de empresas estatais cresceu assustadoramente.⁵⁰

1. 8. A ATUAL POLÍTICA ECONÔMICA

Mais paradoxos (de forma, mas não de conteúdo) haveriam de aparecer quando Fernando Henrique CARDOSO tornou-se o Chefe de Governo responsável pelo maior processo de desestatização da história do Brasil e, quiçá, do mundo. A política privatizante adotada pelo Presidente CARDOSO ultrapassou, com folgas, as mais agressivas privatizações realizadas pelas nações européias. Fez renascer, o Presidente, candidato por um partido de pretendida linhagem teórica social-democrata e aliado a outros de *praxis* política conservadora, em todo o seu esplendor econômico, o instituto jurídico da concessão de serviços públicos, com a

⁵⁰ “Em setembro de 1981, recenseamento oficial – considerado apenas o plano federal – arrolava 530 pessoas jurídicas públicas, de teor econômico, inclusive autarquias, fundações e entidades paraestatais. Delas, 360 se constituíam sob forma societária de primeiro grau, ou sem subsidiárias, em todas predominando o capital público.” TÁCITO, Caio. **Temas...**, op. cit. p. 723.

privatização de empresas constituídas desde os anos quarenta, como, por exemplo, a Companhia Vale do Rio Doce.⁵¹

⁵¹ Sobre sua política, o Presidente manifestou-se: "Identifiquei, ainda Senador, a necessidade de criar, rever e revigorar a legislação sobre concessões de serviços públicos. Sinto-me especialmente gratificado ao ver que teve continuidade esse esforço de moldar mais uma peça do nosso ordenamento jurídico e que análises e ponderações doutrinárias já o estão consolidando. Nestas soluções jurídicas encontra-se um dos pilares para o desenvolvimento do Brasil. A perda progressiva da capacidade de investimento do Estado brasileiro em infra-estrutura tem implicações preocupantes. Compromete a qualidade da prestação dos serviços públicos, e causa desequilíbrios econômicos pela elevação do chamado 'custo Brasil'. A sanção da Lei de Concessões teve como principal objetivo dotar o poder público de um instrumento para melhorar o padrão de vida dos usuários e gerar empregos com a retomada das obras, sanando o significativo déficit de investimentos, inclusive nos âmbitos estaduais e municipais. Agora, cabe ao setor privado atender à convocação para recolocar o Brasil na trilha do crescimento econômico sustentado. No modelo proposto, o desenvolvimento será financiado pela iniciativa privada, a qual caberá o papel de agente executor dos serviços públicos, em vez de ter como base principal os recursos orçamentários. Ao Governo compete, como missão irrevogável e fundamentável, a regulamentação e fiscalização dos serviços, representando e defendendo os usuários e os interesses da sociedade. Acredito no dinamismo, nas técnicas gerenciais modernas e na força de vontade dos nossos empresários em promover, com eficiência, qualidade e preços competitivos, um novo ciclo de desenvolvimento. Por isso o Governo precisa criar condições favoráveis ao investimento em infra-estrutura. Unidos, Estado e iniciativa privada, em parcerias estratégicas, alcançaremos os grandes objetivos sociais. CARDOSO, Fernando Henrique. Prefácio. In: WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. **O direito de parceria e a nova lei de concessões**. São Paulo : RT, 1996. p. 7-8. Para se perceber a dimensão do projeto de desestatização, conduzido pelo Presidente Fernando Henrique CARDOSO, vejam-se os dados trazidos pelo Professor Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO na ação popular proposta contra a privatização da Vale do Rio Doce, em causa própria e em nome dos professores Goffredo da Silva TELLES JÚNIOR, Dalmo de Abreu DALLARI, Fábio Konder COMPARATO, Eros Roberto GRAU, Sérgio Sérulo da CUNHA, Weida ZANCANER e Américo Lourenço Masset LACOMBE: "Dita Cia. é uma empresa estatal — sociedade de economia mista — que lidera um conglomerado de 34 empresas (entre próprias, controladas ou coligadas). Trata-se da maior exportadora de minério de ferro do mundo, detendo concessões de lavra e autorizações de pesquisa em diversas áreas do País, das quais parte significativa na Amazônia, perfazendo em seu todo uma área de cerca de 16 milhões de hectares (aproximadamente 4 x o Estado do Rio de Janeiro). Exerce direitos de exploração minerária sobre reservas em que se incluem, com *montantes comprovados*, 41 bilhões de toneladas de ferro (suficientes para cerca de 400 anos de manutenção do atual ritmo exportador), 994 milhões de toneladas de minério de cobre, 678 milhões de toneladas de minério de bauxita, 112 milhões de toneladas de potássio, 72 milhões de toneladas de manganês, 70 milhões de toneladas de níquel, 67 milhões de toneladas de caulim, 9 milhões de toneladas de zinco, 1,8 milhão de toneladas de urânio, 1 milhão de toneladas de titânio, 510 mil toneladas de tungstênio, 60 mil toneladas de nióbio e 563 toneladas de ouro. As concessões são dadas sem prazo, isto é, **até o esgotamento das jazidas**. A CRVD possui e opera portos, detendo a maior frota de navios graneleiros do mundo, assim como 1.790 km. de ferrovias que se incluem entre as mais modernas do país e

Analistas do presente e historiadores do futuro, certamente não deixarão de notar uma característica falsamente brasileira, mas típica das economias subdesenvolvidas: quando se espera o refluxo, vem o influxo e vice-versa. Na verdade, o que estes pretensos paradoxos não podem esconder é que o Brasil, assim como outros países, sofre na sua ordem jurídica-econômica, as influências diretas da ordem econômica internacional. Não por acaso, no final da década de 80 e início dos anos 90, países como Brasil, Argentina, México, tiveram suas economias “saneadas”, controlando-se, através de semelhantes políticas monetaristas, inflações gigantescas, através da paridade, ao menos num primeiro momento, de suas moedas com o dólar americano; a adoção de políticas recessivas e privatizantes; a renegociação de suas estratosféricas dívidas externa e interna, que geraram recessão e desemprego estrutural em países cujos direitos fundamentais da pessoa humana ainda não conseguiram real efetivação.

No tempo dos militares, décadas de sessenta e setenta, auge da guerra fria, os países alinhados com os interesses norte-americanos receberam fartos créditos (pois suas economias internas foram, no mais das vezes, incapazes de gerar os excedentes necessários para financiar o crescimento econômico) que permitiram, entre outros investimentos, constituir as grandes estatais. Após a queda do Muro de Berlim, com o conseqüente desmantelamento do bloco soviético, os créditos — agora

transporta cerca de dois milhões de passageiros/ano, sendo responsável por 64% da carga transportada por trens no Brasil. Dispõe de 580 mil hectares de florestas comerciais replantadas, matéria prima para sua produção de 400 mil toneladas/ano de celulose. É do próprio Edital (itens 6.5.1. a 6.5.9.) que se extraem os dados até aqui mencionados.” BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Petição inicial da ação popular movida contra a privatização da Companhia Vale do Rio Doce S. A.**

melhor denominados de capitais especulativos — migraram às economias que lhes ofereciam ambiente mais propício. Neste contexto, a competitividade econômica, antes entravada por preconceitos ideológicos e condicionantes geográficas, frutos da guerra fria, desconhece conceitos como os de “nações amigas”, “aliados militares”, “cooperação econômica”. Tanto os generais presidentes quanto os chefes de governo civis de países de capitalismo periférico governam de acordo com as circunstâncias do universo fático em que estão inseridos seus países, conferindo pouca importância às suas posições ideológicas. Não se trata de esquecer o que os nossos presidentes disseram ou escreveram alhures, mas de lembrar do que fazem para manter seus sistemas econômicos nacionais como atores, (quase figurantes, às vezes menos que), do teatro das nações. Se em alguns países periféricos a repressão, ao tempo das ditaduras militares, foi maior ou menor, a desestatização, na era das democracias, será mais ou menos intensa. Mas será inevitável. O destino dos povos, num mundo globalizado, que não querem (ou não possuem força suficiente para) romper com este sistema de dominação, desloca-se de seus parlamentos, de seus governos e de seus tribunais, sendo decidido por outros organismos, sempre internacionais, como, por exemplo, o Fundo Monetário Internacional - FMI⁵² - e o Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento -BIRD⁵³, também conhecido como Banco Mundial.

⁵² “FMI — Fundo Monetário Internacional. Organização financeira internacional criada, em 1944, na Conferência Internacional de Bretton Woods (em New Hampshire, EUA). É uma agência especializada da ONU — Organização das Nações Unidas, com sede em Washington, e que faz parte do sistema financeiro internacional, ao lado do BIRD — Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento. O FMI foi criado com a finalidade de promover a cooperação monetária no mundo capitalista, coordenar as paridades monetárias (evitar desvalorizações concorrenciais) e levantar fundos entre os diversos países membros, para auxiliar os que encontrem dificuldades nos pagamentos internacionais. (...) Sempre que solicitada, a entidade envia representantes para auxiliar na solução de problemas econômicos dos países-membros, especialmente quando enfrentam situações econômicas instáveis (inflação acentuada, queda de exportações

Para o direito este processo oferece uma duplicidade de questões. A primeira, com certeza, confere um notável crescimento do direito internacional, quer sob a face do direito de integração, quer sob a do direito comunitário. A produção normativa prescinde dos Parlamentos, tendo como fonte produtora os Acordos e Tratados gerados pela burocracia componente das estruturas transnacionais como a Comunidade Européia e, para nós, do Mercosul. A segunda advém de uma flexibilização, perigosa, do princípio da legalidade, uma vez que as necessidades econômicas juradas pelos Governos ao FMI e ao BIRD muitas vezes encontram obstáculos nas Constituições Nacionais, inspiradas no Estado Social e Democrático de Direito. Neste conflito entre as diretrizes dos organismos internacionais e o direito local, está reservado um papel fundamental aos Judiciários de cada Nação. Frise-se, com as exceções de praxe, que as Magistraturas, ao menos no Brasil, até o momento, vêm fazendo uma

etc), permitindo uma rápida adoção de medidas corretivas, para que as dificuldades internas não se reflitam no comércio internacional. Também nos casos de pedidos de auxílio, o FMI oferece sua assistência, fiel a uma política do tipo monetarista (taxa cambial única e fixa, moeda conversível, corte nos gastos públicos, contenção salarial etc.), que nem sempre corresponde aos interesses dos países que almejam o desenvolvimento, pois costuma provocar efeitos depressivos na economia, com custos sociais elevados". SANDRONI, op. cit., p. 176-177.

⁵³ "BIRD — Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento. Instituição financeira internacional ligada à ONU e conhecida também como Banco Mundial (World Bank). Criado em 1944, na Conferência de Bretton Woods, teve o objetivo inicial de financiar os projetos de recuperação econômica dos países atingidos pela guerra. Sediado em Washington, reúne 139 países (1980). Fornece empréstimos diretos a longo prazo (15 a 25 anos) aos governos e empresas (com garantias oficiais), para projetos de desenvolvimento, assim como assistência técnica. O maior volume de recursos, desde que o banco começou a operar em 1946, até 1983, foi dirigido aos setores de energia, transporte e agricultura. As contribuições de cada país membro ao capital do BIRD, assim como o direito de voto, são estabelecidas proporcionalmente à participação do país no comércio internacional. O maior acionista do BIRD é o governo dos Estados Unidos, que tem poder de veto sobre as decisões da organização. O banco opera por meio de duas agências filiadas: a Corporação Financeira Internacional e a Associação Internacional de Desenvolvimento." SANDRONI, op.cit., p. 48-49.

opção preferencial pela preservação da legalidade, razão pela qual surgem, nos estudos destes organismos, “lembretes”, nem sempre discretos, sobre a necessidade de reformas nos Judiciários locais.

Não é gratuito, portanto, que as agências reguladoras, em praticamente todas as partes do mundo, possuam natureza e estruturas jurídicas muito semelhantes. Afinal, na composição de seus custos, e na projeção de seus lucros, as grandes corporações não deixam de levar em conta “as despesas jurídicas”. A uniformização legislativa, ou a globalização do direito, como queiram, é fator da maior importância para ser levado em consideração.

1. 9. CONCESSÕES E AGÊNCIAS: DESAFIOS E PERSPECTIVAS

Nesse processo desestatizante, a figura chave é a da concessão de serviços públicos, constituída por um triângulo de interesses, os econômicos do concessionário, que é um investidor perseguindo lucros, os políticos do poder concedente, que como Estado deve, ao menos em tese, assegurar o interesse público, traduzidos pelas expressões serviço eficiente e tarifa justa; e os do usuário, também marcadamente econômicos, e nem sempre levados em consideração.

A figura geométrica utilizada encerra uma síntese: os interesses econômicos do concessionário e os do usuário são antagônicos. Este conflito de interesses privados e coletivos poderá ser resolvido pela implementação dos interesses políticos do Estado, mediante o atuar das

agências reguladoras, garantindo, ao menos em teoria, o equilíbrio das três partes. Na prática, tal equilíbrio dependerá da eficiência destes entes.

Fixe-se, desde já, que as agências reguladoras existem no sistema de tipo capitalista, onde é possível a intervenção estatal reguladora da atividade econômica. Sobre o tema, voltar-se-á, buscando, principalmente no Direito Comparado, o aprofundamento da presente temática.

Podendo-se sustentar que a moderna atividade econômica é marcada pelo signo da competitividade, também sustentável é a afirmação de que para determinados serviços públicos, mesmo os de natureza econômica, as regras do livre mercado, sem freios, não podem ser aplicadas. Este pensamento, ao contrário do que supõem muitos, encontra eco no mais bem acabado sistema capitalista já implantado: a Comunidade Econômica Européia.⁵⁴ Santiago MUÑOZ MACHADO, ao comentar o Tratado da Comunidade Econômica Européia, demonstra que algumas convicções ideológicas, fruto da herança cultural da Europa ocidental, não foram esquecidas, pois o Estado prestador de serviços também deve

⁵⁴ Afirmamos que a Comunidade Européia é o mais bem acabado sistema econômico já implantado, não somente por suas virtudes, que são maiores do que os defeitos, mas, também, por outros fatores, tanto de caráter econômico, como político e social. Economicamente, porque permitiu a elevação do nível de qualidade de vida em países antes atrasados e economicamente subdesenvolvidos, como Portugal, Grécia e Espanha. Político, porque o continente europeu notabilizou-se no passado, ao lado de grandes momentos da humanidade, como o renascimento e o iluminismo, como palco de guerras fratricidas que atingiram inúmeros povos e gerações. Neste sentido, pode-se afirmar que a Comunidade trouxe uma era de paz e concórdia entre os povos do Velho Continente num período de tempo jamais havido até então. Socialmente, porque no continente europeu, apesar da discriminação racial e econômica que sofrem os imigrantes não-comunitários, está havendo, efetivamente, uma melhoria na qualidade de vida dos nacionais que aproxima as classes sociais, possibilitando, assim, a todos, o acesso aos meios tecnológicos e culturais que vêm marcando o progresso da humanidade no final deste milênio.

ocupar-se da solidariedade e bem-estar de seus cidadãos, sendo, portanto, um ativo cultural irrenunciável.⁵⁵ Nessa senda, é lícito ponderar que, para o Direito Comunitário, a questão do Estado é indiscutível: o único Estado possível de existir é o Estado Social, razão pela qual as agências, dentro do mesmo, devem encontrar o seu espaço para assegurar aquilo que a CEE denomina de “autênticos direitos sociais”, como “ativo cultural que não pode ser desprezado.”

Na América Latina, território onde, social e economicamente, não há comparação com o europeu, os autênticos direitos sociais ficaram muito mais nas bondosas introduções consignadas nas declarações de direitos e preâmbulos constitucionais do que nas ruas, não se constituindo como ativos culturais, mas sim em gigantescos e não resgatados passivos econômicos. Nossa Constituição possui dispositivos para o pleno resgate do passivo antes anunciado. Apesar dos processos de emendas que vem sofrendo, tais instrumentos permanecem duplamente no Texto.⁵⁶

⁵⁵ Para tanto, o autor relembra que a Comissão responsável pela redação do documento denominado “*Los servicios de interés general en Europa*” sistematizou a questão com a seguinte tese: “A solidariedade e a igualdade de tratamento no contexto de uma economia de mercado aberta e dinâmica, constituem objetivos fundamentais da Comunidade Européia. (...) Os europeus esperam serviços de qualidade e preços acessíveis. Para muitos deles, estes serviços de interesse geral supõem autênticos direitos sociais e participam, em grande medida, da coesão econômica e social. Por isso, os serviços de interesse geral estão na base do modelo europeu de sociedade. MUÑOZ MACHADO, op. cit., p. 35. (traduzimos)

⁵⁶ Permanecem intocados duplamente: (i) porque não sofreram processo de reforma, o que é altamente positivo, enquanto cláusulas péticas; (ii) porque não sofreram regulamentação legal, o que é altamente negativo, enquanto direitos fundamentais, que, muitas vezes, dependem da atividade legislativa ou administrativa do Estado para garantia de sua efetividade. Por outro lado, é evidente que a Constituição Brasileira, exatamente nos seus generosos e formais dispositivos asseguradores de direitos sociais, estabelece entraves ao livre, e muitas vezes irresponsável, desenvolvimento do moderno capitalismo. Sobre o tema, veja-se Oscar Vilhena VIEIRA: “Hoje, muitas destas estruturas são vistas como obstáculo ao ingresso das nações do mundo pós-moderno. Certamente as constituições precisam ser adaptadas e atualizadas, porém elas continuam sendo o pilar de nossos direitos e de nossas

A redemocratização do Brasil, que culminou com a Constituição de 1988, foi generosa ao recepcionar uma série de importantes convenções e tratados internacionais sobre os mais variados institutos dos direitos humanos.⁵⁷ Mas, ainda resta muito por fazer. Por essa razão, vale invocar Clèmerson Merlin CLÈVE quando diz que: “A luta, que se trava no seio da Assembléia Constituinte, após a elaboração do documento constitucional,

democracias. Devem servir, assim, como filtro ético que nos auxilie em nosso relacionamento com um mundo em rápida mudança. As constituições antes de tudo, devem permanecer como mecanismo de habilitação para que cada geração possa decidir seu próprio destino, sem, no entanto, estar autorizada a furtar esse mesmo direito às gerações futuras.” VIEIRA, Oscar Vilhena. op. cit. p. 20

⁵⁷ Na averbação de Flávia PIOVESAN, a recente retrospectiva histórica é a seguinte: “No caso brasileiro, o processo de incorporação do Direito Internacional dos Direitos Humanos e de seus importantes instrumentos é consequência do processo de democratização, iniciado em 1985. O marco inicial do processo de incorporação de tratados internacionais de direitos humanos pelo Direito Brasileiro foi a ratificação, em 1989, da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes. A partir dessa ratificação, inúmeros outros importantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos foram também incorporados pelo Direito Brasileiro, sob a égide da Constituição Federal de 1988. Assim, a partir da Carta de 1988 foram ratificados pelo Brasil: a) a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20/7/1989; b) a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24/9/1990; c) o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24/1/1992; d) o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24/1/1992; e) a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25/9/1992; f) a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27/11/1995. Merecem ainda destaque dois extraordinários e recentes avanços da política brasileira de direitos humanos, no que tange ao reconhecimento de instâncias jurisdicionais internacionais de proteção dos direitos humanos. O primeiro se refere à adesão do Brasil ao estatuto de criação do Tribunal Internacional Criminal Permanente, aprovado em Roma, em julho de 1998. O segundo avanço ocorreu com o Decreto Legislativo n. 89, de 3/12/1998, que aprovou a solicitação do Poder Executivo Federal de reconhecimento da competência jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Até então, inobstante a importância da ratificação de tratados de direitos humanos, o Estado Brasileiro recusava-se a acolher o sistema de monitoramento desses direitos. Vale dizer, o Brasil aceitava os direitos internacionais, ao mesmo tempo em que negava as garantias de proteção destes mesmos direitos. O ano de 1998 é, por isso, simbólico, à medida que nele se celebra o reconhecimento de duas relevantes instâncias jurisdicionais internacionais de proteção de direitos humanos.” PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e globalização. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena, op. cit. p. 202-203.

apenas se transfere para o campo da prática constitucional (aplicação e interpretação).”⁵⁸

Evidente que não interessa a nenhum cidadão o desmoronamento da estabilidade econômica, que vem sendo duramente conquistada em nosso país. Todavia, é necessário lembrar que a pós-modernidade⁵⁹ coloca no mercado ideológico uma reestruturação estatal, também denominada de reengenharia do Estado.⁶⁰ A alternativa oferecida é a privatização de uma série de atividades antes estatais. Para tanto, é preciso que investidores particulares apliquem considerável gama de recursos, obtendo-se, desta forma, meios para o desenvolvimento tecnológico requerido para o bom funcionamento dos serviços públicos. Seria uma ingenuidade assustadora acreditar que os investimentos realizados, muitos dependentes do capital

⁵⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo : RT, 1995. p. 18.

⁵⁹ Pós-modernidade, aqui, devendo ser entendida como uma “onda” que emergiu da crise havida no pensamento iluminista, após o fracasso do socialismo real. Não há um consenso entre o que significa pós-modernidade, a não ser o de que é uma reação, ou afastamento dos pressupostos e concepções do pensamento moderno, em oposição à racionalidade. Despreza toda a tradição iluminista, bem como os ideais acerca da emancipação humana, assim como, da razão, do progresso, da crítica e da dialética. No direito, se tal transposição for possível, a pós-modernidade, exatamente pela ausência (ou miscelânea) de pressupostos teóricos, pretende a construção de um sistema, com a desconstrução, por exemplo, da separação dos poderes, da legalidade e de outros princípios fundamentais da ciência jurídica, vendo, nos mesmos, construções totalitárias e passíveis de não se concretizarem.

⁶⁰ Sobre a reengenharia do Estado e da Administração Pública, sustentando a necessidade da adoção de novas metodologias administrativas que possibilitem uma gestão mais rápida, econômica e transparente, como é o caso da administração por objetivo, veja-se a doutrina de MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Administração Pública consensual : convênios, consórcios e acordos de programa*. In : **Teses do XXI Congresso Nacional de Procuradores do Estado**. Rio de Janeiro : Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, 5-9 nov. 1995. p. 12-23. Cf. também de MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Tendências da Administração Pública* in TELLES, Antonio A. Queiroz & ARAUJO, Edmir Netto de. (coord). **Direito administrativo na década de 90: estudos jurídicos em homenagem ao Prof. J. Cretella Júnior**. São Paulo : RT, 1997, p. 65-107. Suscitando a questão da “engenharia constitucional” na dinâmica das mudanças constitucionais, consultar, sobretudo, SARTORI, Giovanni. **Engenharia constitucional : como mudam as constituições**. Brasília : UNB, 1996.

estrangeiro, têm um caráter social no sentido da universalização do consumo dos serviços pelos cidadãos. Não é e nem pode ser este o objetivo dos concessionários de serviços públicos. Como empresários, inseridos no sistema capitalista de produção, claro está que seu objetivo, de todo dependente para o sucesso de seu empreendimento econômico, é o lucro.⁶¹

⁶¹ Segundo a sempre abalizada doutrina de Marçal JUSTEN FILHO, a questão acima colocada traz substanciais modificações não só na Administração Pública, como também no próprio conceito tradicional de empresa: (...) o exercício das competências estatais deve ser compatibilizado com a consecução dos interesses empresariais privados. A função regulatória remanescente, reservada ao Estado, não pode ser instrumento de prejuízo à eficiência da empresa privada. Logo, as regras acerca da atividade empresarial não podem ser rígidas ao ponto de tornar não-competitivas determinadas organizações privadas. A carga fiscal deve ser dimensionada segundo padrões internacionais, evitando que o “custo estatal” seja fator de oneração da empresa nacional no mercado. No plano constitucional, a empresa tem de ser investigada sob dois ângulos. A atividade empresarial pode ser considerada como instrumento de realização dos valores pessoais e egoísticos do empresário. Mas não se legitimou a empresa, constitucionalmente, apenas sob este aspecto. O que dá sustentação constitucional ao instituto da empresa é sua vocação para realização da dignidade de cada pessoa humana. É possível, então, estabelecer algum tipo de paralelo entre os institutos da propriedade e da empresa. Seria possível reconhecer a cada qual deles um certo papel fundamental na estruturação do sistema econômico. A maior relevância está na funcionalização constitucional de ambos os institutos. Tal como se passa com a propriedade, a empresa somente se legitima na medida em que seja a via de afirmação do empresário e a realização dos valores não referidos diretamente a ele. Isso não significa desnaturar a empresa e transformar o empresário em uma espécie de filantropo compulsório. É inerente à empresa a busca de eficiência e sua orientação para a satisfação de interesses egoísticos do empresário. Mas o que se afirma é que a realização de tais interesses apenas é válida em face do Direito se não for incompatível com a concretização de valores essenciais. (...) É imperioso reconhecer que a existência e continuidade do Estado são essenciais como garantia da Democracia e da manutenção de uma ordem justa. O problema, uma vez mais, é garantir a dignidade da pessoa humana. A ampliação dos poderes reconhecidos à empresa somente poderá admitir-se na medida em que também se incrementarem os controles jurídicos sobre sua atividade. A Civilização Ocidental caminhou longo percurso, durante séculos, para impor limites a seus governantes e submetê-los ao Direito. Essas conquistas fundamentais têm de ser mantidas. Não é possível admitir o desaparecimento do Estado Democrático de Direito. Ou seja, não é cabível que a busca pela realização dos direitos de terceira geração produza o sacrifício dos direitos de primeira e segunda geração. (...) Por isso, o Direito terá de impor limites para evitar que os empresários passem a ser mais poderosos do que os governantes – pois esses exercem o poder como representantes do povo. JUSTEN FILHO, Marçal. Empresa, ordem econômica e Constituição. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, 212, 109-133, p. 122-130-131.

O conflito está estabelecido com a privatização dos serviços públicos: tarifas atrativas e rentáveis aos concessionários poderão ocasionar serviços não usufruíveis pela maioria da população, perdendo seu caráter de serviços públicos e, conseqüentemente, aumentando a crise social em proporções não imaginadas. Por outro lado, os investidores, caso não possam manter suas margens de lucro, perderão o interesse no negócio e haverá um novo sucateamento das atividades.

Não se trata aqui de fazer um elogio inconseqüente ao *statu quo* anterior. As sociedades de economia mista e as empresas públicas, em quase todos os países do mundo, com o tempo, demonstraram a sua ineficiência, e seus continuados *deficits* implicaram no aumento da carga tributária ou na redivisão da mesma, com o sacrifício de investimentos sociais, sendo essa situação mais grave nos países periféricos, onde os recursos públicos sempre foram escassos.

O exercício das funções estatais, através dos procedimentos privatizantes, pode, em tese, contribuir para a solução dos problemas. A privatização de uma atividade estatal sob um duplo regime jurídico de direito público e privado – transformando, assim, um serviço público numa atividade econômica regida (parcialmente) pelo direito público, outorgando-se a operacionalização, mas mantendo a titularidade com a sociedade civil, pode apresentar soluções interessantes. Para tanto, seria necessário a instauração de um “capitalismo popular”, como, por exemplo, no caso brasileiro, a transformação de ativos da classe trabalhadora (o FGTS, por exemplo) em ações de empresas privatizadas, para investimentos oriundos da poupança compulsória interna voltados à produção e criação de

empregos. Outra técnica seria a do estabelecimento, junto as novas empresas privatizadas, de ações da classe *golden share*, permitindo ao Estado, mesmo minoritário, o veto de políticas contrárias ao interesse público. Exemplos existem no Brasil e frutificaram, como no caso da EMBRAER – Empresa Brasileira de Aeronáutica.⁶²

Sem políticas regulatórias firmes e incisivas, a falência sistêmica das empresas públicas e sociedades de economia mista, continuará. Essas empresas, no mais das vezes, foram apropriadas ilegitimamente por setores minoritários da sociedade, que estabeleceram políticas contrárias ao interesse público: preços irrealistas, demagógicos e protetivos para alguns, nomeações políticas, nepotismo, empreguismo, corrupção, fundos de pensão cuja maior contribuição vem do Erário público, para outros.⁶³ Por outro lado, não pode deixar de ser recordado que um número imenso de empresas públicas e sociedades de economia mista adquiriram essa natureza jurídica por incompetência empresarial de seus proprietários privados, que, por inapetência e inadimplência, entregaram as mesmas em pagamento de suas dívidas junto aos organismos estatais de crédito.

⁶² WALD et. alli. op. cit. p. 28-29.

⁶³ Impossível, sobre esse tema, deixar de concordar com CASSAGNE quando, analisando a questão e referindo-se à Argentina, mas numa crítica inteiramente aplicável a outros países, traça um preciso painel sobre a ineficiência das empresas estatais causadas pelos “constantes desequilíbrios financeiros” e pelos “abusos e arbitrariedades que costumavam ocorrer”. CASSAGNE, Juan Carlos. **Estudios de derecho público**. Buenos Aires: Depalma, 1995, p. 95-96. Sobre a questão na Europa, consultar SANTOS, António Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito económico**. 2. ed. Coimbra : Almedina, 1997, p. 168-173. Mesmo no caso em que as empresas públicas atuam em setores “não-competitivos” a privatização, em tese, pode aumentar a eficiência das mesmas, desde que, antes, os mercados sejam liberalizados e sejam estabelecidos sistemas de controle que incentivem a competição. Sobre o tema cf. CUERVO, Álvaro. **La privatización de la empresa pública**. Madrid : Encuentro Ediciones, 1997, p. 77 e segs.

Para dar um basta na situação caótica existem duas alternativas. Na primeira, a terapia recomendada seria o do controle rigoroso das empresas por parte do Estado e da sociedade, com a fiscalização permanente das contratações de bens, serviços e pessoal. O estabelecimento de concursos públicos e procedimentos licitatórios rígidos e sérios. Enfim, a publicização. A segunda, é a privatização com a conseqüente regulação. Tanto uma como outra não podem prescindir dos princípios fundantes do direito público. Os resultados da opção realizada ainda são paupérrimos, e a experiência ocorrida no passado, ao menos no Brasil, não recomenda otimismo.⁶⁴

A prestação de atividades tidas e havidas pela herança cultural da humanidade (ativo cultural no dizer dos franceses) como sendo serviços públicos podem, sem preconceitos, ser realizada por particulares, nacionais ou estrangeiros, sob a titularidade do Estado. Estruturalmente, este fato é uma necessidade histórica que surge, de tempos em tempos, como a do atual estágio pendular da evolução humana. Controlar o Estado que

⁶⁴ Cumpre, assim, transcrever a opinião do jornalista Jânio de FREITAS: "Não faz tanto tempo, eram privadas todas as atividades estatais que estão sendo ou podem vir a ser privatizadas agora. As telecomunicações e a eletricidade tornaram-se monopólios estatais há apenas 30 anos, porque seus concessionários não mais investiam para expandir os serviços na medida necessitada pelo crescimento econômico e urbano, tornando-se alvos de repúdio quase unânime. O monopólio estatal do petróleo instalou-se há 43 anos, e no vazio, porque as empresas hoje interessadas na privatização simplesmente negavam a existência, no Brasil, de reservas exploráveis. Do ponto de vista histórico, portanto, é tolice ou engodo dizer que a privatização é modernidade. Por este ângulo, é o retorno, é a antigüidade. Do ponto de vista econômico, não há como ter certezas, tão variados são os resultados possíveis. Tanto privatistas como seus opositores dividem-se entre os portadores de interesse material e os portadores de convicções mais hipotéticas do que demonstráveis. FREITAS, Jânio. Engodos privados. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 28 mai. 1995, p. 1-7.

controla a prestação desses serviços é a tarefa da ciência jurídica, especificamente a do Direito Público.⁶⁵

A ciência, jurídica ou não, só tem sentido se adotarmos os postulados há muito traçados por Galileu GALILEI, que falando pela pena de Bertolt BRECHT ensinou:

Eu sustento que a única finalidade da ciência está em aliviar a canseira da existência humana. E se os cientistas, intimidados pela prepotência dos poderosos, acham que basta amontoar saber, por amor ao saber, a ciência pode ser transformada em aleijão, e as suas novas máquinas serão novas aflições, nada mais. Com o tempo, é possível que vocês descubram tudo o que haja por descobrir, e ainda assim o seu avanço há de ser apenas um avanço para longe da humanidade. O precipício entre vocês e a humanidade pode crescer tanto, que ao grito alegre de vocês, grito de quem descobriu alguma coisa nova, responda um grito universal de horror. Como cientista tive uma oportunidade sem igual (...) Se eu tivesse resistido!⁶⁶

A resistência, ao nosso ver, prescinde da neutralidade. Se a ciência é neutra, ao cientista a neutralidade não é permitida.

No campo dos serviços públicos, se a esta altura da vida jurídica for possível construir uma conceituação técnica compatível com a prática do instituto, as convicções existentes terão uma prova de força: caso as agências funcionem, viveremos uma era de eficiência e materialização dos direitos sociais; caso fracassem, teremos mais uma vez a frustração de estarmos, como povo e nacionalidade, distantes das mais importantes conquistas da humanidade.

⁶⁵ Enfatizando a necessidade da implementação do controle da atividade política e econômica do Estado pelo cidadão para a implementação de uma sociedade democrática, consultar, TEPEDINO, Gustavo. Quem fiscaliza o fiscal? In: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro : Renovar, 1998. p. 489-491.

⁶⁶ BRECHT, Bertolt. A vida de Galileu. In: **Teatro completo em 12 volumes**. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1991. p. 165. V. 6.

“Eu sustento que a única finalidade da ciência está em aliviar a cansaça da existência humana” (GALILEU-BRECHT).

Como cientistas temos uma oportunidade sem igual!

Resistiremos?

2. AS AGÊNCIAS: ORIGENS E ATUALIDADE

2. 1. A REGULAÇÃO

Antes de tecer as primeiras linhas sobre as origens e a situação atual das Agências Reguladoras, necessário se faz traçar com precisão o instituto jurídico nascido pelas transformações vivenciadas pelo mundo hodierno, ou seja, a regulação, aqui entendida como uma, mas não só, intensificação do tradicional conceito de poder de polícia, conforme adiante se verá.

A expressão “regulação” tem sua origem nos estudos econômicos procedidos por profissionais de língua inglesa, com a finalidade de permitir uma distinção entre a clássica regulamentação de direitos e a intervenção regulatória do Estado na economia.⁶⁷

Preambularmente, de bom tom frisar que os processos regulatórios não são, necessariamente, idênticos nos países, nem as formulações jurídicas aplicadas são iguais, muito embora, na matéria de fundo, haja uma identificação, talvez inédita na história da humanidade, dos institutos jurídicos (re)criados: alienação de bens públicos, concessões, contratação de prestadores de serviços, quebra de monopólio estatal e

⁶⁷ BUSTAMANTE, Jorge Eduardo. **Desregulación entre el derecho y la economía**. Buenos Aires : Abeledo Perrot, 1993, p. 60. Sobre os processos jurídicos de intervenção regulatória, veja-se CASSAGNE, Juan Carlos. **La intervención administrativa**. 2. ed. Buenos Aires : Abeledo Perrot, 1994.

privado, liberalização legal de determinadas atividades antes vedadas aos particulares, ou seja, institutos jurídicos já existentes.

Sobre o tema, a doutrina, quase à unanimidade, estabelece como formas de privatização as seguintes: privatização por desestatização (ou seja, alienação da propriedade pública); por concessão; por terceirização; por quebra de monopólio; por desregulamentação.⁶⁸ Do mesmo modo, pode-se concluir que eventuais mudanças legislativas não implicam, necessariamente, em câmbios econômicos.⁶⁹

No dizer de Ismael MATA, “a regulação é uma política pública que consiste em uma restrição, ou interferência, nas atividades de um sujeito regulado por alguém (ente regulador) que não desenvolve ditas atividades e que estabelece as regras restritivas e controla o cumprimento das mesmas de forma continuada.”⁷⁰ Para o mencionado autor, o conceito antes exposto permite concluir que a regulação é: a) uma ação distinta e externa da atividade regulada; b) uma limitação à liberdade do regulado; c) uma política pública, que responde ao interesse geral ou público; d)

⁶⁸ Verticalizar em SANTOS, Antonio Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão, op. cit. p. 193-197. Para AMARAL FILHO, Marcos Jordão Teixeira do. Op. cit. p. 41, “a desestatização, como fim perseguido, situa-se no terreno ideológico deste final de século, privatização e desregulamentação situam-se no campo da realidade concreta, objetivada pelo direito, consubstanciada nos atos e leis decorrentes.”

⁶⁹ “A ordem jurídica não reflete ponto por ponto a estrutura econômica. A estrutura econômica é sem dúvida traduzida na ordem jurídica, mas é-o em termos jurídicos (juridicamente). Uma mesma ordem jurídica pode traduzir diversas formas de economia: isso depende da própria realidade econômica; certas transformações da ordem jurídica não implicam transformações correspondentes na economia: existe uma certa insensibilidade econômica a certas transformações jurídicas.” MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. Coimbra : Centelha, s. d. p. 13.

⁷⁰ MATA, Ismael. Los entes reguladores de los servicios públicos. **El derecho administrativo argentino, hoy**. Buenos Aires : Editorial Ciencias de la Administración, 1996, p. 115. (traduzido)

pressupõe um padrão, um modelo, que não é outra coisa senão a conduta desejada das atividades do regulado; e) esta conduta (comissiva ou omissiva) está contida na norma regulatória e a verificação do cumprimento da mesma é a tarefa do controle realizado; f) é um processo permanente, dinâmico, de ajuste para assegurar a regularidade e a continuidade dos serviços prestados.⁷¹

Para MUÑOZ MACHADO, estribado em P. SELZNICK, a regulação é um conjunto de técnicas de intervenção pública no mercado, devendo a mesma ser entendida como um controle prolongado e localizado, exercido por uma agência pública, sobre uma atividade à qual a comunidade atribui relevância social. Difere-se, pois, do poder de polícia: este é atividade da Administração Pública **sobre os agentes do mercado**; a regulação é atividade legislativa que atua **sobre o mercado**.⁷²

A regulação, entretanto, como a imposição de limites à liberdade do prestador do serviço, não teria nenhum sentido, se não visasse introduzir elementos de competição, na medida do possível, na prestação dos serviços públicos, ou de interesse público.⁷³ O conceito de competição é aqui utilizado como a fórmula jurídica que visa estabelecer padrões de eficiência nas atividades antes prestadas pela Administração Pública diretamente, ou indiretamente por empresas públicas ou sociedades de economia mista. A eficiência, aqui, quer nos parecer, surge como conceito

⁷¹ MATA, Ismael. Op. cit., p. 115.

⁷² Op. cit. p. 264. Na doutrina nacional Juarez FREITAS defende a idéia de que o poder de polícia deve ser reconceituado no sentido de “viabilizar”, no seu conjunto, os princípios elencados no art. 170 da Constituição Federal” para “à base de medidas preventivas, que serão cabíveis quando houver indício ou fundado receio de que o representado cause lesão irreparável ou de difícil reparação ao mercado.” Op. cit. p. 58.

⁷³ MATA, Ismael, idem, p. 115.

econômico. Muito embora a Emenda Constitucional n. 19/98 tenha dado dimensão constitucional ao princípio da eficiência, tornando o mesmo um conceito jurídico, entendemos que a eficiência buscada pela regulação tem conteúdo econômico, isto é, somente podendo ser auferida a mesma nos serviços públicos pelo binômio tarifa-serviço prestado. Para SANTOS PASTOR, uma situação é eficiente, sob o ponto de vista econômico, quando não se pode encontrar outra situação em que alguém pudesse ofertar uma alternativa melhor.⁷⁴

Ao se privatizar a prestação de uma atividade antes desenvolvida pelo Estado, quer através do monopólio fático, quer através do legal ⁷⁵, não se está desregulando a atividade, mas sim regulando-a. Isto porque o Estado, para usar a linguagem de Julio R. COMADIRA, “não pode abandonar o papel de gestor do bem comum e voltar-se para os postulados do indiferentismo global”⁷⁶, e se obriga, para garantir a competitividade e o direito (subjeto) de usufruir dos cidadãos, a editar uma nova, e mais específica, legislação. ARIÑO ORTIZ sustenta que a venda de propriedade e empresas do Estado e a devolução das tarefas e serviços aos

⁷⁴ SANTOS PASTOR. **Sistema jurídico y economía**. Madrid : Tecnos, 1989, p. 34.

⁷⁵ Esta expressão, monopólio legal, “não é juridicamente correta, porque se trata, na verdade, de reserva originária, que exclui do setor a empresa privada. A este ato de exclusão podem ocorrer duas possibilidades: a primeira, é que o serviço seja administrado diretamente pelo Estado ou por um ente público; a segunda, o serviço é atribuído, pelo Estado, em concessão, a um particular. No primeiro caso, o Estado tem titularidade e exercício; no segundo, uma *gestion déléguée*.” CASSESE, Sabino. De la vieja a la nueva disciplina en los servicios públicos. **Actualidad en el derecho público**. 4º ano, n. 8, 19-24, p. 20.

⁷⁶ COMADIRA, Julio R. op. cit. p. 219. Para Vital MOREIRA, “embora a economia seja teoricamente pensável sem o estado, a economia capitalista não pode dispensá-lo, não pode prescindir de uma especial ordem jurídica estatal”. Op. cit. p. 99.

particulares, mantêm a *publicatio* do serviço, apenas privatizando a sua gestão.⁷⁷

Para RODRIGUEZ ARANA, “a privatização pode ser definida como um conjunto de decisões que compreendem, em sentido estrito, quatro atividades. Primeira, a desregulação de determinados setores públicos. Segunda, a transferência de propriedades de ativos. Terceira, a promoção da prestação e gestão privada dos serviços públicos. E, quarta, a introdução de procedimentos de gestão privada nas empresas e entes públicos.”⁷⁸ RODRÍGUEZ CHIRILLO apresenta a privatização em duplo sentido: amplo e restrito. No primeiro, “toda modificação nos modos de atuação da administração como consequência da transferência de empresas e/ou atividades ao setor privado, ou da adequação das mesmas às regras de mercado, ou, enfim, do abandono de funções econômicas que àquela competem. Em poucas palavras, o conceito nos reconduz a toda retratação ou reversão das funções administrativas da economia.”⁷⁹ Em sentido estrito, “a transferência da titularidade ou gestão pública de bens e/ou atividades em favor dos particulares”.⁸⁰ Na mesma senda da duplicidade conceitual, no direito pátrio, a lição de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO.⁸¹ No mesmo sentido as obras de Cristina VASQUEZ⁸²; José Maria

⁷⁷ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, op. cit. p. 284-285.

⁷⁸ RODRIGUEZ ARANA, Jaime. **La privatización de la empresa pública**. Madrid : 1991, p. 75-76, in COMADIRA, Julio R. **Derecho administrativo**. Buenos Aires : Abeledo Perrot, 1996, p. 217, nota 3. (traduzido)

⁷⁹ RODRIGUEZ CHIRILLO, Eduardo. Op. cit. p. 83-84. (traduzimos).

⁸⁰ Idem, p. 84. (traduzimos)

⁸¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 3. ed. São Paulo : Atlas, 1999. p. 15.

⁸² VASQUEZ, Cristina. Marco normativo de la reforma del estado: ley n. 16.736 y disposiciones reglamentarias. **Revista de derecho público**. a. 1997, ns. 11-12, p. 89-126, especialmente 92.

SOUVIRÓN MORENILLA⁸³; Marcos Juruena Villela SOUTO⁸⁴; e Ismael FARRANDO (h)⁸⁵.

Apontando a correção dos conceitos antes expostos, mas a insuficiência dos mesmos, temos GARCIA DE COCA, para quem “o estado de liberdade exige algo mais. A privatização destes patrimônios deve ser acompanhada – enquanto técnica a serviço de uma economia determinada – de medidas que incrementem a competição no mercado. A privatização sem mais, não implica necessariamente num marco mais competitivo, como evidenciou a experiência britânica. Inclusive, é possível uma economia privatizada menos eficiente e competitiva.”⁸⁶

A diferença – entre privatização e regulação – não é meramente semântica, eis que assume importância capital para o direito: atividades antes desempenhadas pelo Estado eram fragilmente reguladas, pela elementar razão que o Estado dificilmente regula, restringe, limita, suas próprias atividades. Quando privatiza, terceiriza, concede, delega, autoriza, desregulamenta, enfim, outorga juridicamente o exercício de uma atividade de interesse público a um determinado particular, o ente estatal se vê na contingência de normatizar fortemente o exercício das atividades por parte dos particulares para outros particulares, até mesmo como forma de legitimar-se perante sua população.

⁸³ SOUVIRÓN MORENILLA, José Maria. **La actividad de la administración y el servicio público**. Granada : Comares, 1998, p. 57 e seguintes.

⁸⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização, privatização, concessões e terceirizações**. 2. ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 1999.

⁸⁵ FARRANDO (H), Ismael. Servicios públicos y privatizaciones. **Actualidad en el derecho público**. a. 4, n. 7, 1998, p. 147-168.

⁸⁶ GARCIA DE COCA, José Antonio. **Sector petrolero español: análisis jurídico de la despublicatio de un servicio público**. Madrid : Tecnos, 1996, p. 230-231. (traduzido)

A regulação, desde uma perspectiva econômica, é uma forma de controle, ou prevenção, com a finalidade de corrigir, ou prevenir, as consequências negativas dos monopólios antes públicos, agora, possivelmente, privados.⁸⁷ A grande vantagem da regulação, por enquanto somente no plano teórico, consiste que o controle dos serviços públicos, em tese, seja realizado através de critérios técnicos, distantes dos interesses localizados dos eventuais e sempre transitórios – nas democracias representativas –, donos do poder. Neste aspecto, a regulação é um controle “despolitizado”, com a expressão adquirindo o sentido que lhe dá Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, ou seja, “despolitizar é eliminar o conteúdo político desnecessário das decisões, ou das atividades executórias ou de ambas, conforme o caso”.⁸⁸ Por outro lado, como destaca GORDILLO, existem casos em que a regulação existe sem que à atividade se aplique a qualificação de serviços públicos, como, por exemplo, bancos e seguradoras.⁸⁹

Sob o ponto de vista jurídico, a regulação dos serviços públicos visa atender aos critérios universais de uniformidade, continuidade, regularidade, qualidade e tarifas módicas;⁹⁰ sendo finalidade essencial a harmonização entre o interesse público com os direitos dos particulares.⁹¹ Para ARIÑO ORTIZ, o novo regime proposto para os serviços públicos está

⁸⁷ MATA, Ismael. Op. cit. p. 117.

⁸⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Tendências da administração pública, op. cit. o. 87.

⁸⁹ GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. 3. ed. Buenos Aires : Fundación de Derecho Administrativo, 1998, p. VI-5.

⁹⁰ Idem, p. 117-118. Para ARIÑO ORTIZ, a regulação dos setores privatizados visa assegurar a qualidade dos serviços, a proteção dos usuários e a defesa da competição, sempre que possível. ARIÑO ORTIZ, **Economía y estado**, p. 54-55.

⁹¹ COMADIRA, Julio R. Op. cit.

centrado em quatro liberdades: liberdade de entrada (à iniciativa privada, visando um regime de pluralidade de operadores); liberdade de acesso ao mercado (com o livre trânsito das redes e infra-estruturas já existentes); liberdade de contratação e formação competitiva de preços; e, liberdade de investimentos.⁹²

Interessante notar, de acordo com MUÑOZ MACHADO, que a regulação é, completamente, diferente tanto do monopólio público como do *laissez faire*. No primeiro, temos uma certa forma de regulação econômica, certamente a mais intensa, mas não se produz nenhuma tensão entre os interesses públicos e privados. No segundo, o mercado é completamente livre e não se pode, a rigor, falar de regulação.⁹³ Por isso, para o citado mestre espanhol, a regulação atende variadas necessidades, notadamente as de controlar o poder dos monopólios; de controlar os benefícios inesperados, resultantes de mudanças súbitas em alguns preços; de corrigir o incremento dos custos dos serviços; de compensar informações inadequadas por parte dos prestadores; de evitar a excessiva competição que pode ser ruinosa, e de aliviar a escassez.⁹⁴

A regulação de um serviço público não é um processo fácil e que já se encontra encerrado. Mesmo naqueles locais onde as experiências são, temporalmente, mais antigas, a regulação é um procedimento dinâmico, cambiante, que apresenta matizes diferenciados em cada lugar e momento histórico, prolongando-se pelos tempos futuros. A tarefa da

⁹² ARIÑO ORTIZ, G.; DE LA CUÉTARA, J. M.; LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. Martínez., op. cit. p. 27-30.

⁹³ Op. cit., p. 265.

⁹⁴ Idem, p. 266-268.

regulação jamais cessará, pois os riscos do imobilismo, ou da crença de que tudo já foi regulado, são permanentes, ainda mais num mundo onde as riquezas são constantemente recriadas e, com os mercados interligados, os preços dos bens e serviços outorgados aos particulares sofrem influxos dos mais variados. Numa economia globalizada, os riscos de grandes e duradouras crises é constante, afetando, violentamente, os serviços públicos.⁹⁵ Para tanto, “se exige uma autoridade reguladora dotada, ao mesmo tempo, de preparação técnica, independência política e legitimação democrática”.⁹⁶

Seria interessante que os custos da implementação das reformas através da regulação fossem tecnicamente computados, para que a cidadania verificasse a utilidade de tão profundas mudanças e, nos países democráticos, o eleitorado pudesse melhor comparar os programas de governo propostos pelos candidatos ideologicamente ligados ao neoliberalismo com os candidatos contrários a tal sistema. Lamentavelmente, esses levantamentos não vêm sendo realizados, e eventuais melhorias nas economias são apresentadas pelos governos “reformistas” com grande alarde. “Olvidam-se”, por outro lado, de mostrar quanto foi gasto pela sociedade para propiciar à obtenção desses novos, e melhores, índices econômicos e, principalmente, se esses índices

⁹⁵ Sobre este tema, cf. ARIÑO ORTIZ, quando alerta que “a regulação do serviço público deve, com toda a evidência, não só evitar injustiças discriminatórias, mas induzir à uma mais justa distribuição da riqueza, mediante a provisão, ao mais necessitados, do mínimo vital, já que hoje, num país desenvolvido, todos possuem esse direito; porém, isso deve ser feito dentro de certos limites, de tal maneira que não afete gravemente a racionalidade econômica, ao estimular eventualmente um excesso de demanda ou uma insuficiência de oferta, criadas justamente por preços excessivamente baixos.” ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **La regulación económica: teoría y práctica de la regulación para la competencia**. Buenos Aires : Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, 1996, p. 74. (traduzimos)

⁹⁶ Idem, p. 77.

econômicos trouxeram ou não, uma melhoria na qualidade de vida das pessoas.

2. 2. AS AGÊNCIAS REGULADORAS NOS EUA⁹⁷

O instituto jurídico da regulação, bem como a criação dos entes competentes para tanto possui raízes na Inglaterra medieval. A origem do instituto jurídico das atividades de “utilidade pública”, bem como da regulação dos mesmos, aparece através da atuação dos *common calling* (profissional que oferecia seus serviços de interesse às comunidades, mediante uma remuneração), que por suas qualificações profissionais, eram raros e muito procurados por parte das populações dos burgos. Como seus serviços eram indispensáveis, sendo os ancestrais dos médicos, dentistas, veterinários, etc., as autoridades começaram a obrigar que prestassem universalmente seus préstimos, bem como tabelassem os preços cobrados pelos serviços.⁹⁸

Esta tradição de tabelar os preços cobrados por alguns serviços, foi levada aos Estados Unidos pelos imigrantes do Reino Unido, em termos jurídicos e institucionais, fez nascer, na América do Norte, o instituto jurídico da regulação.

⁹⁷ Para um panorama sobre o funcionamento das agências no direito norte-americano, até a década de 1930, consultar ANHAIA MELLO, Luiz de. **O problema económico dos serviços de utilidade pública**. São Paulo : Prefeitura de São Paulo, 1940, que se constitui, sem desfavor aos demais, no mais aprofundado estudo doutrinário do direito brasileiro sobre o tema.

⁹⁸ Cf. MONTERO PASCUAL, Juan José. Titularidad privada de los servicios de interés general, in CREMADES, Javier. **Derecho de las telecomunicaciones**. Madrid: La Ley, 1997, p. 1217-12141, especialmente p. 1224-1225.

Nos Estados Unidos, a regulação das *public utilities* começa na segunda metade do século passado, com a edição dos sucessivos marcos legais e a criação de autoridades de controle (*regulatory, agencies*), por atividade ou setor de atividade, como a Comissão de Comércio Interestadual, Comissão Federal de Energia, Comissão Federal de Comunicações, etc. Por outro lado, na Grã-Bretanha, as atividades qualificadas como *utilities* (eletricidade, ferrovias, etc.) foram exercidas, até o governo TATCHER, através de *public corporations* (empresas públicas).⁹⁹

Assinala Rodolfo BEDEL que no âmbito dos Estados-membros dos EUA, as primeiras agências reguladoras remontam aos anos de 1839 e 1844, em Rhode Island e New Hampshire, as quais possuíam limitados poderes em matéria de controle ferroviário. Os poderes efetivos de regulação (*mandatory-type*) somente apareceram, em âmbito estadual, posteriormente, mediante a delegação, por parte do Legislativo, às Comissões de serviços para a resolução de conflitos entre prestadores e usuários.¹⁰⁰

Preliminarmente, deve ser esclarecido que o conceito de serviço público, nascido no direito francês, conforme visto no capítulo anterior, não se aplica ao direito norte-americano, berço das agências reguladoras.

⁹⁹ MATA, Ismael. Op. cit. p. 118.

¹⁰⁰ In COMADIRA, Julio R. Op. cit. p. 222. Para um aprofundamento sobre o papel das agências reguladoras nos Estados Unidos, consultar, em língua espanhola, entre outros, BETANCOUR RODRIGUEZ, A. **Las administraciones independientes**. Madrid : Tecnos, 1994; MORENO MOLINA, A. M. **La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica**. Madrid : Marcial Pons, 1996. MUÑOZ MACHADO, Santiago. **Servicio público y mercado** : los fundamentos. op. cit. Para língua inglesa, todos estes autores trazem um amplo levantamento bibliográfico.

Naquele país, quer pela herança do *common law*, quer pelo florescimento e desenvolvimento do capitalismo, as raízes de determinadas atividades econômicas foram bastante diversas.¹⁰¹

Ismael MATA aponta as principais características das *public utilities*: (1) O legislador qualifica as atividades que entram nessa categoria, geralmente atendendo as necessidades de uma caríssima infra-estrutura, que assegure a normal prestação do serviço e a situação de monopólio que assegure sua prestação eficiente; (2) a lei reguladora da atividade estabelece uma autoridade independente para à aplicação da lei; (3) a atividade regulada, em geral, continua sendo prestada por particulares; (4) o desempenho da atividade requer uma “habilitação estatal”; (5) o serviço é obrigatório, e as tarifas devem ser justas e razoáveis.¹⁰²

¹⁰¹ Lembra Caio TÁCITO que: “A figura da transferência ou delegação de um serviço público, a concepção de que o Estado destaca uma parte de sua competência para atribuí-la à exploração do concessionário, não se identifica no direito norteamericano. O processo evolutivo correspondeu, nos Estados Unidos, a um movimento diverso. Em princípio, todo serviço é privado, toda atividade econômica entende-se livre e franqueada à iniciativa particular. Certos serviços há, no entanto, que são essenciais ou necessários à vida coletiva, incidindo a sua execução sob o controle do Estado, em virtude dos privilégios e deveres especiais que envolve. São negócios (*business*) públicos, no sentido de que servem à coletividade. Na observação de ADLER, “*the fundamental basis of this concept is that business occupations fall into two classes, one public and other private, and that business activities of the latter type are not subject to special duties to the individuals served, and do not owe special duties to the state*”. (H. M. ADLER, “*Business Jurisprudence*”, in **Harvard Law Review**, 28/135, *apud* WILSON, HERRING & EUTSLER, **Public Utility Industries**, p. 3). O controle do Estado equívale a um grau mais intenso do poder de polícia, em consideração dos relevantes interesses públicos em jogo. Não há um conceito apriorístico, ou definido desse serviço público virtual. O seu teor é incerto, casuístico, pragmático. Varia no tempo e no espaço, em função de exigências sociais mutáveis e fluidas. O termo *public utility* indica, segundo FREUND, a categoria de negócios sujeitos a intenso controle público em razão dos privilégios que usufruem (direito de domínio eminente e uso de vias públicas) e das prerrogativas de monopólio, ou pela fusão de ambos os fatores. (ERNST FREUND, **Administrative Powers over Persons and Property**, p. 304).” TÁCITO, Caio, op. cit. p. 213-14

¹⁰² MATA, Ismael. op. cit. p. 118. (traduzimos)

Há na doutrina internacional quase uma unanimidade no sentido que de que o marco inicial da regulação das *public utilities* encontra-se numa decisão tomada pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América do Norte, em 1876. Trata-se do famoso litígio *Munn versus Illinois*, 94 US 113 (1876).¹⁰³ O sumário do julgado¹⁰⁴ permite uma série de conclusões. A

¹⁰³ Em linhas gerais, o famoso litígio pode ser assim sintetizado: Os Srs. MUNN e SCOTT eram proprietários de um silo na cidade de Chicago. Tendo em vista a grande procura do mesmo pelos agricultores do Estado do Illinois, para a guarda dos grãos colhidos, os Srs. MUNN e SCOTT resolveram aumentar o preço das tarifas cobradas. Em virtude disso, e tendo em vista o que estabelecia uma Lei Estadual de 25 de abril de 1871, no dia 29 de junho de 1872, uma denúncia foi autuada na Corte Criminal da Comarca de Cook, Illinois, contra *Munn & Scott*. Alegavam os denunciante que MUNN e SCOTT eram, na cidade de Chicago, naquela comarca, os administradores e locatários de um armazém público, conhecido como “*Northwestern Elevator*”, nos quais armazenavam grãos em grandes quantidades e aumentaram os preços referentes às estocagens, em desconformidade com a legislação estadual. A *Circuit Court* da Comarca de Cook, decidiu que eles fixaram um preço pela armazenagem e manuseio dos grãos em níveis superiores ao estabelecido na lei local, e os declarou culpados, condenando-os ao pagamento de uma multa no valor de US\$ 100,00 (cem dólares norte-americanos). Etribados nos dispositivos constitucionais que consagravam a livre iniciativa e o direito de propriedade, notadamente a Décima Quarta Emenda da Constituição Americana, os Srs. MUNN e SCOTT interpuseram recurso perante o Judiciário Estadual, alegando a inconstitucionalidade do citado ato. Derrotados na instância estadual, eis que o julgamento na Corte Criminal da Comarca de Cook foi confirmado pela Suprema Corte do Estado de Illinois o pleito judicial dos Srs. MUNN e SCOTT, mediante recurso próprio, que sustentava erro na aplicação e interpretação das normas constitucionais, chegou à Suprema Corte dos Estados Unidos. Para o inteiro teor do mesmo, consultar o *site* da Universidade de Cornell (URL: <http://www2.law.cornell.edu>), que publica as mais importantes e históricas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Excertos do voto do Juiz WAITE, em língua portuguesa, aparecem em SWISHER, Carl Brent. **Decisões históricas da Corte Suprema**. Rio de Janeiro: Forense, 1964, p. 90-92.

¹⁰⁴ 1. Sob os poderes inerentes a toda a soberania, um governo deve regular a conduta de seus cidadãos em relação uns aos outros e, quando necessário ao bem comum, o modo pelo qual cada um deve usar sua propriedade. 2. No exercício desses poderes, tem sido costumeiro na Inglaterra desde tempos imemoráveis, e neste país desde sua primeira colonização, regulamentar os serviços de travessias de balsa, empresas de transporte coletivo, táxis, padeiros, moleiros, administradores de desembarcadouros, estalajadeiros, etc., e, em fazendo isso, fixar um preço máximo a ser cobrado por serviços prestados, acomodações fornecidas e artigos vendidos. 3. À época da adoção da Décima Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos, não se supunha que decretos regulamentando o uso, ou mesmo o preço pelo uso, da propriedade privada necessariamente privassem um dono de sua propriedade sem o devido processo legal. Sob algumas circunstâncias, isso poderia acontecer, mas não sob todas as circunstância. A Emenda não muda a lei nesse particular, ela apenas proíbe os

primeira é a de que a mais alta instância do Judiciário norte-americano reconheceu que o Estado, no exercício de sua soberania, tem o dever de regular a conduta de seus cidadãos, inclusive no exercício de suas atividades privadas, notadamente quando das mesmas depende a coletividade. Consagrado está, pois, o poder de regulação do Estado na jurisprudência norte-americana.

Segunda, que determinadas atividades, necessárias ao bem comum – *public utilities* –, desde tempos imemoriais, sempre foram reguladas no país onde nasceu o *common law* e nos Estados Unidos a

Estados de fazerem aquilo que implicaria em tal privação. 4. Quando o dono da propriedade dedica-a a uma espécie de uso no qual a comunidade tem interesse, ele na verdade outorga à comunidade um interesse em tal uso, e deve, para ampliar esse interesse, submeter-se a ser controlado pela comunidade, para o bem comum, pelo tempo que mantiver esse uso. Ele pode revogar sua outorga, descontinuando o uso. 5. Os direitos de propriedade e a uma razoável compensação pelo seu uso, criados pela *common law*, não podem ser retirados sem o devido processo legal; mas a lei, por si só, como uma regra de conduta, pode ser mudada de acordo com a vontade da legislatura, salvo se as limitações constitucionais o proibam. A grande função dos decretos é a de remediar os defeitos da *common law*, à medida em que eles forem aparecendo, e de adaptá-los à mudanças do tempo e das circunstâncias. 6. A limitação dada por decreto-lei legislativo do limite do preço a ser cobrado por serviços prestados ao público, ou pelo uso de propriedade na qual a comunidade tem algum interesse, não estabelece nenhum novo princípio na lei, mas apenas dá um novo efeito a um velho princípio. 7. O decreto legislativo pode, como assunto de interesse doméstico, prescrever regulações quanto e onde os armazéns estarão situados e como seus negócios serão exercidos dentro dos limites de um Estado, não obstante eles sejam usados como instrumentos por aqueles comprometidos com o comércio interestadual, assim como o comércio dentro do Estado, e até que o Congresso aja relativamente às suas relações interestaduais, tais regulações podem ser impostas mesmo se puderem indiretamente causar efeitos em relação ao comércio além da sua jurisdição imediata. 8. A Corte não quer com isso afirmar que um caso não possa surgir, no qual se possa verificar que um Estado, sob a forma de regulação de seus próprios assuntos, tenha se usurpado da competência exclusiva do Congresso, no que diz respeito ao comércio interestadual. 9. A nona sessão do primeiro artigo da Constituição dos Estados Unidos verifica-se apenas como uma limitação dos poderes do Congresso, e em nenhum sentido afeta os Estados na regulação de seus assuntos domésticos. 10. O Ato da Assembléia do Illinois, intitulado "Um Ato para regular Armazéns Públicos e a Armazenagem e a Inspeção de Grãos, e para dar efeito ao Artigo 13 da Constituição deste Estado", aprovado em 25 de abril de 1871, não é ofensivo à Constituição dos Estados Unidos. (traduzimos)

fixação de um preço máximo a ser cobrado pelos serviços é matéria básica de regulação estatal..

Terceira, que os dispositivos constitucionais devem ser interpretados de acordo com a época em que estão sendo aplicados, ou seja, que é tarefa da jurisprudência, bem como da doutrina, modificar a interpretação dos dispositivos legais, sendo desnecessário, portanto, a modificação legislativa para que a evolução do direito se proceda. Surge aqui, quer nos parecer, o caráter incerto e casuístico do instituto, tão realçado pelos doutrinadores antes citados.

Quarta, ao contrário dos países que adotaram o sistema do *civil law*, o *common law* pressupõe que a outorga para o exercício de determinadas atividades não se faz pelo Estado, mas sim pelos próprios agentes privados que prestam e utilizam aquela atividade.

Quinta, que no verdadeiro federalismo praticado nos Estados Unidos da América do Norte, mesmo nas matérias econômicas mais fundamentais, os Estados-membros gozam de ampla competência legislativa.

A contribuição da Suprema Corte dos Estados Unidos não cessaria. O mesmo Tribunal, no decorrer das decisões emanadas depois do *case Munn vs. Illinois*, fixaria novos e fundamentais marcos para a questão regulatória. Outro *leading case* famoso - *Nebbia versus New York*,

291 US 502¹⁰⁵ - merece comentários. Pode-se inferir, que o Judiciário norte-americano, naquele período histórico (final do século XIX, início do

¹⁰⁵ O caso, a exemplo do anterior, se olhado pela ótica atual, chega também a ser singelo. Decidiu a Suprema Corte que os produtores poderiam fornecer leite com preços diferenciados entre os revendedores autorizados e os demais comerciantes. O sumário do julgamento assim foi exposto: 1. Como pressuposto para atacar uma regulação discriminatória de preços, baseada na cláusula de igualdade de proteção da Décima Quarta Emenda, a parte reclamante deve demonstrar que ela mesma é adversamente afetada por essa regulação. 2. Uma regulação fixando preço pelo qual os donos de lojas deverão comprar o leite de revendedores de lei num patamar mais alto que aquele pelo qual revendedores autorizados comprariam dos produtores, e autorizando um preço de venda ao consumidor mais alto para os revendedores de que para os donos de lojas, mantém compatibilidade com a cláusula de igualdade de proteção da Décima Quarta Emenda, em virtude das distinções que devem ser feitas entre as duas classes de comerciantes. 3. Como parte de um plano para consertar as injustiças na indústria do leite, que reduziu a renda do produtor para valores abaixo do preço de produção e ameaçou privar a comunidade de um suprimento seguro de leite, um estatuto de Nova Iorque buscou proibir o destrutivo corte de preços pelas lojas que, sob circunstâncias peculiares, eram capazes de comprar por preços muito mais baixos que os grandes distribuidores e vender sem ter que incluir o referente aos custos de entrega. Para que isso tivesse fim, um decreto do Conselho de Estado, agindo sob distribuidores aos consumidores, e de nove *cents* por quarto para vendas feitas por lojas para consumidores. Mantém-se, assim, o modo como foi aplicado a um dono de loja, e a regulação não poderá ser judicialmente decidida como conflitante com a cláusula do devido processo legal da Décima Quarta Emenda, pois, em vista dos fatos demonstrados no parecer, demonstrou-se não ser injusto ou arbitrário ou sem qualquer relação com o propósito da legislação. 4. O uso da propriedade privada e a elaboração de contratos privados são, regra geral, livres de interferência governamental; mas estão sujeitos a regulação pública quando a necessidade pública o requerer. 5. A cláusula do devido processo da Décima Quarta Emenda condiciona a aplicação do poder regulamentar à premissa de que os fins devem ser obtidos através de métodos consistentes com o devido processo legal, que a regulamentação não deve ser injusta, arbitrária ou caprichosa, e que os meios selecionados deverão ter real e substancial relação com o objetivo que se quer ver atingido. 6. Disso resulta que uma regulamentação válida para um tipo de negócio, ou para dadas circunstâncias, poderá ser inválida para outro tipo de negócio, ou para o mesmo tipo de negócio sob outras circunstâncias, pois a razoabilidade de cada regulação depende dos fatos a ela relevantes. 7. O poder de um Estado para regular os negócios visando o interesse público estende-se ao controle e regulação de preços pelos quais as mercadorias deverão ser vendidas, nos casos em que a regulação de preços é um meio razoável e apropriado para retificar a injustiça que exigiu essa regulação. 8. Não há nenhum princípio limitando a regulação de preços para negócios que são de utilidade pública, ou que têm o monopólio ou que desfrutam de subvenção pública ou privilégio. *Munn versus Illinois*, 94, US 113, p. 531. 9. Afirmar que essa propriedade está “revestida de interesse público” ou que uma indústria está “apegada ao interesse público” significa dizer que a propriedade ou a indústria, pela razões adequadas, está sujeita a controle para o bem comum. 10. Não existe uma classe ou categoria específicas de negócios afetados pelo interesse público, e a função dos tribunais na aplicação das Quinta e Décima Quarta Emendas é determinar em cada caso quais as circunstâncias que justificam a ora

século XX), discriminou ainda melhor o conceito de *public utilities*, traçando fronteiras seguras. Para a jurisprudência da Suprema Corte, as atividades “revestidas de interesse público” ou “apegadas ao interesse público” seriam aquelas em que o direito de propriedade está sujeito ao controle do bem comum. Assim, ao invés de um embasamento ideológico de caráter patrimonial, a Suprema Corte passava a analisar as atividades de interesse

questionada regulamentação como um justo exercício da autoridade governamental, ou que a condenem como arbitrária ou discriminatória. 11. Decisões negando o poder de controlar os preços de negócios nos quais se verificou que não estavam “apegadas ao interesse público” ou “revestidos de interesse público” devem estar embasadas na premissa de que as exigências do devido processo legal não foram alcançadas porque as leis se mostraram arbitrárias na sua operacionalização e efeitos. 12. Até onde a exigência do devido processo se faz pertinente, e na ausência de qualquer outra restrição constitucional, em Estado é livre para adotar qualquer política econômica que razoavelmente se possa supor eficaz para promover o bem-estar público, e para reforçar essa política através de uma legislação adaptada a esse propósito. Os tribunais não têm autoridade para se manifestar sobre essa política, ou, quando ela é declarada pela legislatura, para anulá-la. Se as leis aprovadas são tidas como possuindo relação com uma finalidade legislativa adequada, e não são nem arbitrárias nem discriminatórias, as exigências do devido processo legal estão satisfeitas, e uma decisão judicial sobre esse resultado implica em um *functus officio* do tribunal. 13. O ato de legislar passa principalmente pelo juízo da necessidade de tal decretação legal; toda e qualquer possível presunção é em favor de sua validade, e, embora o Tribunal possa achar essa decretação insensata, ela não pode ser anulada a não ser que se configure palpavelmente um excesso de poder legislativo. 14. Se o corpo legislativo, dentro da sua esfera de governo, conclui que as condições ou práticas de uma indústria fazem da competição irrestrita uma inadequada garantia aos interesses dos consumidores, produzem resíduos perigosos à população, ameaçam finalmente a cortar o fornecimento de uma comodidade da qual a população tem necessidade, ou têm grande probabilidade de levar à destruição da própria indústria, suas decisões legislativas aprovadas como um esforço honesto para corrigir essas temíveis conseqüências não podem ser ignoradas pelo fato da regulação ter adotado preços fixos, preços estes razoavelmente tidos por justos pela legislatura para com aqueles envolvidos com a indústria e para o público consumidor. 15. Isso fica especialmente claro quando é defeituosamente ajustado um só preço, que ameaça causar danos ao produtor em uma ponta da cadeia, e ao consumidor, na outra ponta. 16. A Constituição não garante a ninguém a liberdade para conduzir seus negócios de forma a causar prejuízos ao público de modo geral, ou a um substancial grupo de pessoas. 17. O controle de preços, assim como qualquer outra forma de regulação, é inconstitucional apenas se for arbitrário, discriminatório ou comprovadamente irrelevante para a política que a legislatura é livre para adotar, e que por esta razão implique em uma interferência desnecessária e injustificada na liberdade individual (traduzimos). URL: <http://www2.law.cornell.edu>.

público com uma visão baseada nas necessidades coletivas ou nas necessidades das pessoas que formam a coletividade.

Estes dois julgados – *Munn versus Illinois* e *Nebbia versus Nova Iorque* – marcam também a primeira fase da regulação das *public utilities*, conferindo aos Legislativos a competência para a devida regulação destas atividades econômicas diferenciadas das demais. Para a Suprema Corte, os Estados federados norte-americanos dispunham de ampla liberdade para adotar qualquer política econômica, que, razoavelmente, pudesse promover, de modo efetivo, o bem estar da população. Mais, que o Judiciário não poderia se manifestar sobre as políticas adotadas. As leis de conteúdo econômico, para utilizar a linguagem do julgado *Nebbia versus Nova Iorque*, gozavam da mais ampla presunção de validade e constitucionalidade, restando aos Tribunais a invalidação apenas quando se configurasse um excesso de poder legislativo.

Verticalizando mais ainda a questão, demonstrando, assim, a validade da tese que atribui à jurisprudência um papel transcendental no sistema do *common law*, o julgado estabelecia, com felicidade, que o excesso legislativo estaria caracterizado quando a regulação viesse a prestar uma inadequada garantia aos interesses dos consumidores, produzindo resíduos perigosos à população, ameaças ao fornecimento do serviço, ou levasse à destruição econômica do prestador da atividade. Ainda deve ser realçado, conforme exposto na introdução do presente capítulo, que a classificação dessas atividades seria sempre casuística e, mais importante, variável a cada período histórico.

A competência legislativa para a regulação destas atividades, com o tempo, passou a ocasionar diversos problemas, notadamente na fixação das tarifas. Isso porque, numa democracia representativa, onde o voto popular e o atendimento ao pleito dos eleitores nos distritos eleitorais, possui grande importância, os diversos legislativos dos Estados Unidos iniciaram um momento de grande demagogia eleitoral, fixando tarifas absolutamente irreais, que começaram, em alguns setores, notadamente no ferroviário, a inviabilizar a prestação destas atividades pelos particulares. Não deixou também a opinião pública, bem como as mais altas instâncias do Judiciário norte-americano, de notar que os prestadores das *public utilities* começaram a ter um enorme interesse nos processos eleitorais, inclusive com o financiamento das campanhas de candidatos “sensíveis” aos interesses de tarifas “mais realistas”. Chegava o momento em que Suprema Corte seria conclamada a modificar o entendimento esposado até então, inaugurando-se uma segunda etapa, onde o papel regulador passaria a ser exercido pelo Judiciário.

Neste segundo estágio, nascido a partir do julgamento do caso *Smith versus Ames*, “o Judiciário avocou o direito de escolher, entre as correntes econômicas, as que deveriam presidir a avaliação básica das tarifas (*rate base*), de modo a garantir a justa remuneração (*fair return*) da propriedade vinculada ao serviço.”¹⁰⁶. Deste modo, o Judiciário norte-americano retirava de cena o Legislativo, ficando “o poder discricionário do legislador, ou da administração, (...) adstrito aos critérios exemplificativos na decisão, podendo ser judicialmente apreciado, em seu mérito...”¹⁰⁷ As

¹⁰⁶ TÁCITO, Caio. Op. cit. p. 220.

¹⁰⁷ Idem, p. 220.

decisões, de mesmo teor, se acumulavam, valendo citar, para eventual curiosidade, os casos como *Gaveston Eletric Company versus Gavelston*; *Southwestern Bell Telephone Company versus Public Service Comission*, *Mc Cardle versus Indianapolis Water Company* e, *St. Louis and O'Fallon Railway Company*.¹⁰⁸

Em virtude da grande crise econômica, que haveria de atingir o seu ápice em 1929, a regulação das atividades de interesse público nos Estados Unidos conheceria o seu terceiro momento, quando a Suprema Corte começou a afastar-se do precedente inaugurado em *Smith versus Ames*. O papel de regular os serviços de utilidade pública passaria à competência de entes criados especificamente para a finalidade regulatória. A criação das agências reguladoras nasceria, portanto, dentro de uma ampla reforma administrativa procedida no país do norte. Nasciam, estes entes, com um duplo propósito: afastar a influência, que acreditava-se nefasta, dos possuidores do mando político e impedir o empreguismo na Administração Pública.¹⁰⁹

Surgiram, pois, no bojo das profundas reformas estruturais da sociedade americana, as agências reguladoras, ou autoridades, ou comissões, nominadas de *Federal Commissions*. Para MATA, “em síntese,

¹⁰⁸ Ibidem, p. 221. Vários desses *leading cases* podem ser consultados, via Internet, no endereço antes citado.

¹⁰⁹ Para MUÑOZ MACHADO, “Todo o movimento de reforma da Administração norte-americana, produzido no final do século XIX, deu lugar ao nascimento das entidades reguladoras agora conhecidas, fundou-se em duas preocupações básicas: a primeira, criar organismos suficientemente separados do debate político e da influência das mudanças eleitorais; a segunda, obter dos mercados suficiente informação para poder organizá-los de um modo compatível com os interesses gerais e de respeito aos consumidores. MUÑOZ MACHADO, op. cit. p. 260-261. (traduzimos)

nos Estados Unidos, o princípio inspirador das comissões reguladoras independentes é obter uma administração técnica independente e não submetida às alternâncias da vida pública”.¹¹⁰ Estas Agências possuem posição toda peculiar no sistema constitucional norte-americano, conforme adiante se verá.

País em que a separação dos poderes foi a pedra de toque do sistema constitucional, sempre delimitou-se ali o papel de cada um dos poderes. Na rígida divisão de poderes norte-americana, compete ao Congresso a aprovação das leis, ao Presidente a execução das mesmas e ao Judiciário o controle desta mesma aplicação. Até hoje o poder regulamentar do Chefe do Executivo norte-americano é, quantitativamente, muito pequeno, se comparado aos seus colegas de países presidencialistas. Chama atenção, então, que no sistema inaugurado pelos americanos, a partir das primeiras décadas deste século, as agências recebem, por delegação expressa do Executivo e do Legislativo, a competência para o exercício de funções normativas, administrativas e jurisdicionais. A delegação se faz para cada uma das atividades tidas como de interesse público, sendo admitidas, num primeiro momento, pelo Judiciário.

Em 1935, a Suprema Corte começou a reagir contra o exercício de um poder que a Constituição não conferiu ao Presidente e passou a declarar a inconstitucionalidade de inúmeras delegações.¹¹¹ Entendia a cúpula judiciária estadunidense que, muito embora existissem

¹¹⁰ MATA, Ismael. Op. cit. p. 119.

¹¹¹ CARBONEL, Eloísa; MUGA, José Luis. op. cit. p. 26.

circunstâncias econômicas extraordinárias, em virtude da grande crise capitalista ainda não totalmente superada, não poderia a lei infra-constitucional criar poderes diferentes dos constitucionalmente previstos.¹¹²

A realidade norte-americana, bem como os imensos problemas advindos da prestação de atividades econômicas de interesse público, foi mais forte, implicando numa nova evolução jurídica. Assim, começa a jurisprudência a entender que as delegações são necessárias, pela proliferação das atividades das agências, em setores extremamente diversos entre si, e a absoluta impossibilidade do Congresso de possuir todos os conhecimentos técnicos para bem legislar sobre essas atividades de interesse público.¹¹³

A partir deste momento, a Suprema Corte passa a admitir a delegação de competências pela lei e pelo poder regulador. No dizer de CARBONEL e MUGAS, admite-se a constitucionalidade da lei delegante, sendo que os Tribunais exercem controle para que as agências não exerçam seus poderes desrespeitando os limites fixados pela legislação.¹¹⁴ Passa o direito norte-americano a trabalhar com o conceito de licitude e invalidade para os atos editados pelas agências. Por outro lado, as leis delegantes passam a atribuir ao Congresso um amplo papel controlador das atividades desempenhadas pelas agências.

Em 1946, com a edição do APA – *Administrative Procedure Act*, as agências, em virtude da criação de um verdadeiro Código de Processo

¹¹² Idem, p. 27.

¹¹³ Idem, p. 27.

¹¹⁴ Ibidem, p. 28.

Administrativo, passam a uniformizar seus critérios de atuação e permitir à cidadania ampla participação na fixação de suas políticas. A adoção deste Código é de fundamental importância, não só para um bom funcionamento dos entes reguladores, mas também para o próprio direito administrativo praticado naquela nação.¹¹⁵

A partir deste momento, o funcionamento das agências passa a fazer parte do dia a dia dos norte-americanos e se constitui na maior das contribuições do direito estadunidense ao direito administrativo. Entre as agências mais importantes, merece destaque a *Federal Communications Commission*, em virtude do amplo processo de regulação que efetuou recentemente. A FCC foi criada pelo *Communications Act* de 1934 e exerce sua competência em relação aos serviços de telecomunicações interestaduais e internacionais, incluindo tanto a telefonia como a difusão

¹¹⁵ Guido Santiago TAWIL bem demonstra a importância do A.P.A.: “Nos Estados Unidos, a função administrativa reconhece sua origem, fundamentalmente, em quatro fontes: a constituição, as leis (*statutes*), as resoluções (*rules*) ditadas pelos entes administrativos e o direito comum (*common law*). Entre elas, foram as leis, sem embargo, as que predominaram nos últimos anos. Neste aspecto, os entes administrativos (*administrative agencies*) devem – a fim de estabelecer os procedimentos a serem observados – remeter ao disposto na lei de procedimento administrativo (*Administrative Procedure Act* – A.P.A.), e, em cada caso, pela lei que regulamenta a atuação do ente. A edição, no ano de 1946, do A.P.A. – verdadeiro marco na evolução do direito administrativo norte-americano – respondeu a necessidade de racionalizar o procedimento decisório dos entes administrativos federais e de outorgar maior uniformidade e previsibilidade aos procedimentos por eles utilizados. Com efeito, a maior ingerência estatal produzida pelo *New Deal* trouxe como consequência um aumento desmesurado do número de entes administrativos, sem que suas leis de criação pudessem deduzir o procedimento que deveriam seguir para atuar. Frente a este panorama, cada ente adotava o procedimento que entendia ser mais conveniente, variando de forma alarmante de um ente para outro, e inclusive dentro do mesmo ente, conforme o caso. Essa situação levou à necessidade de uniformizar, no possível, os procedimentos, a fim de evitar tanto uma privação arbitrária dos direitos dos administrados, como de garantir a participação efetiva deles nos procedimentos decisórios, impedida até então, dada a impossibilidade de prever qual o procedimento utilizado em cada ocasião. Com esta finalidade se orientou a edição do A.P.A. TAWIL, Guido Santiago. **Administración y justicia: alcance del control judicial de la actividad administrativa**. Buenos Aires : Depalma, 1993, T. I, p. 193-194. (traduzimos)

por rádio e televisão, inclusive a cabo, e todos os demais serviços de telecomunicações.¹¹⁶

A *Federal Communications Commission*, a exemplo de suas congêneres, hoje espalhadas pelo mundo, como no Brasil a ANATEL, servindo, portanto, de modelo-matriz, na sua construção jurídica e nas suas competências legais¹¹⁷, é uma agência federal independente, não controlada pelo Executivo, mas respondendo ao Congresso, cujas rendas provêm do orçamento federal. É composta de cinco dirigentes, que são nomeados pelo Congresso por proposta do Presidente. A escolha do Presidente da agência, entre os cinco dirigentes, é competência do Chefe do Executivo Federal. Todos os atos da FCC estão sujeitos ao controle do Poder Judiciário.¹¹⁸ A atuação da FCC no direito norte-americano é importante para afastar dois falsos mitos sempre presentes em análises sobre a questão: o de que o capitalismo norte-americano prescinde da interferência estatal e de que as agências são tão independentes, sendo os

¹¹⁶ MEDINA ORS, Guillermo. Regimen juridico de las telecomunicaciones en los Estados Unidos. in CREMADES, Javier. **Derecho de las telecomunicaciones**. Madrid : La Ley, 1997, p. 1163-1202, especialmente 1170.

¹¹⁷ "Na verdade, a quase totalidade dos países adotou um modelo de regulamentação até certo ponto padronizado. Tal modelo consiste, em síntese, na implementação de instrumentos que propiciem a existência de um mercado competitivo, com a garantia da universalização na prestação do serviço. A razão dessa padronização parece facilmente compreensível. Com a abertura do setor à competição, grandes empresas multinacionais passaram a atuar praticamente em todo o mundo. Para tanto, exigiram um ambiente regulatório confiável, ou melhor, conhecido, em que os mecanismos de resolução dos conflitos, de produção normativa, entre outros aspectos de relevo, não lhes fossem estranhos. Diante do fabuloso aporte de recursos que a entrada dessas empresas num dado mercado representa, praticamente não se viu resistência à adoção de 'modelo regulatório padrão'." CÂMARA, Jacintho de Arruda. Telecomunicações e globalização. SUNDEFELD, Carlos Ari; VIERA, Oscar Vilhena, op. cit. p. 184-185

¹¹⁸ MEDINA ORS, Guillermo, op. cit., p. 1171.

seus atos imunes ao controle judicial. Falsos mitos, facilmente demonstráveis.

Desde a publicação do *Communications Act*, em 1934, a FCC, bem como o Poder Judiciário, exerceram um amplo papel no sentido da desmonopolização dos serviços de telecomunicações nos Estados Unidos, notadamente no papel exercido pela AT&T, uma das maiores corporações transnacionais existentes no mundo. Nessa luta constante, iniciada antes mesmo da regulação sobre telecomunicações, desde 1913 se encontram ações judiciais movidas pelo Ministério Público Federal norte-americano contra a aludida empresa, visando que a AT&T fosse proibida de adquirir empresas concorrentes e assim dominar o mercado norte-americano.¹¹⁹ A batalha judicial movida pelo Ministério Público Federal norte-americano teve seu final em 1984 quando a AT&T foi, por decisão judicial, partilhada em sete companhias, que passaram a ser denominadas de *baby bells*.

Nos anos 60, a FCC adotou uma série de marcos regulatórios altamente intervencionistas, valendo destacar: (1) a segmentação do mercado, com a proibição de uma mesma empresa participar de mais de um segmento ao mesmo tempo, como, por exemplo, uma companhia local explorar telefonia internacional; (2) uma empresa prestadora de serviços regulados só pode oferecer serviços não-regulados através da constituição de outra empresa, como, por exemplo, uma empresa de telefonia fixa só tem permissão para operar o serviço de telefonia móvel por uma outra

¹¹⁹ Ibidem, p. 1174.

empresa; e (3) unificação de toda a contabilidade das empresas, a fim de que as tarifas possam ser rigidamente controladas.¹²⁰

No período de vigência do atual (1996) *Telecommunications Act*, duas decisões tomadas no âmbito judicial são dignas de nota. A primeira, foi em *Turner Broadcasting System versus Federal Communications Comission*, quando a Suprema Corte, por maioria, deu razão à agência reguladora, para que as empresas de televisão a cabo fossem obrigadas a fornecer aos assinantes os canais locais (tvs abertas, por UHF ou VHF).¹²¹ A segunda decisão, também da Suprema Corte, no caso *Denver Area Educational Telecommunications Consortium, Inc. versus Federal Communications Comission*, deu-se em processo em que a demandante pretendia colocar um freio aos “conteúdos indecentes” de alguns canais a cabo. A maioria do Tribunal negou-se a estabelecer uma regulação específica para a tv a cabo.¹²² O teor do voto do Juiz SOUTER é revelador das enormes dificuldades que o Poder Judiciário possui para decidir temas que dependem de tecnologias de ponta, revelando, em consequência, a importância das agências reguladoras pautadas por critérios técnicos:

A esse respeito, trazendo um caminho que permita uma regulação razoável a vista dos valores em disputa, temos que aceitar a possibilidade de que os meios de comunicação sejam menos categóricos e mais protetores. Já que não podemos ter a segurança de que, ao julgar as restrições da liberdade de expressão, tenhamos condições de distinguir entre o cabo e outras tecnologias e porque sabemos que as mudanças das tecnologias já reguladas alteram consideravelmente a estrutura regulatória, devemos ter muitas

¹²⁰ Do mesmo modo, p. 1175.

¹²¹ CARTER, T. Barton. La regulación de las nuevas tecnologías de la información en los Estados Unidos. in CREMADES, Javier. **Derecho de las telecomunicaciones**. Madrid : La Ley, 1997, p. 1203-1216, especialmente 1212-1213.

¹²² Idem, p. 1213. Sobre a regulação das tvs a cabo no direito norteamericano, cf. CALVO CHARRO, Maria. **La televisión por cable**. Madrid : Marcial Pons, 1997, p. 35-48.

reservas na hora de dizer a última palavra, hoje, sobre o que será aceito como razoável amanhã. Dentro da minha própria ignorância, tenho que aceitar a possibilidade real de que, se tivermos de decidir hoje, tão somente o significado da Primeira Emenda no ciberespaço, nos equivocaremos profundamente.¹²³

Em linhas gerais, as agências norte americanas possuem uma natureza jurídica toda própria. Todos os procedimentos administrativos estão perfeitamente normatizados através do APA. Como não poderia deixar de ser, eis que a pedra angular do sistema jurídico norte-americano, o *due process of law*, em todas as suas variadas facetas, derrama-se por todos os procedimentos. As funções normativas são materializadas por atos administrativos das agências competentes. A função administrativa possui um caráter de prevenção de conflitos, havendo expressa previsão de negociações prévias. A participação da cidadania em todas as agências se faz por exigência legal e as agências possuem o dever de incentivar essa participação. As funções jurisdicionais não prescindem, jamais, da observância total de todos os direitos e garantias asseguradores do *due process of law*.

Talvez pareça, para alguns, que as agências norte-americanas, pelo exercício simultâneo de funções normativas, administrativas e jurisdicionais representariam, com efeito, uma violação do princípio da separação entre os poderes. Gravíssimo seria que tal circunstância ocorresse nos Estados Unidos. Contudo, a melhor doutrina aponta que as coisas, na verdade, não se passam assim. Não se configura uma quebra do princípio, mas, ao contrário, uma “modalização de fronteiras”, uma vez que todas as atividades desempenhadas pelas mesmas percorrem um *iter* que

¹²³ Ibidem, p. 1215. (traduzimos)

inicia no Poder Legislativo e encontra seu destino no controle exercido pelo Poder Judiciário.¹²⁴

Sobre todos estes tópicos, que comportariam uma longa monografia específica, foram eleitos dois pontos para reflexão, até mesmo porque servirão de parâmetros para as colocações que aparecerão nos capítulos subseqüentes, quando estudamos as agências recentemente criadas no direito brasileiro.

O primeiro, diz respeito à função administrativa realizada pelas agências no direito norte-americano, onde é, a todo o tempo, realçado o papel de prevenção realizado por estes entes, no intuito de evitar conflitos entre usuários e concessionários, na medida em que se pode usar a expressão “concessionários” no direito norte-americano, e usuários contra usuários. A *Federal Energy Regulatory Commission*¹²⁵, por exemplo, possui uma antiga tradição em defender o estabelecimento de regras claras, visando, com isso, evitar litígios prolongados. As bases para a política preventiva foram pela primeira vez estabelecidas na *Order* n. 32.¹²⁶, na qual foram determinados procedimentos administrativos capazes de acelerar a obtenção de acordos. Para a citada Agência, os acordos voluntários são de extraordinária importância para a ordenada e rápida condução de suas atividades. Lembra, inclusive, o *site* da Agência, que durante o período em

¹²⁴ COMADIRA, Julio R. Op. cit. p. 223

¹²⁵ Cujo *site* na Internet traz um precioso material, de onde retiramos os elementos adiante descritos. (URL: <http://www.ferc.fed.us>).

¹²⁶ *Order*, espécie de ato administrativo, podendo ser traduzido tanto como Regulamento ou Resolução. Em virtude da dificuldade da tradução literal, causada pela diversidade de modelos legislativos e administrativos entre os Estados Unidos e o Brasil, preferimos não optar especificamente por nenhuma das possibilidades, mantendo a expressão no original da língua inglesa.

que a responsabilidade pela administração do *Natural Gas Act*¹²⁷ e do *Federal Power Act*¹²⁸ estava nas mãos da *Federal Power Commission* (FPC), esta agência possuía uma importante política favorável à resolução dos conflitos através de acordos. Tanto a FPC, quanto os Tribunais, reconheceram que a Agência não poderia arcar com a enxurrada de compromissos decorrentes do exercício de sua função jurisdicional se o resultado de uma parte significativa dessas decisões não fossem advindas de acordos voluntários havidos pelas partes.¹²⁹

A segunda questão, importante de ser levantada neste momento do presente trabalho, diz respeito ao papel jurisdicional exercido pelas agências nos Estados Unidos, eis que existe ampla e específica regulamentação para que a decisão dos conflitos caiba a pessoas sem vínculo com as Agências, no caso, os chamados árbitros independentes. O *Code of Federal Regulations*, ao tratar das Regras Práticas e Procedimentos¹³⁰, estabelece, na Seção 385.605, regras para negociações e arbitragem para a solução de litígios. Da Seção em comento, infere-se que as partes em litígio podem, a qualquer tempo, protocolar junto à Agência uma petição solicitando que se faça uso da arbitragem de acordo

¹²⁷ Decreto Federal sobre Gás Natural.

¹²⁸ Decreto Federal sobre Energia.

¹²⁹ Em 1976, a Agência editou a *Order n. 157*, estabelecendo um formulário padrão de procedimentos visando, com isso, reduzir o tempo necessário para resolver casos corriqueiros ou que possuíssem precedentes assemelhados. Em 1982, a Agência modificou suas regras procedimentais relacionadas ao processo de acordos para esclarecer como se poderia formalizar as inovações nos procedimentos de elaboração de decisões que já estavam em uso. Verifica-se, assim, que, já há duas décadas, algumas Agências norte-americanas dão uma extraordinária importância a antecipação da eclosão dos conflitos, entendendo o grande papel preventivo que devem exercer para que se alcance a prestação qualificada dos serviços de utilidade pública.

¹³⁰ Título 18, Volume 1, Partes 1 a 399, com a redação atualizada em 1º de abril de 1998. *Code of Federal Regulations*: URL : <http://frwebgate.accl/>

com o estabelecido no Código, para resolver toda (ou uma parte da) questão controversa ou na qual se anteveja um litígio. Ninguém pode ser obrigado a aceitar a arbitragem como condição para contratar ou obter um benefício. Todas as partes interessadas devem consentir expressamente antes que a arbitragem possa ser utilizada.¹³¹

¹³¹ Às partes compete a escolha do árbitro, que deve ser uma pessoa neutra, que preencha os critérios estabelecidos pelo Código. Compete ao árbitro regular o desenvolvimento e a conduta das audiências durante a arbitragem, determinar o comparecimento de testemunhas e deferir a produção de provas, nos termos da competência recebida pela Agência da lei delegante e arbitrar, ou seja, decidir a questão. Os procedimentos previstos na seção citada são os mais amplos possíveis, tudo com a finalidade de que o *due process of law* alcance a sua plenitude. Assim, o árbitro irá designar a data, hora e local da audiência da controvérsia e deverá notificar as partes com antecedência mínima de 5 (cinco) dias. Por outro lado, qualquer litigante que deseje que se grave a audiência deve: (i) providenciar o gravador; (ii) notificar os outros litigantes e o árbitro dos preparativos para a gravação; (iii) fornecer cópias para todos os litigantes e o árbitro da transcrição das gravações; (iv) pagar todas as despesas de gravação, salvo se os outros litigantes estipularem de forma diferente ou se o árbitro determinar que as despesas sejam proporcionais. O processamento dos litígios mediante arbitragem também guarda total servidão ao *due process of law*, uma vez que os litigantes estão autorizados a serem ouvidos, apresentar provas, exercer o contraditório e inquirir testemunhas presentes nas audiências. Meios tecnológicos modernos podem ser utilizados, uma vez que é facultado ao árbitro, desde que tenha o consentimento das partes, conduzir toda ou parte das audiências por telefone, televisão, computadores, ou quaisquer outros meios eletrônicos, devendo-se, apenas, permitir a cada um dos litigantes a oportunidade de participar dos atos, o que, com certeza, diminui em muito o custo dos processos, sempre muito caros nos Estados Unidos. No tocante às provas, quaisquer podem ser aceitas, oral ou documental, com exceção daquelas irrelevantes, não importantes, excessivamente repetitivas ou privilegiadas, que podem ser indeferidas pelo árbitro. Compete ao árbitro, ainda, interpretar e aplicar as exigências legais e reguladoras que sejam relevantes, bem como os precedentes legais e diretivas políticas. É defeso às partes dar, ou intencionalmente fazer com que se dê, ao árbitro qualquer informação ilícita sobre um fato ou um litigante e que seja relevante aos aspectos essenciais do procedimento, salvo se as partes estabelecerem de modo diferente. Caso uma informação trazida ao processo venha a violar essa proibição, o árbitro assegurará que seja feito um *memorandum* dessa informação e, em seguida, dará oportunidade de réplica ao prejudicado. No recebimento de tal informação, o árbitro pode determinar que a parte ofensora demonstre o motivo pelo qual a pretensão da outra parte não deve ser decidida contra a parte ofensora, por ser resultado de conduta imprópria. A decisão do árbitro deverá ser lavrada no prazo de 30 dias a contar do encerramento das audiências ou da data fixada para entrega dos *briefs* (memoriais) pelas partes, quando autorizados pelo árbitro. Sobre a decisão arbitral, importa salientar que a mesma deve conter um breve resumo dos fatos, com uma análise informal das bases fáticas e legais da decisão. Uma vez lavrada a decisão, compete às partes protocolar o teor da mesma junto à Agência, juntamente com a comprovação de entrega formal da publicação a todos os interessados no processo. A decisão em processo de

Estas são, em linhas gerais, as características mais marcantes das agências reguladoras no direito norte-americano. Importa, neste momento, até mesmo à guisa de crítica, fazer constar a advertência de Sabino CASSESE, qual seja, a de que nos Estados Unidos começam a surgir fortes movimentos pelo abandono do modelo, vez que cresce o convencimento de que as agências, em médio e longo prazo, podem ser “capturadas” pelas empresas reguladas. Para usar a linguagem do consagrado autor, “quem deve ser regulado, termina por governar o regulador”.¹³² César Augusto GIGENA LAMAS anota que este processo iniciou-se ainda no Governo REAGAN, quando o então Presidente editou a *executive order* 12.291, espécie de decreto de competência do Chefe do Poder Executivo, para reduzir o papel das mesmas, prevendo a supervisão presidencial sobre o processo regulatório, entre outros. Ainda no governo REAGAN foi editada uma nova *executive order*, a de n. 12.498, de 4 de janeiro de 1985, que aumentou a responsabilidade dos dirigentes das

arbitragem tornar-se-á definitiva 30 dias após ser protocolada, salvo se invalidada pela Agência. A decisão final vincula apenas as partes do processo. A decisão, pois, não pode servir de impedimento para a instauração de qualquer outro litígio – por outras partes – que verse sobre qualquer ponto que tenha sido resolvido naquele processo. Também não pode ser usada como precedente ou ser considerada em qualquer outro processo ainda não efetivamente decidido, ou em qualquer outro procedimento de arbitragem. Quanto à nulidade da decisão do árbitro, a mesma poderá ser requerida por qualquer pessoa através de requerimento encaminhado à Agência, devendo-se arrolar os motivos pelos quais é pretendida a invalidação do *verdictum*. A resposta ao requerimento deve ser dada em 10 dias após o mesmo ser protocolado. Pode também a Agência, *ex officio*, invalidar uma decisão, emitindo uma resolução fundamentada para tanto. Em qualquer dos casos, por provocação, ou *sponte sua*, a invalidação implica na nulidade e ineficácia da decisão prolatada pelo árbitro. No caso de nulidade, a parte que não deu causa a mesma poderá requerer à Agência que esta formule uma decisão quanto aos honorários advocatícios e às despesas decorrentes do processo de arbitragem. A agência condenará a parte que deu causa à nulidade ao pagamento dos honorários e despesas processuais, salvo se concluir que existem circunstâncias especiais que tornem essa obrigação injusta. Ainda no caso de nulidade, o teor da decisão será imprestável para qualquer processo relacionado com os pontos em controvérsia, a respeito dos quais versou a decisão.

¹³² CASSESE, Sabino. op. cit., p. 24. (traduzimos)

agências e reduziu o número de regulações, existentes e futuras.¹³³ Para Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, a *order* de n. 12.291,

(...) exigia uma demonstração de custos e benefícios a cada vez que a agência quisesse baixar uma norma com impacto econômico; sem a prévia aprovação do OIRA¹³⁴ não se iniciava o procedimento regulatório; terminado este, o órgão tinha que se manifestar novamente, com o poder de denegar ou atrasar a aprovação definitiva. Essa ordem foi criticada pela doutrina, que entendia que a mesma era inconstitucional por invadir matéria de competência legislativa, já que implicava alteração do procedimento estabelecido pela Lei de Procedimento Administrativo; e também porque a participação do cidadão, prevista naquela lei, ficava prejudicada pelo exame final do regulamento pela OIRA".¹³⁵

Deve ser averbado, contudo, que o movimento de esvaziamento profundo (era REAGAN) está sendo revertido no atual governo norte-americano. Em 1993, por iniciativa do Presidente Bill CLINTON, o Congresso aprovou o *National Information Infrastructure Act*, que propiciou uma abertura total da competição entre as empresas de telecomunicação, estimulando os investimentos privados e o estabelecimento de *standards* técnicos sobre a prestação dos mais variados serviços, ou seja, ao menos no campo das telecomunicações, (re)florece o papel regulador no direito estadunidense. No ano de 1996, foi aprovado o *Telecommunication Act* que propiciou ampla liberdade de opção entre os sistemas de telefonia local, consagrando a livre eleição, pelo usuário, do operador que deve oferecer os serviços de telefone, televisão a

¹³³ GIGENA LAMAS, César Augusto. Suplemento Régimen de la administración pública. Buenos Aires : Ciencias de la Administración, 1989, citado por NEIRA, César Carlos. **Entes reguladores de servicios: la defensa del usuario**. Buenos Aires : Ad-Hoc, 1997, p. 16-17.

¹³⁴ OIRA – Escritório de Informação e Regulação.

¹³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias...**, p. 137-138.

cabo, ou qualquer outro serviço de telecomunicações, num amplo processo regulatório.¹³⁶

Apesar dessas questões, deve ser lembrado que as agências norte-americanas também possuem destacada atuação nos setores do meio ambiente, proteção aos direitos dos consumidores e de apoio a minorias. Tal movimento regulador, que teve início no final da década de sessenta, conheceu alguns abusos durante os anos setenta, notadamente no estabelecimento de comportamentos “politicamente corretos”, parece encontrar, agora, amadurecimento e responsabilidade.¹³⁷

Não pode ser deixado de lado uma constatação, presente em todas as análises econômicas procedidas pela imprensa mundial, no sentido de que as políticas adotadas pelo Presidente CLINTON trouxeram notável fortalecimento da economia norte-americana, principalmente no tocante à produção de tecnologias de ponta, no campo das telecomunicações e informática, setores onde a regulação governamental, através de forte interferência do Estado, pelo Legislativo, Executivo e Judiciário, no país do Norte, se faz com grande intensidade. Exemplo do alegado pode ser verificado pela recente decisão do Judiciário norte-americano naquela que é tida como a maior, pelos valores envolvidos, batalha judicial de todos os tempos: o processo movido contra a *Microsoft*, em que os resultados até agora anunciados (abril de 2.000) mostram que, provavelmente, a prática monopolista da empresa de Bill GATES tem seus

¹³⁶ MUÑOZ MACHADO, Santiago. **Servicio público y mercado: las telecomunicaciones**. Madrid : Civitas, 1998, T. II, p. 151 e seguintes. MEDINA ORS, Guillermo, op. cit. p. 1188.

¹³⁷ Sobre o tema, cf. VILLORIA MENDIETA, Manuel. **La modernización de la administración como instrumento al servicio de la democracia**. Madrid : Instituto Nacional de Administración Pública – Boletín Oficial del Estado, 1996, p. 120-121.

dias contados.¹³⁸ Segundo especula a imprensa, a decisão a ser prolatada pode escolher um destes dois caminhos: obrigar Bill GATES a vender partes da *Microsoft* para outras empresas, nas quais não poderá ter qualquer controle ou ingerência, ou então a liberação dos códigos de alguns dos *softwares*, para que qualquer outro concorrente tenha acesso gratuito aos mesmos.

2. 3. AS AUTORIDADES INDEPENDENTES EUROPEIAS

Instituições congêneres às americanas começaram a surgir no direito continental europeu, notadamente a partir do momento em que o direito comunitário passou a regular a maior parte das relações econômicas e referentes à prestação dos serviços públicos nos países integrantes da Comunidade Econômica Europeia.¹³⁹ O processo regulatório europeu guarda profundas diferenças com o norte-americano bem como, pelo adotado pelos países latino-americanos.¹⁴⁰ No âmbito da Comunidade

¹³⁸ **El País.** www.elpais.es/p/d/especial/document/micro.htm.

¹³⁹ "Em todos os setores liberalizados, está sendo implantado uma regra geral de organização que exige que a função de regulação, exercida nos serviços públicos tradicionais pela própria Administração titular do serviço se separe da função de gestão do serviço, empresa ou atividade. O fundamento desta regra, em quase todos os casos, é o mesmo: se o regulador e o gestor do serviço não estão separados, os organismos públicos ou empresas responsáveis da gestão ficam situados numa posição de domínio que se torna incompatível com a competição. As empresas privadas que querem atuar no mesmo setor, ficariam em uma situação de desigualdade." MUÑOZ MACHADO, Santiago, op. cit. p. 254. (traduzimos)

¹⁴⁰ Completamente diferente, também, a realidade norte-americana da latino-americana. Lá, as empresas prestadoras de *public utilities*, embora privadas, mesmo quando multinacionais, possuem suas sedes em território estadunidense. Aqui, historicamente, com o breve interregno dos governos nacionalistas das décadas de quarenta e cinquenta, a privatização sempre implicou na desnacionalização de amplos setores das economias locais, com a aquisição do controle acionário das empresas pelo capital estrangeiro.

Econômica Européia, as empresas estatais, principalmente nos setores mais sensíveis, não foram privatizadas, havendo, muito mais, uma desmonopolização, com a permissão para que empresas privadas, em regime de concorrência com a estatal, entrem no mercado. Note-se que “o Tratado de Roma não proíbe as nacionalizações de empresas, na medida em que o Tratado não prejudica em nada o regime de propriedade nos Estados-membros”.¹⁴¹ Deste modo, “os Estados-membros podem, portanto, ter um setor público empresarial e decidir da sua extensão, desde que tal fato não entrave o exercício, no setor em concreto, das liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado.”¹⁴² Assim, a orientação geral das reformas e da conseqüente regulação voltou-se, muito mais, para conceder à empresa estatal uma independência, tão ampla quanto possível, da Administração Pública, para poder concorrer com as empresas privadas, sempre mais ágeis, eis que livres das amarras do tradicional direito administrativo. O processo regulatório supõe, então, uma separação das funções de regulação (realizado pelas autoridades independentes) com as de prestação (efetivado pelas empresas públicas e as privadas num regime de competição pelo mercado).¹⁴³

Historicamente, no velho continente, a intervenção estatal, notadamente nos denominados setores estratégicos, começou a vivenciar uma crise, em virtude das revoluções tecnológicas verificadas nas telecomunicações, na informática, nos meios de comunicação e na circulação de bens mobiliários. Deste modo, os Poderes Públicos passaram

¹⁴¹ VAZ, Manoel Afonso. **Direito económico**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 307.

¹⁴² Idem, p. 307.

¹⁴³ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACION Y EL DESARROLLO ECONOMICO, op. cit. p. p. 101-102.

a defrontar-se com atividades particulares sempre mais complexas, ainda mais porque a natureza das mesmas era muito pouco conhecida pela coletividade.¹⁴⁴ Nestas atividades, portanto, nem o Estado e nem os cidadãos possuíam informações adequadas para o correto exercício de seus direitos. O mais grave, segundo PEREZ, é que a cidadania estava desprotegida, uma vez que as decisões tomadas pelos prestadores destas atividades não encontravam tutela, ou adequada tutela, nos ordenamentos jurídicos vigentes. A situação ficava ainda mais grave, uma vez que nestas atividades marcadas pela vanguarda tecnológica, os conflitos ocorriam entre o interesse público e o interesse dos particulares; e entre interesses contrapostos da coletividade (ocorrendo muitas vezes que ambos os interesses em litígio encontram tutela nas Constituições).¹⁴⁵

Visando dar uma solução mais urgente às questões que estavam se avolumando, foram criadas no direito comunitário europeu as denominadas Autoridades Independentes do Estado, para, na qualidade de entes autônomos, resolverem os conflitos surgidos na nova realidade. A expressão “autoridades independentes” aparece pela primeira vez na França, quando da criação da *Commission Nationale de L'informatique et des libertés*, em janeiro de 1978. Nas observações trazidas por PEREZ, verifica-se que esta Autoridade, muito embora não tenha recebido da lei personalidade jurídica, na prática goza de independência, eis que exerce funções de natureza administrativa, jurisdicional e normativa, possuindo

¹⁴⁴ PEREZ, R. Autorità Independenti e tutela dei diritti. **Rivista trimestrale di diritto pubblico**. Milano : n. 1, 1996, (115-185), p. 118.

¹⁴⁵ Op. cit. p. 118-119.

poderes para requisitar informações, inclusive da própria Administração Pública, podendo tutelar o mercado, impondo concorrência.¹⁴⁶

Além do mais, para o mesmo PEREZ, o fato das Autoridades serem um “terceiro” perante à Administração Pública, garantiria a autonomia na solução dos confrontos de ordem política ou administrativa dos Governos Europeus.¹⁴⁷ O início deste processo na Europa comunitária, segundo respeitada doutrina, pode ser encontrado na edição do *Livro Verde sobre Telecomunicações*, de 30 de junho de 1987.¹⁴⁸ As recomendações do Livro Verde transformaram-se em Diretivas da Comunidade Européia.¹⁴⁹

¹⁴⁶ PEREZ, R. op. cit. p. 119-120.

¹⁴⁷ Idem, p. 119.

¹⁴⁸ “Um dos “dez mandamentos”, onde se condensa a doutrina comunitária em matéria de telecomunicações, ditados no aludido Livro Verde, propugna a “separação das atividades de regulação e exploração das administrações das telecomunicações. Argumenta que em matéria de intervenção pública na prestação de serviços, os princípios comunitários obrigam a uma separação completa das funções de regulação e as da exploração exercidas pelas Administrações Públicas das telecomunicações. O Livro Verde justifica essa exigência de um modo contundente: “num entorno mais aberto à competição, as administrações das telecomunicações não podem, ao mesmo tempo, exercer o poder regulatório e participar do mercado. Isto se constituiria em ser, ao mesmo tempo, juiz e parte. Com toda a evidência, uma declaração deste tipo possui consequências organizativas que se impõem aos Estados membros e repercute de modo manifesto nas suas decisões sobre a organização dos serviços públicos.” MUÑOZ MACHADO, Santiago. Op. cit. p. 256-257(traduzimos). Para os demais mandamentos do Livro Verde cf. LLANEZA GONZALEZ, Paloma. Op. cit. p. 45-47.

¹⁴⁹ “A questão da separação entre os reguladores e os operadores, postulada no Livro Verde, volta na Diretiva da Comissão 90/388, de 28 de junho, relativa à competição nos mercados de serviços de telecomunicações. A Comissão explica, nesta norma, que o poder de regulação do acesso ao mercado dos serviços de telecomunicações constitui um reforço na posição dominante que esta mesma empresa tem no mercado. Utilizando este poder, poder-se-ia impor restrições ao acesso dos competidores aos mercados dos serviços de telecomunicações e limitar a liberdade de eleição dos usuários. Inclusive poder-se-ia restringir os mercados de equipamentos destinados ao recebimento e transmissões dos sinais de telecomunicações. Por tudo isso, a Comissão conclui que “a acumulação dessas atividades constitui um abuso de posição dominante dos organismos de telecomunicações”. Por essa razão, o artigo 7º da Diretiva estabelecia a obrigação de que os Estados-membros garantissem, a partir de 1º de julho de 1991, que as autorizações para a exploração de serviços, o controle de sua conformidade com as normas, as atribuições de frequências e a vigilância geral do

As características mais comuns entre as diversas Autoridades Independentes europeias são: criação por lei, nomeação dos dirigentes por atos supervisionados pelos Paramentos, imposição de um regime de incompatibilidade aos dirigentes, contratação do pessoal administrativo por concurso público e dotação orçamentária própria.¹⁵⁰ No mesmo diapasão CASSESE, que averba quatro características básicas das autoridades europeias: a) separação do governo, com a eleição dos dirigentes pelos Paramentos; b) neutralidade, para resolver os conflitos entre prestadores e usuários dos serviços; c) defesa mediata do interesse público, a imediata é a de resolver conflitos entre usuários e empresas prestadoras de serviços; e d) possuem estrutura enxutas, “são ilhas felizes em um panorama de administração pública em crise”.¹⁵¹

Além dessas citadas, é de se apontar que as autoridades independentes europeias não são órgãos meramente consultivos, mas detêm poder de decisão, o que não ocorria com entes antes existentes. Averba a doutrina portuguesa que os antigos conselhos ou comissões consultivas possuíam uma autoridade meramente moral ou técnica, em que pese exercerem, em variados momentos, influência decisiva sobre o órgão administrativo junto do qual funcionavam.¹⁵²

emprego das autorizações “fossem realizados por uma entidade independente dos organismos de telecomunicações”. Idem, p. 257-258. (traduzimos)

¹⁵⁰ PEREZ, R. Op. cit. p. 121-122.

¹⁵¹ Op. cit. p. 22-23.

¹⁵² SANTOS, Antonio Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. Op. cit. p. 142-143.

Para mudar a realidade, transformando as autoridades independentes em verdadeiras agências reguladoras, a doutrina Européia vem comentando e divulgando uma série de técnicas utilizadas pelos países da Comunidade. A regulação dos serviços públicos é complexa, compreendendo o exercício de funções normativas, administrativas e jurisdicionais simultâneas, com a finalidade de se obter os resultados esperados por todos os agentes do processo.

A primeira das técnicas, no sentido do exercício da função normativa, consiste na fixação, pelas agências, de *standards* jurídicos, impondo aos prestadores dos serviços uma generalização de presença ou ausência de determinados requisitos nos produtos oferecidos no mercado.¹⁵³ Outra técnica é a do chamado *screening*, ou seja, o exame individualizado dos produtos e processos de produção, quando a aplicação da técnica anterior se demonstra estéril, por numerosos fatores.¹⁵⁴ A obrigação de proporcionar informações sobre os bens ou serviços oferecidos é uma constante nas legislações regulatórias européias, devendo os prestadores tornar públicos os componentes utilizados nos produtos, eventuais perigos, riscos de utilização, etc.¹⁵⁵ A proibição de práticas anti-concorrencias, notadamente na aplicação rigorosa das legislações antitruste, principalmente naquelas atividades que, dadas as suas características, são de difícil, mas não impossível, competição. Na maioria dos casos, o poder de polícia está presente nas leis criadoras das autoridades independentes.¹⁵⁶

¹⁵³ MUÑOZ MACHADO, op. cit. 268-269.

¹⁵⁴ Idem, p. 269.

¹⁵⁵ Ibidem, p. 269.

¹⁵⁶ Op. cit., p. 269.

Evidente – e não poderia ser diferente – que a fixação das tarifas, a universalização do acesso aos serviços, os controles de preços e dos componentes dos mesmos requerem uma construção técnica que vem sendo crescentemente desenvolvida.¹⁵⁷ As maiores dificuldades para esses procedimentos, segundo informa MUÑOZ MACHADO¹⁵⁸, reside no fato de que as grandes empresas, que intervêm em alguns setores do mercado, não oferecem informação suficiente a respeito dos seus custos reais. Por outro lado, as agências, para bem desempenhar sua missão, devem ter um relacionamento muito próximo dos concessionários, pois de outro modo seria impossível o levantamento confiável dos dados técnicos, o que pode levar a um processo de “cooptação” das agências pelas grandes empresas.

Ao lado da criação das autoridades independentes, e, conseqüentemente, de um regime de livre competição entre as empresas estatais e as empresas públicas, os ordenamentos jurídicos europeus introduziram uma série de novos institutos jurídicos, que muito embora não guardem correlação direta com o presente estudo, são dignos de nota. Assim, entre outros: a) Direitos de propriedades negociáveis (regime de licenças expedidas pela Administração, suscetíveis de serem livremente negociadas pelo mercado, para que as empresas possam emitir uma certa quantidade de produtos contaminantes; licenças, também negociáveis livremente, referentes ao consumo de energia elétrica pelas indústrias; licenças, negociáveis, de permissões de aterrissagem de aeronaves, etc.);

¹⁵⁷ Por igual, p. 269.

¹⁵⁸ p. 271.

e, b) auto-disciplina dos prestadores de serviços (com a aplicação das sanções pelas próprias entidades que congregam as empresas).¹⁵⁹

2. 4. REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS NO BRASIL

Ao contrário do que algum intérprete apressado poderia supor, a questão regulatória no Brasil possui tradição doutrinária e foi, em determinados momentos históricos, objeto de grande preocupação governamental, notadamente no Estado Novo, onde, não coincidentemente, iniciou-se no país um longo projeto de nacionalização de setores econômicos e, conseqüentemente, o afastamento do capital estrangeiro das empresas prestadoras de serviço público.

A produção doutrinária, no período apontado, é significativa, e demonstra que os doutrinadores nacionais estavam perfeitamente atualizados em relação ao direito norte-americano, e muitas das questões que serão discutidas no capítulo posterior, notadamente o exercício de funções normativas por parte das agências reguladoras, já eram objeto de acalorados debates na produção jurídica nacional.

¹⁵⁹ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONOMICO, op. cit. p. 155-156.

2. 5. 1. A posição de Mário Masagão

A primeira obra a tratar do instituto jurídico da concessão de serviços públicos no direito brasileiro foi a de Mário MASAGÃO¹⁶⁰. Nesse estudo, em que o autor lamenta “a indigência da literatura nacional quanto ao assunto”¹⁶¹, a preocupação central é a de discutir a natureza jurídica da concessão, se ato administrativo ou contrato, e, se contrato, de direito público, privado ou “misto”.

Quanto à questão da regulação¹⁶² dos serviços públicos concedidos, MASAGÃO arranha a questão ao sustentar que:

Jamais as normas do direito privado poderão regular a organização e o funcionamento do serviço público, e muito menos o exercício dos poderes que aquele funcionamento exige, e que se delegam freqüentemente ao concessionário, como a desapropriação, fiscalização, percepção de tributos, e até de polícia, especial, dentro no âmbito do serviço concedido.¹⁶³

Implícito está, pois, para o autor pioneiro, que as normas reguladoras da concessão são de direito público e a organização e o funcionamento dos serviços são de competência do Poder Público. As preocupações com a fixação das tarifas, os interesses dos usuários e as faculdades dos concessionários não são tratados diretamente por Mário MASAGÃO.

¹⁶⁰ MASAGÃO, Mário. **Natureza jurídica da concessão de serviço público**. São Paulo : Saraiva, 1933.

¹⁶¹ Op. cit. pág. 5.

¹⁶² O autor citado, bem como os demais estudados nesse capítulo, utilizam a expressão “regulamentação”. Contudo, com o claro significado hoje existente para o termo “regulação”. Como é óbvio, o termo “regulação” só passou a ser adotado no direito brasileiro depois das profundas modificações operadas no início dos anos 90.

¹⁶³ Idem, pág. 84.

Mais uma vez fica implícita a concordância do doutrinador com a necessidade dos serviços públicos serem regulados, quando, em longa nota de rodapé, traz à colação a lição de DE VALLES, que sustenta ser de alçada do poder público a imposição ao concessionário de “prestar o serviço a quem o desejar”, “com base em tarifas certas e limites determinados, que não sejam estabelecidos com simples critério econômico, mas mediante consideração das exigências políticas da população, especialmente das classe menos favorecidas” e o de “difundir um determinado serviço entre populações que dele não tenham o hábito”.¹⁶⁴

2. 5. 2. A posição de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho

Logo após a publicação do trabalho antes citado, surge no direito brasileiro um estudo bem mais preocupado com a regulação das concessões de serviço público, de autoria de Manoel de Oliveira FRANCO SOBRINHO.¹⁶⁵ Nesse trabalho, que também filia-se às correntes doutrinárias partidárias da natureza jurídica contratual das concessões de serviço público, a preocupação central do jurisconsulto é a de sustentar que a concessão é um “fenômeno jurídico onde a utilidade social deve ser levada em conta”¹⁶⁶, a fim de que não se firmem “contratos verdadeiramente cerceadores não só da vontade criadora do governo como

¹⁶⁴ VALLES, Arnaldo de. I Servizi Pubblici, no **Tratato** de Orlando. pág. 419, *apud*: MASAGÃO, Mário, *op. cit.* págs. 84-85.

¹⁶⁵ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Concessão de serviços públicos em direito administrativo** : these apresentada ao Primeiro Congresso Jurídico Universitário do Brasil, reunido na cidade do Salvador. Curitiba: 1936.

¹⁶⁶ *Op. cit.* pág. 11.

das populações”.¹⁶⁷ Concluindo, sustenta o pai do Direito Público no Paraná que:

A concessão cria e reforma direitos, estabelece restrições, elabora normas de conduta a serem observadas por ambas as partes contratantes. Sabemos que o Estado não nem sempre pode praticar atos de extra-administração. Por isso, quando declara direitos, o que ele deve, como na questão da concessão, é ficar de sobreaviso, é declarar direitos com restrições para que, mais tarde, não fique impossibilitado de opor barreiras a casos que se ontem eram plausíveis e justíssimos, hoje escondem, abominante acordo desvirtuador mesmo das funções superiores do Estado.¹⁶⁸

Posteriormente, Mestre FRANCO SOBRINHO ainda dedicaria ao tema das concessões de serviços públicos mais duas importantes monografias: **Os serviços de utilidade pública**¹⁶⁹ e **O problema da municipalização dos serviços públicos**¹⁷⁰.

Na primeira obra, sustenta o autor que a eficiência na execução de qualquer serviço público dependerá sempre do atuar uniforme do Estado, eis que o “poder público, em absoluto, não abandona a paternidade na execução dos serviços públicos, mesmo delegados, porque não desaparece o risco de sua responsabilidade”.¹⁷¹

¹⁶⁷ Idem, pág. 11.

¹⁶⁸ Ibidem, págs. 13-14.

¹⁶⁹ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Os serviços de utilidade pública: processo jurídico de racionalização pela tutela e fiscalização das entidades delegadas de serviço público**. Curitiba : Empresa Grafica Paranaense de Plácido e Silva, 1940.

¹⁷⁰ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O problema da municipalização dos serviços públicos**. Curitiba : João Haupt, 1942.

¹⁷¹ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Os serviços de utilidade pública...** pág. 10.

Especificamente sobre o tema, o Mestre paranaense lamenta que “não nos preocupamos muito, à maneira dos norte-americanos e ingleses, com a eficiência do serviço e da seleção do pessoal, como meio próprio de racionalização da atividade dos órgãos administrativos do Estado”,¹⁷² para lembrar que “nos Estados Unidos criou-se a *Federal Power Commission* para fiscalizar a exploração das águas públicas e da indústria hidroelétrica”¹⁷³, pois, “substituindo ao Estado na execução administrativa de serviços públicos, as empresas particulares não deixam de sofrer a interferência do poder fiscal, ou de polícia do próprio Estado.”¹⁷⁴ Em conclusão, sustenta o autor:

As empresas privadas, ou particulares, devem ficar sujeitas, por isso, à regulamentação e controle das autoridades administrativas; as atividades econômica estão sempre ligadas ao interesse público; tanto os serviços a cargo do Estado como os serviços sujeitos a direção das empresas privadas, são melhor conduzidos quando tutelados pelo poder público e sob regime legal e regulamentar.”¹⁷⁵

2. 5. 3. A Comissão Francisco Campos

A promulgação da Constituição em 1934 traria novos desafios à doutrina nacional na questão relativa aos serviços públicos. Com efeito, a Carta democrática e progressista determinava que a lei federal regulasse a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, ou delegação, para que, no interesse coletivo, os lucros dos

¹⁷² Op. cit. pág. 17.

¹⁷³ Idem, pág. 21.

¹⁷⁴ Ibidem, pág. 21.

¹⁷⁵ Op. cit. págs. 21-22.

concessionários, ou delegados, não-excedam a justa redistribuição do capital, que lhes permita atender normalmente às necessidades públicas de expansão e melhoramento desses serviços.¹⁷⁶

Pela curta vigência da Carta, a lei federal não chegou a ser editada, razão pela qual a problemática foi transferida à nova realidade constitucional que o país passaria a viver com o golpe de estado havido. Com a instauração do Estado Novo, cuja justificativa foi o perigo comunista, nova ordem constitucional conheceu a Nação, desta vez inspirada nas constituições fascistas da Europa, com a conseqüente edição da Carta de 1937, cujo preâmbulo expressamente tentava justificar o atentado à ordem constitucional até então vigente.¹⁷⁷ O usurpador do Poder Constituinte dispôs sobre a questão nos seguintes termos: a lei federal regulará a fiscalização e revisão das tarifas dos serviços públicos explorados por concessão para que, no interesse coletivo, delas retire o capital uma

¹⁷⁶ Art. 137, da Constituição Federal de 1934.

¹⁷⁷ Preâmbulo: O Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil: Atendendo às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem resultantes da crescente agravação dos dissídios partidários, que uma notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, a resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil. Atendendo ao estado de apreensão criado no país pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios de caráter radical e permanente. Atendendo a que, sob as instituições anteriores, não dispunha o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem estar do povo; Com o apoio das Forças Armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente apreensivas diante dos perigos que ameaçam a nossa unidade e da rapidez com que se vem processando a decomposição das nossas instituições civis e políticas; Resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito a sua honra e a sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e a sua prosperidade. Decretando a seguinte Constituição, que se cumprirá desde hoje em todo o país (...)

retribuição justa ou adequada e sejam atendidas convenientemente as exigências de expansão e melhoramento dos serviços.¹⁷⁸

Se até aqui a questão, com a diferença estilística, continuava a mesma, o dispositivo constitucional prosseguia para estabelecer que “a lei se aplicará às concessões feitas no regime anterior de tarifas contratualmente estipuladas para todo o tempo de duração do contrato”¹⁷⁹, ou seja, foi estabelecida a retroatividade da futura regulação.

Visando dar regulamentação ao comando constitucional da Constituição de 1937, o Ministro da Justiça Francisco CAMPOS constituiu uma Comissão para a elaboração do anteprojeto de lei sobre a fiscalização e revisão das tarifas dos serviços públicos explorados por concessão.

O relator da citada Comissão foi Odilon BRAGA e o resultado do trabalho foi publicado nos volumes 7, 8, 9, e 10 da **Revista de Direito Administrativo**.¹⁸⁰ A comissão em questão foi integrada ainda pelos doutores ANHAIA MELO, Alves de SOUZA, Bilac PINTO, e Plínio BRANCO, que desde o início de seus trabalhos assentaram, como marco jurídico, que “a concessão é uma delegação e não um abandono de autoridade; o Estado se reserva os poderes de intervenção, controle e direção.”¹⁸¹ Em outras palavras, no léxico atual, o Estado reserva, para si, o poder de regulação.

¹⁷⁸ Art. 147, da Constituição Federal de 1937.

¹⁷⁹ Art. 147, parte final, da CF de 1937.

¹⁸⁰ E republicados em BRAGA, Odilon, Serviços públicos concedidos. **Revista de direito administrativo**: seleção histórica... p. 91-165.

¹⁸¹ Op. cit. p. 96.

Em relação ao poder regulatório, como uma das funções inerentes à soberania estatal, o relator disse que os trabalhos da Comissão estavam estribados na “restauração da doutrina verdadeira” realizada pelo Supremo Tribunal Federal:

(...) o Supremo Tribunal Federal restaurou a doutrina verdadeira, decidindo que o concessionário não pode pretender ‘direito ou favor maior do que os declarados expressamente na concessão’ nem ‘jamais obstar a ação do poder concedente senão naquilo e até onde este se tenha obrigado efetivamente a não intervir’; e por via de consequência que ‘sempre que o poder público, na concessão de uso e gozo de um privilégio, não se tenha obrigado, por cláusula expressa, a abster-se de tais e tais atos, não quanto à substância do privilégio e aos favores concedidos, mas quanto aos modos práticos da exploração ou os meios de sua melhor fiscalização, em bem dos fins da mesma concessão, é indiscutível, que no mesmo poder subsiste inteira e completa faculdade a semelhante respeito.¹⁸²

Pode-se inferir, ainda, do substancial relatório, que a Comissão estava preocupada com a excessiva valorização das propriedades dos concessionários, o que propiciaria, em tese, a ampla possibilidade de abuso de poder econômico pelos empresários.¹⁸³

Especificamente sobre a regulação dos serviços, a matéria no aludido projeto estava discriminada nos artigos 23 a 28 (órgãos de execução) e artigos 41 a 43 (órgãos recursais).¹⁸⁴ Segundo palavras do relator,

O projeto reserva à União, aos Estados e aos Municípios a faculdade de manter, reorganizar, ou substituir os órgãos que hoje possuem para exercício de suas atribuições atinentes aos serviços públicos que concedem, exigindo, porém, que se mantenham ou organizem conselhos técnicos, ou seja,

¹⁸² Idem, p. 102. Infelizmente, o relator não indicou qual o Acórdão do Pretório Excelso em que a decisão foi prolatada, anotando, apenas, em nota de pé de página a **Rev. de Dir.** vol. 10, págs. 80/81.

¹⁸³ p. 105-106.

¹⁸⁴ p. 144 e seguintes.

tribunais administrativos colegiados, que julguem, em grau de recurso, dos atos e decisões dos órgãos puramente administrativos.

Nas Disposições Gerais (arts. 41/42), o projeto regula a criação dos conselhos de competência da União, ou seja, os incumbidos de decidir, em última instância administrativa, dos recursos pertinentes a serviços federais explorados por concessão.

Dispõe, ainda, nesse capítulo (art. 43, parágrafo 1º), sobre os limites da intervenção do Poder Judiciário comum em matéria de serviços públicos concedidos.¹⁸⁵

Outro integrante da Comissão, ANHAIA MELLO, assim descreveu a intenção do trabalho desenvolvido:

A complexidade crescente do problema de fixar preços e *standards* de serviços, trouxe, pois, a convicção de que ao legislativo incumbe fixar princípios e não detalhes; que os estatutos devem ser gerais e não específicos, e que a regulamentação, propriamente dita, deve caber a uma agência efetiva, constituída de peritos capazes de concretizar e aplicar os *standards* legislativos.

Essa agência é a Comissão de Serviço de Utilidade Pública.

Fixados pelo legislativo os *standards* gerais, é a Comissão quem os aplica com a latitude e a elasticidade necessárias, de acordo com as condições variáveis de operação, com as mudanças constantes e progressos da técnica, e com o número cada vez maior de elementos de toda a ordem que concorrem para se obter bom serviço por preço razoável. A Comissão é uma *practical business necessity*, diz Oscar POND, e a mais perfeita forma de assegurar regulamentação adequada, inteligente e eficiente.¹⁸⁶

Continuando, leciona que:

Uma Comissão de Serviços de Utilidade Pública é um corpo administrativo permanente, de peritos experimentados, cujos serviços estão continua e exclusivamente devotados a fins de investigação, de conselho e de mando, e ao ajuste de conflitos entre empresas e público.¹⁸⁷

Com a experiência haurida nos trabalhos da citada Comissão, Bilac PINTO editaria, em 1941, um livro bastante importante sobre a

¹⁸⁵ p. 144.

¹⁸⁶ ANHAIA MELLO, Luiz de, op. cit. p. 99-100.

¹⁸⁷ Op. cit. p. 100.

temática regulatória.¹⁸⁸ Na obra, o jurista coloca que só via um único caminho para dar cumprimento ao disposto no art. 147 da Constituição ditatorial de 37, o de “regulamentação efetiva por comissões”¹⁸⁹, porque era o “método de controle dos serviços de utilidade pública” que tinha a seu favor “a experiência dos Estados Unidos, coroada de pleno êxito”.¹⁹⁰

Para o estudioso, a regulação (por ele também denominada de regulamentação) possuía uma tríplice finalidade: a) assegurar o serviço adequado; b) fixar tarifas razoáveis; e c) garantir a estabilidade financeira. As Comissões deveriam ter poderes amplos e abrangentes para fiscalizar os aspectos administrativos, contábeis, técnicos, econômicos e financeiros.¹⁹¹

Exaustivamente tratada por Bilac PINTO, chama a atenção, no caso, a delegação de poderes. Isso porque a Constituição estado-novista, de 10 de Novembro, permitia expressamente a delegação legislativa do Poder Legislativo ao Poder Executivo. O texto constitucional em vigor possuía a seguinte redação:

Art. 11. A lei, quando de iniciativa do Parlamento limitar-se-á a regular, de modo geral, dispondo apenas sobre a substância e os princípios, a matéria que constitui o seu objeto. O Poder Executivo expedirá os regulamentos complementares.

¹⁸⁸ PINTO, Bilac. **Regulamentação** ... Veja-se também do autor: Concessão de serviço público – sistema francês – sistema norte-americano – influência sobre o direito brasileiro – regras aplicáveis às concessões ou licenças a prazo indeterminado – transporte coletivo de passageiros em São Paulo. **Estudos de direito público** : edição comemorativa do cinquentenário da fundação da Revista Forense. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1953.

¹⁸⁹ Op. cit. p. 33.

¹⁹⁰ Idem, p. 34.

¹⁹¹ Ibidem, p. 88.

Art. 12. O Presidente da República pode ser autorizado pelo Parlamento a expedir decretos-leis, mediante as condições e nos limites fixados pelo ato de autorização.

Art. 13. O Presidente da República nos períodos de recesso do Parlamento ou de dissolução da Câmara dos Deputados, poderá, se o exigirem as necessidades do Estado, expedir decretos-leis sobre as matérias de competência legislativa da União, excetuadas as seguintes:

- a) modificações à Constituição;
- b) legislação eleitoral;
- c) orçamento;
- d) impostos;
- e) instituição de monopólios;
- f) moeda;
- g) empréstimos públicos;
- h) alienação e oneração de bens imóveis da União.

Esta realidade constitucional, segundo o doutrinador em foco, se devia “à incapacidade do corpo legislativo para a legislação direta”¹⁹², pois “a legislação é hoje uma imensa técnica de controle da vida nacional em todas as suas manifestações.”¹⁹³ No tópico referente às conclusões de seu trabalho, Bilac PINTO consegue sintetizar a visão que tinha sobre a questão regulatória por agências (comissões na expressão da época):

1ª) Os nossos serviços de utilidade pública devem ser submetidos ao regime de REGULAMENTAÇÃO EFETIVA POR COMISSÕES;

2ª) As COMISSÕES deverão exercer funções administrativas, jurisdicionais e normativas;

3ª) Das decisões jurisdicionais das COMISSÕES não deverá haver recurso, quer para os tribunais ordinários, quer para as autoridades administrativas;

4ª) As COMISSÕES terão amplos poderes de fiscalização e controle das empresas concessionárias de serviços de utilidade pública, no que se refira à

¹⁹² Op. cit. p. 108-109.

¹⁹³ Idem, p. 109.

contabilidade e administração e nos assuntos técnicos, econômicos ou financeiros;

5ª) As COMISSÕES poderão exercer os mesmos poderes de fiscalização e controle, indicados no item anterior, sobre as pessoas jurídicas, de qualquer maneira interessadas (*holdings*) ou dependentes da empresa concessionária;

6ª) A violação do dever de lealdade, nas informações prestadas pelas empresas concessionárias, pelas suas dependentes ou pelas *holdings*, às COMISSÕES ou às autoridades administrativas brasileiras, deverá ser qualificada criminalmente;

7ª) A responsabilidade penal das pessoas jurídicas, referidas no item anterior, deverá ser especialmente definida, de modo a imputar a todos os diretores das empresas que violarem aquele dever de lealdade, a co-autoria do crime, cujo processo e julgamento deverá ser da competência do Tribunal de Segurança Nacional;

8ª) As COMISSÕES deverão estar munidas de poderes para determinar que toda a publicidade, defendendo o ponto de vista das empresas concessionárias – através do livro, do jornal, do rádio, do cinema, dos panfletos, das conferências, etc. – seja feita às claras, com a indicação da sua fonte ou das ligações do Autor com as empresas;

9ª) Os serviços de utilidade pública deverão ser explorados em regime de serviço pelo custo; sendo que

10ª) O critério de avaliação, como base de tarifas, deverá ser o do custo histórico;

11ª) Deverá o Poder Público, ao empreender a REGULAMENTAÇÃO EFETIVA POR COMISSÕES, tomar todas as providências para a estatização das empresas, por meios diretos ou indiretos, impedir a regulamentação; e, finalmente;

12ª) Instituído o regime que preconizamos, a primeira providência das COMISSÕES deverá ser a realização de amplo inquérito, destinado a esclarecer detalhadamente – sob todos os aspectos que interessem à regulamentação – a situação das empresas concessionárias de serviços de utilidade pública e das com elas interconectadas.¹⁹⁴

Tirando a terceira conclusão e descontando-se o exagero da sexta, sétima e oitava, Bilac PINTO arrolou praticamente as mais importantes características das agências reguladoras.

¹⁹⁴ Op. cit. p. 207-209.

2. 5. 4. A posição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello

Notável também foi o contributo de Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO sobre a temática, em três textos isolados de grande densidade doutrinária.¹⁹⁵ No primeiro estudo, o Mestre paulista aponta que:

(...) 5 – O ente público, apesar de haver assinado contrato de concessão, continua, como afirmamos, na sua posição de poder público e, por consequência com a atribuição de regulamentar o serviço público concedido. Essa regulamentação pode ser feita pelo Estado tendo em vista o interesse coletivo, no exercício do seu poder de polícia de ordem pública, isto é, poder de polícia propriamente dito, como, também, em atenção ao próprio serviço, no exercício do seu poder de polícia de gestão, isto é, poder de polícia *strictu sensu*.

Os concessionários de serviço público estão, portanto, sujeitos a fiscalização de duas naturezas: uma relativa às restrições naturais aos direitos fundamentais das pessoas físicas ou jurídicas por parte de qualquer das entidades de direito público, nos limites da sua competência – regulamentação geral; e outra referente à organização e funcionamento do serviço, por parte do poder concedente – regulamentação especial.

Como exemplo da regulamentação geral, exercida por qualquer das pessoas de direito público, temos, no caso das estradas de ferro, concedidas pelos governos federais ou estaduais, a exigência feita pelos municípios de terem as suas linhas guarnecidas de cercas, ao atravessarem as cidades, bem como de estabelecerem porteiças nos cruzamentos com vias públicas, medidas essas objetivando a segurança da população municipal, com o intuito de prevenir acidentes. Como exemplo de regulamentação especial, exercida pela pessoa de direito público concedente do serviço, temos, no mesmo caso das estradas de ferro, a exigência imposta às companhias de estenderem as suas linhas para outras cidades, dentro do perímetro da concessão, ou então, a de determinar o aumento dos números de carros, quando o interesse da população isso solicite.

Na primeira hipótese, isto é, de regulamentações gerais, não cabe ao concessionário de serviço público o direito de pleitear qualquer indenização, pois são prescrições do poder público de ordem geral, atingindo toda a

¹⁹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Aspectos da Regulamentação dos Serviços Públicos. **Revista Forense**, LXXXVII, v. 87, 1941, p. 13-26. BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Aspecto jurídico-administrativo da concessão de serviço público. **Revista de direito administrativo**, v. 26, p. 1-18, republicada em **Revista de direito administrativa: seleção histórica...**, p. 205-234. BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Natureza jurídica da concessão de serviço público. **Revista de direito público**. v. 19, jan.-mar. 1972, p. 9-36.

população ou todas as pessoas que se dedicam a determinada atividade, a fim de resguardar a ordem pública e o bem estar coletivo. Na segunda hipótese, isto é, de regulamentações especiais, cabe ao concessionário do serviço o direito de pleitear indenização, quando elas ferirem a estabilidade econômica da empresa, pois as prescrições do poder público concedente, aumentando os seus encargos, lhe autorizam pedir ressarcimento pelos prejuízos, acaso sofridos, em virtude desses encargos, embora sejam estes exigidos no interesse da população.¹⁹⁶

Aprofundando a questão do necessário (re)equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, ocasionado pela regulação, prossegue o consagrado o doutrinador:

Esse controle diz respeito aos aspectos técnico e econômico do serviço, que devem ser adaptados às épocas em que este está sendo prestado, sofrendo, por conseguinte, as alterações impostas pelas exigências objetivas do público e as necessidades decorrentes das novas condições e por outras situações de prestação do serviço.

Se prevalecesse orientação diversa, pela qual se entendesse que a organização e funcionamento do serviço, fixados na época da outorga da concessão, não pudessem ser alterados segundo o bem público, o instituto da concessão como o processo de execução de serviço público deveria ser eliminado, pelo fato de constituir sistema contrário ao interesse coletivo e significando esse interesse a razão de ser mesmo do serviço instituído.

(...)

Toda regulamentação é lícita, uma vez não fira a situação patrimonial do concessionário, razão da aceitação de encarregar-se da execução do serviço público.¹⁹⁷

No último estudo, uma contribuição fundamental para a perfeita compreensão do exercício, simultâneo, das funções normativa, administrativa e jurisdicional dos órgãos reguladores:

No Estado de Direito, há a distribuição de atribuições específicas que competem ao Poder Público, uno, entre os vários órgãos pelos quais se atua. Daí a criação da chamada teoria da separação dos poderes, até há bem pouco tempo clássica no direito constitucional. Hoje em dia, entretanto, ela vem sendo objeto de justas críticas, pois, na verdade, o Poder Público é uno,

¹⁹⁶ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Aspectos da ..., p. 17-18.

¹⁹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, Aspecto jurídico-administrativo...

sendo diversas apenas as suas manifestações, caracterizadas por funções fundamentais.

Assim, não se pode dizer que os três Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – são órgãos do Estado, mas que o Poder Público soberano, com funções fundamentais, se espraia através de vários órgãos, os quais devem estar coordenados por um órgão superior, a quem compete unificá-las, firmando as diretrizes do conjunto.

Competências distintas não se misturam. Por isso, atribuições de natureza diversa cabem a órgãos coordenadores independentes. E estes se integram no órgão supremo constituinte, de onde dimanam todos os poderes que lhes são atribuídos. Entendem os autores, em divergência, que essas funções fundamentais ora compreendem a atividade legislativa, coordenada pelo Parlamento, a atividade executiva, ou melhor, administrativa, coordenada pelo chefe do governo e a atividade judicial, coordenada pelo mais alto tribunal do país; ora desdobram a atividade executiva em atividade governamental e administrativa, cabendo àquela os atos de direção e a esta os atos de execução, ambas, entretanto, coordenadas afinal no mesmo órgão; ora consideram a atividade judicial e executiva como partes da mesma atividade administrativa e, daí, só admitirem duas competências fundamentais: a administrativa e a legislativa, respectivamente coordenadas pelo chefe da nação e parlamento.

(...)

Compreende o estabelecimento de normas de caráter geral e sua aplicação por atos que a concretizem em face das situações particulares, devidamente fiscalizados e informados, sempre tendo em vista a integração dos princípios julgados necessários à realização do bem comum dos membros da comunidade política.¹⁹⁸

¹⁹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Natureza jurídica...* p. 11-12.

3. AS AGÊNCIAS REGULADORAS COMO AUTARQUIAS ESPECIAIS

3. 1. INTRODUÇÃO

Todas as agências reguladoras de serviços públicos criadas no direito brasileiro são qualificadas, pelo legislador, como autarquias especiais¹⁹⁹. Na verdade, as agências reguladoras restauram o conceito original de autarquia,²⁰⁰ uma vez que, na realidade atual, e desde há muito, as autarquias, paulatinamente, foram perdendo suas características fundamentais de autonomia e liberdade de gestão. A criação do ente autárquico, com as características originais, pertence a SANTI ROMANO.²⁰¹

¹⁹⁹ Art. 1º, da Lei n. 9.427/96: É instituída a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, com sede e foro no Distrito Federal e prazo de duração indeterminado. Art. 8º, da Lei n. 9.472/97: Fica criada a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais. Art. 7º, da Lei n. 9.478/97: Fica instituída a Agência Nacional do Petróleo – ANP, entidade integrante da Administração Federal indireta, submetida ao regime autárquico especial, como órgão regulador da indústria do petróleo, vinculado ao Ministério de Minas e Energia.

²⁰⁰ MODESTO, Paulo. Seminário Autonomia da Receita Federal. SINDTTEN – Sindicato Nacional dos Técnicos da Receita Federal. Goiânia, 07/08 de dezembro de 1998.

²⁰¹ “Foi usado, pela primeira vez, em 1897, na Itália, por SANTI ROMANO, ao escrever para a **Enciclopédia Italiana**, sobre o tema *decentramento amministrativo*, com o vocábulo autarquia, ele fazia referência às comunas, províncias e outros entes públicos existentes nos Estados unitários; dessa forma, ele substitui a expressão ente autônomo, que é contraditória, porque “autonomia” designa o poder de estabelecer o próprio direito (*autos* = próprio e *nómos* = lei), poder esse de que não desfrutaram os entes locais senão a título de delegação do poder central. O vocábulo, com esse sentido, teve grande uso no direito italiano, até que o governo fascista entendeu necessário bani-lo do léxico jurídico, já que a doutrina dos entes autárquicos, defendendo parcela de independência para as entidades locais, dificultava a inteira subordinação das mesmas

Ainda no campo dos autores clássicos, importante trazer à colação a contribuição de BIELSA. Segundo o festejado autor argentino, quatro são as características marcantes destes entes. Primeira, a administração pelas autarquias é uma administração indireta, no sentido de que são criadas pelo próprio Estado para agir em nome dele. Possui, portanto, a autarquia um direito subjetivo de atuar em nome do Estado. Segunda, a entidade autárquica não está subordinada hierarquicamente a nenhum outro órgão administrativo, porque suas atribuições derivam da lei e não da delegação. Terceira, exerce sempre funções próprias do Estado, e esse é o seu elemento mais característico. Quarta, exercem, além das funções próprias do Estado, funções específicas suas.²⁰²

Evidente que o direito administrativo brasileiro jamais trabalhou o instituto com conceito tão amplo, preferindo operar com os elementos de personalidade jurídica e capacidade de auto-administração, em virtude da realidade brasileira, principalmente a partir da vigência do Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. Referido Decreto-lei, em seu art. 5º, I, conceituou autarquia como “o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar

ao poder central. O direito positivo italiano voltou a empregar a expressão “ente autônomo”. Esses dados são importantes para realçar o fato de que o termo autarquia surgiu com significado um pouco diverso daquele empregado no direito brasileiro, pois designava as formas de descentralização territorial, próprias dos Estados unitários. Foi mais pelo trabalho de doutrinadores italianos, como Guido ZANOBINI e Renato ALESSI, que se desenvolveu o conceito de autarquia com entidade da administração indireta (descentralização administrativa por serviço), que exerce serviço determinado, com as mesmas características e os mesmos efeitos da atividade administrativa do Estado.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 8. ed. São Paulo : Atlas, 1997, p. 313-314.

²⁰² BIELSA, Rafael. **Derecho administrativo**. 6. ed. Buenos Aires : La Ley, 1964, Tomo I. p. 237-238.

atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.”

203

Para Hely Lopes MEIRELLES,

Autarquias são entes administrativos autônomos, criados por lei específica, com personalidade jurídica de Direito Público interno, patrimônio e atribuições estatais específicas. São entes autônomos, mas não são autonomias. Inconfundível é autonomia com autarquia: aquela legisla para si; esta administra-se a si própria, segundo as leis editadas pela entidade que a criou. O conceito de autarquia é meramente administrativo; o de autonomia é precipuamente político. Daí estarem as autarquias sujeitas ao controle da entidade estatal a que pertencem, enquanto autonomias permanecem livres desse controle e só adstritas à atuação política das entidades maiores a que se vinculam, como ocorre com os Municípios brasileiros (autonomias) em relação aos Estados-membros e à União.²⁰⁴

Ruy CIRNE LIMA leciona que:

Denominam-se essas pessoas administrativas entidades autárquicas, quer dizer, entidades que a si próprias se governam. Poder de governar-se a si próprias, toda pessoa – dir-se-á – em princípio o tem. Chama-se, porém, autarquias, àquelas entidades, precisamente para significar que não se trata de meros órgãos de desconcentração administrativa, e sim de verdadeiras pessoas jurídicas.²⁰⁵

Para Manoel de Oliveira FRANCO SOBRINHO:

²⁰³ Segundo Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, “Como definição, o enunciado normativo não vale nada. Sequer permite ao intérprete identificar quando a figura legalmente instaurada tem ou não natureza autárquica, pois deixou de fazer menção ao único traço que interessaria referir: a personalidade de direito público”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo : Malheiros, 2000, p. 130. Para Manoel de Oliveira FRANCO SOBRINHO, “silenciando na fixação da personalidade jurídica, impôs contudo a característica de pessoa pública, quando fala em ‘atividade típica da Administração’”. FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Comentários à reforma administrativa federal**. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1983, p. 71.

²⁰⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 21. ed. São Paulo : Malheiros, 1996, p. 308.

²⁰⁵ CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo : RT, 1982, p. 61-62.

A figura autarquia indica, desde a sua criação e formação, autonomia nos limites prefixados de regime e pelo sistema jurídico positivo. Autonomia não no sentido de se organizar juridicamente, mas no sentido de adaptar a pessoa (organismo) à ordem jurídica peculiar que a gerou. Administrando-se a si mesma, uma autarquia, na consecução dos próprios fins, representa, o Estado, o peculiar interesse público estatal.²⁰⁶

Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO estatui que:

São segmentos personalizados da Administração, desdobramento do Estado em sua feição administrativa; poder-se-ia mesmo dizer, em comparação livre, verdadeiros “filhotes” do Estado criados à sua imagem e semelhança que, bem por isso, co-participam de sua seiva vital, e reproduzem em escala miniatural sua fisionomia, conquanto, é bem de ver, naquilo em que se circunscreve à expressão administrativa do Estado.²⁰⁷

A bem de ver, as agências reguladoras criadas no nosso direito, aproximam-se muito mais daquelas autarquias que a doutrina resolveu denominar de “autarquia de regime especial”, ou seja, segundo apostila Hely Lopes MEIRELLES,

toda aquela a que a lei instituidora conferir privilégios específicos e aumentar sua autonomia comparativamente com as autarquias comuns, sem infringir os preceitos constitucionais pertinentes a essas entidades de personalidade pública²⁰⁸

Com efeito, nas leis instituidoras desses entes, houve um aumento significativo de competência, comparativamente com as autarquias até então existentes. O que, volte-se a repetir, não é inédito, haja vista o Banco Central²⁰⁹, bem como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica –

²⁰⁶ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Curso de direito administrativo**. São Paulo : Saraiva, 1979, p. 61.

²⁰⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Prestação de serviços públicos e administração indireta**. 2. ed. São Paulo : RT, 1979, p. 61.

²⁰⁸ MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit. p. 317-318.

²⁰⁹ A Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1.964, que dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências, estatui no seu art. 8º que: “A atual Superintendência da Moeda e do Crédito é transformada em autarquia federal, tendo sede e foro na Capital da

CADE.²¹⁰ Evidente que, resta saber, se o alargamento das competências das agências reguladoras, em alguns momentos, não violou o Texto Constitucional vigente.

À quase unanimidade da doutrina, e também por imposição do Decreto-lei n. 200/67, Art. 5º, I, sempre se entendeu que competia às autarquias o exercício de funções típicas do Estado, reservando-se as atípicas para outros entes. Tal formulação, atualmente, encontra-se inteiramente deturpada no direito positivo brasileiro, em virtude da criação de múltiplas, e as vezes superpostas, autarquias, fundações, empresas públicas, nas esferas federal, estadual e municipal. Contudo, as agências reguladoras exercem poder de polícia, e, em alguns casos, fomentam a iniciativa privada, todas absolutamente tipificadoras das funções estatais.

Para Maria Sylvia Zanella DI PIETRO:

(...) o regime especial vem definido nas respectivas leis instituidoras, dizendo respeito, em regra, à maior autonomia em relação à Administração direta; à estabilidade de seus dirigentes, garantida pelo exercício de mandato fixo (...); ao caráter final de suas decisões, que não são passíveis de apreciação por outros órgãos ou entidades da Administração Pública.²¹¹

República, sob a denominação de Banco Central da República do Brasil, com personalidade jurídica e patrimônio próprios, este constituído dos bens, direitos e valores que lhe são transferidos na forma desta Lei e ainda na apropriação dos juros e renda resultantes, na data da vigência desta Lei, do disposto no art. 9º do Decreto-Lei número 8.495, de 28 de dezembro de 1945, dispositivo que ora é expressamente revogado.

²¹⁰ A Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, que transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE – em Autarquia, dispôs no seu art. 3º que: “O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, órgão judicante com jurisdição em todo o território nacional, criado pela Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962, passa a se constituir em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e atribuições previstas nessa Lei.

²¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Parcerias...**, p. 131.

Conforme leciona Lúcia Valle FIGUEIREDO, o controle das autarquias, por parte do ente criador,

não poderá interferir diretamente na vida da autarquia, sob pena de desconhecimento de que sua criação por lei lhe outorga uma série de direitos e deveres. Direitos e deveres, esses, a serem respeitados, inclusive – e principalmente – pelo ente que a criou.²¹²

3. 2. UMA AGÊNCIA REGULADORA *IN ABSTRATO*:

A fim de que se possa, no transcorrer deste trabalho, analisar as agências reguladoras presentes no atual direito público brasileiro, e com base nos ensinamentos do direito comparado, vistos no capítulo anterior, bem como nas análises dos doutrinadores antes examinados, iremos agora traçar um pequeno perfil de uma agência reguladora *in abstracto*, no sentido de colocar suas principais características jurídicas. Após, com a análise das normas que instituíram as agências reguladoras brasileiras, poderemos verificar se as mesmas preenchem, com efetividade, os requisitos de suas congêneres estrangeiras, idealizadas pela doutrina internacional. Evidente que neste tópico, e ainda sem a preocupação de discutir qualquer inconstitucionalidade perante o Texto Constitucional vigente no Brasil, iremos partir do pressuposto de que uma agência reguladora ideal deve exercer, em simultâneo, as funções normativa, administrativa e jurisdicional, tudo para que possa, tecnicamente, bem regular um serviço público privatizado. Assim:

²¹² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo : Malheiros, 2000, p. 127.

Uma agência reguladora deve ser conceituada como um ente administrativo dotado de autonomia, sendo que a sua criação deve ser realizada por lei específica, com personalidade jurídica de direito público interno, patrimônio próprio e competências perfeitamente especificadas no texto legal criador da mesma.

A lei de criação, por sua vez, deve limitar, detalhadamente, toda a competência delegada pelo legislador à agência reguladora. Os limites da delegação devem encontrar na lei criadora o *locus* de sua intensidade e dimensão, a fim de que possa o intérprete, com presteza e correção, verificar, no futuro, o campo normativo reservado à agência, bem como todo o campo normativo que continua no âmbito de competência do Parlamento. Nestes termos, sua instalação deve ser realizada por decreto, na forma preconizada pelo direito administrativo brasileiro. O decreto, como comezinho, não poderá jamais alargar o âmbito de aplicação das competências delegadas na lei criadora. Deve também o decreto aprovar o regulamento da agência, de forma a regulamentar e estabelecer os requisitos necessários à implantação da agência reguladora.

De bom alvitre seria que a lei criadora da agência já destinasse à mesma o seu patrimônio inicial, transferindo todos os bens móveis e imóveis necessários ao desempenho de suas atividades. Como o papel regulatório, até então, vinha sendo desempenhado pelo Ministério instituidor da agência, bastaria que a lei criadora operasse a transferência dos bens do Ministério à agência, incorporando-se os mesmos, por vontade expressa do legislador, ao patrimônio da autarquia. Inadmissível seria a

transferência de bens posteriormente à edição da lei criadora, uma vez que estaria o ente criador interferindo na atuação da agência reguladora.

Os bens das agências reguladoras são, como é elementar, bens públicos, com destinação especial e por ela administrados. Nestes termos, devem poder ser utilizados, onerados e alienados, na forma prevista em seus regulamentos, independente de autorização legislativa especial. Isso porque, se a agência para onerar um de seus bens vier a necessitar de autorização legislativa, irá, conseqüentemente, perder parcela significativa de sua autonomia, ficando à mercê de uma autorização parlamentar, que pelo ritmo próprio do processo legislativo, poderá chegar de modo tardio.²¹³

Questão traumática no atual panorama da Administração Pública brasileira está presente na execução orçamentária dos órgãos e entes da Administração. Isso porque os orçamentos públicos no Brasil, no mais das vezes, não passam de peças de má ficção, onde os valores previstos e os valores realmente executados jamais se encontram. Ademais, famosos são no Brasil os denominados “contingenciamentos orçamentários”, que se constituem em atos administrativos baixados pelos ministros da área econômica, que “proíbem” os órgãos e os entes da Administração de executarem os valores previstos na lei orçamentária. Uma agência reguladora, que venha a funcionar como “autoridade administrativa independente”, jamais poderia sofrer qualquer restrição na execução de seu orçamento. Deste modo, necessário seria que a lei criadora viesse a

²¹³ Tal entendimento, como de plano poderá notar o leitor, implicaria numa série de modificações constitucionais e legislativas, notadamente nos dispositivos que regulamentam a alienação dos bens públicos na Constituição Federal e no Estatuto licitatório, notadamente no Art. 17, I, da Lei n. 8.666/93.

colocar obstáculos intransponíveis – verdadeira proibição –, para evitar a ocorrência destes fatos.

Muito embora as agências reguladoras sejam autarquias, a nomeação de seus dirigentes não pode, a rigor, seguir as mesmas tradições observadas pela quase totalidade das nomeações dos dirigentes autárquicos. Sendo uma agência reguladora um ente responsável pela tomada de decisões técnicas que irão interferir na vida de milhões de pessoas e nos investimentos bilionários de inúmeras empresas, os requisitos a serem observados deverão receber da legislação tratamento diferenciado. Assim, a lei criadora da agência deve estabelecer, com o máximo rigor possível, toda a quantidade de qualificativos técnicos exigidos para que qualquer indivíduo possa ser nomeado para qualquer cargo diretivo dentro de uma agência reguladora. O ideal, nestes casos, é o estabelecimento de critérios técnicos-objetivos, onde as qualificações exigidas possam ser comparadas e verificadas sem maiores necessidades de interpretação. Mais, além dos qualificativos técnicos deve a lei exigir, com o máximo de rigor possível, que o dirigente não tenha qualquer ligação, por mais tênue que seja, com as empresas reguladas pelas agências, bem com eventuais associações de usuários do serviço regulado pela agência. Ponto capital, para que uma agência reguladora atue com a devida independência, é a de que seus dirigentes não tenham tido participação em empresas ou associações com interesses no serviço público regulado pela agência. Vê-se, pois, que, em termos práticos, a escolha de um dirigente de uma agência reguladora é sempre difícil e complexa. Os qualificativos técnicos exigidos são muitos, e a pessoa dotada destes mesmos qualificativos não pode ter participação em

empresas prestadoras do serviço público regulado pela agência, bem como em associações de defesa dos usuários. De bom alvitre, também, que a lei exija que o candidato a dirigente de uma agência reguladora não tenha qualquer participação societária ou qualquer interesse profissional em empresas fornecedoras de componentes ou equipamentos às concessionárias reguladas pela agência. Aqui, sem dúvida, mais um filtro a tornar difícil o processo de escolha do dirigente da agência reguladora.

O processo de investidura do dirigente da agência deve, nos moldes preconizados pela melhor doutrina estrangeira, dar-se através de ato administrativo complexo. O candidato deve ser indicado pelo Presidente da República, no caso das agências federais, e ter seu nome aprovado por algum órgão do Parlamento, sendo que, na tradição parlamentar brasileira, tal papel vem sendo desempenhado pelo Senado da República. Questão fulcral neste tópico é o da possibilidade, ou não, da demissão *ad nutum* do dirigente da agência reguladora. A independência requerida para o bom desempenho do cargo requer a independência funcional do dirigente autárquico em relação ao Ministério ao qual a agência está integrada organicamente ou da Presidência da República. Deste modo, o ideal é que o afastamento de um dirigente de uma agência reguladora se faça através de processo perante o órgão parlamentar responsável pela aprovação de seu nome quando da indicação para o exercício do cargo.

Outra questão importante a ser tratada, diz respeito ao destino deste mesmo dirigente, após o término do seu mandato. Legislações estrangeiras vêm criando a figura da “quarentena”, ou seja, o estabelecimento de um período temporal, mais ou menos longo, no qual o

ex-dirigente fica proibido do exercício de qualquer função profissional, dentro da área de atuação do órgão ou ente público que dirigia, em troca da manutenção de seus vencimentos por todo o período de proibição de exercício profissional em áreas onde seus conhecimentos, pelo exercício do cargo, poderiam dar ao empregador vantagens desleais em relação à concorrência e ao mercado. Os períodos variam de país para país e de atividade para atividade. A “quarentena” não é uma garantia jurídica absolutamente eficaz para que se possa impedir um ex-dirigente público de vir a utilizar suas informações privilegiadas (pelo exercício do cargo adredemente) para obter, para si ou para terceiros, vantagens indevidas. Isso porque existem numerosas formas de se repassar informações privilegiadas, que não podem ser, na prática, impedidas pela simples instituição da “quarentena”. Contudo, serve o novel instituto para coagir moralmente os ex-dirigentes públicos destituídos de ética, bem como para, até mesmo, se necessário, traçar novas figuras típicas – penais e administrativas – nas condutas dos ex-agentes públicos. Nestes termos, a instituição da “quarentena”, que de modo algum pode ser vista como garantia total do bom proceder dos ex-agentes, é de todo recomendável.

Quanto aos atos dos dirigentes das agências reguladoras, dúvidas não há de que são atos administrativos, devendo, portanto, serem objeto de amplo controle, não apenas no tocante aos seus requisitos de validade, mas também em relação aos aspectos econômicos dos mesmos. Importa demonstrar, neste tópico, que os atos editados pelo dirigentes das agências reguladoras possuem ampla influência sobre toda a sociedade e economia. Observe-se, por exemplo, que a escolha de uma tecnologia, em detrimento de outra, pode ocasionar ganhos ou prejuízos de bilhões de reais. Deste

modo, como é evidente, os atos administrativos de competência desses agentes estão sujeitos ao controle por parte de toda a sociedade, não somente perante o Poder Judiciário, mas também quanto ao controle político dos mesmos, a ser efetivado pelo Parlamento. Neste tópico, seria de todo conveniente que a legislação criadora das agências viesse a submeter, ao máximo, a obrigatoriedade de audiências públicas para os atos mais importantes a serem editados pelos dirigentes das agências reguladoras, até mesmo porque, conforme exhaustivamente demonstrado na prática, o meio mais eficaz de controle dos atos administrativos é aquele realizado pela sociedade civil organizada, pela imprensa, associações de usuários, associações de consumidores e outras tantas organizações de caráter não governamental a serviço da cidadania.

Nesta toada, é de se propor, *de lege ferenda*, a feitura de um verdadeiro código de procedimentos administrativos específicos para as agências reguladoras, a fim de que se tenha, num único corpo legislativo, todas as regras processuais para a efetivação material dos direitos da cidadania e dos investidores privados, em relação aos serviços públicos regulados.

Quanto aos contratos firmados pelas agências reguladoras dúvidas não pode haver que são contratos administrativos, regidos pelo estatuto licitatório, notadamente aqueles que implicam em outorga de concessão, permissão, autorização ou delegação.

Outro ponto, importante, no campo contratual, reside no fato de que as empresas prestadoras de um determinado serviço público poderão,

até mesmo para economia de custos, utilizar as redes e estruturas de outras empresas prestadoras de um outro serviço público (exemplo mais evidente é a utilização de postes de luz, de propriedade de uma empresa fornecedora de energia elétrica, por uma empresa prestadora de telefonia fixa). Nada impede, nestes termos, que as diferentes agências reguladoras, mediante convênios, venham a fixar os *standards* a serem observados pelas empresas prestadoras na compartimentalização de suas estruturas.

Por derradeiro, quanto ao pessoal, evidente que o regime jurídico ideal para as agências reguladoras seria o estatutário, uma vez que é o regime jurídico que melhor responde à independência tão necessária para a perfeita prestação das funções de relevante interesse público.

Estas rápidas pinceladas demonstram a preocupação com o regime jurídico que deve comandar as agências reguladoras. As agências reguladoras são instrumentos de publicização da prestação de serviços públicos por particulares. Essa visão de agência *in abstracto* que, de resto, encontra eco na melhor doutrina estrangeira, parte, conforme visto, da publicização das mesmas, estabelecendo uma série de regras típicas de direito público para o funcionamento regular das agências reguladoras.

Com estas observações, passaremos agora a analisar as agências criadas pelo direito positivo brasileiro, com a finalidade de verificar quais preenchem, realmente, os requisitos fundamentais para serem consideradas agências reguladoras. Cabe constatar, então, se a ANEEL, a ANATEL e a ANP podem ser consideradas, ou não, verdadeiras agências reguladoras.

3. 3. DA NATUREZA JURÍDICA:

A ANEEL é uma pessoa jurídica de direito público interno, instaurada sob o regime de autarquia especial, integrante da Administração Pública Federal indireta, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, cuja competência é a de regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, de acordo com as diretrizes fixadas pelo Governo Federal.

Deste modo, sua autonomia se mostra reduzida, uma vez que está submetida às decisões políticas emanadas do Executivo. Ainda mais, como elemento de diminuição de sua autonomia, a Lei n. 9.427/97, bem como o Decreto n. 2.335/97, determinam à agência a necessidade de firmar contrato de gestão, onde se efetuará o controle da sua atuação administrativa e a avaliação do seu desempenho.²¹⁴

²¹⁴ Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996, Art. 7º: “A administração da ANEEL será objeto de contrato de gestão, negociado e celebrado entre a Diretoria e o Poder Executivo no prazo máximo de noventa dias após a nomeação do Diretor-Geral, devendo uma cópia do instrumento ser encaminhada para registro no Tribunal de Contas da União, onde servirá de peça de referência em auditoria operacional.” O Art. 20 do referido Decreto dispõe: “A administração da ANEEL será objeto de contrato de gestão, negociado entre a Diretoria e o Ministro de Estado de Minas e Energia, ouvidos previamente os Ministros de Estado da Administração Federal e da Reforma do Estado, da Fazenda e do Planejamento e Orçamento. Parágrafo 1º: O contrato de gestão, que deverá ser assinado dentro dos noventa dias seguintes à nomeação do Diretor-Geral, constituirá instrumento de controle da atuação administrativa da Autarquia e do seu desempenho, a ser feito por meio de avaliações periódicas, definidas no respectivo instrumento. Parágrafo 2º. O contrato de gestão conterá, sem prejuízo de outras especificações, os seguintes elementos: a) objetivos e metas, com seus respectivos planos de ação, observada a missão e a visão de futuro da Autarquia, prazo de consecução e indicadores de desempenho; b) demonstrativo de compatibilidade dos planos de ação com o orçamento e com o cronograma de desembolso, por fonte; c) premissas que não possam ser afetadas pela gestão da Autarquia e que venham a comprometer, de forma significativa, o cumprimento dos objetivos e metas; d) responsabilidade dos signatários em relação ao atingimento dos objetivos e metas

A ANATEL é uma pessoa jurídica de direito público “autônoma”, instaurada sob o regime de autarquia especial, integrante da Administração Pública Federal indireta, vinculada ao Ministério das Comunicações, cuja competência é a de regular, controlar e fiscalizar os serviços de telecomunicações. Goza de ampla autonomia, verificando-se, em suas competências delegadas, a possibilidade de amplo exercício de funções normativas.

Sua autonomia administrativa é considerável, uma vez que possui independência administrativa, autonomia financeira, ausência de qualquer subordinação hierárquica ao Ministério das Comunicações (sua vinculação ao mesmo é meramente orgânica).²¹⁵

A ANP é uma pessoa jurídica de direito público, instaurada sob o regime de autarquia especial, integrante da Administração Pública Federal indireta, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, cuja competência é a de regular, contratar e fiscalizar as atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, de acordo com a legislação e as disposições do Conselho Nacional de Política Energética.²¹⁶

definidos, inclusive no provimento de meios necessários à consecução dos resultados propostos; e) critérios e parâmetros a serem considerados na avaliação do cumprimento do contrato de gestão; f) condições para sua revisão, renovação e rescisão; g) vigência. Parágrafo 3º. O contrato de gestão fixará, sem prejuízo de outros, objetivos e metas relativos aos seguintes itens: a) regulação econômica do setor de energia elétrica; b) fiscalização e qualidade dos serviços de energia elétrica; c) efetividade no uso e na oferta de energia elétrica. Parágrafo 4º. O contrato de gestão estabelecerá, em cláusula específica, o procedimento relativo à avaliação e prestação de contas anual da Diretoria da ANEEL.”

²¹⁵ Tudo de acordo com o disposto nos Arts. 8º, parágrafo 2º e 9º da Lei n. 9.427/97 e 1º, parágrafos 1º e 2º do Decreto n. 2.338/97.

²¹⁶ Conforme Arts. 7º e 8º da Lei n. 9.478/97 e 1º e 2º do Decreto n. 2.455/98.

3. 4. DA CRIAÇÃO E INSTALAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS:²¹⁷

Determina o Art. 37, XIX, da Constituição Federal, que as autarquias sejam instituídas por lei específica. As agências, conforme antes visto, foram criadas por lei. A única questão que, em tese, poderia ser aqui levantada, sobre um exame de constitucionalidade, estaria no fato de que a ANEEL foi criada pela Lei n. 9.427/96²¹⁸, que instituiu a agência e disciplinou o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica; a ANATEL foi criada pela Lei n. 9.472/97²¹⁹, que dispôs sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais²²⁰; e a ANP, pela Lei n. 9.478/97²²¹, que dispôs sobre política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo e instituiu o Conselho Nacional de Política Energética e a própria agência.

Sabido é que leis específicas são leis unitemáticas, ou seja, não comportam nenhuma outra disposição que não as atinentes ao direito que estão criando. Haveria, dada a variedade de tópicos constantes das leis citadas, afronta à Constituição? Em síntese, seriam as leis pluritemáticas? Ao que parece, não há nenhuma inconstitucionalidade a ser apontada quanto à instituição das agências. As leis instituidoras são todas específicas, eis que tratam apenas de matéria regulatória no campo da

²¹⁷ A Constituição vigente autorizou a criação da ANATEL (Art. 21, XI) e da ANP (Art. 177, parágrafo 2º, III).

²¹⁸ Criada pelo Art. 1º, da referida lei.

²¹⁹ Criada pelo Art. 8º, da referida lei.

²²⁰ A edição dessa lei só se tornou possível em virtude da Emenda Constitucional n. 8/95, que alterou a redação do artigo 21, inciso XI, da atual Carta.

²²¹ Criada pelo Art. 7º, da referida lei.

energia elétrica, das telecomunicações e do petróleo. O tema único das mesmas é a regulação, e nesse aspecto, a exigência constitucional foi inteiramente observada e respeitada.

A organização, em todas elas, operou-se por decreto que aprovaram seus Regulamentos e Regimentos Internos²²², não havendo, em consequência, qualquer observação a ser feita.

3. 5. DO PATRIMÔNIO:

A lei instituidora de cada uma das agências transferiu patrimônio às mesmas. À ANEEL foi transferido o acervo técnico e patrimonial, bem como as obrigações, direitos e receitas, do extinto²²³ Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica.²²⁴ Também os bens reversíveis das concessionárias ou permissionárias do serviço público de energia elétrica, sendo apenas os utilizados exclusiva e permanentemente para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica.²²⁵

À ANATEL foi transferido o acervo técnico e patrimonial do Ministério das Comunicações, correspondente às atividades a ela transferidas.²²⁶ Também pelos bens móveis e imóveis que vierem a ser

²²² Decreto n. 2.335, de 6 de outubro de 1997 que constituiu a ANEEL e aprovou a sua estrutura regimental; Decreto n. 2.338, de 7 de outubro de 1997, que aprovou o regulamento da ANATEL; e, Decreto n. 2.455, de 14 de janeiro de 1998, que “implantou” ANP e aprovou a sua estrutura regimental.

²²³ Art. 34, parágrafo 4º, da Lei n. 9.427/96.

²²⁴ Art. 31, da Lei n. 9.427/96.

²²⁵ Art. 19, da Lei n. 9.427/96.

²²⁶ Art. 16, parágrafo único, da Lei n. 9.472/97; e, Art. 3º, I, do Decreto n. 2.338/97.

adquiridos, inclusive com os recursos do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações – FISTEL,²²⁷ pelos bens que reverterem ao poder concedente em decorrência das outorgas de serviços de telecomunicações;²²⁸ e por outros bens e recursos que vierem a ser destinados por entidades públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras.²²⁹

À ANP foram destinados o acervo técnico-patrimonial, as obrigações, os direitos e as receitas do Departamento Nacional de Combustíveis.²³⁰

3. 6. DAS RENDAS:

As receitas das agências reguladoras provêm de uma pluralidade de fontes, segundo determinam expressamente as leis criadoras, bem como os decretos de regulamentação, sendo todas consideradas patrimônio público, mas com destinação às mesmas.

As rendas da ANEEL são constituídas pelos recursos oriundos da cobrança da taxa de fiscalização sobre os serviços de energia elétrica,²³¹

²²⁷ Art. 3º, II, do Decreto n. 2.338/97.

²²⁸ Art. 3º, III, do Decreto n. 2.338/97.

²²⁹ Art. 3º, IV, do Decreto n. 2.338/97.

²³⁰ Art. 78, parágrafo único, da Lei n. 9.478/97. Importa salientar que, pelo *caput* do mencionado artigo, o DNC está extinto desde a implantação da Agência Nacional de Petróleo. Além do mais, pelo Art. 79, da mesma lei, “Fica o Poder Executivo autorizado a remanejar, transferir ou utilizar os saldos orçamentários do Ministério de Minas e Energia, para atender às despesas de estruturação e manutenção da ANP, utilizando como recursos as dotações orçamentárias destinadas às atividades finalísticas e administrativas, observados os mesmos subprojetos, subatividades e grupos de despesas previstos na Lei Orçamentária em vigor.

²³¹ Art. 11, I, da Lei n. 9.27/96. Na forma do artigo 12 da mesma lei, é instituída a referida taxa, anual, diferenciada em função da modalidade e proporcional ao porte do serviço concedido, permitido ou autorizado, aí incluída a produção independente de

recursos ordinários do Tesouro Nacional, consignados no Orçamento Fiscal da União e em seus créditos adicionais, transferências e repasses que lhe forem conferidos²³²; produto da venda de publicações, material técnico, dados e informações, inclusive para fins de licitação pública, de emolumentos administrativos e de taxas de inscrição em concurso público;²³³ rendimentos de operações financeiras que realizar;²³⁴ recursos provenientes de convênios, acordos ou contratos celebrados com entidades, organismos ou empresas, públicos ou privados, nacionais ou internacionais;²³⁵ doações, legados, subvenções e outros recursos que lhe forem destinados;²³⁶ valores apurados na venda ou aluguel de bens móveis e imóveis de sua propriedade.²³⁷

Além desses, a ANEEL também arrecada valores relativos à compensação financeira pela exploração de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica;²³⁸ e os valores relativos aos *royalties* devidos pela Itaipu Binacional ao Brasil e de outros aproveitamentos binacionais.²³⁹

As fontes de rendas da ANATEL são as dotações orçamentárias e os créditos adicionais que lhe venham a ser consignados;²⁴⁰ e os recursos

energia elétrica e a autoprodução de energia. As fórmulas para o cálculo da mesma constam dos parágrafos do referido artigo.

²³² Idem, II.

²³³ Idem, III.

²³⁴ Idem, IV.

²³⁵ Idem, V.

²³⁶ Idem, VI.

²³⁷ Idem, VII.

²³⁸ Art. 4º, XL da citada lei.

²³⁹ Idem, XLI.

²⁴⁰ Art. 4º, I, do Decreto n. 2.338/67.

do FISTEL – Fundo de Fiscalização das Telecomunicações²⁴¹, os quais passam à sua administração exclusiva.²⁴²

Por sua vez, a ANP goza das receitas consignadas nas dotações do Orçamento Geral da União, créditos especiais, transferências e repasses que lhe forem conferidos,²⁴³ da parcela das participações governamentais referidas nos incisos I e III do art. 45 da Lei n. 9.478/97²⁴⁴, de acordo com as suas necessidades operacionais, consignadas em orçamento aprovado;²⁴⁵ os recursos provenientes de convênios, acordos ou contratos celebrados com entidades, organismos ou empresas;²⁴⁶ as doações, legados, subvenções e outros recursos que lhe forem destinados;²⁴⁷ e o produto dos emolumentos, taxas e multas previstos na legislação específica, os valores apurados na venda ou locação dos bens móveis e imóveis de sua propriedade, bem como os decorrentes da venda de dados e informações técnicas, inclusive para fins de licitação, ressalvados os referidos no parágrafo 2º do art. 22 da lei instituidora.²⁴⁸

²⁴¹ LGT, Art. 47. O produto da arrecadação das taxas de fiscalização, de instalação e de funcionamento a que se refere a Lei n. 5.070, de 7 de julho de 1966, será destinado ao Fundo de Fiscalização das Telecomunicações – FISTEL, por ela criado.

²⁴² Art. 4º, II, do Decreto n. 2.338/67.

²⁴³ Art. 15, I, da Lei n. 9.478/97.

²⁴⁴ Art. 45. O contrato de concessão disporá sobre as seguintes participações governamentais, previstas no edital de licitação: I – bônus de assinatura; III – participação especial.

²⁴⁵ Art. 15, II, da Lei n. 9.478/97.

²⁴⁶ Idem, III.

²⁴⁷ Idem, IV.

²⁴⁸ Idem, V. Art. 22. O acervo técnico constituído pelos dados e informações sobre as bacias sedimentares brasileiras é também considerado parte integrante dos recursos petrolíferos nacionais, cabendo à ANP sua coleta, manutenção e administração. Parágrafo 2º. A ANP estabelecerá critérios para remuneração à PETROBRAS pelos dados e informações referidas no parágrafo anterior e que venham a ser utilizados pelas partes interessadas, com fiel observância ao disposto no art. 117 da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as alterações procedidas pela Lei n. 9.457, de 5 de maio de 1997.

3. 7. DO ORÇAMENTO:

Como autarquias, as agências reguladoras têm seu orçamento regido pelo estatuído no art. 165, parágrafo quinto, da Constituição Federal.²⁴⁹

No que interessa mais especificamente ao tema tratado, deve ser consignado que, na forma do estabelecido no parágrafo único do Art. 11, da Lei instituidora da ANEEL, as receitas previstas da agência deverão dispensar, no prazo máximo de três anos, recursos ordinários do Tesouro Nacional. O dispositivo legal em tela parece ser inócuo e temerário. Inócuo porque não estabelece nenhuma sanção no caso da ANEEL, decorridos três anos, não venha ter condições de dispensar os recursos ordinários do Tesouro Nacional. Temerário, porque toda a independência necessária para que a agência desenvolva suas atividades poderá ficar irremediavelmente comprometida pela falta, em tese, de recursos. Aliás, todas as tentativas de evitar-se, ou diminuir-se, o repasse de recursos do Tesouro, no Brasil, vêm falhando sistematicamente. Isso se deve, também, à desorganização das finanças públicas, com excesso de gastos despropositados. Porém, muito da dificuldade advém do absoluto irrealismo em que se transformaram os orçamentos públicos, nas esferas federal, estadual e municipal.

²⁴⁹ Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: Parágrafo 5º. A lei orçamentária anual compreenderá: I – o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; II – o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; III – o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos instituídos e mantidos pelo Poder Público.

Muito embora o legislador tenha sido otimista, no caso da ANEEL, enquanto não houver uma reforma fiscal, bem como orçamentária, pautada pela seriedade e responsabilidade, normatizações como a da espécie em comento não terão nenhuma utilidade, a não ser a de instabilizar órgãos e entes públicos e, conseqüentemente, a vida do povo brasileiro.

Outro dispositivo legal que merece atenção é o constante no art. 15 da lei instituidora da ANATEL. Estabelece que “a fixação das dotações orçamentárias da Agência na Lei Orçamentária Anual e sua programação orçamentária e financeira de execução não sofrerão limites nos seus valores para movimentação e empenho.” Em outras palavras, pretendeu o legislador ordinário, aqui, impedir o denominado “contingenciamento orçamentário”, sempre tão presente na Administração Pública nacional pelo irrealismo e irresponsabilidade das leis orçamentárias.

Há aqui, e outra não pode ser a constatação, uma clara retirada de poderes dos Ministérios responsáveis pelas finanças públicas. Como as agências reguladoras gozam de grande autonomia e os mandatos dos seus dirigentes não são coincidentes com os mandatos do Poder Executivo, o referido dispositivo poderá servir como combustível à instabilidade governamental em setor tão nevrálgico como o das telecomunicações. Contudo, forçoso reconhecer que a possibilidade dos Ministros da área econômica poderem contingenciar o orçamento, é o risco maior, pois estar-se-ia impedindo o pleno funcionamento das atividades preventivas e fiscalizatórias das agências reguladoras, colocando-se por terra, então, todo o esforço jurídico e econômico para uma correta e tecnicamente bem feita regulação dos serviços públicos no Brasil.

3. 8. DOS DIRIGENTES:

Condição *sine qua non* para que as agências reguladoras possam cumprir sua missão com independência funcional e autonomia administrativa reside no fato de que os dirigentes gozem de mandato por prazo determinado, não podendo ser afastados por atos demissórios *ad nutum*. O contrário significaria que seriam agentes políticos de confiança do Poder Executivo e não da sociedade. Aqui e ali, com normas diferenciadas, as leis instituidoras das agências tentaram respaldar a tese da autonomia dos dirigentes das agências reguladoras perante o Poder Executivo. Em alguns casos, o legislador pautou-se bem, em outros, por excessos ou por pouco rigor, andou mal. Em linhas gerais, temos a seguinte situação:

Os dirigentes da ANEEL, um Diretor-Geral e quatro Diretores, em regime de colegiado, são nomeados pelo Presidente da República para o cumprimento de mandatos não coincidentes de quatro anos, desde que previamente tenham sido aprovados pelo Senado Federal, nos termos da alínea “f”, do inciso III, do Art. 52, da Constituição Federal.²⁵⁰ O ato administrativo complexo de nomeação dos dirigentes autárquicos, dividindo-se a responsabilidade da escolha entre o Chefe do Poder Executivo e o Senado da República, é de todo oportuno e conveniente. A argüição pública, a ser realizada nas dependências da Câmara Alta, possibilita o controle da sociedade sobre a pessoa do dirigente a ser escolhido, sendo um elemento importante para o exercício da cidadania.

²⁵⁰ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: III – aprovar previamente, por voto secreto, após argüição pública, a escolha de: f) titulares de outros cargos que a lei determinar.

Os impedimentos para o exercício de cargo de direção na referida agência estão arrolados no *caput* e incisos do art. 6º da lei instituidora, sendo os seguintes: manter, com qualquer empresa concessionária, permissionária, autorizada, produtor independente, autoproductor ou prestador de serviço contratado dessas empresas, sob regulamentação ou fiscalização da autarquia, os vínculos de acionista ou sócio com participação individual direta, superior a três décimos por cento, no capital social ou superior a dois por cento no capital social de empresa controladora; ser membro do conselho de administração, fiscal ou de diretoria executiva; ser empregado, mesmo com contrato de trabalho suspenso, inclusive das empresas controladoras ou das fundações de previdência de que sejam patrocinadores; ser membro do conselho ou diretoria de associação regional ou nacional, representativa de interesses dos agentes, de categoria profissional de empregados desses agentes, bem como de conjunto ou classe de consumidores de energia.

Nenhum reparo pode ser feito à normatização existente neste tópico. É evidente que qualquer pessoa que tenha, mesmo que tênue, ligação com os prestadores de serviços públicos de energia, bem como dos consumidores organizados, não teria a independência funcional exigida para o fiel cumprimento da sua missão. De se lamentar, apenas, a omissão quanto ao fato de que o agente continua livre para exercer atividade político-partidária.²⁵¹

²⁵¹ O Projeto de Lei n. 2.549/2.000, da Presidência da República, estabelece, no Parágrafo Único do seu Art. 2º, que: “É vedado aos empregados, aos requisitados, aos ocupantes de cargos comissionados e aos dirigentes das Agências Reguladoras o exercício regular de outra atividade profissional, inclusive gestão operacional de empresa, ou direção político-partidária, excetuados os casos admitidos em lei.” Portanto, não fica proibida a militância partidária, apenas a direção político-partidária.

Fica, também, vedada a exoneração imotivada de dirigente da ANEEL, com exceção do período dos quatro meses iniciais do mandato.²⁵² Aqui, o legislador foi de grande infelicidade. Partilhou temporalmente a independência do agente. Nos quatro primeiros meses, o mesmo pode ser demitido *ad nutum*; no restante do mandato, não. O dispositivo, com o perdão da expressão a seguir utilizada, é, no mínimo, inconseqüente. O Presidente da República deve confiar nos predicados éticos e técnicos da pessoa a ser nomeada e, assim, o “estágio probatório” não possui o menor sentido. Ademais, uma eventual exoneração, neste prazo, constituir-se-ia em insuportável desrespeito ao Senado da República, que teria autorizado a nomeação, e pouco tempo depois (120 dias no máximo) veria, estarrecido por certo, o Chefe do Executivo, imotivadamente, demitir aquele que antes houvera indicado. Por outro lado, não há nenhuma justificativa racional, ao menos que se possa imaginar, para a redação que foi dada ao dispositivo em comentário.

Constituem motivos para a exoneração de dirigente da ANEEL, em qualquer época, a prática de ato de improbidade administrativa, a condenação penal transitada em julgado e o descumprimento injustificado do contrato de gestão.²⁵³

O comentário sobre o contrato de gestão será feito em outro tópico. Quanto aos atos de improbidade administrativa e a condenação

²⁵² Art. 8º, da Lei n. 9.427/96.

²⁵³ Parágrafo único do mesmo artigo.

transitada em julgado, é evidente, que constituem óbice para a permanência do dirigente no cargo.

Após o término do mandato, institui-se a “quarentena”,²⁵⁴ eis que o ex-dirigente continuará vinculado à autarquia nos doze meses seguintes ao cargo, durante os quais estará impedido de prestar, direta ou indiretamente, independentemente da forma ou natureza do contrato, qualquer tipo de serviço às empresas sob sua regulação ou fiscalização, inclusive controladas, coligadas ou subsidiárias.²⁵⁵ Mais, durante o prazo da vinculação estabelecida no dispositivo legal, o ex-dirigente continuará prestando serviço à ANEEL ou a qualquer outro órgão da administração pública direta da União, em área atinente à sua qualificação profissional, mediante remuneração equivalente à do cargo de direção que exerceu.²⁵⁶ Aqui, mais uma vez, o legislador foi de grande infelicidade. O dispositivo, tal e qual foi redigido, é absolutamente inconveniente e inoportuno. Se o ex-dirigente continuará prestando serviço à ANEEL, ou a qualquer outro órgão da administração pública direta da União, mesmo em área atinente à sua qualificação profissional, mediante remuneração equivalente à do cargo de direção que exerceu, não há, a rigor, independência em relação ao Poder Executivo. Qualquer pessoa que possua a mínima experiência em

²⁵⁴ A Comissão instituída pelo extinto Ministério da Administração e Reforma do Estado para a elaboração da legislação regulamentadora da Emenda Constitucional n. 19, redigiu minuta sobre o tema que se encontra, atualmente, em análise perante o Poder Executivo Federal. Citada minuta considera informações privilegiadas aquelas de natureza sigilosa ou confidencial que o servidor detenha ou venha a ter acesso, em razão do cargo, função ou emprego, antes de tornadas públicas, assim como, nas mesmas condições, as de natureza política, técnica, econômica ou financeira, que tenham servido ou que possam servir de fundamentação a decisões da Administração.

²⁵⁵ *Caput* do Art. 9º da mesma lei.

²⁵⁶ Parágrafo 1º, do Art. 9º.

Administração Pública no Brasil poderá constatar a absoluta impertinência do dispositivo.

Como pode ser independente, ter o destemor necessário para o exercício da função, aquele que sabe que, daqui a quatro anos, estará hierarquicamente subordinado a qualquer agente da autarquia regulatória ou da Administração Direta? Mais, como ter a certeza de que, decorridos quatro anos, a Chefia do Executivo, e conseqüentemente o preenchimento dos Ministérios, não estará nas mãos de outras correntes partidárias, diferentes daquelas do Governo que o nomeou. Todos esses fatos constituem-se em grave risco para uma atuação pífia por parte do agente. A garantia da mesma remuneração não é suficiente. Mais do que isso, a obrigatoriedade em continuar trabalhando para a Administração Pública implica em grave atentado à liberdade de iniciativa e do trabalho. Ainda, parece ignorar o direito que qualquer pessoa tem de renunciar a qualquer cargo público. A cidadania, por certo, agradecerá se a lei dispusesse que o ex-dirigente continuasse a receber seus vencimentos sem que fosse obrigado a ter qualquer subordinação hierárquica futura, mesmo permanecendo no ócio remunerado durante o período de 12 (doze) meses. A despreocupação com riscos futuros daria ao agente plenas e totais condições de exercer suas funções sem a timidez que o dispositivo pode ocasionar.

Na ANATEL, mais uma vez, a questão mereceu soluções mais felizes. A direção, denominada pelo legislador de Conselho Diretor,²⁵⁷ também é constituída por cinco pessoas, devendo ser brasileiros, de

²⁵⁷ Art. 20, da lei instituidora.

reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de sua especialidade, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal²⁵⁸ para um mandato de cinco anos, vedada a recondução.²⁵⁹ Para que haja a descoincidência, os mandatos dos primeiros membros do Conselho Diretor serão de três, quatro, cinco, seis e sete anos, a serem estabelecidos no decreto de nomeação.²⁶⁰ Um único reparo parece ser necessário: para que haja a descoincidência dos mandatos, dois dos membros do primeiro Conselho Diretor terão mandatos de seis e sete anos. Entende-se como inoportuna a fórmula adotada, pois o tempo é por demais longo e pode propiciar problemas. O melhor seria, já que o prazo de duração dos mandatos é de cinco anos, que o legislador adotasse critério mais racional, ou seja, mandatos de um, dois, três, quatro e cinco anos. Assim, ao final do quinquênio inicial, haveria total revezamento dos integrantes do Conselho. Não haveria prejuízo de continuidade, eis que o moderno sempre teria a companhia de quatro mais antigos. Por outro lado, haveria o necessário arejamento de pessoas e idéias, tão ausente em certas administrações nacionais.²⁶¹

A perda do mandato somente se dará em virtude de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar,²⁶² cuja competência de instauração é do Ministro de Estado das

²⁵⁸ Art. 23, da mesma lei.

²⁵⁹ Art. 24, da mesma lei. Lamentavelmente, o Projeto de Lei n. 2.549/2.000, em seu Art. 6º, dispõe que: "O mandato dos Conselheiros e dos Diretores terá o prazo fixado na lei de criação de cada Agência, admitida uma recondução."

²⁶⁰ Art. 25, da mesma lei.

²⁶¹ Ao ser aprovado o Projeto de Lei n. 2.549/2.000, poder-se-á, em tese, ter um Conselheiro com mandato de 12 anos, sendo 7 do primeiro e 5 do segundo.

²⁶² Art. 26 da mesma lei.

Comunicações, a ser conduzido por comissão especial, competindo ao Presidente da República determinar o afastamento preventivo, quando for o caso, e proferir o julgamento.²⁶³ Aqui, mais uma vez, somente uma solitária objeção: a condução do processo administrativo por “comissão especial”. A fórmula adotada padece do mesmo vício encontrável em quase todos os processos administrativos da Administração Pública brasileira, ou seja, a contumaz violação do princípio constitucional do Juiz Natural.²⁶⁴ A nefasta tradição já está a merecer pronta e atenta correção pelo Poder Judiciário. Lamenta-se que os idealizadores da ANATEL, tão preocupados com necessárias e importantes inovações jurídicas, todas a serviço da cidadania, não tenham procurado solução melhor no trato da questão.

Os impedimentos são do exercício de qualquer outra atividade profissional, empresarial, sindical ou de direção político-partidária, salvo a de professor universitário, em horário compatível;²⁶⁵ bem como ter interesse significativo, direto ou indireto, em empresa relacionada com telecomunicações;²⁶⁶ representar qualquer pessoa ou interesse perante a

²⁶³ Art. 26, parágrafo 2º, da mesma lei.

²⁶⁴ Sobre o princípio do Juiz Natural no processo administrativo disciplinar, como meio e recurso inerente à ampla defesa, veja-se BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo : Max Limonad, 1998, p. 297-302

²⁶⁵ Art. 28, da mesma lei. Decreto n. 2.338/97, Art. 28, parágrafo único: O exercício a que se refere este artigo caracteriza-se pelo desempenho de tarefas regulares ou pela gestão operacional de empresas ou entidades.

²⁶⁶ Art. 28, parágrafo único, da mesma lei. Decreto n. 2.338/97, art. 29, parágrafo 1º: Considera-se interesse significativo, em empresa relacionada com telecomunicações, ser sócio ou acionistas, com participação no capital total superior a: a) três décimos por cento, de prestadora de serviço de telecomunicações de interesse coletivo ou de empresa cuja atividade preponderante seja a prestação de serviço de interesse restrito; b) três décimos por cento, de controladora, controlada ou coligada de prestadora de serviço de telecomunicações de interesse coletivo ou de empresa cuja atividade preponderante seja a prestação de serviço de interesse restrito; c) três por cento, de empresa cujo faturamento dependa diretamente, em mais de dez por cento, de relacionamento econômico com prestadora de serviço de telecomunicações de interesse

Agência, até um ano após deixar o cargo,²⁶⁷ e utilizar informações privilegiadas obtidas em decorrência do cargo exercido, sob pena de incorrer em improbidade administrativa.²⁶⁸ Despiciendo qualquer comentário neste tópico, face a perfeição da redação dada pelo legislador.

Não houve a previsão legal da “quarentena”, ficando apenas no texto legal a vedação ao ex-dirigente de utilizar as informações obtidas em decorrência do cargo, sob pena de prática de ato de improbidade.²⁶⁹

Na ANP, a investidura dos dirigentes segue as mesmas normas das duas outras agências, através de indicação do Chefe do Poder Executivo e aprovação pelo Legislativo.²⁷⁰ Possuem mandato²⁷¹ e estão submetidos a impedimentos e suspeições muito semelhantes aos das agências anteriormente citadas,²⁷² e a “quarentena” vem regulada pelo artigo 14, parágrafo primeiro, da Lei criadora da ANP. *Mutatis mutantis*, todas as críticas feitas à “quarentena” da ANEEL podem ser repetidas.²⁷³

coletivo ou de empresa cuja atividade preponderante seja a prestação de serviço de interesse restrito. Parágrafo 2º. Para garantir a transparência e probidade de sua atuação, os conselheiros serão obrigados a notificar outras situações de interesse que os envolvam direta ou indiretamente e sejam suscetíveis de influir no exercício de suas competências. Parágrafo 3º. A notificação deverá ser feita ao Conselho Diretor, com cópia para o Ouvidor, sendo arquivada em lista própria na Biblioteca.

²⁶⁷ Art. 30 da mesma lei.

²⁶⁸ Art. 30, parágrafo único, da mesma lei.

²⁶⁹ Art. 30, parágrafo único, da mesma lei e Art. 30 do referido decreto.

²⁷⁰ Arts. 11, parágrafos 2º e 3º, da Lei n. 9.478/97, e 6º, parágrafo 1º, do Decreto n. 2.455/98.

²⁷¹ Art. 11, parágrafo 3º, da citada Lei.

²⁷² Cf. Art. 13 e seus incisos da citada Lei.

²⁷³ Isso porque, estatui o legislador que: Art. 14. Terminado o mandato, ou uma vez exonerado do cargo, o ex-Diretor da ANP ficará impedido, por um período de doze meses, contados da data de sua exoneração, de prestar, direta ou indiretamente, qualquer tipo de serviço a empresa integrante da indústria do petróleo ou de distribuição. Parágrafo 1º. Durante o impedimento, o ex-Diretor que não tiver sido exonerado nos termos do art. 12 poderá continuar prestando serviço à ANP, ou a qualquer órgão da Administração Direta da União, mediante remuneração equivalente à do cargo de

Importa discutir, sobre o tópico da investidura dos dirigentes das agências reguladoras, eventual vício de inconstitucionalidade sobre o mandato dos mesmos. A Constituição Federal, sempre que se refere ao exercício do mandato de qualquer agente, com a exceção tratada no próximo parágrafo, o faz expressamente, e no caso das agências reguladoras, o atual Texto não faz qualquer menção ao exercício de mandatos por parte dos dirigentes das entidades reguladoras.

Necessário consignar, ainda, que existe no direito brasileiro, e a inconstitucionalidade jamais foi argüida, uma espécie de agente que exerce mandato sem expressa previsão constitucional, no caso, os reitores das Universidades Federais. Todavia, tal questão de eventual mas inexistente inconstitucionalidade, pode ser superada pelo fato de que a atual Carta assegura a autonomia universitária²⁷⁴

Resta saber se as agências reguladoras podem, ou não, ter dirigentes com mandato, não podendo, em consequência, serem demitidos, antes do término dos mesmos, imotivadamente, pelo Chefe do Poder Executivo. A questão já chegou ao Supremo Tribunal Federal. Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.668-DF, requerida pelo Partido Comunista do Brasil (PC do B); Partido dos Trabalhadores (PT); Partido Democrático Trabalhista (PDT); e Partido Socialista Brasileiro (PSB), sendo relator o Ministro MARCO AURÉLIO, onde foram acoimados como

direção que exerceu. Parágrafo 2º. Incorre na prática de advocacia administrativa, sujeitando-se às penas da lei, o ex-Diretor que violar o impedimento previsto neste artigo.

²⁷⁴ Art. 207 da Constituição Federal: "As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

inconstitucionais diversos dispositivos da Lei Federal n. 9.472, de 16 de julho de 1997, que criou a ANATEL. Entre os dispositivos atacados, encontra-se o Parágrafo 2º, do Art. 8º, cuja redação é a seguinte:

Art. 2º. A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.

O Pretório Excelso, em sede de julgamento de medida liminar, por votação unânime, não conheceu da ação direta quanto aos arts. 8º e 9º.²⁷⁵

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.949-RS, sendo requerente o Governador do Estado do Rio Grande do Sul e requerida a Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, tendo como relator o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, foi acoimado de inconstitucional o Art. 8º, da Lei Estadual n. 10.931, de 09 de janeiro de 1997, que criou a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – AGERGS. O dispositivo em foco possui a seguinte redação:

Art. 8º. Os membros do Conselho Superior da AGERGS somente poderão ser destituídos, no curso de seus mandatos, por decisão da Assembléia Legislativa do Estado.

Também foi argüida a inconstitucionalidade da Lei n. 11.292, de 23 de dezembro de 1998, que deu nova redação ao dispositivo:

Art. 8º. O Conselheiro só poderá ser destituído, no curso de seu mandato, por decisão da Assembléia Legislativa.”

²⁷⁵ O Acórdão do julgado em questão encontra-se, até a presente data, 14 de abril de 2.000, pendente de publicação. URL: www.stf.gov.br.

O Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE (Relator) votou no sentido de deferir o pedido de medida cautelar, para suspender, até a decisão final da ação, a eficácia do Art. 8º, da Lei Estadual n. 10.931/97, na redação que lhe deu o Art. 1º da Lei Estadual n. 11.292/98, assim como na sua redação original. O julgamento, realizado em 18 de novembro de 1999, encontra-se suspenso, em virtude do pedido de vista do Sr. Ministro Nelson JOBIM.²⁷⁶

3. 9. DO PESSOAL:

Conforme escrito em tópico anterior do presente capítulo, o ideal seria que o Quadro de Pessoal das agências reguladoras fosse regido por normas de direito administrativo, sendo o indicado, portanto, o regime estatutário, assegurador da estabilidade e da necessária independência de todos os que ocupam cargos nestas autarquias, para o fiel cumprimento de suas missões, sem a preocupação de interferências externas.

Contudo, o ímpeto privatista, que é a característica do atual governo, age de modo diferente. Assim, o Projeto de Lei n. 2.549/2.000, em seu art. 1º, determina que as agências terão suas relações de trabalho regidas pela CLT e legislação trabalhista correlata, em regime de emprego público.²⁷⁷ Como o aludido Projeto de Lei ainda não foi votado, importa consignar o regime de cada uma das agências.

²⁷⁶ URL: www.stf.gov.br.

²⁷⁷ O Art. 11, do mesmo Projeto de Lei, estabelece: "A investidura nos empregos públicos do Quadro de Pessoal Efetivo das Agências dar-se-á por meio de concurso público de provas ou de provas e títulos, conforme disposto em regulamento próprio de cada Agência, com aprovação e autorização pela instância de deliberação máxima de organização. Parágrafo Primeiro. O concurso público poderá ser realizado para provimento efetivo de pessoal em classes distintas de um mesmo emprego público,

A ANEEL possui cargos em comissão, preferencialmente exercidos por servidores de carreira e a possibilidade de requisitar servidores públicos e integrantes de outros órgãos e entidades do Poder Executivo Federal,²⁷⁸ bem como, na forma do permissivo constante do artigo 37, XI, da Constituição Federal, contratar pessoal temporariamente, por prazo não excedente a 36 (trinta e seis) meses. A conclusão que se pode chegar é que a ANEEL, enquanto não contar com o seu Quadro Próprio, irá conviver com a duplicidade de regimes de pessoal. A ANATEL e a ANP, do mesmo modo, possuem a previsão legal de servidores próprios, requisitados e contratados por prestação de serviços.

3. 10. DOS CONTRATOS:

Na ANATEL as contratações de obras e serviços de engenharia civil estão sujeitas ao regime das licitações, previsto na lei geral de licitações.²⁷⁹ Particularidade a ser analisada neste tópico relaciona-se com a delegação legislativa para que a agência reguladora das telecomunicações elabore seu estatuto próprio de licitações.

conforme disponibilidade orçamentária e de vagas. Parágrafo 2º. O concurso público será estabelecido em edital de cada Agência, podendo ser constituído das seguintes etapas: I – provas escritas; II – provas orais; e III – provas de título. Parágrafo 3º O edital de cada Agência definirá as características de cada etapa do concurso público, os requisitos de escolaridade, formação especializada e experiência profissional, critérios eliminatórios e classificatórios, bem assim eventuais restrições e condicionantes. Parágrafo 4º. Regulamento próprio de cada Agência disporá sobre o detalhamento e as especificidades dos concursos públicos. Parágrafo 5º. Poderá ainda fazer parte do concurso, para efeito eliminatório e classificatório, curso de formação específica.”

²⁷⁸ Art. 25, parágrafo 1º, do Decreto citado.

²⁷⁹ Art. 54, da Lei criadora e Art. 15, do Decreto.

O dispositivo, pelo que possui de inovador, merece transcrição literal:

Art. 54. A contratação de obras e serviços de engenharia civil está sujeita ao procedimento das licitações previsto em lei geral para a Administração Pública.

Parágrafo único. Para os casos não previstos no *caput*, a Agência poderá utilizar procedimentos próprios de contratação, nas modalidades de consulta e pregão.

Art. 55. A consulta e o pregão serão disciplinados pela Agência, observadas as disposições desta Lei e, especialmente:

I - a finalidade do procedimento licitatório é, por meio de disputa justa entre interessados, obter um contrato econômico, satisfatório e seguro para a Agência;

II - o instrumento convocatório identificará o objeto do certame, circunscreverá o universo de proponentes, estabelecerá critérios para aceitação e julgamento de propostas, regulará o procedimento, indicará as sanções aplicáveis e fixará as cláusulas do contrato;

III - o objeto será determinado de forma precisa, suficiente e clara, sem especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

IV - a qualificação, exigida indistintamente dos proponentes, deverá ser compatível e proporcional ao objeto, visando à garantia do cumprimento das futuras obrigações;

V - como condição de aceitação da proposta, o interessado declarará estar em situação regular perante as Fazendas Públicas e a Seguridade Social, fornecendo seus códigos de inscrição, exigida a comprovação como condição indispensável à assinatura do contrato;

VI - o julgamento observará os princípios de vinculação ao instrumento convocatório, comparação objetiva e justo preço, sendo o empate resolvido por sorteio;

VII - as regras procedimentais assegurarão adequada divulgação do instrumento convocatório, prazos razoáveis para o preparo de propostas, os direitos ao contraditório e ao recurso, bem como a transparência e fiscalização;

VIII - a habilitação e o julgamento das propostas poderão ser decididos em uma única fase, podendo a habilitação, no caso de pregão, ser verificada apenas em relação ao licitante vencedor;

IX - quando o vencedor não celebrar o contrato, serão chamados os demais participantes na ordem de classificação;

X - somente serão aceitos certificados de registro cadastral expedidos pela Agência, que terão validade por dois anos, devendo o cadastro estar sempre aberto à inscrição dos interessados.

Art. 56. A disputa pelo fornecimento de bens e serviços comuns poderá ser feita em licitação na modalidade de pregão, restrita aos previamente cadastrados, que serão chamados a formular lances em sessão pública.

Parágrafo único. Encerrada a etapa competitiva, a Comissão examinará a melhor oferta quanto ao objeto, forma e valor.

Art. 57. Nas seguintes hipóteses, o pregão será aberto a quaisquer interessados, independentemente de cadastramento, verificando-se a um só tempo, após a etapa competitiva, a qualificação subjetiva e a aceitabilidade da proposta:

I - para a contratação de bens e serviços comuns de alto valor, na forma do regulamento;

II - quando o número de cadastrados na classe for inferior a cinco;

III - para o registro de preços, que terá validade por até dois anos;

IV - quando o Conselho Diretor assim o decidir.

Art. 58. A licitação na modalidade de consulta tem por objeto o fornecimento de bens e serviços não compreendidos nos arts. 56 e 57.

Parágrafo único. A decisão ponderará o custo e o benefício de cada proposta, considerando a qualificação do proponente.

Averbe-se que o dispositivo legal em foco possui, entre outros, um dispositivo inteligente, qual seja, o inciso VIII, do Art. 55, que possibilita o exame de habilitação apenas do proponente vencedor, trazendo notável economia de tempo e recursos financeiros e humanos, uma vez que o certame não irá perder tempo em verificar a habilitação dos participantes perdedores. Ademais, indubitável que todos os concorrentes terão o máximo interesse e diligência em verificar se o vencedor preenche todos os requisitos exigidos pelo edital convocatório para ser habilitado.

No exercício da “delegação” efetivada pelos dispositivos antes transcritos, a Agência Nacional de Telecomunicações, através da Resolução n. 005/98, estabeleceu o seu “Regulamento de Contratações”. Merecem destaque, nas disposições gerais, os seguintes dispositivos:

Art. 1º. A celebração de contratos pela Agência Nacional de Telecomunicações será precedida de licitação pública, que se destina a garantir, por meio de disputa justa entre interessados, a obtenção de um negócio econômico, satisfatório e seguro.

Art. 2º. A licitação será juridicamente condicionada pelos princípios da legalidade, celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, impessoalidade, imparcialidade, igualdade, devido processo legal, publicidade, moralidade, vinculação ao edital, competitividade e justo preço, bem como pelos de seleção e comparação objetiva de licitantes e propostas.

Parágrafo 1º. A observância do rito procedimental é imprescindível, mas não suficiente, para o atingimento da finalidade da licitação.

Parágrafo 2º. O desatendimento de exigências formais não essenciais não importará no afastamento do licitante, desde que sejam possíveis a aferição da sua qualificação e a exata compreensão da sua proposta.

Parágrafo 3º. As normas que disciplinam a licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, sem comprometimento da segurança do futuro contrato.

Criou também, conforme os dispositivos que foram antes transcritos, Arts. 56 e 58, da Lei Geral de Telecomunicações, as modalidades do pregão²⁸⁰ e da consulta²⁸¹.

²⁸⁰ Da Resolução citada tem-se: “Art. 7º. Para aquisição de bens ou serviços comuns, a Agência adotará, preferencialmente, a licitação na modalidade de pregão, que será regida por este Regulamento e, de modo subsidiário, pelas normas procedimentais contidas no Regimento Interno, não se lhe aplicando as normas a legislação geral para a Administração Pública. Parágrafo único. Em casos especiais e a seu critério, a Agência poderá adotar, motivadamente, para as contratações a que se refere o *caput*, as modalidades de licitação da legislação geral para a Administração Pública. Art. 8º. Pregão é a modalidade de licitação em que a disputa pelo fornecimento de bens ou serviços comuns é feita por meio de propostas e lances em sessões públicas. Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital por meio de especificações usuais no mercado, tais como peças de reposição de equipamentos, mobiliário padronizado, bens de consumo, combustíveis e material de escritório, bem assim serviços de limpeza, vigilância, conservação, locação e

manutenção de equipamentos, agenciamento de viagem, vale refeição, digitação, transporte, seguro saúde, entre outros. Art. 9º. O pregão classifica-se em: I – restrito, do qual podem participar apenas as pessoas previamente cadastradas pela Agência; II – amplo, do qual podem participar quaisquer interessados. Art. 10. No pregão, os interessados serão convocados a apresentar inicialmente propostas escritas de preço, sendo que, no curso da sessão, os autores da oferta de melhor preço e os com preços até 10% (dez por cento) superiores àquele poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor. Parágrafo 1º. Se de acordo com o definido no *caput* deste artigo não houver pelo menos três ofertas, poderão fazer novos lances verbais e sucessivos os autores das três melhores propostas, quaisquer que sejam os preços oferecidos. Parágrafo 2º. Excepcionalmente, havendo mais de doze cadastrados para fornecimento dos bens ou serviços objeto da licitação e desde que eles sejam avisados diretamente, por qualquer meio seguro com prova de recebimento, o ato convocatório poderá dispensar a apresentação da proposta de preço escrita, hipótese em que todos os licitantes poderão formular diretamente lances verbais e sucessivos. Parágrafo 3º. Poderá ser realizado pregão por meio de telecomunicação, se um sistema seguro de identificação das partes e autenticação dos lances estiver acessível aos legitimados a dele participar, nos termos de Regulamento específico. Art. 11. O pregão amplo será adotado nas seguintes hipóteses: I – para disputa pelo fornecimento de bens ou serviços comuns cujo valor contratual total tenha sido estimado pela Agência em mais de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais); II – quando o número de cadastrados na Agência, para fornecimento dos bens ou serviços licitados, for inferior a cinco; III – para o registro de preços; IV – quando o Conselho Diretor assim o decidir. Parágrafo único. Nos demais casos, será adotado o pregão restrito.”

²⁸¹ Da Resolução n. 005/98, tem-se: Art. 14. Para aquisição de bens ou serviços não comuns, a Agência adotará, preferencialmente, a licitação na modalidade de consulta, que será regida por este Regulamento e, de modo subsidiário, pelas normas procedimentais contidas no Regimento Interno, não se lhe aplicando a legislação geral para a Administração Pública. Parágrafo único. Em casos especiais e a seu critério, a Agência poderá adotar, motivadamente, para as contratações a que se refere o *caput*, as modalidades da legislação geral para a Administração Pública. Art. 15. Consulta é a modalidade de licitação em que ao menos cinco pessoas, físicas ou jurídicas, de elevada qualificação, serão chamadas a apresentar propostas para fornecimento de bens ou serviços não comuns. Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços não comuns aqueles com diferenças de desempenho e qualidade, insuscetíveis de comparação direta, ou que tenham características individualizadoras relevantes ao objeto da contratação, em casos como o dos trabalhos predominantemente intelectuais, da elaboração de pareceres técnicos, bem assim da aquisição de equipamentos sob encomenda e de acordo com especificações particulares da Agência ou de outros bens infungíveis. Art. 16. Aplicam-se à consulta as seguintes regras: I – na fase preparatória a autoridade competente (art. 6º) aprovará a lista de pessoas a serem chamadas a apresentar propostas, bem como a composição do júri que as avaliará e os critérios de aceitação e julgamento das propostas; II – o júri será constituído de pelo menos três pessoas de elevado padrão profissional e moral, servidores ou não da Agência, devendo sua indicação ser justificada nos autos, apontando-se sua qualificação; III – os licitantes, em número mínimo de cinco, cuja escolha deverá ser amplamente justificada nos autos, inclusive com os elementos indicativos de sua habilitação jurídica, qualificações técnica e econômico-financeira e regularidade fiscal, serão convocados por qualquer meio seguro, tais como correio e telecomunicação, sempre com comprovante de recebimento; (...)”

Resta analisar a possível inconstitucionalidade dos dispositivos antes transcritos. No julgamento da já citada Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.668-DF (medida liminar), decidiu o Supremo Tribunal Federal, quanto ao parágrafo único do Art. 54, e os Arts. 55, 56, 57 e 58, indeferir, por maioria, o pedido de liminar, vencidos os Ministros MARCO AURÉLIO (Relator), Maurício CORRÊA, SEPÚLVEDA PERTENCE, Néri da SILVEIRA e Celso de MELLO.²⁸² Pode-se, portanto, notar que a questão é polêmica no âmbito do Pretório Excelso, eis que por 6 (seis) votos contra 5 (cinco), a liminar não foi concedida. Dependendo de nova composição, quando do julgamento do mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade, poderá a Corte modificar o seu entendimento.

Na doutrina, e especificamente sobre o tema ora tratado, Lúcia Valle FIGUEIREDO aponta a inconstitucionalidade do Art. 22 da Lei n. 9.472/97, que dá ao Conselho Diretor da ANATEL a competência para aprovar normas próprias de licitação e contratação.²⁸³

Na Constituição vigente, o inciso XXVII, do Art. 22, atribui competência privativa à União Federal para legislar sobre " normas gerais de licitação e contratação, **em todas as modalidades**, para as administrações públicas diretas, **autárquicas** e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, parágrafo 1º, III."

²⁸² Site citado.

²⁸³ Op. Cit. , p. 141.

Para José Afonso da SILVA:

A diferença que se faz entre competência *exclusiva* e competência *privativa* é que aquela é indelegável e esta é delegável. Então, quando se quer atribuir competência própria a uma entidade ou a um órgão com possibilidade de delegação de tudo ou de parte, declara-se que *competete privativamente* a ela a matéria indicada. Assim, no art. 22 se deu competência *privativa* (não exclusiva) à União para legislar sobre: (...) normas gerais de licitação; porque o parágrafo único faculta à lei complementar autorizar aos Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo. No art. 49 é indicada a competência *exclusiva* do Congresso Nacional. O art. 84 arrola a matéria de competência *privativa* do Presidente da República, porque o seu parágrafo único permite delegar algumas atribuições ali arrolada. Mas a Constituição não é rigorosamente técnica neste assunto. Veja-se, p. ex., que nos arts. 51 e 52 traz matérias de competência exclusiva, respectivamente, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, mas diz que trata de competência *privativa*. Não é deste último tipo, porque são atribuições indelegáveis.²⁸⁴

Da lição do Ilustre constitucionalista retiram-se duas conclusões:

(a) a competência privativa pode ser delegada, porém esta delegação deve se operar ao Estado-membro, mas não para um órgão ou entidade da Administração Pública Federal; (b) nos termos do art. 49 da Constituição Federal, são competências exclusivas (portanto indelegáveis) do Congresso Nacional, dentre outras, aos do inciso V (sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa); e XI (zelar pela preservação de sua competência legislativa, em face da atribuição normativa dos outros Poderes).

²⁸⁴ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo : Malheiros, 1992, nota 5, p. 419-420. Sobre o tema consulte-se também BRITTO, Carlos Ayres. **O perfil constitucional da licitação**. Curitiba : Znt, 1997, p. 21, para quem as normas gerais de licitação serão editadas por lei ordinária federal. Sobre a questão de normas gerais em matéria de licitação, consultar JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 3. ed. Rio de Janeiro : Aide, 1994, págs. 11 e seguintes.

Nesta toada, razão parece assistir à Lúcia Valle FIGUEIREDO quando sustenta que não há permissivo constitucional para a ANATEL normatizar sobre matéria licitatória.²⁸⁵

A lei criadora da ANP dispõe, no Art. 23, que, para as licitações para concessões de atividades relativas à indústria do petróleo, a agência obedecerá ao regulamento por ela estabelecido. A ANEEL não possui nenhum dispositivo que lhe possibilite possuir regulamento próprio sobre licitações.

3. 11. DOS CONTROLES:

Por maior que possa ser a autonomia de uma agência reguladora, é indubitoso que não existe no direito brasileiro qualquer ente que esteja imune a determinado tipo de controle. Não se pode, também, olvidar que as agências reguladoras são autarquias especiais e como tal, devem estar submetidas aos controles previstos em legislação, tais como o controle externo e o controle judicial.

Desde já, então, pode-se considerar que o denominado controle interno está, de acordo com a lei criadora de cada agência, afastado com maior ou menor intensidade. Assim, se numa determinada agência reguladora, como, por exemplo, a ANATEL, os dirigentes não podem ser livremente demitidos, dado o exercício do mandato, não se pode, a rigor, falar em controle dos mesmos dirigentes pelo Ministro das Comunicações

²⁸⁵ Op. Cit. p. cit.

ou pelo Presidente da República. O denominado controle interno fica mitigado, uma vez que, se as agências reguladoras possuem ampla autonomia administrativa, é evidente que este controle, de caráter político-administrativo, ficará deveras prejudicado, uma vez que os objetivos do Ministério, por razões políticas, podem ser divergentes dos objetivos de determinada agência reguladora. Pode-se, em conclusão, dizer que quanto maior for a intensidade do controle interno, menor será a autonomia desfrutada pela agência reguladora.

Neste tópico, sem muito esforço, verifica-se efetivamente se a ANEEL, a ANATEL e a ANP são agências com capacidade para o exercício do instituto da regulação, ou se são apenas entidades exercentes do poder de polícia.²⁸⁶

A ANEEL é uma agência reguladora fortemente controlada, como a simples leitura de sua lei criadora demonstra. Está submetida a forte controle político pelo Executivo Federal, uma vez que, conforme antes visto, seus dirigentes podem, imotivadamente, ser destituídos de seus cargos até o quarto mês do mandato. Como antes mencionado, tal fato implica em séria perda de autonomia. Outro ponto a descaracterizar a ANEEL como agência reguladora, conforme também já apontado, é a exigência do contrato de gestão. Tal “instrumento” foi introduzido no direito brasileiro com as recentes “reformas administrativas” de cunho acentuadamente neoliberal.

²⁸⁶ Para a diferença entre regulação e poder de polícia, remetemos o leitor ao Capítulo antecedente.

Ora, há aqui uma contradição. O objetivo do contrato de gestão é propiciar maior autonomia gerencial, administrativa e financeira ao contratado. O objetivo da criação de uma agência reguladora é, basicamente o mesmo, ou seja, propiciar maior autonomia gerencial, administrativa e financeira à autarquia. O *bis in idem* é inevitável. Nesse passo, o contrato de gestão pode: (a) se constituir num alargamento da autonomia conferida pelo legislador, quando da criação da ANEEL; (b) pode se constituir como um fator de diminuição da autonomia conferida à ANEEL, estabelecendo metas a menor. Além do mais, se o Art. 37, parágrafo 8º, da Magna Carta, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 5 de junho de 1998, possibilita que a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da Administração direta e indireta possam ser ampliadas mediante contrato (o de gestão), a possibilidade da ANEEL ampliar aquilo que sua lei criadora já ampliou, é, no mínimo, contraditória, sendo o contrato de gestão, no caso concreto, apenas elemento de tumulto exegético.

O teor do inciso II dos mesmo dispositivo constitucional, ao estabelecer que cabe à lei dispor sobre “os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidades dos dirigentes”, traz à ANEEL duplo regime jurídico: um, o constante de sua lei criadora; outro, o disposto no contrato de gestão firmado com o Ministério de Minas e Energia. A impressão que se tem, com o devido respeito, é que no processo de elaboração da lei criadora da ANEEL, o legislador ainda não tinha pleno conhecimento sobre o que significa, na prática, o contrato de gestão. De todo o modo, a incongruência é manifesta.

O contrato de gestão firmado entre o Ministério de Minas e Energia e a ANEEL teve seu extrato publicado no Diário Oficial da União, Seção 3, página 1, de 31 de dezembro de 1998²⁸⁷. O objeto do mesmo é o seguinte:

Estabelecimento de metas de resultados de gestão da ANEEL, decorrentes das políticas e diretrizes do governo federal, determinados através do MME, e das funções que lhe foram atribuídas na qualidade de agência reguladora e fiscalizadora do mercado de energia elétrica, de forma a permitir a adequada coordenação e avaliação de suas atividades, respeitada a autonomia patrimonial, administrativa e financeira estabelecidas no art. 1º, do Decreto n. 2.335, de 1997.

A redação, em que pese o final do texto, demonstra a perda de autonomia da ANEEL, uma vez que o estabelecimento de metas de resultados de gestão são determinados pelo Ministério. Contudo, nos objetivos estratégicos, as impropriedades, algumas gravíssimas, são tremendas:

OBJETIVOS ESTRATÉGICOS:

I) Desenvolver instrumentos reguladores, normativos e contratuais, eficientes e transparentes, inclusive os sistemas de penalidade, de forma aderente com o processo de reestruturação do setor elétrico, interagindo com os agentes que compõem o seu arranjo institucional.

(...)

A má redação do item não permite vislumbrar, com segurança, se “os sistemas de penalidade” (*sic*) referem-se aos dirigentes da agência, ou às pessoas reguladas pelo ente. Supondo-se que a referência esteja dirigida às pessoas reguladas, este item traz duas graves violências ao direito. A primeira: permitir que se desenvolvam instrumentos normativos. Ora, a ANEEL não recebeu do legislador qualquer delegação para o exercício de função normativa, não podendo, em consequência, o contrato

²⁸⁷ Importa salientar que o texto integral do mesmo não foi publicado na aludida Seção do DOE e nem é encontrável no *site* da ANEEL, www.aneel.gov.br.

de gestão fazê-lo. Se dúvidas existem sobre a possibilidade de delegação, através de lei em sentido formal, para o exercício da função normativa por outro órgão que não o Executivo, aqui a certeza é uma só: o contrato de gestão jamais poderia ter o condão de desenvolver instrumentos normativos. Se o fizer, os atos emanados serão inválidos.

A segunda é que o citado contrato de gestão foi além, ao estabelecer, absurdamente, a possibilidade de desenvolver instrumentos normativos de sistemas de penalidades. A agressão ao melhor direito é de tal monta que custa crer que possa estar consignada em “instrumento” firmado por Ministro de Estado. Evidente que qualquer penalidade aplicada com base neste contrato de gestão será facilmente caracterizada como ato administrativo inexistente.²⁸⁸

Os demais itens dos “objetivos estratégicos”, pelas impropriedades que trazem em seu bojo (tais como, por exemplo, investir em processo de fiscalização, priorizando as áreas mais problemáticas, como se lícito fosse ao ente regulador não dar prioridade às mesmas, ou ainda pudesse fiscalizar área não problemática, esquecendo-se daquelas que apresentam dificuldades), não podem deixar de merecer a devida repulsa, demonstrando mais uma vez que, se a instituição dos contratos de gestão na Administração Pública é um notável equívoco, na ANEEL o equívoco é

²⁸⁸ Segundo Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO existem, na categoria de atos administrativos viciados, um tipo “cuja gravidade é de tal ordem que, ao contrário dos atos nulos ou anuláveis, jamais prescrevem e jamais podem ser objeto de ‘conversão’. Além disto, existe o direito de resistência contra eles. São os que denominaremos com a expressão rebarbativa (reconheça-se) de ‘atos inexistentes’. Consistem em comportamentos que correspondem a condutas criminosas, portanto, fora do possível jurídico e radicalmente vedadas pelo Direito.” BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso**, p. 400.

multiplicado. Mesmo que tal situação pudesse ser ultrapassada, a existência de um “contrato” deste teor, entre uma agência reguladora e o Ministério, a qual ela está organicamente vinculada, significa, na prática, a ausência total de autonomia da mesma, uma vez que a perde por completo, ficando adstrita aos compromissos assumidos no referido “instrumento”, que podem modificar, ampliando ou diminuindo, as competências fixadas pelo legislador quando da elaboração da lei criadora da agência.

Por outro lado, digno de notas são os denominados controles sociais existentes nas normas de criação e instalação da ANEEL. O artigo 21 do Decreto n. 2.335/97 estabelece que todo e qualquer processo decisório que implicar efetiva alteração de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, decorrente de ato administrativo da Agência ou de anteprojeto de lei proposto pela ANEEL, será precedido de audiência pública com os seguintes objetivos: I – recolher subsídios e informações para o processo decisório da ANEEL; II – propiciar aos agentes e consumidores a possibilidade de encaminhamento de seus pleitos, opiniões e sugestões; III – identificar, da forma mais ampla possível, todos os aspectos relevantes à matéria objeto da audiência pública; e IV – dar publicidade à ação regulatória da ANEEL.

Infelizmente, e mais uma vez num tolhimento de autonomia, o parágrafo único do dispositivo citado determina que, no caso de anteprojeto de lei, a audiência pública ocorrerá após prévia consulta à Casa Civil da Presidência da República.

Sobre este denominado controle social, alguns tópicos devem ser desenvolvidos. Sem a menor sombra de dúvida, e as repetidas experiências pelas quais vem passando a sociedade brasileira assim o demonstram, o mesmo, sem qualquer demérito aos demais, vem se constituindo no mais efetivo e eficaz controle, eis que diretamente exercido pela cidadania, com custos relativos baixos, geralmente suportados pela própria sociedade, notadamente no trabalho investigatório que vem sendo procedido pelos meios de comunicação social.

Deve ser apontado que muitas vezes ocorrem alguns excessos, e muitas das denúncias, depois de instalado o contraditório e a ampla defesa, acabam por ser comprovadamente infundadas. Nestes casos, é evidente que as pessoas físicas e jurídicas atingidas sofrem prejuízos de elevada monta, notadamente morais. Contudo, a solução, ao que parece, não pode ser encontrada na criação legislativa de óbices ao controle social, mas sim na reparação a ser obtida na via judicial.

Agora, é necessário frisar que os dispositivos asseguradores do controle social, todos de direito material, são, no mais das vezes, insuficientes, enquanto não existirem no Brasil leis processuais (e aqui refere-se expressamente a um Código Administrativo ou a um Código Processual de Defesa dos Usuários e Prestadores de Serviços Públicos) capazes de estabelecer ritos, prazos e recursos uniformes dentro dos procedimentos adotados pelas agências reguladoras. Serve como exemplo a ser invocado, conforme visto em capítulo anterior, a notável contribuição que o norte-americano APA trouxe à cidadania daquele país.

Se a todo direito corresponde uma ação, que o assegura²⁸⁹, todas as tentativas de impor, legalmente, o controle social por meio de normas (como, no caso, as audiências públicas) de direito material, as mesmas acabam por cair em descrédito, uma vez que inexistem, no ordenamento jurídico vigente, normas processuais de efetivação dos direitos invocados e discutidos nessas audiências públicas.

Note-se, por exemplo, que as audiências públicas da ANEEL servem, entre outras coisas, para a recolha de subsídios e informações para o processo decisório da agência. Agora, vamos supor, que uma, ou algumas, das informações fornecidas, tanto pelas prestadoras quanto pelos usuários, não seja verdadeira ou esteja incorreta. A ausência de qualquer norma de caráter processual, que permita a contradição de tal informação, pela parte interessada, poderá levar a Agência a vir a tomar uma decisão equivocada, ou que venha, no futuro, causar prejuízos de monta a qualquer das partes envolvidas.

Outra figura que está ausente é a do chamado “silêncio administrativo”. Veja-se que, no dispositivo legal citado, as audiências públicas servem para “propiciar aos agentes e consumidores a possibilidade de encaminhamento de seus pleitos, opiniões e sugestões”. É lícito supor, e até mesmo prever, que os pleitos dos agentes e dos consumidores poderão ser completamente divergentes. Do modo pelo qual o dispositivo normativo está redigido, a ANEEL poderá acolher um pleito em detrimento do outro. Na ausência de regras processuais claras, e também na ausência do “silêncio da Administração”, a contradição da parte

²⁸⁹ Conforme lapidar oração inserida no Art. 75 do Código Civil Brasileiro.

que se viu prejudicada cai no vazio, no âmbito decisório da agência, eis que o seu pedido de revisão, ou impugnação, da decisão tomada, não possui forma nem figura de direito e nem prazo para decisão. Perdeu-se, aqui, notável oportunidade de inovar positivamente o direito vigente, onde se poderia, se o legislador fosse mais audaz, avançar muito mais, não só no *due process of law*, como também na cidadania.

No campo do controle, mais uma vez não se pode poupar elogios aos criadores da ANATEL, uma vez que muitas das falhas apontadas nos parágrafos anteriores receberam, nesta agência, tratamento muito diferenciado. Os dispositivos normativos, pela sua importância, merecem transcrição literal:

Art. 38. A atividade da Agência será juridicamente condicionada pelos princípios da legalidade, celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, impessoalidade, igualdade, devido processo legal, publicidade e moralidade.

Art. 39. Ressalvados os documentos e os autos cuja divulgação possa violar a segurança do país, segredo protegido ou a intimidade de alguém, todos os demais permanecerão abertos à consulta do público, sem formalidades, na Biblioteca.

Parágrafo Único. A Agência deverá garantir o tratamento confidencial das informações técnicas, operacionais, econômico-financeiras e contábeis que solicitar às empresas prestadoras dos serviços de telecomunicações, nos termos do regulamento.

Art. 40. Os atos das Agências deverão ser sempre acompanhados de exposição formal dos motivos que os justifiquem.

Art. 41. Os atos normativos somente produzirão efeito após publicação no Diário Oficial da União, e aqueles de alcance particular, após a correspondente notificação.

Art. 42. As minutas de atos normativos serão submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na Biblioteca.

Art. 43. Na invalidação de atos e contratos, será garantida previamente a manifestação dos interessados.

Art. 44. Qualquer pessoa terá o direito de peticionar ou de recorrer contra ato da Agência no prazo máximo de trinta dias, devendo a decisão da Agência ser conhecida em até noventa dias.

Simple leitura dos dispositivos demonstra que na ANATEL a cidadania recebeu tratamento completamente diverso da agência antes examinada.

O art. 39, quer nos parecer, ficaria muito mais enriquecido se o sigilo, sem dúvida necessário, em muitos casos, tivesse um limite temporal razoável para ser quebrado. A exemplo do direito norte-americano, todo documento sigiloso tem um prazo, de maior ou menor duração, conforme o caso, para que não possa ser tornado público. Decorrido este prazo, o documento fica à disposição dos interessados. *De lege ferenda*, seria de todo conveniente uma nova redação do mencionado artigo, no sentido de possibilitar, no futuro, a publicidade de tais segredos. Ademais, como na área das telecomunicações, a revolução tecnológica é permanente, dificilmente poder-se-ia sustentar que um documento que hoje possa violar a segurança do país, dentro de pouco tempo tenha potencialidade para tanto.

Importante, igualmente, a redação dada ao Art. 40, no sentido de exigir a motivação formal dos atos administrativos editados pela ANATEL, bem como a exigência legal, constante do Art. 41, de notificação pessoal de todos aqueles alcançados pelo ato editado. A ausência de notificação impede a produção dos efeitos do ato.

Realce merece, também, o Art. 43, onde está garantido o contraditório e a ampla defesa na invalidação dos atos e dos contratos, uma vez que a faculdade da Administração de anular seus próprios atos fica adstrita à prévia manifestação dos interessados.²⁹⁰ Ficou, assim, garantida a lição de Francisco CAMPOS, tantas e tantas vezes ignorada pela Administração Pública:

O poder público não é um poder irresponsável e arbitrário, ele se vincula e se limita pelos seus próprios atos. Não se pode reservar o privilégio, que se resume na mais cínica das prerrogativas que se arrogava o poder absoluto, de surpreender a boa fé dos que confiam na sua palavra ou nas suas promessas violando aquela ou anulando essas, depois de haver conseguido, por causa de uma ou de outras, as prestações cuja execução havia sido feita na fé; fundamental não só ao seu comércio jurídico, como à convivência moral, de que a ninguém é lícito retirar a palavra empenhada ou desfazer a promessa mediante a qual obteve vantagem de outrem ou lhe causou ou infligiu sacrifício.²⁹¹

Lamenta-se, apenas, que não tenha sido fixado na lei um prazo para invalidação dos atos administrativos, até mesmo porque, no campo das telecomunicações, os investimentos são de elevada monta e a nulidade futura de um ato administrativo poderá ocasionar um extraordinário prejuízo ao investidor. A segurança jurídica deve ser um dos mais caros princípios a ser observado por uma agência reguladora. Sobre o tema, as precisas palavras de Weida ZANCANER:

É que o dever de invalidar cede passo à segurança jurídica e à boa fé dos administrados, desde que a situação gerada pelo ato relativamente insanável tenha em seu favor regra jurídica passível de ser invocada e que haja

²⁹⁰ Importa lembrar que com a edição da Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, está consignado, pelo Art. 54 da mesma, que: "O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má fé".

²⁹¹ CAMPOS, Francisco. **Direito administrativo**. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, s. d. Vol. I, p. 70/71.

decorrido um lapso de tempo razoável após a instauração da situação inválida.²⁹²

Por outro lado, é necessário observar que o teor da Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal vem sofrendo uma série de abrandamentos, tudo para assegurar a efetivação real do princípio da segurança jurídica e das relações jurídicas consolidadas na boa fé.²⁹³

O Art. 44, muito embora não tenha criado a figura do “silêncio da Administração”, merece elogios ao estabelecer prazo para que a ANATEL decida as petições ou recursos recebidos.

Na ANP o controle social vem previsto no Art. 18 da lei criadora, que determina que as sessões deliberativas da Diretoria, que se destinem a resolver pendências entre agentes econômicos e entre estes e os consumidores, devem ser públicas. Mas o destaque maior deve ser conferido ao Art. 22 do Decreto n. 2.455, de 14 de janeiro de 1998:

Art. 22. O processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo, decorrente de ato administrativo da Agência ou de anteprojeto de lei por ele proposto, será precedido de audiência pública, com os objetivos de:

I – recolher subsídios, conhecimentos e informações para o processo decisório da ANP;

²⁹² ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 2. ed. São Paulo : Malheiros, 1996, p. 96.

²⁹³ O Superior Tribunal de Justiça decidiu que: “Na avaliação da nulidade do ato administrativo, é necessário temperar a rigidez do princípio da legalidade, para que se coloque em harmonia com os cânones da estabilidade das relações jurídicas, da boa-fé e outros valores necessários à perpetuação do Estado de Direito. A regra enunciada no verbete 473 da Súmula do STF deve ser entendida com algum temperamento. A administração pode declarar a nulidade de seus atos, mas não deve transformar esta faculdade, no império do arbítrio”. RESp n. 45.522-SP, rel. Ministro Humberto Gomes de BARROS, DJ de 17.10.94, p. 27.865.

II – propiciar aos agentes econômicos e aos consumidores e usuários a possibilidade de encaminhamento de opiniões e sugestões;

III – identificar todos os aspectos relevantes à matéria objeto da audiência pública;

IV – dar publicidade às ações da ANP.

Sobre o dispositivo legal em comento, valem as mesmas considerações anteriormente feitas.

Importa, neste momento, fazer uma constatação: os mecanismos criados de participação popular e respeito aos direitos adquiridos e às situações jurídicas já temporalmente estabilizadas, são, indubitavelmente, altamente positivos. Mesmo quando estes mecanismos legais inovadores mereceram críticas neste capítulo, as mesmas foram lançadas a título de aperfeiçoamento dos institutos. É altamente positivo que novas normas assegurem a participação da cidadania, através, por exemplo, do notável instituto jurídico das audiências públicas. Sem embargo destes avanços, que demonstram a sintonia do cientista do direito com os novos tempos e os novos direitos, há que se frisar, com veemência, que muito há ainda para fazer no campo do controle dos atos administrativos. Vale aqui a precisa e humana observação de Juarez FREITAS: “O sistema normativo, deve, antes de tudo, servir para coibir o vício e promover a solidariedade. Em semelhante linha, não há como sermos refratários a formas jurídicas novas, nos exatos limites em que prestarem a tais funções superiores.”²⁹⁴

Contudo, lembra o mesmo autor, referindo-se às Organizações Sociais, mas em pensamento de todo aplicável às agências reguladoras,

²⁹⁴ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos** : e os princípios fundamentais. 2. ed. São Paulo : Malheiros, 1999, p. 180.

que as novas figuras “não devem agir de maneira substitutiva ou excludente”.²⁹⁵

Fabiana de Menezes SOARES lembra que a “a mera influência ou a consulta descompromissada amesquinham o sentido imposto pelo princípio participativo, norma estrutural do nosso sistema normativo constitucional.”²⁹⁶ Outra lembrança que deve ser constante é a de que os novos instrumentos de controle social, num futuro próximo, serão insuficientes, dada a extraordinária mobilidade da sociedade atual. Requerem, assim, sob pena de não passarem de boas intenções, a qualificação constante dos agentes públicos e das pessoas privadas no domínio das novas tecnologias. Vale aqui, para bem colocar a questão que se apresenta e para superar os desafios já existentes e os que estarão por vir, transcrever a precisa, e preciosa, observação de Fernando Herren AGUILLAR:

A superação da chamada crise da Modernidade passa pela discussão sobre a revalorização dos mecanismos de *participação popular* ou *controle social*.

A participação popular é uma espécie do gênero controle social. E, como visto acima, o controle social coexiste em permanente tensão com o controle estatal. Quanto maior é o controle estatal, menor é o controle social, e vice-versa. O controle social pleno e absoluto é a negação da capacidade do Estado de interferir nas questões de interesse da sociedade. A sociedade exerce, por suas próprias formas, o controle pleno das ações sociais. Ao contrário, a falta de controle social permite, um domínio regulatório absoluto do Estado das atividades sociais.

Na sociedade democrática, nem o controle estatal pleno, nem o controle social absoluto são desejáveis. É preciso que haja uma permeabilidade entre a sociedade e o Estado. Na democracia, o Estado ganhará legitimação na

²⁹⁵ Op. cit. p. 180.

²⁹⁶ SOARES, Fabiana de Menezes. A redefinição do Estado através da participação popular na Administração Pública : necessidade, instrumentos e o papel do município. **Revista de direito administrativo aplicado**. Curitiba, ano 3, jul-set, 1996, p. 719.

medida dessa capacidade de permitir o influenciamento da população no exercício do poder constituído. À simples legitimação do poder pela origem, contrapõe-se, portanto, a legitimação do exercício do poder.

Em poucas linhas, a participação popular teria o mérito de aproximar a prestação dos serviços públicos das exigências acima relatadas. Ela pode tornar flexível a aplicação das normas que regem a concessão, posto que são os usuários dos serviços aqueles que mais conhecimento detêm acerca das deficiências de sua prática. E pode substituir tanto a falta de motivação do Estado quanto o conflito de interesses dos concessionários, pelo zelo dos que constituem os maiores beneficiários do bom andamento dos serviços.

É importante ressaltar que o controle social exercido através da participação popular deve ter espaço institucional para que cumpra seus objetivos. Trata-se de uma participação popular albergada pelo aparelho jurídico estatal e não meramente a manifestação espontânea dos interesses da população. É preciso organizar, institucionalizar espaços de veiculação de interesses. E isso somente é possível fazer amparando-se através do direito.

Nesse sentido, procuramos demonstrar como se faz necessária a busca de mecanismos de representatividade técnica, a par dos mecanismos tradicionais de representatividade política, tendo em vista a crescente complexidade dos serviços públicos, para cuja compreensão é indispensável o acompanhamento de peritos especializados. Tais peritos seriam capazes de oferecer suporte informativo indispensável para a tomada de postura por parte de representantes da sociedade que tenham capacidade de interferir no processo decisório relativo à prestação de serviços públicos. Evidentemente que essa capacidade de interferência também precisa ser conquistada politicamente, fato do qual parecemos estar muito distantes ainda.²⁹⁷

Além da qualificação técnica exigida dos agentes da cidadania, a mesma deve impor às agências um princípio magistralmente colocado pelo eminente jurista argentino Agustín GORDILLO, qual seja:

O ente regulador não pode atuar como um suposto árbitro que soluciona conflitos entre partes iguais, mas sim que tem o dever constitucional e legal de buscar equilibrar a desigualdade existente, compensando o poder dos monopólios com um maior peso de seu controle e uma maior defesa do usuários.²⁹⁸

²⁹⁷ AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo : Max Limonad, 1999, p. 292-294.

²⁹⁸ GORDILLO, op. cit. T. 2, p. VI-33.

4. AS AGÊNCIAS REGULADORAS E O EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES NORMATIVA, ADMINISTRATIVA E JURISDICIONAL

4. 1. INTRODUÇÃO À FUNÇÃO NORMATIVA

Neste capítulo será analisado o exercício das funções normativa, administrativa e jurisdicional das agências reguladoras, não perdendo jamais o horizonte da vigente Constituição Federal. Começam aqui a aparecer algumas dificuldades, uma vez que sendo função do Estado, dentre outras, estabelecer normas jurídicas onde as situações a serem resolvidas se contemplam abstratamente e impessoalmente, há de se convir que qualquer dos Poderes do Estado tem competência para tanto. Todavia, somente uma espécie de norma, na tradicional visão inspirada na doutrina da separação rígida dos poderes, tem força para inovar o ordenamento jurídico, criando direito positivo onde antes não havia normatização: a lei em sentido formal, nascida de um processo legislativo, portanto no seio do Parlamento.

No direito constitucional brasileiro, segundo Clèmerson Merlin CLÉVE, “a lei configura sempre um mecanismo de criação do Direito decorrente da atividade do Estado”²⁹⁹, podendo ser “ato que decorre do exercício da função legislativa exercitada pelo Poder Legislativo propriamente dito – Congresso Nacional – ou”³⁰⁰ ainda, “eventualmente, por

²⁹⁹ CLÉVE, Clèmerson Merlin. A lei no estado contemporâneo. **Revista de direito administrativo aplicado**. Curitiba : Ano 3, abr.-jun., 1996, n. 9., p. 347.

³⁰⁰ Op. cit. p. 347.

outro poder, como é o caso do Presidente da República (leis delegadas ou medidas provisórias).”³⁰¹

Conforme anteriormente visto, em diversas passagens do presente trabalho, o grau de autonomia conferido, no direito estrangeiro, às agências reguladoras, se manifesta, mais fortemente, no exercício simultâneo dessas três funções por parte do ente regulador.³⁰²

Sustenta-se que a regulação da economia não pode prescindir desses elementos, uma vez que a natureza jurídica do Estado, com a tradicional e rígida separação dos Poderes, faz com que cada um dos mesmos possua seus ritmos temporais próprios, muitos deles completamente em dissintônia com as necessidades, sempre urgentes, dos agentes econômicos. Resta saber se estes motivos invocados estão, ou não, em acordo com a Constituição vigente. Mesmo depois da série de emendas sofridas pelo Texto original, que, direta ou indiretamente, modificaram radicalmente o panorama jurídico-econômico do país, aproximando-o, cada vez mais, dos postulados da pós-modernidade, trazendo notável instabilidade legal, a questão da possibilidade do exercício de funções normativas pelas agências reguladoras continua em aberto.³⁰³

³⁰¹ Idem, p. 347.

³⁰² Para Santiago MUÑOZ MACHADO “a independência dos reguladores com respeito aos operadores seria menor na medida em que a independência de suas atuações estivesse contida por decisões normativas criadas pela via legislativa ou regulamentar”. Op. cit. T. I, p. 284. Aduz também o publicista espanhol que a fonte de delegação não é, para cada ente regulador, necessariamente a mesma, podendo a delegação aparecer delimitada por lei ou por atos administrativos. Idem, p. 284. (traduzimos)

³⁰³ As Emendas citadas são: a) Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993, que alterou dispositivos da Constituição Federal no tocante às aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais; criou a ação direta de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; e trouxe modificações à ordem tributária; b) Emenda Constitucional n. 5, de 15 de agosto de 1995, que modificou o regime dos serviços locais

4. 2. A FUNÇÃO NORMATIVA

Uma das questões fundamentais para o direito público atual relaciona-se com o exercício da função normativa por diferentes órgãos do Estado. A tradicional concepção de MONTESQUIEU sofre, nos dias de hoje, variadas críticas, em virtude do acentuado tecnicismo da sociedade atual. Sustentam alguns que os Parlamentos não estão aparelhados para legislar de modo pronto e efetivo sobre as questões que se colocam no cotidiano das nações. Por outro lado, parece florescer, a cada dia com maior intensidade, a noção de que ao Parlamento restaria o papel fiscalizatório dos outros dois Poderes. A bem da verdade, essas idéias de esvaziamento da função legislativa por parte dos Parlamentos é bem mais antiga do que se poderia supor.³⁰⁴

de gás; c) Emenda Constitucional n. 6, de 15 de agosto de 1995, que modificou o conceito de empresa nacional; d) Emenda Constitucional n. 7, de 15 de agosto de 1995, que modificou o regime legal dos transportes aéreo, aquático e terrestre; e) Emenda Constitucional n. 8, de 15 de agosto de 1995, que alterou o regime das telecomunicações; f) Emenda Constitucional n. 9, de 9 de novembro de 1995, que alterou o regime do petróleo; g) Emenda Constitucional n. 10, de 4 de março de 1996, que criou o Fundo Social de Emergência; h) Emenda Constitucional n. 12, de 15 de agosto de 1996, que instituiu a CPMF (Contribuição compulsória provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos); i) Emenda Constitucional n. 13, de 21 de agosto de 1996, que alterou o regime dos seguros; j) Emenda Constitucional n. 14, de 12 de setembro de 1996, que alterou a repartição tributária; k) Emenda Constitucional n. 17, de 22 de novembro de 1997, que prorrogou o Fundo Social de Emergência; l) Emenda Constitucional n. 18, de 5 de fevereiro de 1998, que modificou o regime de vencimentos dos servidores públicos; m) Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998, que modificou o regime da Administração Pública, servidores, agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio; n) Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, que alterou o regime de previdência social; o) Emenda Constitucional n. 21, de 18 de março de 1999, que prorrogou a CPMF; p) Emenda Constitucional n. 24, de 9 de dezembro de 1999, que extinguiu a representação classista na Justiça do Trabalho.

³⁰⁴ Conforme notável estudo de Raul Machado HORTA, já em 1908, na Itália, foi utilizado o decreto-lei. Na França, o mesmo instrumento aparece em 1914; na Alemanha, com a Constituição de Weimar em 1919. A experiência brasileira surge em

Tal panorama não é gratuito e está inserido nas modificações introduzidas por uma nova ideologia, a pós-modernidade. Este fenómeno, muito mais ideológico do que jurídico, foi percebido, por primeiro, em língua portuguesa, pelo constitucionalista português J. J. Gomes CANOTILHO. Importa anotar, desde já, que esta ideologia constrói teses em que o económico, bem como a busca desenfreada da eficiência, implicam, necessariamente, num reordenamento constitucional. É do publicista a constatação de que algo vem mudando:

(...) com as pretensões da modernidade e do sujeito moderno: os homens são capazes de construir um projecto racional, condensando as idéias básicas desse projecto num *pacto fundador* – a constituição. Em termos mais filosóficos, dir-se-ia que a idéia de constituição é indissociável da idéia de *subjectividade projectante*, ou, se se preferir, da idéia de *razão iluminante ou/é iluminista*. Subjectividade, racionalidade, cientificidade, eis o *background* filosófico-político da génese das constituições modernas. Através de um documento escrito concebido como produto da razão que organiza o mundo, iluminando-o e iluminando-se a si mesma, pretendia-se também converter a lei escrita (= lei constitucional) em instrumento jurídico de constituição da sociedade.³⁰⁵

A Constituição, então, que surgiu como resultado de um “pacto fundador” que, ao menos em tese, foi tecido e acordado por todos os setores da sociedade, aparece na história dos homens como o produto da vitória da razão iluminista, coroando, assim, o sucesso das novas forças sociais sobre as antigas. Este modelo, nascido depois da Revolução Francesa, alicerçou o direito público, que, paulatinamente, foi se construindo em cada país que se libertava do jugo absolutista. Economicamente, serviu também, para a construção de ordenamentos jurídicos estáveis, capazes de assegurar o direito de propriedade, a livre

1937. HORTA, Raul Machado. Poder Legislativo e monopólio da lei no mundo contemporâneo. **Revista trimestral de direito público**. n. 3, 1993, p. 10-11.

³⁰⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra : Almedina, 1991, p. 13.

iniciativa, a produção e distribuição das riquezas, dentro de regras aceitas pela sociedade de cada nação. Contudo, este sistema, fundado na Constituição e na Separação dos Poderes, a fim de que um não pudesse sobrepujar os outros dois, encontrou, historicamente, dois adversários de peso: o Estado Absolutista e o Estado do Socialismo Real. A vitória sobre o primeiro universalizou direitos e fez fortificar nos homens o desejo de progresso e crescimento económico sem amarras maiores de índole legislativa. Bastaria fixar no texto das Constituições alguns direitos e garantir, sem limites, o de propriedade. O segundo foi um inimigo bem mais poderoso. Vitorioso pela primeira vez em 1917, na Revolução Bolchevique, disputou os corações e as mentes das gerações, até ruir espetacularmente quando da derrubada do Muro de Berlim.³⁰⁶

Pela primeira vez na história, dentro do teatro das nações, o capitalismo está só, sem adversários que possam contrariar seus interesses. Assim, e não é por acaso, vai começar a nascer no pensamento humano algumas idéias para coroar a nova realidade. CANOTILHO é preciso:

As coisas colocam-se, para os juristas pós-modernos, em termos substancialmente diferentes. A idéia de constituição como “centro” de um conjunto normativo “activo” e “finalístico”, regulador e directivo da sociedade, é posta em causa de várias formas. Em primeiro lugar, assinalam-se os limites da *regulação* dos problemas sociais, económicos e políticos através do direito. O “direito só regula a sociedade, organizando-se a si mesmo” (TEUBNER). Isto significa que o direito – desde logo, o direito constitucional – é, não um direito activo, dirigente e projectante, mas um *direito reflexivo* auto-limitado ao estabelecimento de processos de informação e de mecanismos redutores de

³⁰⁶ Muito embora, bem antes, já estivesse em acentuado processo de desmoralização perante pensadores simpáticos a idéia do socialismo, mas adversários dos métodos (economia planificada, repressão como método de governo) utilizados nos países do socialismo real. Tal movimento, de “oposição de esquerda” ao socialismo real, surge em 1954 com a invasão da Hungria e se acentua a partir de 1968, com a derrubada, violenta, da Primavera de Praga.

interferências entre vários *sistemas autónomos* da sociedade (jurídico, económico, social e cultural). Por isso se diz que o direito, hoje, - o *direito constitucional pós-moderno* - é um *direito pós-intervencionista* (= processualizado, dessubstantivado, neo-corporativo, ecológico, medial).³⁰⁷

A solidão do capitalismo, na ausência de adversários, não mais necessita do direito “velho”, estabilizador das reações sociais, mas sim de um direito processualizado, apenas e tão somente para regradar o jogo do mercado. Buscamos novo auxílio em CANOTILHO:

Em segundo lugar, e em conexão com o que se acaba de dizer, a constituição deixa de ser possível conceber-se com um pacto fundador e legitimador de uma acção prática racionalmente transformadora. Por outras palavras: a constituição deixa de inserir-se no processo histórico de emancipação da sociedade (quer como “texto” de garantias individuais e arranjos organizatórios de tipo “liberal”, quer como “programa dirigente” de cariz marxizante). Como se concebe, então, a constituição na época pós-moderna? Em termos tendenciais adiantar-se-á a seguinte caracterização:

*A Constituição é um estatuto reflexivo que, através de certos procedimentos, do apelo a auto-regulações, de sugestões no sentido da evolução político-social, permite a existência de uma pluralidade de opções políticas, a compatibilização dos dissensos, a possibilidade de vários jogos políticos, a garantia da mudança através da construção de rupturas (TEUBNER, LADEUR).*³⁰⁸

Deste modo, descaracterizando-se a Constituição naquilo que ela possui de fundamental, seus princípios, a pós-modernidade pode prescindir de instrumentos reguladores do poder, não sendo, portanto, indispensável que a produção da lei, como ato inovador do direito, passe pelo Parlamento, podendo tranqüilamente ser exercido, dentro desta visão, por outros órgãos e entes. O “melhor” seria que os processos de produção normativas fossem plurais, diferentes, divergentes e facilmente cambiáveis. Vende-se, assim, a ilusão de que o indivíduo pode tudo, até mesmo prescindir de suas mais caras organizações políticas. Mais, conforme

³⁰⁷ Op. cit. p. 14.

³⁰⁸ Idem, p. 14.

aponta CANOTILHO, é necessário conceder cada vez mais autonomia aos homens e suas associações, pois eles e elas, melhor do que o Estado, é que sabem bem satisfazer as suas necessidades:

A organização política não tem centro: (1) é um sistema de sistemas autônomos, auto-organizados e reciprocamente indiferentes; (2) é multipolar e multiorganizativa. Com efeito, ao lado do Estado, existem difusos pela comunidade, entes autônomos institucionais (ordens profissionais, associações), e territoriais (municípios, regiões). Daí a referência à perda do centro (o Estado concebido como organização unitária e centralizada) e a existência de um direito sem Estado, isto é, de modos de regulação (contratos, concertação social, negociações) constitutivos daquilo a que se poderá chamar reserva normativa da sociedade civil.³⁰⁹

A lei, aqui em sentido formal, deixa de ser garantia para o exercício de direitos e obrigações e se torna um óbice ao livre desenvolvimento dos indivíduos, de suas idéias, de seus produtos e de suas riquezas. O que antes era a manifestação racional da sociedade, passa a ser aparato custoso e sem sentido. Ao Parlamento, como satisfação às massas, que, afinal, periodicamente o elegem, reservam-se outras funções. A elaboração da lei, e tudo em nome da liberdade, passa para aqueles que têm o conhecimento técnico necessário para tanto. É como se os pós-modernos dissessem: “Não podemos estar subordinados a quem não conhece a tecnologia que criamos e usamos para progredir.”

Acentua-se, em muitos juristas, a convicção de que a normatização da economia não se coaduna com o princípio da reserva da lei, havendo a necessidade de outras fontes normativas. Talvez os parágrafos acima possam ser assustadores, mas é indubitável que há um enorme descompasso entre a produção legislativa e as expectativas da sociedade. Igualmente, os parágrafos anteriores podem ser exagerados,

³⁰⁹ Ibidem, p. 15.

mas os Parlamentos, em muitos países ao menos, encontram mais detratores do que defensores. Isso porque, conforme averba CANOTILHO, a crítica pós-moderna não exagera em muitas de suas colocações:

Mas alguma coisa fica das críticas e sugestões dos pós-modernos, designadamente a idéia da necessidade de tomar em consideração os mecanismos de auto-regulamentação da sociedade, conducentes: (1) à libertação de determinados domínios da vida de uma regulamentação racionalmente finalística através do direito (desjuridificação através da deslegalização); (2) acolhimento de regras extralegais e de equivalentes funcionais do direito, como, por ex., a concertação de interesses, a governação através de persuasões e de consultas, a recepção de códigos de ética, a adesão a recomendações e normas técnicas; (3) direcção ou autodirecção situativa através de um direito reflexivo as regras do jogo aos actores sociais, sem impor autoritariamente soluções substantivas.³¹⁰

Neste panorama é que deve ser examinada a possibilidade, em tese, do exercício de funções normativas por outros órgãos que não o Parlamento. A questão, reconheça-se, segue uma certa lógica, muito mais econômica e egoísta do que jurídica, é verdade, mas lógica, sem dúvida. Da anterior citação de CANOTILHO, colhem-se exemplos práticos e presentes na época atual:

Muitas atividades antes não toleradas pelo direito, ou por ele estigmatizadas, passam a ser aceitas como naturais pelas novas gerações. O custo da manutenção das mesmas na ilegalidade, com o tempo, torna-se insuportável. Do mesmo modo, a cada dia que passa, mais e mais setores da sociedade passam a construir, sem qualquer preocupação com o ordenamento jurídico vigente, novas normas de conduta, que, agregadas por outros grupos, passam a ter uma força cogente muito maior do que o direito positivo. No campo das normas técnicas, bem como naqueles em que os interesses econômicos preponderam, ocorre o mesmo, apenas com

³¹⁰ Ibidem, p. 16.

a troca de signos. Mas, na essência, o fenômeno é um só. Não há, neste processo de pluralização de fontes normativas, diferenças, por exemplo, entre o comportamento heterodoxo de uma comunidade rural de jovens unidos por um liame filosófico ou religioso com o comportamento de um grupo de executivos no lançamento de novos produtos visando à conquista de mercados: em qualquer dos casos, se o direito positivo for um fator de dificuldade, ambos os grupos, tão diferentes entre si, tomarão o mesmo caminho, ou seja, buscarão outras regras, fora do aparelho estatal. Neste aspecto, independente de nossas vontades individuais, a pluralidade de fontes produtoras de direito é a marca da atual sociedade. Mais uma vez, CANOTILHO é preciso:

As alternativas extrajurídicas ou extralegais não substituem, por enquanto, a função formal e material das regulações normativas dos poderes públicos legítimos.³¹¹

(...)

As constituições, embora continuem a ser pontos de legitimação, legitimidade e consenso autocentradas numa comunidade estadualmente organizada, devem abrir-se progressivamente a uma rede cooperativa de metanormas (estratégias internacionais, pressões concentradas) e de normas oriundas de outros centros, transnacionais e infranacionais (regionais e locais) ou de ordens institucionais intermédias (associações internacionais, programas internacionais).³¹²

Exsurge, pois, uma nova tendência, qual seja, a de que as Constituições deverão, progressivamente, abrir-se para aceitar em seu textos, outras fontes produtoras normativas. Em texto doutrinário escrito em 1968,³¹³ Manoel de Oliveira FRANCO SOBRINHO anteviu o direito do ano 2.000 assim: “O mundo de amanhã, projetado pelo cientista, impulsionado

³¹¹ Ibidem, p. 17.

³¹² Ibidem, p. 18.

³¹³ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Poder político e poder administrativo. **Revista de direito público**. n. 6, out-dez, 1968, p. 71.

pela técnica, depende organicamente de outros processos jurídicos, sem o que o homem não sobreviverá. É de se acreditar, num direito universal, longe do emaranhado de leis e regulamentações, que perturbam o senso comum e o legítimo entendimento jurídico, diante de um sistema de confusa complexidade legislativa.”³¹⁴

Pode-se, desse modo, sintetizar que o futuro constitucional dos povos apresentará quatro fontes normativas: a) a da reserva da Lei, a ser realizada pelos Parlamentos; b) a da reserva da norma, a ser realizada pelo Executivo, e em menor escala pelo Judiciário; c) a da reserva dos interesses econômicos, onde pode-se localizar, desde já, como importante fonte normativa, os acordos de cooperação técnica, os contratos, os códigos de ética, as coerções econômicas na liberação de créditos, as vendas de tecnologias “fechadas”, ou seja, aquelas cujos códigos de acesso não são, ou são parcialmente, liberados, dentre outros; e d) a da reserva da sociedade civil organizada, como, por exemplo, as audiências públicas e as pressões e reivindicações de massa, dentre outros.

Os interesses econômicos e os da sociedade civil organizada necessitarão passar pelos filtros do Parlamento e do Executivo, o que cria, em consequência, duas espécies de fontes normativas: a direta (reserva da Lei e reserva da norma) e a indireta (reserva dos interesses econômicos e reserva da sociedade civil organizada). Na verdade, a fonte normativa dos Parlamentos e dos Executivos, até mesmo como sobrevivência política de seus integrantes, será (está sendo?), paulatinamente, ultrapassada pelas outras duas.

³¹⁴ Op. cit. p. 71.

Nesse contexto, já imaginado no passado por alguns e confirmado no presente por outros, é que se deve entender porque às agências reguladoras estão sendo conferidas funções normativas. Gaspar ARIÑO ORTIZ coloca duas questões sobre o tema, que segundo ele são fundamentais nas agências reguladoras: a especialização e a independência.³¹⁵ Para a primeira, anota o autor espanhol, como a maioria dos problemas que devem ser enfrentados requerem um considerável grau de especialização técnica e econômica, há a exigência de pessoal preparado e de dedicação continuada, coisas que dificilmente se logram obter dos políticos.³¹⁶ Para a segunda, que a independência é necessária, uma vez que as decisões, que afetam diretamente os direitos e as liberdades dos cidadãos, devem ser decididas por pessoas imparciais, sem compromissos partidários.³¹⁷

Resta, neste momento, perguntar se no atual estágio da Constituição de 1988, mesmo após todo o processo de emendas sofrido pelo Texto original, existem, ou não, permissivos para que as agências reguladoras brasileiras possam exercer função normativa ou apenas expedir atos administrativos. A matéria, averbe-se, é extremamente polêmica no campo doutrinário. Como as agências reguladoras brasileiras ainda são bastante recentes, as decisões judiciais, em sede de controle de constitucionalidade, ainda não são definitivas. As posições publicadas até o presente momento são as que seguem:

³¹⁵ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *La regulación...* p. 88.

³¹⁶ Op. cit. p. 88-89.

³¹⁷ Idem, p. 89.

4. 2. 1. A posição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Lúcia Valle Figueiredo

A primeira doutrinadora a manifestar-se, com profundidade, sobre as agências reguladoras no direito brasileiro foi a Professora Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, em obra revista e ampliada em 1999³¹⁸. A prestigiada autora tem a posição de que a função normativa dos órgãos e entes da Administração Pública estaria adstrita, apenas e tão-somente, aos aspectos puramente técnicos, sendo que tudo o mais que desbordasse seria, para utilizar a linguagem consagrada pelo direito constitucional, reserva da Lei. Avançando em suas colocações, sustenta que inúmeros outros órgãos e entes no direito brasileiro exercem função normativa fora dos parâmetros antes citados, porém assinalando que tal prática não encontra base constitucional no Brasil de hoje.³¹⁹

Lúcia Valle FIGUEIREDO também nega a possibilidade de se interpretar com largo alcance o exercício de funções normativas por parte das agências reguladoras: “O nosso ordenamento jurídico não permite que obrigações, proibições, constrangimentos aos administrados, façam-se por outro meio que não a lei (art. 5º, inciso II), obrigando-nos, destarte, a grande esforço de inteligência para o deslinde de quais sejam os limites do órgão regulador.” porque “de outra parte, permite o texto constitucional delegações do Legislativo ao Executivo, nos termos do art. 68 da Constituição da República. Porém, há todo um regime jurídico a ser

³¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 3. ed. São Paulo : Atlas, 1999.

³¹⁹ Op. cit. p. 143.

observado, que, certamente, não é a hipótese das agências reguladoras.”³²⁰

Para a consagrada Professora, o exercício de funções normativas pelas agências, de acordo com o texto constitucional vigente, resumir-se-ia a regular as relações entre os prestadores e os usuários dos serviços públicos regulados, sendo todo o resto reserva exclusiva da Lei. Leciona também, em consonância com o texto constitucional vigente, sobre o caráter de indelegabilidade do poder regulamentar do Presidente da República, fora dos permissivos constitucionais.³²¹

4. 2. 2. A posição de Carlos Ari Sundfeld

Em posição diferenciada, Carlos Ari SUNDFELD sustenta que o exercício de funções normativas por parte das agências reguladoras deve ser buscado numa nova maneira de se ver o direito nos tempos atuais, onde, em virtude da globalização econômica, o intérprete do direito deve buscar base doutrinária em outros princípios, fora dos tradicionais, como, por exemplo, o da Separação dos Poderes e o da Legalidade estrita. A posição do autor é a seguinte:

Mais importante do que a hierarquização entre lei e Administração é, no modelo do direito administrativo, o dogma de que o ato administrativo é a aplicação de uma regra racional e não de um ato arbitrário, caprichoso. Para esse efeito, sequer importa que, de fato, a lei seja um tanto arbitrária ou que seus termos admitam uma aplicação arbitrária; o dogma da razão (isto é, da não-arbitrariedade) terá de, necessariamente, informar sua incidência, corrigindo-lhe as impurezas.

³²⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo : Malheiros, 2.000, p. 138.

³²¹ Op. cit. p. 139.

Isto explica por que a adoção de um amplo sistema de regulamentos autônomos ou o controle da produção legislativa pelo Executivo não eliminaram o Estado de Direito; ainda que a norma a aplicar (lei, regulamento, diretiva comunitária, não importa) não o favoreça ou induza, sua aplicação há de seguir um catálogo de mandamentos que excluirá o arbítrio.³²²

4. 2. 3. Da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.668-DF³²³, em que foram argüidos como inconstitucionais, dentre outros, o Art. 19, IV, X,³²⁴ além dos dispositivos sobre competência para normatizar licitações, já visto no capítulo anterior, o STF decidiu deferir, em parte, o pedido de medida cautelar, para: quanto aos incisos IV e X, do Art. 19, sem redução do texto, dar-lhes interpretação conforme à Constituição Federal, com o objetivo de fixar exegese segundo a qual a competência da Agência Nacional de Telecomunicações, para expedir normas, subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e privado, vencido o Ministro MOREIRA ALVES, que o indeferia.

Na precisa lição de Clèmerson Merlin CLÈVE “a interpretação conforme a Constituição (...) mais do que uma técnica de salvamento da lei

³²² Op. cit. págs. 166-167.

³²³ Relator Ministro MARCO AURÉLIO. Requerentes: Partido Comunista do Brasil, Partido dos Trabalhadores, Partido Democrático Trabalhista, Partido Socialista Brasileiro. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional.

³²⁴ Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente: IV – expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público; X – expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado.

ou do ato normativo (...), consiste já numa técnica de decisão. Assim, em homenagem aos princípios da presunção de legitimidade das leis e da supremacia da Constituição, interpreta-se o ato impugnado conforme a Constituição.”³²⁵ Em consequência, “declara inconstitucional uma lei com a interpretação que a compatibiliza com a Carta Magna” pois, “o Tribunal Constitucional elimina – e, atua, portanto, como legislador negativo – as interpretações por ela admitidas, mas inconciliáveis com a Constituição.” Assim, “a interpretação fixada, como única admissível, pelo Tribunal Constitucional, não pode contrariar o sentido da norma”.³²⁶

A utilização do raciocínio exposto por Gilmar Ferreira MENDES, “que a interpretação conforme o texto constitucional pressupõe a exegese da lei de forma congruente com a Constituição”³²⁷, leva-nos a inferir que a possibilidade de a ANATEL expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público, e, do mesmo modo, expedir normas sobre a prestação dos serviços de telecomunicações no regime privado, só poderá se dar de acordo com a Constituição, ou seja, a regulação só será constitucional se, rigorosamente, forem observados os parâmetros estabelecidos em lei. Assim, pela decisão em comento, não pode a ANATEL, ao menos até o julgamento do mérito da ação, regular qualquer matéria sobre o regime público ou privado na prestação de serviços de telecomunicações, nem regulamentar os mesmos, devendo ficar adstrita à fixação dos *standards* da sua lei criadora.

³²⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo : RT, 1995, p. 175. Também, sobre o tema deve ser consultado MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade** : aspectos jurídicos e políticos. São Paulo : Saraiva, 1990, p. 284-297. Veja-se, também do autor **Jurisdição constitucional**. São Paulo : Saraiva, 1996.

³²⁶ Op. cit. 176.

³²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade**, p. 285.

Mas a decisão sinalizada pelo Supremo Tribunal Federal pode trazer problemas, em virtude da natureza dos efeitos da “interpretação conforme”.³²⁸ De qualquer forma, como trata-se de decisão liminar, cujo acórdão ainda se encontra pendente de publicação, resta, sobre a temática, alguns pontos a serem abordados.

4. 2. 4. A Constituição vigente e suas regras:

Muito embora a Constituição vigente não atribua monopólio da função normativa ao Poder Legislativo, ao contrário, permitindo ampla competência ao Executivo, e em menor grau ao Judiciário, é inegável que existem diversos dispositivos a regular a questão.

O primeiro dispositivo constitucional que interessa discutir é o do inciso II, do Art. 5º. Ao estatuir que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, a Constituição está determinando, e instaurando como princípio regente de toda a sociedade, o princípio da legalidade. Agora, deve ser indagado, aqui, para uma perfeita colocação da matéria, a qual Lei está se referindo o Constituinte? Em sentido formal, ou em sentido material?

³²⁸ Segundo CLÈVE, “a “coisa julgada” alcança apenas a parte dispositiva da decisão (que é a rejeição de inconstitucionalidade) e não os seus fundamentos, os juízes e tribunais podem continuar aplicando a norma impugnada com os sentidos apontados como inconstitucionais. O prestígio do STF é determinante da observância, pelos demais órgãos do Judiciário, de sua decisão. Em caso contrário, entretanto, apenas a interposição de recurso extraordinário, na oportunidade própria e atendidos os pressupostos respectivos, pode fazer prevalecer o entendimento sustentado pela Excelsa Corte.” Op. cit. p. 177.

Dentro dos pressupostos, utilizados pela doutrina, para a classificação do exercício das funções estatais, que advém da rígida divisão dos Poderes, a Lei, só poderá ser aquela nascida do processo legislativo, portanto, no Parlamento.

Ocorre, todavia, que a rígida colocação doutrinária é insuficiente para descrever, com precisão, todo o funcionamento do aparato estatal. Em razão disso, a doutrina publicista elaborou, pela pena de Renato ALESSI,³²⁹ uma outra classificação, onde a norma é um ato voltado à inovação da ordem jurídica. Neste ponto, segundo a feliz síntese da obra Alessiana, da lavra de Eros Roberto GRAU:

Os ordenamentos jurídicos são referidos como *primários* porque se impõem, aos grupos sociais a que respeitam, por virtude própria, isto é, por *força primária* – tal como ocorre com as normas. Assim, se o caráter inovador da norma a peculiariza, seus reflexos, em termos de inovação – para que existam como tais –, penetram o próprio ordenamento. Por isso que a norma configura *inovação no ordenamento jurídico* e, daí, é de ser definida como preceito *primário*. A característica da inovação, destarte, está subsumida na *primariedade* da norma.

Deixando, neste passo, à margem considerações que ALESSI traça a respeito da coligação entre os atributos de abstração e generalidade da norma – com a subsunção do segundo pelo primeiro –, nele recolhemos a noção de que por *função normativa* deve entender-se aquela de emanar *estatuições primárias* – isto é, operantes por força própria – contendo *preceitos abstratos* (ALESSI refere: “contendo normalmente preceitos abstratos”).

Um outro ponto de extrema relevância, porém, deve ser aqui enfatizado. Refiro-me à circunstância de ALESSI apartar a noção de *primariedade* da de *originariedade*. Por isso, tem como *primária* – isto é, *imposto por força própria* – mesmo um preceito que integra um ordenamento *derivado* ou um preceito que seja emanado com fundamento em uma *atribuição* de poder normativo conferida a órgão que ordinariamente não o detenha.

³²⁹ ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. Barcelona : Bosch, 1970, p. 5-25, Vol. I.

Daí, por outro lado, a enunciação da *função normativa* como aquela de emanar *estatuições primárias* – seja em decorrência do exercício de *poder originário* para tanto, seja em decorrência de *poder derivado* – contendo *preceitos abstratos e genéricos*.

A *função normativa*, (...), adotando ainda a exposição de ALESSI, não se confunde com a *função legislativa*.³³⁰

Em vista disso, surge uma distinção entre função legislativa e função normativa. A função normativa se daria pela edição de atos voltados à inovação do ordenamento jurídico. A função legislativa, de igual modo, inovaria o ordenamento jurídico, somente que não através de atos, mas sim de lei em sentido formal, decorrente da divisão de poderes, mas, muitas vezes, dependente de um ato posterior. Deste modo, o disposto no Art. 5º, II, da CF, poderia ser interpretado como uma duplicidade do princípio da legalidade: da reserva da lei (como, por exemplo, a legalidade em matéria penal, Art. 5º, XXXIX; legalidade tributária, Art. 150, I; a legalidade administrativa, Art. 37, *caput*, todos da Constituição Federal). – e da reserva da norma.³³¹

Mesmo assim, pelo critério acima exposto, não estaríamos ainda em ponto seguro para afirmar que, no atual sistema constitucional brasileiro positivo, as agências reguladoras encontram condições para normatizar condutas, ou inovar no direito.

Primeiro, porque conforme antes visto, as agências reguladoras são autarquias especiais, portanto submetidas ao disposto no Art. 37, *caput*, da Constituição Federal, onde aparece, sem discussão, a legalidade estrita, portanto a reserva da lei, e não a normativa. Do mesmo modo, é da

³³⁰ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3. ed. São Paulo : Malheiros, 2000, P. 178-180.

³³¹ GRAU, Eros Roberto. Op. cit. p. 179 e seguintes.

competência exclusiva do Congresso Nacional, na forma do disposto no art. 49, V, sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa. Assim, da combinação destes dois dispositivos citados, pode-se concluir que, mesmo admitida, em tese, a possibilidade de delegação da lei para que as agências reguladoras produzam norma, no caso desta exorbitar aquela, os atos advindos podem ser sustados pelo Congresso Nacional. Denota-se, sem grande esforço, que a “delegação”, se admitida, não seria jamais absoluta ou não se teria a possibilidade do Congresso sustar o ato.

Restaria examinar se as agência reguladoras poderiam exercer, mesmo em sede de delegação, poder regulamentar. No sistema constitucional brasileiro, não há essa possibilidade, face a redação do Art. 84, IV, da Constituição Federal. Mesmo quando a Constituição Federal se manifesta sobre a criação das agências reguladoras, Arts. 21, XI³³² e 177, parágrafo 2º, III,³³³ não se pode, a rigor, admitir que aquilo que a Constituição não fez – delegar competência legislativa – possa ser realizado pela lei.

Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, em comentário sobre os dispositivos constitucionais antes citados, assim opina:

De outro lado, conjugando-se o disposto no artigo citado (5º, II) com o estabelecido no art. 84, IV, que só prevê regulamentos para ‘fiel execução das

³³² Art. 21, 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.

³³³ Art. 177. Constituem monopólio da União. Parágrafo 2º. A lei a que se refere o parágrafo 1º disporá sobre: III – a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União.

leis', e com o próprio art. 37, que submete a Administração ao *princípio da legalidade*, resulta que vige, na esfera do Direito Público, um cânone basilar – oposto ao da autonomia da vontade –, segundo o qual: o que, *por lei*, não está antecipadamente permitido à Administração está, *ipso facto*, proibido, de tal sorte que a Administração, para agir, depende integralmente de uma anterior previsão legal que lhe faculte ou imponha o dever de atuar.

Por isto, deixou-se dito que o regulamento, *além de inferior, subordinado*, é ato *dependente de lei*.³³⁴

Clèmerson Merlin CLÈVE também é de opinião de que o disposto no Art. 84, VI, da CF, não permite a estatuição primária, quando averba que “se os regulamentos de organização devem ser editados *na forma da lei*, é porque não podem ser editados independentemente de lei.”³³⁵

Por derradeiro, não custa lembrar que o Art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias revogou, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, todos os dispositivos legais que atribuíam ou deleguem a órgãos do Poder Executivo competência ao Congresso Nacional, no que cinge a ação normativa. Segundo CLÈVE, “Se a prática jurídica anterior se valeu da técnica da delegação legislativa não formal, a nova Constituição deixou estabelecido, de uma vez para sempre, que não mais a tolera.”³³⁶

Restariam, então, para as agências reguladoras, apenas e tão-somente, não inovando a ordem jurídica, editar atos administrativos sobre matérias estritamente técnicas. Os *standards* então estariam traçados nas leis. As leis criadoras das agências reguladoras estabeleceram os

³³⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso**, op. cit., p. 299. Do mesmo autor, conferir Poder regulamentar ante o princípio da legalidade. **Revista trimestral de direito público**. São Paulo : n. 4, 1993, p. 71 e seguintes.

³³⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988**. São Paulo : RT, 1993, p. 241.

³³⁶ Idem, p. 253.

balizamentos gerais da regulação em matéria de telecomunicações, por exemplo, e restaria à agência reguladora, no exercício da função normativa, “a particularização da regra, provendo os pormenores para sua concretização”,³³⁷ preferencialmente nas questões técnicas.

4. 2. 5. A normatização técnica

Todos os posicionamentos antes citados, no sentido de que as agência reguladoras não podem inovar no ordenamento jurídico positivo, limitando-se, no exercício de função normativa, às questões técnicas de execução dos ditames da lei em sentido formal, bem como toda a doutrina brasileira que comunga das mesmas idéias, estão absolutamente corretos. O presente parágrafo introdutório visa evitar mal entendidos com o que vem a seguir.

Ocorre, entretanto, que a normatização de “questões técnicas”, no exercício da regulação, quer dos serviços públicos, quer das atividades econômicas, tem, na jurisprudência, alguns defensores: “Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, em decisão prolatada sob a égide da Constituição de 1946, mas perfeitamente compatível com a ordem constitucional em vigor, estabeleceu que o princípio da indelegabilidade não exclui *certas medidas a serem adotadas pelo órgão executor no tocante a fatos e operações de natureza técnica, dos quais dependerá a aplicação da lei.*”³³⁸

³³⁷ BARROSO, op. cit. p. 389.

³³⁸ CLÈVE. **Atividade...**, p. 254-256.

Na doutrina, segundo aponta, mais uma vez, Clèmerson CLÈVE, há o entendimento esposado por Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA.³³⁹

Para Eros Roberto GRAU, existe uma categoria de regulamentos, os autorizados, que “são os que, decorrendo de atribuição de função normativa *explícita* em ato legislativo, importam o exercício pleno daquela função”, sempre “nos limites da atribuição”, “pelo Executivo”, criando, inclusive, “obrigação de fazer ou deixar de fazer”.³⁴⁰ Segundo o prestigiado

³³⁹ “o Jurista demonstra que o Direito Brasileiro não admite os regulamentos delegados. Mas admite um campo de ação dos regulamentos de execução que é, exatamente, aquele sobre o qual incidem, para alguns autores, os regulamentos delegados. Reproduza-se um trecho do artigo: “Era dado ao Poder Legislativo deixar ao Poder Executivo a fixação de cota mínima ou máxima de plantio, industrialização ou consumo de determinada produção nacional? A Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados teve de enfrentar, de uma feita, esse problema. Ocorreu isso quando, em projeto de lei, se pretendeu tornar obrigatório o consumo de certa percentagem de trigo produzido no Brasil, em cada moinho, cota a ser determinada anualmente, de acordo com o aumento da produção, pelo Poder Executivo. Argüiu-se-lhes constituir delegação de poderes (...), além de infringir o art. 113, 2, da Constituição de 1934 (depois, art. 14, parágrafo 2º, da Constituição de 1946). A Comissão repeliu que se tratasse de delegação de poderes dizendo que: “Nada há a opor a que a lei atribua ao órgão executivo a faculdade de fixar, anualmente, a cota mínima de moagem do trigo nacional. A cota não pode ser fixada em definitivo, porque isso viria contrariar a idéia da lei em estudo. Essa cota tem de ser variável, é passível de aumentar a substituição progressiva do produto estrangeiro pelo produto nacional... Será mesmo conveniente que assim aconteça, como ato de funcionamento normal do aparelho regulador da produção e consumo do trigo nacional, e da execução de um plano econômico bem determinado, como esse que tem por objetivo a supressão futura da importação do trigo” (Parecer de 13.4.37). A doutrina da Comissão de Constituição e Justiça seria verdadeira naqueles casos em que a fixação da percentagem ou cota constitui ato de execução, isto é, em que ao Poder Executivo se concedeu apreciar elementos de fato, dentro de certos critérios estabelecidos, explícita ou implicitamente, pela lei. Ainda quando haja liberdade, não absoluta, de determinação da percentagem ou cota, não há critério nos textos legais e se deixou ao arbítrio do Poder Executivo. **Aí, haveria delegação de poderes, ter-se-ia deixado ao Poder Executivo elaborar a regra jurídica, o que o art. 3º, parágrafo 1º, da Constituição de 1934, semelhante a art. 36, parágrafo 2º, de hoje vedava ao Poder Legislativo.** É preciso, portanto, certo cuidado no exame das espécies e na recepção da doutrina aceita pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara. **Não há delegação legislativa onde a lei preestabeleceu a atividade do Poder Executivo; há-a, seguramente, onde se deixou arbítrio ao Poder Executivo.”**

³⁴⁰ Op. cit. p. 189.

autor, não se trata de “propor a liberação do Executivo para legislar”, mas sim, “reconhecer o desenho correto do princípio, tal como contemplado no direito brasileiro”, visando o “controle do exercício da *função regulamentar* pelo Executivo.”³⁴¹

Será por aqui, nas questões técnicas, portanto, que as agências reguladoras exercerão função normativa, sem a menor sombra de dúvida. Contudo, algumas questões devem ser colocadas.

A rigor, então, toda decisão técnica é extremamente discricionária. Mais, toda questão técnica quando recebe uma solução técnica, na verdade estará inovando, significativamente, na ordem jurídica vigente. Toda decisão técnica visando a resolução de um problema técnico constitui-se em decisão normativa criadora (ou modificativa, ou extintiva) de direitos. Não existem, assim, (somente) decisões técnicas. Existem decisões jurídicas com fundamentação técnica. Mais, uma “pureza” técnica, na atual sociedade tecnológica, é (quase) impossível de existir. Os exemplos, a seguir citados, servem para embasar a questão.

Pode-se considerar que, quando da construção de uma estrada, a opção pelo traçado “a” em detrimento ao traçado “b” siga, rigorosamente, uma lógica embasada em questões técnicas. O estudo do terreno, sua topografia, a necessidade de obras de arte, a quantidade de terra a ser movida, o número de montanhas que devem ser perfuradas para a construção de túneis, a possibilidade de evitar-se a construção de pontes, etc, pode determinar, tecnicamente, a escolha de um traçado em

³⁴¹ Idem, p. 189.

detrimento de outro. Contudo, o traçado desta mesma estrada poderá ter implicações econômicas brutais para uma cidade, desde que não seja contemplada pelo mesmo. De outro modo, poderá ser um poderoso fator de extraordinário desenvolvimento para outro burgo contemplado pela rodovia a ser construída.³⁴² Este exemplo, tão presente no desenvolvimento (ou subdesenvolvimento) do Brasil, demonstra que, tanto para uma cidade, como para a outra, a decisão técnica foi política, econômica e profundamente jurídica. Em uma localidade, construiu-se uma série de inovações no ordenamento jurídico vigente (comércio, serviços, indústrias, relações de emprego, organismos previdenciários), noutra, não. Sob um ponto de vista descompromissado da realidade, houve, efetivamente, uma decisão técnica. Doutro ângulo, a decisão puramente técnica constitui-se, apenas, em fundamentação para a decisão, essencialmente, jurídica.

Exemplos como o anterior são, em grande número, encontrados no campo das telecomunicações. Quando estabeleceram-se as regras sobre as operações da telefonia celular móvel, sendo necessário a escolha de uma determinada tecnologia, em detrimento das demais, a fundamentação da decisão foi técnica. Porém, para os fabricantes de equipamentos e sistemas das outras tecnologias, a decisão teve

³⁴² Importa salientar que, neste caso, dificilmente, se poderia sustentar que a escolha do traçado da rodovia imaginária, provavelmente realizada pela autarquia Departamento Nacional de Estradas de Rodagem, estaria invadindo competência exclusiva do Congresso Nacional. Do mesmo modo, quando da implantação da televisão a cores no Brasil, a escolha de um sistema, em detrimento de outro (PALM-M/NSTC), representou um ato arbitrário do Executivo, que invadiu esfera de competência exclusiva do Legislativo. Alias, em tom de blague, mas demonstrando a impossibilidade dos Parlamentos decidirem prontamente sobre questões técnicas, - e reconhecendo portanto que há um espaço para o Executivo assim o fazer, desde que controlado como quer Eros Roberto GRAU -, além do natural ritmo lerdo do Legislativo brasileiro, poder-se-ia dizer que decisão em foco, se dependente do Congresso Nacional, implicaria, talvez, que a televisão colorida ainda não estivesse disponível aos brasileiros, por falta de lei.

implicações de ordem jurídica, econômica e social. Milhares de sistemas deixaram de ser comercializados, milhões de aparelhos deixaram de ser vendidos, centenas (ou milhares) de empregos deixaram de ser criados em um local, e foram comercializados sistemas e equipamentos de outro fabricante e criados postos de trabalho em outro sítio.

O mesmo se pode localizar quando se toma uma decisão técnica a respeito da fixação de uma tarifa para um determinado serviço público. Isso porque, na prestação dos serviços públicos, é universal o entendimento de que os mesmos devem ser prestados mediante a cobrança de uma tarifa módica, a ser fixada, não por critérios aleatórios, mas sim, por critérios técnicos, que levem em conta o custo dos insumos e a remuneração do capital investido pelo concessionário.

Em qualquer dos exemplos antes citados, as questões tributárias, tendo em vista os fatos geradores diferentes, serão radicalmente diversas, tomando-se uma ou outra opção técnica. Demonstra-se, assim, que não existem parâmetros técnicos que possam ser isolados do direito e que toda decisão emanada da Administração Pública, por mais tecnicizada que possa ser, sempre traz inovações e transformações profundas na ordem jurídica.

Eva DESDENTADO DAROCA sustenta que existem três tipos de atividades técnicas que possuem relação com a discricionariedade administrativa. No primeiro caso, a norma atribui à Administração competência para eleger o modo de atuar para a consecução do interesse público, de tal forma que a Administração deve determinar uma das várias

possibilidades colocadas pelo direito. Compete à Administração escolher um dos meios, exercendo, assim, forte discricionariedade.³⁴³ É o caso da hipotética estrada.

No segundo caso, as hipóteses científicas colocadas à disposição da Administração ainda não estão suficientemente desenvolvidas. Deve, pois, a Administração, na base de um prognóstico, escolher, mais uma vez discricionariamente, a que considere mais conveniente ao interesse público.³⁴⁴ É o caso da escolha da tecnologia da telefonia celular móvel, na época em que a Administração definiu uma, dentre duas, para a banda “A”.

No terceiro caso, a lei impõe à Administração a atuação em relação a fatos concretos, como, por exemplo, “edifícios em ruínas”, “jardins de interesse histórico” e “justo preço”. Para a integração e aplicação desses conceitos, a Administração deve se socorrer de conhecimentos técnicos específicos, que jamais deixarão de ser contestados. Contudo, anota a autora espanhola, em qualquer dos três casos, há discricionariedade, com maior ou menor intensidade, não se podendo, *a priori*, saber se a decisão técnica tomada pela Administração foi a melhor, mas, em todas elas, “o interesse público foi apreciado e estabelecido por uma norma, que produziu uma consequência jurídica.”³⁴⁵

Regular ou executar serviços públicos, ou atividade econômica, tem um efeito muito diverso do que regular, ou executar, uma lei que

³⁴³ DESDENTADO DAROCA, Eva. **Los problemas del control judicial de la discricionariedade técnica**. Madrid : Civitas, 1997. p. 63.

³⁴⁴ Idem, p. 63.

³⁴⁵ Ibidem, p. 65.

disponha, por exemplo, sobre matéria de licitações e contratos administrativos. No primeiro caso, a regulação, que pressupõe a execução da lei anteriormente promulgada, faz com que o agente, interferindo diretamente no mercado, possibilite a criação ou extinção de riquezas. No segundo caso, o agente se limita a explicitar a norma legal, possibilitando ao administrado ter os meios concretos para a execução e interpretação da lei. Ninguém sustentaria que a especificação do teor do extrato do Edital licitatório, por exemplo, teve o condão de criar direito novo, que atingiu inúmeros interesses sociais.

Sustenta-se, assim, que na moderna sociedade tecnológica, principalmente, mas sem excluir outros, no campo das telecomunicações, a particularização de qualquer lei, por ato administrativo, implica em fazer com que toda decisão seja jurídica, no sentido de que cria um direito onde antes não havia ordenamento jurídico. Temos, assim, um paradoxo: não admitir que as agências reguladoras exerçam função normativa ampla, (desde que devidamente autorizadas por lei, no caso brasileiro somente a ANATEL) restringindo às mesmas apenas a execução da lei, reservando-lhes, unicamente, a possibilidade de explicitar a norma legal em questões técnicas, implica, na prática, em negar a existência destes entes.

Com o respeito que é devido à decisão (liminar) do Pretório Excelso, dizer que é inconstitucional, sem redução do texto, e dar-lhe interpretação conforme a Constituição Federal, com o objetivo de fixar exegese segundo a qual a competência da Agência Nacional de Telecomunicações, para expedir normas, subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de

telecomunicações no regime público e privado, é dizer muito pouco ou, até mesmo, nada. Isso porque, os preceitos legais e regulamentares que regem, por exemplo, a fruição de um serviço, seja público ou privado, são tão discricionários, tão cambiantes, tão modificáveis por novas técnicas, que aquilo que a lei criou como *standard* hoje, poderá ser completamente diverso, ou mesmo inexistente, amanhã.

Na verdade, as agências reguladoras, pelas suas próprias características essenciais, e pelo verdadeiro sentido do instituto jurídico da regulação econômica, exercem ampla e profunda função normativa, inovando, significativamente, no ordenamento jurídico positivo. **Aqui, reside a inconstitucionalidade estrutural das agências reguladoras perante o sistema constitucional vigente no Brasil**, que, conforme antes visto, não admite que ato administrativo venha a criar (ou fazer desaparecer) aquilo que a lei não criou. Pode-se, assim, concluir que as decisões técnicas das agências reguladoras, face a realidade constitucional vigente, sempre se constituirão em abuso do poder regulamentar ou invasão de competência legislativa, se as mesmas não forem devidamente controladas. Mais, se as agências reguladoras não puderem atuar, dentro dos *standards* dados pelo legislador, no sentido de regularem questões técnicas, sua existência será, completamente, destituída de sentido.

Tem-se, portanto, mais um questão: perante o disposto nos Arts. 5º, II, 37, *caput*, 49, 68, 84, IV da Constituição Federal, as agências reguladoras não têm permissão para o exercício da função normativa. Mas, sobre matéria técnica teriam as agências reguladoras competência normativa, muito embora essa conclusão seja, reconheça-se, muito mais

um exercício reflexivo do que uma realidade constitucional. Por essa razão, as agências reguladoras, no exercício de suas funções normativas, em matéria técnica, irão, fatalmente, e (quase) sempre, violar os limites que a Constituição Federal colocou à delegação da função normativa entre os Poderes.

Essa conclusão não poderia ser diferente. Conforme visto no Capítulo I, **Pêndulo brasileiro**, a Constituição de 1988 foi construída tendo como base o Estado Social. Sendo Constituição Dirigente³⁴⁶, é estuária do Iluminismo, da Razão, da Solidariedade, e da Modernidade. As agências reguladoras (re)nascem, conforme visto no Capítulo II, **Origem e atualidade das agências**, dentro de um outro universo: o do estado neoliberal, da globalização econômica, do racionalismo técnico, do individualismo indiferente e egoísta da pós-modernidade.

Ademais, é necessário reconhecer que toda elaboração, quer da lei, quer da norma, é sempre parcial, eis que a elaboração está a cargo dos seres humanos. Porém, a parcialidade, com legitimidade, pertence, ainda, exclusivamente, ao Parlamento. Confira-se as lapidares palavras de Manoel Afonso VAZ:

³⁴⁶ “O termo, trazido do constitucionalismo português, identifica uma opção pela inclusão no texto constitucional de grandes linhas programáticas, que procuram sinalizar caminhos a serem percorridos pelo legislador e pela Administração Pública. Estabelecem-se fins, tarefas e objetivos para o Estado e a sociedade. Este tipo de constitucionalismo diminui, de forma, a densidade jurídica do texto, embora represente um esforço para condicionar a atuação dos Poderes e impulsioná-los na direção eleita pelo constituinte, notadamente em domínios como os da educação, cultura, saúde e realização de valores como a justiça social e os direitos a ela inerentes. O constitucionalismo dirigente é extremamente dependente da atuação do Congresso Nacional na edição das leis ordinárias necessárias ao desenvolvimento dos programas meramente alinhavados na Constituição.” BARROSO, Luís Roberto. Dez anos..., op. cit. p. 7.

Com efeito, o *compromisso político* que corresponde hoje à lei, a fazer dela um instrumento político-jurídico de governo, não pode deixar de implicar para a sua normatividade a parcialidade, a partidarização e, no extremo, o *arbítrio* de uma vontade política. Se é esta uma caracterização irrecusável da lei tornada instrumento político-teleológico em que as suas opções se impõem em alternativa com outros fins também possíveis e lícitos – e, por isso, favorece sectores sociais com sacrifício de outros sectores sociais, satisfaz interesses em prejuízos de outros interesses – aqui se exige a limitação *jurídica* da lei, tal como no início a intenção do Estado de Direito se propunha limitar o poder pelo direito.³⁴⁷

Também não pode ser olvidado outro elemento da maior importância para o tratamento da questão, conforme pontua Clèmerson Merlin CLÈVE:

Com a emergência da sociedade técnica, manifestou-se uma certa aceleração do tempo. Ou seja, a sociedade passou a exigir respostas prontas e rápidas para questões não pouca vezes novas e particularizadas. Sem contar o fato de que os assuntos que 'estão penetrando nas pautas estatais revestem-se cada vez mais de maior complexidade'. Ora, esse dado acaba por exigir que a Administração Pública se socorra do auxílio de especialistas, que, em nome da objetividade ou infalibilidade da ciência ou da técnica, nem sempre estão dispostos a dialogar com os mandatários que integram o Legislativo. Não se pode esquecer que, neste ponto, há uma radical oposição entre o discurso do tecnocrata, que auxilia o Governo, e o jurista ou o político. Enquanto aquele fala em nome do atingimento de certos resultados, estes se preocupam com a legitimidade da decisão (a forma da tomada de decisão). O discurso do resultado ou dos fins do tecnocrata pouco se concilia, então, com o discurso dos meios e da legitimidade da decisão professada pelo jurista ou pelo político, pelo menos pelo político no melhor sentido da expressão.³⁴⁸

A única maneira, portanto, de admitir-se a competência normativa das agências reguladoras, no direito brasileiro, seria a de entender possível a existência, em nosso sistema positivo, do regulamento de autorização, conforme os estritos limites traçados por Eros Roberto GRAU. Realidade

³⁴⁷ VAZ, Manoel Afonso. **Lei e reserva da lei** : a causa da lei na Constituição portuguesa de 1976. Porto : Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 1992, p. 505.

³⁴⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa**..., op. cit. p. 50-51.

essa, conforme antes visto, ao menos na doutrina, de difícil materialização, face aos posicionamentos antes examinados.

Contudo, existe uma realidade que não pode ser ignorada, qual seja, a de que as agências reguladoras, no direito brasileiro, vêm realizando uma estatuição primária de direito positivo. A questão adquire foro de intensa preocupação, uma vez que a inovação na ordem jurídica pode ocasionar um sem número de processos judiciais por parte de todos aqueles que forem atingidos pela função normativa. Clèmerson Merlin CLÉVE, quanto a questão do controle de inconstitucionalidade dos regulamentos, verifica que a jurisprudência da Corte Superior, tem o seguinte tratamento:

Não se admite ação direta de inconstitucionalidade contra regulamentos ou atos normativos que desbordam dos parâmetros da lei. Fala-se, aqui, de hipóteses de ilegalidade (inconstitucionalidade indireta) e não de inconstitucionalidade, segundo o Supremo Tribunal Federal. **Excetuam-se, porém, os regulamentos autônomos, quando invadem esfera reservada à lei.** A posição da Suprema Corte desafia questionamento. Com efeito, o regulamento pode ofender a Constituição não apenas na hipótese de normativa autônoma, mas também quando o exercente da atribuição regulamentar atue inobservando os princípios da reserva legal, da supremacia da lei, e, mesmo, o da separação dos poderes. É incompreensível que o maior grupo de normas existente num Estado caracterizado como social e interventor fique a salvo do contraste vantajoso operado por via de fiscalização abstrata.³⁴⁹

³⁴⁹ CLÉVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização...**, op. cit. p. 211-212. Em nota de pé de página, p. 211, sobre o controle de constitucionalidade sobre regulamentos autônomos, pelo Supremo Tribunal Federal, anota o autor os seguintes julgados: "Adin 360-DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES, j. 21.09.1990, DJU 26.02.1993; Adin 519, DJU 11.10.1991; AdinMca 1253-DF, Rel. Min. Carlos VELLOSO, j. 30.06.1994, DJU 25.08.1995; Adin 1258-PR, Rel. Min. Néri da SILVEIRA, j. 26.05.1995, DJU 20.06.1997. AdinMca 1590-SP, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. 19.06.1997, DJU 15.08.1997. Na Adin 1396-SC (rel. Min. MARCO AURÉLIO, j. 08.06.1998), o Supremo declarou a inconstitucionalidade de decreto estadual, por violação ao princípio da divisão funcional do poder, uma vez que a matéria por ele disciplinada reservava-se à atuação institucional do Poder Legislativo, nos termos do inc. XI do art. 37 da CF."

Todavia, pontue-se, mais uma vez: as agências reguladoras já estão e continuarão inovando, sob o manto da técnica, o ordenamento jurídico brasileiro, mesmo que não se verifique, na Constituição vigente, permissivo para tanto. A tendência, face debilidades estruturais do Congresso, pelos motivos antes expostos, é a de que este exercício aumente consideravelmente, como, aliás, outros órgãos e entidades da Administração, no Brasil, assim o fazem cotidianamente.

Há, portanto, duas opções ao cientista do direito. A primeira, que denominamos de “hamletiana”, consiste em dizer: “ou a Constituição ou as agências reguladoras”.

Nestes tempos em que a pós-modernidade pode, tranqüilamente, prescindir do documento escrito “pacto fundador” chamado Constituição, a opção não é recomendável, pelos evidentes riscos que traz consigo. Ademais, se a negativa do reconhecimento desta realidade implicar, como implica, em ausência total de controle, teremos, sob a “proteção” da técnica, inovações que interferem no direito das pessoas, estabelecendo restrições à liberdade e propriedade, sem o devido processo legal.

A segunda opção, que denominamos de “exegese responsável” é aquela em que, se pode admitir, **restritivamente**, como sustenta Eros Roberto GRAU, o exercício da ação normativa pelas agências, **especificamente** sobre aspectos técnicos, desde que:

a) sempre que a questão técnica implique na inovação da ordem jurídica, criando ou fazendo desaparecer direitos e obrigações, possa a

norma, antes da sua vigência, permitir o contraditório (quer por audiências públicas, quer pela notificação pessoal dos interessados) por parte da cidadania, que é, sempre, mediata ou imediatamente, atingida pela estatuição primária havida no ordenamento jurídico;

b) para tanto, é indispensável a imediata elaboração de um Código de Procedimento Administrativo para, no âmbito das agências reguladoras, permitir a materialização do explicitado no item anterior;

c) que, a fundamentação técnica apresentada (discricionariedade técnica) pela agência reguladora, seja, sempre, passível de apreciação judicial, inclusive com a suspensão liminar dos seus efeitos, se for o caso;

d) que, neste caso, o Poder Judiciário relativize o princípio da presunção de constitucionalidade do ato normativo atacado.³⁵⁰

Deste modo, com essas quatro proposições, e muitas outras mais que a experiência vai, certamente, recomendar, pensamos que o controle sobre a função normativa das agências reguladoras poderá ser realizado evitando-se, assim, que as mesmas desbordem, ou ameacem os direitos constitucionais existentes e garantidores da cidadania.

³⁵⁰ Como é óbvio que, na maioria dos casos, disporá a agência reguladora de conhecimentos técnicos muito mais profundos que o Cidadão, a relativização acima se dará no sentido de que compete à Agência, e não a cidadania, o ônus da prova da constitucionalidade da norma por ela criada.

4. 3. AS FUNÇÕES NORMATIVAS EXERCIDAS PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A ANEEL exerce as funções normativas apontadas pelos incisos XI e XVI do Art. 5º do Decreto n. 2.335, de 6 de outubro de 1997, quais sejam, a “regulamentação, normatização e padronização referentes à geração de energia elétrica”³⁵¹ e “regulamentação, normatização e padronização referentes aos serviços de transmissão, distribuição e comercialização”.³⁵² Simples é a constatação de que todas as fases que compõem a produção da energia elétrica, da produção ao consumo final do usuário, são abarcadas pela competência normativa conferida à agência. Aqui e acolá, tem-se sustentado que a ANEEL não possui ampla competência normativa. Ora, tais posicionamentos não correspondem a verdade, uma vez que **todo** o processo de prestação dos serviços de energia elétrica está sob competência normativa da ANEEL. Deste modo, pode-se concluir que se enganam todos aqueles que sustentam não possuir a ANEEL ampla função normativa. Grave é o fato de que a “delegação” da competência normativa tenha sido realizada por decreto, ao invés da lei. A inconstitucionalidade, portanto, parece-nos clara.

A ANATEL possui ampla função normativa, estando a mesma expressamente prevista nos Arts. 19, IV, X, XI, XII, XIV, 22, II, IV e 214 da Lei n. 9.427, de 16 de julho de 1997.

³⁵¹ Art. 5º, XI, do Decreto.

³⁵² Art. 5º, XVI, do Decreto.

Os incisos IV e X do Art. 19 já são conhecidos. Pelo primeiro, compete à ANATEL “expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público”; e, pelo segundo, “expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado.” Mais não precisaria ser dito, uma vez que a Lei Geral de Telecomunicações, ao partilhar os serviços de telecomunicações num duplo regime, “delegou” à ANATEL a totalidade da função normativa sobre todas as fases que englobam a prestação dos serviços de telecomunicações. Nestes dois dispositivos, que segundo o Supremo Tribunal Federal devem ser interpretados conforme a Constituição, a ANATEL possui larguíssimo campo para estatuir direito, regulando, por completo, todos os campos das telecomunicações, quer pelo regime público, quer pelo privado.

O inciso XI, do Art. 19, que estabelece a competência para “expedir e extinguir autorização para prestação de serviço no regime privado, fiscalizando e aplicando sanções”, merece alguns comentários. Quando da edição da Lei Geral de Telecomunicações, houve muita discussão sobre a figura jurídica da “autorização”. Isso porque o legislador reservou ao serviço prestado sob o regime público as tradicionais figuras da concessão e da permissão. Para a exploração do serviço no regime privado, foi criada a figura da “autorização”. O parágrafo 1º, do Art. 131 da Lei Geral de Telecomunicações, se encarregou de conceituar a autorização nos seguintes termos:

Art. 131. (...) Parágrafo 1º: Autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias.

Mais, os Arts. 132 e 132 estabeleceram as condições objetivas e subjetivas para obtenção de autorização de serviço:

Art. 132. São condições objetivas para obtenção de autorização de serviço:

I – disponibilidade de radiofrequência necessária, no caso de serviços que a utilizem.

II – apresentação de projeto viável tecnicamente e compatível com as normas aplicáveis.

Art. 133. São condições subjetivas para obtenção de autorização de serviço de interesse coletivo pela empresa:

I – estar constituída segundo as leis brasileiras, com sede e administração no País;

II – não estar proibida de licitar ou contratar com o Poder Público, não ter sido declarada inidônea ou não ter sido punida, nos dois anos anteriores, com a decretação da caducidade da concessão, permissão ou autorização de serviço de telecomunicações, ou da caducidade de direito de uso de radiofrequência;

III – dispor de qualificação técnica para bem prestar o serviço, capacidade econômico-financeira, regularidade fiscal e estar em situação regular com a Seguridade Social;

IV – não ser, na mesma região, localidade ou área, encarregada de prestar a mesma modalidade de serviço.”

As críticas havidas foram de duas ordens: primeiro, ser a outorga realizada por ato administrativo vinculado e não contrato administrativo; segundo, a utilização da expressão “autorização”, quando a tradição do direito brasileiro confere à expressão sentido diverso do utilizado.

Talvez não tenha sido percebido pelos críticos, que a prestação dos serviços de telecomunicações no regime privado se dará em concorrência total (livre competição) entre as prestadoras (sejam concessionárias, permissionárias ou autorizadas), num autêntico “vale tudo”. Deste modo, se a opção fosse pela exigência do contrato, ao invés da outorga mediante ato vinculado, o procedimento teria de ser antecedido

de licitação, o que não seria o caso, uma vez que qualquer empresa, que preencha as condições antes citada, poderá disputar o mercado em uma, ou várias, modalidades dos serviços de telecomunicações.

A segunda crítica, quanto à nomenclatura utilizada, autorização, já que tradicionalmente trata-se de ato discricionário, conforme se infere de toda a doutrina nacional, parece-nos irrelevante. Um instituto jurídico não vale pela nomenclatura utilizada, mas sim pelo seu conteúdo. Deste modo, tanto faz chamar este ato vinculado possibilitador da entrada no mercado, em regime de competição com as empresas já existentes e em *numerus primus*, de autorização ou qualquer outro signo que viesse à cabeça do legislador.³⁵³

O inciso XII do já conhecido Art. 19 confere competência normativa à ANATEL para “expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem.” Poder-se-ia lamentar que o dispositivo em comento não tenha fixado patamares mínimos quanto à origem dos equipamentos, em defesa da indústria nacional, uma vez que as concessionárias e prestadoras são consórcios formados majoritariamente por empresas estrangeiras que, em suas compras, priorizam equipamentos fabricados em seus países de origem. Deste modo, referido dispositivo só vem em

³⁵³ Em abono ao legislador, poder-se-ia sustentar que ele foi coerente, gramaticalmente falando, com o estatuído na Constituição Federal. Com efeito, o inciso XI, do Art. 21 da CF dispõe: “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 ente regulador e outros aspectos institucionais.” Lícito supor, então, que o legislador tenha optado pela concessão e a permissão para o regime público; e, para o regime privado, pela autorização. Neste caso, preferiu-se dar fidelidade léxica ao Texto Constitucional em detrimento à doutrina.

comprovação à tese de que o processo de privatização brasileiro implica num processo de desnacionalização total da economia nacional nos setores de maior importância estratégica.

O inciso XIV, do aludido artigo, confere competência normativa para “expedir normas e padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão entre as redes, abrangendo inclusive os equipamentos terminais”. Reside aqui, talvez, a grande importância da existência de um órgão regulador com função normativa. Com a quebra do monopólio das telecomunicações, as diferentes empresas prestadoras do serviço necessitam utilizar as redes das outras empresas, sob pena dos usuários de uma empresa não conseguirem comunicação com os usuários de outras. A normatização, caso inexistente, ou dependente do Parlamento, frustraria por completo o disposto no inciso III, do Art. 2º da Lei n. 9.472/97.³⁵⁴ Sobre o tema, voltaremos adiante.

O Art. 22 da Lei Geral de Telecomunicações apresenta competência normativa no inciso II, já de análise anterior, eis que trata de matéria licitatória, e, no inciso IV, qual seja, o de “editar normas sobre matérias de competência da Agência”, sendo, a nosso ver, redundante.

Com a anotação, mais uma vez, de que os já mencionados incisos IV e X conferem toda a competência normativa à ANATEL, sendo, em conseqüência, todos os outros dispositivos antes analisados repetitivos, talvez necessários, apenas, como fator de explicitação.

³⁵⁴ Dispõe o referido artigo: Art. 2º. O Poder Público tem o dever de: III – adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários.

Quanto à ANP, é necessário frisar que a teor do Art. 8º da Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997³⁵⁵, não possui, ao menos conferida pela legislador, qualquer competência para o exercício da função normativa. O “regular”, que aparece no citado dispositivo legal, não pode ser confundido com “normatizar”. Primeiro, porque regular, conforme antes visto, significa atuar no mercado, e não inovar no ordenamento jurídico. Segundo, quando o legislador desejou, como no caso da ANATEL, “delegar” competência normativa fê-lo de forma expressa e clara. Eventuais “delegações” no texto legal, bem como no decreto de regulamentação, a exemplo da ANEEL, serão inconstitucionais.

Pode-se, portanto, concluir que, se o exercício da função normativa (sem prejuízo das análises antes realizadas sobre a inconstitucionalidade do mesmo no sistema constitucional positivo brasileiro), é, sistemicamente, elemento caracterizador da existência de uma agência reguladora, somente a ANATEL preenche os requisitos elaborados pelo direito comparado.

4. 4. A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

Na execução da lei, que lhes determina a regulação dos serviços públicos, com o intuito de assegurar serviços de qualidade, remunerados

³⁵⁵ Art. 8º. A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, cabendo-lhe: (...)

por tarifas módicas, o atuar das agências reguladoras deve ser dar através do binômio prevenção-fiscalização.³⁵⁶

A ANATEL exerce minuciosa função administrativa, recebendo, do legislador, amplos instrumentos, quer no campo fiscalizatório, quer no preventivo, estando a matéria delineada nos Arts. 19, V a IX e XV, da Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997.³⁵⁷ Caracteriza-se, em sentido amplo, a função administrativa da agência reguladora das telecomunicações na exigência de condutas, previamente estabelecidas em lei, quer por parte das empresas prestadoras, quer por parte dos usuários.

A função administrativa da ANEEL, do mesmo modo, está minuciosamente prevista em lei, notadamente no Art. 3º, da Lei n. 9.427, de

³⁵⁶ Três exemplos recentes demonstram que as agências reguladoras brasileiras vêm apresentando, no tocante à prevenção, enormes falhas: Referimo-nos, especificamente, sobre: (i) o “apagão de 1999, quando grande parte do país ficou às escuras; (ii) o verdadeiro pandemônio que se instalou no país quando da quebra do monopólio dos serviços de telecomunicações interurbanos, ocasião em que, inclusive, de forma irresponsável, as prestadoras incentivaram à população, mediante prêmios e outros atrativos, a fazer as ligações; e (iii) o recente, e brutal, acidente causado pela má conservação dos dutos da Petrobrás, que atingiram a baía da Guanabara.

³⁵⁷ Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileira, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente: (...) V – editar atos de outorga e extinção de direito de exploração do serviço no regime público; VI – celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções; VII – controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços prestados no regime público, podendo fixá-las nas condições previstas nesta Lei, bem como homologar reajustes; VIII – administrar o espectro de radiofrequências e o uso de órbitas, expedindo as respectivas normas; IX – editar atos de outorga e extinguir autorização para prestação de serviço no regime privado, fiscalizando e aplicando sanções; (...) XV – realizar buscar e apreensão de bens no âmbito de sua competência;

26 de dezembro de 1996.³⁵⁸ Por igual, tem o condão de exigir condutas das prestadoras e dos usuários.

A ANP possui a matéria disposta no Art. 8º, da Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997.³⁵⁹

³⁵⁸ Art. 3º. Além das incumbências prescritas nos arts. 29 e 30 da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, aplicáveis aos serviços de energia elétrica, compete essencialmente à ANEEL: I – implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei n. 9.074, de 7 de julho de 1995; II – promover licitações destinadas à contratação de concessionários de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos; III – definir o aproveitamento ótimo de que tratam os parágrafos 2º e 3º do art. 5º da Lei n. 9.074, de 7 de julho de 1995; IV – celebrar e gerir contratos de concessão ou permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público, expedir as autorizações, bem como fiscalizar, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, as concessões e a prestação dos serviços de energia elétrica; V – dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores; VI – fixar os critérios para cálculo do preço de transporte de que trata o parágrafo 6º do art. 15 da Lei n. 9.074, de 7 de julho de 1995, e arbitrar seus valores nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos; VII – articular com o órgão regulador do setor dos combustíveis fósseis e gás natural os critérios para fixação dos preços de transporte desses combustíveis, quando destinados à geração de energia elétrica, e para arbitramento de seus valores, nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos; VIII – estabelecer, com vistas a propiciar concorrência efetiva entre os agentes e a impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica, restrições, limites ou condições para empresas, grupos empresariais e acionistas, quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e à realização de negócios entre si (inciso acrescentado pela Lei n. 9.648, de 27-5-98); X – fixar as multas administrativas a serem impostas aos concessionários, permissionários e autorizados de instalações e serviços de energia elétrica, observado o limite, por infração, de 2% (dois por cento) do faturamento, ou do valor estimado da energia produzida nos casos de autoprodução e produção independente, correspondente aos últimos doze meses anteriores à lavratura do auto de infração ou estimados para um período de doze meses caso o infrator não esteja em operação ou esteja operando por um período inferior a doze meses. (inciso acrescentado pela Lei n. 9.648, de 27-05-98). Parágrafo único. No exercício da competência prevista nos incisos VIII e IX, a ANEEL deverá articular-se com a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. (Parágrafo acrescentado pela Lei n. 9.648, de 27-05-98).

³⁵⁹ Art. 8º. A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, cabendo-lhe: I – implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de petróleo e gás

Em mais uma demonstração de que as agências reguladoras são um produto da globalização econômica, bem como jurídica, vários instrumentos previstos nas leis, guardam notável semelhança com os criados pelo direito estrangeiro, conforme se pode verificar no capítulo referente às origens e situação atual das agências reguladoras.

natural, contida na política energética nacional, nos termos do Capítulo I desta Lei, com ênfase na garantia do suprimento de derivados de petróleo em todo o território nacional e na proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos; II – promover estudos visando à delimitação de blocos, para efeitos de concessão das atividades de exploração, desenvolvimento e produção; III – regular a execução de serviços de geologia e geofísica aplicados à prospecção petrolífera, visando ao levantamento de dados técnicos, destinados à comercialização, em bases não-exclusivas; IV – elaborar os editais e promover as licitações para a concessão de exploração, desenvolvimento e produção, celebrando os contratos delas decorrentes e fiscalizando a sua execução; V – autorizar a prática das atividades de refinação, processamento, transporte, importação e exportação, na forma estabelecida nesta Lei e sua regulamentação; VI – estabelecer critérios para o cálculo de tarifas de transporte dutoviário e arbitrar seus valores, nos casos e da forma previstos nesta Lei; VII – fiscalizar diretamente, ou mediante convênios com órgãos dos Estados e do Distrito Federal, as atividades integrantes da indústria do petróleo, bem como aplicar as sanções administrativas e pecuniárias previstas em lei, regulamento ou contrato; VIII – instruir processo com vistas à declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação e instituição de servidão administrativa, das áreas necessárias à exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, construção de refinarias, de dutos e terminais; IX – fazer cumprir as boas práticas de conservação e uso racional do petróleo, dos derivados de gás natural e de preservação do meio ambiente; X – estimular a pesquisa e a adoção de novas tecnologias na exploração, produção, transporte, refino e processamento; XI – organizar e manter o acervo das informações e dados técnicos relativos às atividades da indústria do petróleo; XII – consolidar anualmente as informações sobre as reservas nacionais de petróleo e gás natural transmitidas pelas empresas, responsabilizando-se por sua divulgação; XIII – fiscalizar o adequado funcionamento do Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis e o cumprimento do Plano Anual de Estoques Estratégicos de Combustíveis, de que trata o art. 4º da Lei n. 8.176, de 8 de fevereiro de 1991; XIV – articular-se com os outros órgãos reguladores do setor energético sobre matérias de interesse comum, inclusive para efeito de apoio técnico ao CNPE; XV – regular e autorizar as atividades relacionadas com o abastecimento nacional de combustíveis, fiscalizando-as diretamente ou mediante convênios com outros órgãos da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios.

Assim, consegue-se, de plano, verificar que houve, na legislação pátria, notadamente no campo das telecomunicações, uma tentativa de se instituir uma segmentação do mercado, com a proibição de uma mesma empresa, na sua área geográfica de atuação, participar de mais de um segmento ao mesmo tempo.

Denota-se, por igual, uma tentativa do legislador de instituir, para a solução dos conflitos entre empresas prestadoras, a livre negociação, ficando à agência o papel de atuar somente quando a mesma não lograr êxito. Lamenta-se, mais uma vez, a inexistência de um instrumento como o A.P.A. norte-americano, fixando regras processuais e prazos para que a livre negociação chegue a termo.

Falta também, no direito brasileiro, e sugere-se, de *lege ferenda*, a uniformização dos padrões de reclamações por parte dos usuários, como por exemplo, a criada pela *Order* n. 157 da *Federal Power Commission* (FPC).³⁶⁰

Importante salientar, até mesmo como homenagem ao legislador nacional, que as agências reguladoras brasileiras possuem, em tese, com a solitária exceção da ANEEL, uma notável separação em relação ao Poder Executivo, podendo, em consequência, no gozo de suas autonomias, exercer a função administrativa com expressiva neutralidade, para resolução dos conflitos entre as empresas prestadoras e destas com os

³⁶⁰ A Agência Nacional de Telecomunicações, através de sua Superintendência de Radiofrequência e Fiscalização, oferece, aos interessados, um formulário padrão de "solicitação de serviço de fiscalização", que, inclusive, está disponibilizado na Internet no endereço URL : www.anatel.gov.br.

usuários. Mais uma vez, insiste-se na criação de um Código de Processo Administrativo, a fim de que os direitos possuam, no âmbito das agências reguladoras, ações capazes de os assegurarem. Outra vantagem de um Código seria a da uniformização processual nas Agências, podendo as matérias, que sejam absolutamente específicas e diferenciadas, ser objeto de legislação própria.

Ausente, na legislação brasileira uma técnica que vem sendo desenvolvida no direito europeu, com relativo sucesso. Com efeito, o *screening*³⁶¹ permite o exame dos custos de todos os produtos e processos de produção e, em conjunto com os contratos firmados entre as prestadoras e as agências, seria um importante critério para a fixação das tarifas.

Elogiável, ainda, no direito pátrio, a obrigação que as prestadoras de serviços têm sobre a prestação das informações solicitadas pelas agências, com a finalidade de serem as mesmas colocadas à disposição dos consumidores.

Importante, ainda, frisar, que todo o trabalho regulatório, no campo da fiscalização, deve ser o de impedir a prática de políticas anti-concorrencias por parte das empresas prestadoras, até porque a regulação foi criada como ferramenta de combate aos monopólios, duopólios e trustes, principalmente em relação aos serviços que, por questões técnicas, impedem, ou dificultam, a competição.

³⁶¹ Anteriormente visto.

A parte mais difícil da função administrativa diz respeito, obviamente, à fixação das tarifas. A equação serviço eficiente/tarifas justas é, sem dúvida, o maior dos desafios. Os instrumentos legais colocados à disposição das agências reguladoras parecem oferecer meios legais e técnicos para que esta equação seja, em tese, alcançada. O desafio é o de não deixar as agências, conforme alertado por inúmeros doutrinadores de países onde estes entes têm existência temporal maior que a brasileira, serem capturadas pelos interesses econômicos das empresas prestadoras. Esse é o grande desafio das agências reguladoras brasileiras, ainda mais em se tratando de um país com péssima distribuição de renda como o nosso.

Ao grande público consumidor interessará, por suposto, o exercício da função administrativa por parte das agências. O juízo de valor sobre as mesmas reside, aqui, nesta função. O desafio às agências reguladoras está lançado. Repita-se, instrumentos legais, que podem, e devem, ser melhorados, existem. Às agências compete o dever de cumprir com independência, neutralidade (não olvidando-se de que possuem o dever legal, e moral, de considerar o consumidor como a parte mais fraca da relação)³⁶² e lealdade suas funções de prevenção e fiscalização, a fim de que os serviços públicos, ou de interesse social, que regulam, estejam ao alcance, com qualidade, de toda a população. Falhando nessa missão, nada justificará suas existências.

³⁶² Evidente que este princípio deve ser mensurado tecnicamente. Pode ocorrer que um determinado, e individualizado, usuário tenha, sob o ponto de vista econômico, um poder muito maior do que a empresa prestadora. Assim, a presunção de que o usuário é, sempre, a parte mais fraca, tão presente no Código de Defesa do Consumidor, não pode ser aplicada indistintamente.

A maior dificuldade das agências, neste campo, será o de convencer a população que, ao menos nessa fase inicial, suas atuações deverão, necessariamente, estar muito mais voltadas à pedagogia do que à coerção, até mesmo porque a normatização existente possui muito mais um conteúdo positivo do que negativo.

4. 5. DA FUNÇÃO JURISDICIONAL

No exercício da função de aplicar a lei ao caso concreto, e, fundamentalmente resolver os conflitos, as agências reguladoras receberam do legislador instrumentos incompletos. Mais uma vez batemos na tecla da inexistência de um Código de Processo Administrativo único para as agências reguladoras. Reside aqui, a nosso ver, a grande falha de todo o sistema legislativo construído para a função regulatória no Brasil. A ausência de instrumentos processuais limita a cidadania e impede a eficácia plena e material do direito positivo criado sobre a regulação dos serviços públicos em nosso país.

A ANEEL exerce função jurisdicional, nos termos previstos no Art. 3º, V, da Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996,³⁶³ sendo esta, conforme se depreende da leitura do citado dispositivo legal, muito pobre.

³⁶³ Art. 3º. Além das incumbências prescritas nos arts. 29 e 30 da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, aplicáveis aos serviços de energia elétrica, compete especialmente à ANEEL: V – dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores.

A função jurisdicional da ANATEL está prevista no Art. 19, XVII e XXV, da Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997.³⁶⁴

Exercendo sua ampla função normativa, a ANATEL, através do Anexo da Resolução n. 197, de 16 de dezembro de 1999, regulamentou suas regras procedimentais para o exercício da sua função jurisdicional.³⁶⁵ Pelo teor da citada Resolução, bem como de seu Anexo, a função jurisdicional é exercida mediante Sessões³⁶⁶. Estas são públicas, permitida a sua gravação por meios eletrônicos e assegurado aos interessados o direito de obtenção de transcrições³⁶⁷, estabelecido que, quando a

³⁶⁴ Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileira, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente: (...) XVII – compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações; (...) XXV – decidir em último grau sobre as matérias de sua alçada, sempre admitindo recurso ao Conselho Diretor.

³⁶⁵ Segundo o Art. 3º, do Anexo à Resolução n. 197, de 16 de dezembro de 1999, os instrumentos deliberativos da agência são os seguintes: I – Resolução: expressa decisão quanto ao provimento normativo que regula a implementação da política de telecomunicações brasileira, a prestação dos serviços de telecomunicações e o funcionamento da Agência; II – Súmula: expressa interpretação da legislação de telecomunicações e tem efeito vinculativo; III – Aresto: expressa decisão sobre matéria contenciosa; IV – Ato: expressa deliberação relativa a assuntos de interesses de terceiros, não abrangidos por Resolução, Súmula ou Aresto; V – Despacho: expressa deliberação da Agência em petição, requerimento ou recurso de terceiros, de interesse individual ou coletivo; VI – Consulta Pública: procedimento administrativo que submete documento ou assunto a comentários e sugestões do público em geral; VII – Portaria: expressa deliberação relativa a assuntos de interesse interno da Agência. Parágrafo único. Resolução, Súmula e Aresto são instrumentos deliberativos de competência exclusiva do Conselho Diretor.

³⁶⁶ Art. 8º, do Anexo: “As Sessões destinam-se a resolver pendências entre agentes econômicos, bem como entre estes e consumidores ou usuários e fornecedores de bens e serviços de telecomunicações. Parágrafo 1º. As pendências a que se refere o *caput* caracterizam-se pela existência de conflito cuja solução demanda mediação, arbitragem ou decisão da Agência. Parágrafo 2º. Matérias de interesse relevante para a Agência, em caráter excepcional, por decisão do Conselho Diretor, poderão ser debatidas em Sessão. Parágrafo 3º. As Sessões destinam-se, ainda, a dar oportunidade de debate ora aos interessados, nas decisões da Agência.

³⁶⁷ Art. 9º, do referido Anexo.

publicidade ampla puder violar segredo protegido ou a intimidade de alguém, a participação na Sessão será limitada.³⁶⁸

Toda Sessão será convocada por meio de publicação em Diário Oficial, com antecedência mínima de oito dias, indicando a pendência, os nomes envolvidos diretamente na mesma, de seus representantes legais ou procuradores, os procedimentos a serem seguidos, bem como outras informações relevantes.³⁶⁹ Nas Sessões são permitidas sustentações orais, pelo prazo de 15 (quinze) minutos, para cada parte e para cada um dos assuntos em pauta, devendo a inscrição ocorrer no início da Sessão.³⁷⁰

A decisão será tomada em sessão pública, sendo a votação de cada um dos Conselheiros, a iniciar-se pelo Relator, verbal, garantido o pedido de vistas³⁷¹, sendo lavrada Ata circunstanciada de cada Sessão³⁷², e o Aresto deverá ser publicado no Diário Oficial da União.³⁷³

A função judicante da ANP não está prevista na lei criadora, ficando a matéria regulada pelos Arts. 17, 18, 19, 20, e 21, do Anexo I, do Decreto n. 2.455, de 14 de janeiro de 1998. Os dispositivos merecem transcrição:

Art. 17. Dos atos praticados pela fiscalização caberá recurso à Diretoria da ANP, como última instância administrativa.

Art. 18. A APN atualizará os procedimentos administrativos do DNC e estabelecerá novos procedimentos necessários à fiscalização da indústria do

³⁶⁸ Parágrafo 1º, do referido Artigo.

³⁶⁹ Parágrafo 2º, do referido Artigo.

³⁷⁰ Art. 11, parágrafo único, do Anexo.

³⁷¹ Arts. 12, parágrafos, 13, 14, parágrafos, do citado Anexo.

³⁷² Art. 15, incisos, do citado Anexo.

³⁷³ Parágrafo 2º, do Art. 15, do Anexo.

petróleo, para efetivação de processo de aplicação de penalidades, de estabelecimento dos recursos administrativos e de cobrança de multas legais e contratuais.

Art. 19. A atuação da ANP, para a finalidade prevista no art. 20 da Lei n. 9.478, de 1997, será exercida, mediante conciliação ou arbitramento, de forma a:

I – dirimir as divergências entre os agentes econômicos e entre estes e os consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo;

II – resolver conflitos decorrentes da ação de regulação, contratação e fiscalização no âmbito da indústria do petróleo e da distribuição e revenda de derivados de petróleo e álcool combustível;

III – prevenir a ocorrência de divergências;

IV – proferir a decisão final no campo administrativo, com força determinativa, em caso de não entendimento entre as partes envolvidas;

V – utilizar os casos mediados como subsídios para a regulamentação.

Parágrafo único. O regimento interno da ANP definirá os procedimentos administrativos para os processos de conciliação e de arbitramento.

Art. 20. O processo decisório da ANP obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e economia processual.

Art. 21. As sessões deliberativas, que se destinem a resolver pendências entre agentes econômicos e entre estes e consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo, serão públicas, permitida a sua gravação por meios eletrônicos e assegurado aos interessados o direito de delas obter transcrições.

Parágrafo único. A ANP definirá os procedimentos para assegurar aos interessados o contraditório e a ampla defesa.

Art. 22. O processo decisório que implicar afetação de direitos de agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo, decorrente de ato administrativo da Agência ou de anteprojeto de lei por ela proposto, será precedido de audiência pública, com os objetos de:

I – recolher subsídios, conhecimentos e informações para o processo decisório da ANP;

II – propiciar aos agentes econômicos e aos consumidores e usuários a possibilidade de encaminhamento de opiniões e sugestões;

III – identificar todos os aspectos relevantes à matéria objeto da audiência pública;

IV – dar publicidade às ações da ANP.

Consigne-se, por derradeiro, que qualquer decisão tomada pelas agências reguladoras será, sempre, passível de apreciação judicial. E, em virtude da autonomia que gozam as agências reguladoras no direito brasileiro, inexistente o duplo grau de jurisdição, uma vez que as decisões tomadas por elas não são passíveis de, através de recurso hierárquico ou impróprio, reexame pelos Ministros.

Por derradeiro, importa anotar que as agências reguladoras, no exercício da função jurisdicional, poderão aplicar sanções, estabelecidas em seus regulamentos. Ora, visando ser coerente com as colocações que foram feitas por ocasião do exame da função normativa, entendemos que a criação de tipos administrativos, em regulamentos e resoluções, é proceder inconstitucional, merecendo pois, repulsa.

4. 5. 1. A interconexão e o compartilhamento

Uma das mais importantes questões no exercício da função jurisdicional das agências reguladoras diz respeito à interconexão e o compartilhamento, no uso das diferentes redes por parte das diversas empresas prestadoras de serviços públicos. A importância reside no fato de que a interconexão e o compartilhamento evitam custos com a construção de redes, onde as mesmas já existem.

Interconexão, segundo a definição normativa da ANATEL, exposta no inciso VI, do Art. 3º, Resolução n. 040/98, que aprovou o Regulamento Geral de Interconexão, é a ligação entre redes de telecomunicações

funcionalmente compatíveis, de modo que os usuários de serviços de uma das redes possam comunicar-se com usuários de serviços de outra ou acessar serviços nela disponíveis.

Importa, ainda, conceituar dois outros elementos técnicos, quais sejam, o “ponto de interconexão” e o “ponto de presença para interconexão”, para uma perfeita compreensão da questão.

O ponto de interconexão, segundo o inciso IX, do Art. 3º, da citada Resolução, é o elemento de rede empregado como ponto de entrada ou saída para o tráfego a ser cursado na interconexão com outra rede, constituindo o ponto de referência para definição dos deveres e obrigações de cada uma das partes envolvidas no contrato de interconexão.

Já o ponto de presença para interconexão, segundo o inciso X, do mesmo Art. 3º, é o elemento de rede empregado como acesso remoto de um ponto de interconexão, tornando-se o ponto de referência para definição dos deveres e obrigações de cada uma das partes envolvidas no contrato de interconexão.

O compartilhamento, conforme dispõe o “Regulamento conjunto para compartilhamento de infra-estrutura entre os setores de energia elétrica, telecomunicações e petróleo, baixado em conjunto pela ANEEL, ANATEL e ANP, em Art. 3º, V, “é o uso conjunto de uma infra-estrutura por agentes dos setores de energia elétrica, de telecomunicações ou de petróleo.”

A importância destes dois elementos técnicos é enorme. Através da utilização, conjunta, das estruturas já existentes, possibilitam-se o aumento, bem como a diversidade, dos serviços, oferecidos, passando-se, em consequência, a uma melhor qualidade. Ademais, possibilitam, também, a mais ampla competição entre as empresas prestadoras. É por isso que o Regulamento conjunto, antes citado, dispõe expressamente que:

Art. 4º. O agente que explora serviços públicos de energia elétrica, serviços de telecomunicações de interesse coletivo ou serviços de transporte dutoviário de petróleo, seus derivados e gás natural, tem direito a compartilhar infraestrutura de outro agente de qualquer destes setores, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis, na forma deste Regulamento.

Art. 5º. O atendimento a parâmetros de qualidade, segurança e proteção ao meio ambiente estabelecidos pelos órgãos competentes, assim como de obrigações associadas às concessões, permissões ou autorizações outorgadas ou expedidas pelo Poder Concedente e de boas práticas internacionais para prestação dos respectivos serviços, não deve ser comprometido pelo compartilhamento.

Carlos Ari SUNDFELD e Jacintho de Arruda CÂMARA lembram que “um dos principais desafios enfrentados na matéria é o dos altos custos envolvidos na construção de redes físicas e a dificuldade operacional de sua implantação – fator que, por si só, pode conduzir à monopolização do mercado.” Assim, “uma das saídas tem sido a adoção da regra de compartilhamento de meios entre as prestadoras de serviços.”³⁷⁴ As figuras em comento não são desconhecidas pelo direito, já que, na verdade, são de todo iguais ao direito de passagem.

A grande questão que se coloca é a da fixação dos preços (aluguel, taxa de ocupação, pedágio, tarifa), que deverão ser pagos pelas

³⁷⁴ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho de Arruda. Reforma das telecomunicações : o problema da implantação das novas redes. **Interesse público** : n. 2, 1999, p. 39.

prestadoras pelo uso das estruturas compartilhadas de propriedade de terceiros.

Quando os bens forem de propriedade de particulares, é evidente que a relação deve ser contratual, restando à Administração Pública, no caso de que a negociação venha, por qualquer motivo, a frustrar-se, em nome do interesse público, lançar mão do arsenal jurídico restritivo do direito de propriedade.

Já quando a questão vier a envolver propriedades de diferentes empresas prestadoras de serviços públicos, o problema se apresenta mais complexo. Primeiro, porque a proprietária de uma rede não pode negar o direito a compartimentalização da mesma por outra empresa prestadora. O conflito, assim, repousa, exclusivamente, na fixação do preço a ser pago pela utilização da rede.

O Regulamento conjunto impõe a livre negociação e a matéria vem regulamentada em seu Art. 14. O contrato de compartilhamento das infra-estruturas deve ser firmado em até 60 (sessenta) dias, após a resposta do detentor (proprietário da rede) sobre a viabilidade de compartilhamento.³⁷⁵ Não logrando êxito a negociação, qualquer das empresas prestadoras poderá solicitar a arbitragem das Agências, nos termos dos Arts. 23 e 24 do Regulamento conjunto.³⁷⁶

³⁷⁵ Parágrafo 1º, do Art. 14, do Regulamento conjunto.

³⁷⁶ Parágrafo 2º, do Art. 14, do Regulamento conjunto.

Importa, antes de analisar os citados Arts. 23 e 24, fazer constar que nos termos do Art. 15 do aludido Regulamento, está expressamente estabelecido que:

Art. 15. Nas negociações entre os agentes não são admitidos comportamentos prejudiciais à ampla, livre e justa competição, em especial:

I – prática de subsídios para a redução artificial de preços;

II – uso, objetivando vantagens na competição, de informações obtidas de concorrentes;

III – omissão de informações técnicas e comerciais relevantes à prestação de serviços por outrem;

IV – exigência de condições abusivas para a celebração de contratos;

V – obstrução ou retardamento intencional das negociações;

VI – coação visando à celebração do contrato;

VII – estabelecimento de condições que impliquem utilização ineficiente da infra-estrutura; e

VIII – subordinação do compartilhamento da infra-estrutura à aquisição de um bem ou a utilização de um serviço.

Sobre os preços a serem praticados, que nos parece a principal questão, uma vez que o compartilhamento não poderá, se possível de existir, ser negado, repousam as principais dificuldades. Estabelece o Art. 21, do citado Regulamento, que “os preços a serem cobrados e demais condições comerciais”, “podem ser negociados livremente pelos agentes, observados os princípios da isonomia e da livre competição.

Aqui temos, certamente, uma questão a ser debatida: o vazio normativo no sentido de delimitar preço. Isso porque, aproveitando-se exatamente deste, algumas empresas vêm exigindo, nas negociações, que seja adotado o critério do “custo evitado”, ou seja, que na composição do preço, sejam computados os valores que a empresa solicitante da

compartimentalização evitou, por não construir a sua rede. O critério, nos parece, é absurdo e prejudicial à ampla, livre e justa competição a que alude o *caput* do já citado Art. 15. Ademais, se tal critério, por exemplo, fosse utilizado no setor dos transportes, levaria o mesmo à completa bancarrota. Imagine-se o usuário de um ônibus, táxi ou aeronave tendo que pagar uma tarifa pelo “custo evitado”? Certamente que poucas pessoas teriam possibilidade de usufruir o serviço.

Na impossibilidade de chegar a livre negociação a bom termo, determinam os Arts. 23 e 24 do Regulamento conjunto a instituição da arbitragem:

Art. 23. Eventuais conflitos surgidos em matéria de interpretação e aplicação deste Regulamento, quando do desenvolvimento das negociações de contratos de compartilhamento, serão equacionados pelas Agências, no exercício da função de órgãos reguladores, através de processo de arbitragem a ser definido em regulamento conjunto que será expedido pelas Agências.

Parágrafo único. A submissão de qualquer questão à arbitragem não exime os agentes e as Agências da obrigação de dar integral cumprimento a contratos de compartilhamento vigentes, nem permite a interrupção das atividades vinculadas a tais contratos.

Art. 24. Até a publicação do regulamento sobre arbitragem conjunta entre as Agências, as regras aplicáveis para a solução de conflitos entre os agentes serão as definidas em regimento interno, ou outro ato normativo aplicável, da Agência reguladora do setor de atuação do Detentor.

Os dispositivos transcritos merecem comentários. Quando a empresa solicitante e a empresa detentora estiverem submetidas à regulação da mesma agência, não há o que se recriar em relação à arbitragem. Quando as empresas estiverem submetidas ao controle de diferentes agências, determina o Regulamento, Art. 24, que, até a necessária publicação do regulamento de arbitragem conjunta, a arbitragem será de competência da agência reguladora do setor de atuação

do detentor. A solução nos parece infeliz. Primeiro, porque submete uma empresa à regulação de uma agência à qual não está, por lei, vinculada. Segundo, porque os planos de metas e objetivos fixados, em lei, podem não ser levados em conta pela agência reguladora do detentor.³⁷⁷

Em relação ao parágrafo único do Art. 23, deve ser elogiado a preocupação do normatizador no sentido de “não eximir os agentes e as agências da obrigação de dar integral cumprimento a contratos de compartilhamento vigentes”, nem de permitir “a interrupção das atividades vinculadas a tais contratos.

Lamentável, mais uma vez, a ausência de uma codificação processual, onde estivesse assentada a possibilidade de “tutela antecipada” para permitir-se a utilização das estruturas enquanto os contratos originais não fossem firmados.³⁷⁸

Por derradeiro, deve ser lembrado que compete às agências reguladoras, na fixação das tarifas, levar em conta as receitas extras

³⁷⁷ Note-se, por exemplo, que, pelos termos do Decreto n. 2.592, de 15 de maio de 1998, foi aprovado, amplo e ambicioso, Plano Geral de Metas para a Universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado prestado no Regime Público. Assim, para dar cumprimento ao mesmo, sob pena de elevadas sanções, que podem, até mesmo, importar na perda da concessão, as empresas de telefonia fixa deverão utilizar-se das redes e estruturas de várias empresas de energia elétrica (notadamente postes). Na ausência de um Regulamento conjunto, a prestadora de telefonia terá seu pleito arbitrado pela ANEEL, que nenhum compromisso possui em relação às metas exigidas pelo referido Decreto. A solução, mais uma vez, demonstra-se, infeliz.

³⁷⁸ Imagine-se um determinado serviço prestado por duas empresas, dentro da mesma área geográfica, em regime de competição. Uma, temporalmente mais antiga, pode, durante o processo de negociação, continuar a utilizar a estrutura compartimentalizada, até mesmo porque assim sempre o fez, desde o tempo em era estatal. Outra, mais moderna, durante o processo de negociação, não. O vazio normativo materializa aquilo que o Regulamento conjunto, a normatização e legislação querem, precisamente, evitar: a livre e justa competição.

obtidas pelas empresas detentoras nos contratos de compartilhamento que firmaram com as empresas solicitantes, na forma do disposto no Art. 11, parágrafo único, da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.³⁷⁹

Apesar das considerações tecidas, quer nos parecer que o indigitado regulamento é inconstitucional. Somente a ANATEL recebeu do legislador a competência para o exercício da função normativa. Nestes termos, portanto, a ANEEL e a ANP não poderiam dispor sobre a matéria em conjunto com a ANATEL. Deste modo, entendemos que qualquer empresa prestadora de serviços públicos, quando em conflito no uso das redes compartimentalizadas, poderá se opor a aplicação da regulamentação em questão, e, conseqüentemente, escolher a via judicial.

³⁷⁹ 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.

CONCLUSÕES

- (a) as agências reguladoras (re)nascem num ambiente incompatível com o da Constituição cidadã de 1988;
- (b) por essa razão, as agências reguladoras apresentam várias inconstitucionalidades;
- (c) a compatibilidade das agências reguladoras com a Constituição de 1988, mesmo depois das Emendas Constitucionais promulgadas, é tarefa do cientista do direito, através do exercício constante da “exegese responsável”.
- (d) no exercício da “exegese responsável” deve o cientista do direito sensibilizar o Poder Judiciário a relativizar o princípio da presunção de constitucionalidade da normatividade oriunda das agências reguladoras, invertendo o ônus da demonstração da constitucionalidade às agências reguladoras;
- (e) no exercício de suas funções administrativas e jurisdicionais, as agências reguladoras deverão ter uma atuação positiva, no sentido pedagógico, a fim de

acostumar prestadoras e usuários dos serviços públicos à regulação dos mesmos;

- (f) o papel das agências, antes de punitivo, deve ser marcadamente preventivo, assegurando que todas as premissas de um serviço público prestado com eficiência, e remunerado com tarifas justas, possam ser materializadas pelo instituto jurídico da regulação; e**
- (g) todas as boas intenções manifestadas pelo legislador, como, por exemplo, audiências públicas, manifestação prévia dos atingidos pelos atos e regulamentos expedidos, de nada valerá enquanto não for editado um Código de Processo Administrativo para as agências reguladoras, uma vez que os direitos previstos não possuem ações que os assegurem.**

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo : Max Limonad, 1999.
- AMARAL FILHO, Marcos Jordão Teixeira do. **Privatização no estado contemporâneo**. São Paulo : Ícone, 1996.
- ANATEL. URL : www.anatel.gov.br
- ANEEL. URL: www.aneel.gov.br
- ANHAIA MELLO, Luiz de. **O problema económico dos serviços de utilidade pública**. São Paulo : Prefeitura de São Paulo, 1940.
- APN. URL : www.anp.gov.br
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar, **Economia Y Estado**. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1993.
- _____, **La regulación económica: teoría y práctica de la regulación para la competencia**. Buenos Aires : Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, 1996.
- _____; & DE LA CUÉTARA, J. M; LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. Martínez. **El nuevo servicio público**. Madrid : Marcial Pons, 1997.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo : Max Limonad, 1998.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo : Malheiros, 2000.
- _____, **Natureza e regime jurídico das autarquias**. São Paulo : RT, 1968.
- _____, **Petição inicial da ação popular movida contra a privatização da Companhia Vale do Rio Doce S. A.**
- _____, Poder regulamentar ante o princípio da legalidade. **Revista trimestral de direito público**. São Paulo : n. 4, 1993.
- _____, **Prestação de serviços públicos e administração indireta**. 2. ed. São Paulo : RT, 1979, p. p. 61.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Aspecto jurídico-administrativo da concessão de serviço público. **Revista de direito administrativo**, v. 26, p. 1-18, republicada em **Revista de direito administrativa : seleção histórica, matéria doutrinária** publicada em números antigos (de 1 a 150). Rio de Janeiro : Renovar, 1991., p. 205-234.

_____, Aspectos da Regulamentação dos Serviços Públicos. **Revista Forense**, LXXXVII, v. 87, 1941, p. 13-26.

_____, Natureza jurídica da concessão de serviço público. **Revista de direito público**. v. 19, jan.-mar. 1972, p. 9-36.

BEL i QUERALT, Germà. **Privatizacion, desregulación y competencia**. Madri : Civitas, 1996.

BETANCOUR RODRÍGUEZ, A., **Las administraciones independientes**. Madri : Tecnos, 1994.

BIELSA, Rafael. **Derecho administrativo**. 6. ed. Buenos Aires: La Ley, 1964, Tomo I.

BRAGA, Odilon, Serviços públicos concedidos. **Revista de direito administrativo : seleção histórica, matéria doutrinária** publicada em números antigos (de 1 a 150). Rio de Janeiro : Renovar, 1991. p. 91-165.

BRECHT, Bertolt. A vida de Galileu. **Teatro completo em 12 volumes**. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1991. p. 165. V. 6.

BRITO, Carlos Ayres. **O perfil constitucional da licitação**. Curitiba : Znt, 1997.

BUSTAMANTE, Jorge Eduardo. **Desregulacion entre el derecho y la economia**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993.

CALDEIRA, Jorge. **Mauá : empresário do império**. São Paulo : Companhia das Letras, 1995.

CALVO CHARRO, Maria. **La televisión por cable**. Madrid : Marcial Pons, 1997.

CAMPOS, Francisco. **Direito administrativo**. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, s.d. Vol. I.

CANO SOLER, Diego. **Políticas de privatización : aproximación teórica**. Madrid : Consejo Económico y Social, 1998.

- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra : Almedina, 1991.
- CÂMARA, Jacintho de Arruda. Telecomunicações e globalização. SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direito global**. São Paulo: Scholl of Global Law – SBDP; Max Limonad, 1999, p. 177-191.
- CARBONELL, Eloisa. & MUGA, José Luis. **Agencias y procedimiento administrativos en los Estados Unidos de América**. Madrid : Marcial Pons, 1996.
- CARDOSO, Fernando Henrique. Prefácio. WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. **O direito de parceira e a nova lei de concessões**. São Paulo : RT, 1996.
- CARTER, T. Barton. La regulación de las nuevas tecnologías de la información en los Estados Unidos. CREMADES, Javier. **Derecho de las telecomunicaciones**. Madrid : La Ley, 1997, p. 1203-1216.
- CASSAGNE, Juan Carlos. **Estudios de derecho público**. Buenos Aires : Depalma, 1995.
- _____, **La intervención administrativa**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994.
- CASSESE, Sabino. De la vieja a la nueva disciplina en los servicios públicos. **Actualidad en el derecho público**. 4º ano, n. 8, 19-24.
- CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo : RT, 1982.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo : RT, 1995.
- _____, A lei no estado contemporâneo. **Revista de direito administrativo aplicado**. Curitiba : ano 3, abr.-jun, 1996, n. 9.
- _____, **Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988**. São Paulo : RT, 1993.
- CODE OF FEDERAL REGULATIONS. URL: <http://frwebgate.acc/>
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito antitruste brasileiro** : comentário à lei n. 8.884/94. São Paulo : Saraiva, 1995.

COMADIRA, Julio R. **Derecho administrativo**. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1996.

CREMADES, Javier (org). **Derecho de las telecomunicaciones**. Madrid : La Ley, 1997, p. 1203-1216.

CUERVO, Álvaro. **La privatización de la empresa pública**. Madrid : Encuentro Ediciones, 1997.

DESDENTADO DAROCA, Eva. **Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica** : un estudio crítico de la jurisprudencia. Madrid : Civitas, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 8. ed. São Paulo : Atlas, 1997.

_____, **Parcerias na administração pública**. 3. ed. São Paulo : Atlas, 1999.

El País. URL: www.elpais.es/p/d/especial/document/micro.htm

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder** : formação do patronato político brasileiro. 3. ed. Porto Alegre : Globo, 1976. p. 38. V. I.

FARRANDO (H), Ismael. Servicios públicos y privatizaciones. **Actualidad en el derecho público**. a. 4, n. 7, 1998, p. 147-168.

FEDERAL ENERGY REGULATORY COMMISSION. URL: <http://www.ferc.fed.us>.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo : Malheiros, 2000.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência** : comentários à lei antitruste. Rio de Janeiro : Forense, 1995.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Comentários à reforma administrativa federal**. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1983.

_____, **Concessão de serviços públicos em direito administrativo: these apresentada ao Primeiro Congresso Jurídico Universitário do Brasil, reunido na cidade do Salvador**. Curitiba : 1936.

_____, **Curso de direito administrativo**. São Paulo : Saraiva, 1979.

- _____, **O problema da municipalização dos serviços públicos**. Curitiba : João Haupt, 1942.
- _____, **Os serviços de utilidade pública: processo jurídico de racionalização pela tutela e fiscalização das entidades delegadas de serviço público**. Curitiba : Empresa Grafica Paranaense de Plácido e Silva, 1940.
- _____. Poder político e poder administrativo. **Revista de direito público**. n. 6, out-dez, 1968.
- FREITAS, Jânio. Engodos privados. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 28 mai. 1995, p. 1-7.
- FREITAS, Juarez. **Estudos de direito administrativo**. São Paulo : Malheiros, 1995.
- _____, **O controle dos atos administrativos** : e os princípios fundamentais. 2. ed. São Paulo : Malheiros, 1999.
- FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 18. ed. São Paulo : Companhia Editora Nacional, 1982.
- GARCIA DE COCA, José Antonio. **Sector petrolero español: análisis jurídico de la *despublicatio* de un servicio público**. Madrid : Tecnos, 1996.
- GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. 3. ed. Buenos Aires : Fundación de derecho administrativo, 1998. T. 1.
- _____, T. 2.
- GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3. ed. São Paulo : Malheiros, 2000.
- HOBSBAWN, E. J. **A revolução francesa**. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1996.
- HORTA, Raul Machado. Poder Legislativo e monopólio da lei no mundo contemporâneo. **Revista trimestral de direito público**. n. 3, 1993.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 3. ed. Rio de Janeiro : Aide, 1994.
- _____, Empresa, ordem econômica e constituição. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, 212; 109-133.

- LLANEZA GONZALEZ, Paloma. **Telecomunicaciones** : régimen general y evolución normativa. Pamplona : Aranzadi, 1998.
- MAMELUQUE, Leopoldo. **Privatização**: modernismo e ideologia. São Paulo : RT, 1995
- MASAGÃO, Mário. **Natureza jurídica da concessão de serviço público**. São Paulo : Saraiva, 1933.
- MATA, Ismael. Los entes reguladores de los servicios públicos. **El derecho administrativo argentino, hoy**. Buenos Aires : Editorial Ciéncias de la Administración, 1996, p. 115.
- MAUÁ, Visconde de. **Autobiografia** : exposição aos credores e ao público seguida de o meio circulante no Brasil. 3. ed. Rio de Janeiro : Topbooks, 1998.
- MEDINA ORS, Guillermo. Regimen juridico de las telecomunicaciones en los Estados Unidos. CREMADES, Javier. **Derecho de las telecomunicaciones**. Madrid : La Ley, 1997, p. 1163-1202.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 21. ed. São Paulo : Malheiros, 1996.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade** : aspectos jurídicos e políticos. São Paulo : Saraiva, 1990.
- _____, **Jurisdição constitucional** : o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo : Saraiva, 1996.
- MODESTO, Paulo. Conferência. Seminário Autonomia da Receita Federal. SINDTTEN – Sindicato Nacional dos Técnicos da Receita Federal. Goiânia, 07/08 de dezembro de 1998.
- MONTERO PASCUAL, Juan José. Titularidad privada de los servicios de interés general. CREMADES, Javier. **Derecho de las telecomunicaciones**. Madrid : La Ley, 1997, p. 1217-12141.
- MORAIS, Fernando. **Chatô** : o rei do Brasil. São Paulo : Companhia das Letras, 1994.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Administração Pública consensual : convênios, consórcios e acordos de programa. **Teses do XXI Congresso Nacional de Procuradores do Estado**. Rio de Janeiro : Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, 5-9 nov. 1995. p. 12-23.

_____, Tendências da Administração Pública. TELLES, Antonio A. Queiroz & ARAUJO, Edmir Netto de. (coord). **Direito administrativo na década de 90** : estudos jurídicos em homenagem ao Prof. J. Cretella Júnior. São Paulo : RT, 1997.

MOREIRA, Vital. **A Ordem jurídica do capitalismo**. Coimbra: Centelha, s.d. p. 13.

MORENO MOLINA, A. M. **La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica**. Madri : Universidad Carlos III, 1995.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. **Servicio público y mercado** : los fundamentos. Madrid : Civitas, 1998. Tomo I.

_____, T. II.

NEIRA, César Carlos. **Entes reguladores de servicios** : la defensa del usuario. Buenos Aires : Ad-Hoc, 1997.

ORGANIZACION PARA LA COOPERACION Y EL DESARROLLO ECONOMICO. **La transformación de la gestión pública** : las reformas en los países de la OCDE. Madrid : Ministério de Administraciones Públicas, Ministério de La Presidência. Boletín Oficial del Estado, 1997.

PAIVA, Alfredo de Almeida. As sociedades de economia mista e as empresas públicas como instrumentos jurídicos a serviço do estado. **Revista de direito administrativo** : seleção histórica, matéria doutrinária publicada em números antigos (de 1 a 150). Rio de Janeiro : Renovar, 1991. p. 307-320.

PAREJO ALFONSO, Luciano. **Eficacia y administracion**. Madrid : Instituto Nacional de Administracion Pública; Boletín Oficial del Estado, 1995.

PEREZ, R. Autorità Independenti e tutela dei diritti. **Rivista trimestrale di diritto pubblico**. Milano: n. 1, 1996, P. 115-185.

PINTO, Bilac. Concessão de serviço público - sistema francês - sistema norte-americano – influência sobre o direito brasileiro – regras aplicáveis às concessões ou licenças a prazo indeterminado – transporte coletivo de passageiros em São Paulo. **Estudos de direito público** : edição comemorativa da fundação da Revista Forense. Rio de Janeiro : Revista Forense, 1953.

- _____, O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas. **Revista de direito administrativo : seleção histórica, matéria doutrinária publicada em números antigos (de 1 a 150)**. Rio de Janeiro : Renovar, 1991. p. 257-270.
- _____, **Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública**. Rio de Janeiro : Forense, 1941.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e globalização. SUNDFELD, Carlos Ari. A Administração pública na era do direito global. SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direito global**. São Paulo : School of Global Law – SBDP; Max Limonad, 1999, p. 195-208.
- PONTES DE MIRANDA. Independência e harmonia dos poderes. **Revista de direito público**. São Paulo : n. 20, abr.-jun., 1972.
- RODRIGUEZ ARANA, Jaime. **La privatización de la empresa pública**. Madrid : 1991.
- RODRÍGUEZ CHIRILLO, Eduardo J. **Privatizacion de la empresa publica y post privatizacion: analisis juridico**. Buenos Aires : Abeledo Perrot, 1995.
- SALOMONI, Jorge Luis. **Teoria general de los servicios públicos**. Buenos Aires : Ad-Hoc, 1999.
- SANDRONI, Paulo. **Dicionário de economia e administração**. São Paulo : Nova Cultural, 1996.
- SANTOS PASTOR. **Sistema jurídico y economía**. Madrid : Tecnos, 1989.
- SANTOS, António Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito económico**. 2. ed. Coimbra : Almedina, 1997.
- SARTORI, Giovanni. **Engenharia constitucional : como mudam as constituições**. Brasília : UNB, 1996.
- SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. Ed. São Paulo : Malheiros, 1992.
- SIMONSEN, Roberto. **História econômica do Brasil**. 8. ed. São Paulo : Companhia Editora Nacional, 1978.

- SOARES, Fabiana de Menezes. A redefinição do Estado através da participação popular na Administração Pública : necessidade, instrumentos e o papel do município. **Revista de direito administrativo aplicado**. Curitiba : ano 3, jul-set, 1996.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização, privatização, concessões e terceirizações**. 2. ed. Rio de Janeiro : Lumen Júris, 1999.
- SOUVIRÓN MORENILLA, José Maria. **La actividad de la administración y el servicio público**. Granada : Comares, 1998.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **As sesmarias no Brasil** : trabalho originalmente escrito para servir de base às aulas de história da ocupação territorial brasileira. Curso de graduação em Direito da PUC-PR do ano de 1995. Atualizada e corrigida em janeiro de 1997 para o curso de graduação em Direito da PUC-PR. Novamente atualizada em março de 1998. Curitiba, 1998.
- STUBER, Walter Douglas. **O financiamento de projetos no Brasil e a lei de concessões**. São Paulo : Max Limonad, 1996.
- SUNDFELD, Carlos Ari. A Administração pública na era do direito global. SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direito global**. São Paulo : School of Global Law – SBDP; Max Limonad, 1999.
- _____; & CÂMARA, Jacintho de Arruda. Reforma das telecomunicações : o problema da implantação das novas redes. **Interesse público**. n. 2, 1999.
- _____; & VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direito global**. São Paulo : School of Global Law – SBDP; Max Limonad, 1999.
- SWISHER, Carl Brent. **Decisões históricas da Corte Suprema**. Rio de Janeiro : Forense, 1964.
- TÁCITO, Caio. **Temas de direito público** : estudos e pareceres. Rio de Janeiro : Renovar, 1997. V. I.
- TAWIL, Guido Santiago. **Administración y justicia** : alcance del control judicial de la actividad administrativa. Buenos Aires : Depalma, 1993, T. I.
- TEPEDINO, Gustavo. Quem fiscaliza o fiscal? In : **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro : Renovar, 1998. p. 489-491.

UNIVERSIDADE DE CORNELL. URL: <http://www2.law.cornell.edu>

VÁSQUEZ, Cristina, Marco normativo de la reforma del estado : ley n. 16.736 y disposiciones reglamentarias. **Revista de derecho publico**. a. 1997, ns. 11-12, p. 89-126.

VAZ, Manuel Afonso. **Direito económico** : a ordem económica portuguesa. 3. ed. Coimbra : Coimbra Editora, 1994.

_____, **Lei e reserva da lei** : a causa da lei na Constituição portuguesa de 1976. Porto : Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 1992.

VEDEL, George. **Droit administratif**. 5. ed. Paris : Presses Universitaires de France, 1973.

VENANCIO FILHO, Alberto. **A intervenção do estado no domínio económico** : o direito público económico no Brasil. Ed. fac-similar. Rio de Janeiro : Renovar, 1998.

VIANNA, Gaspar. A exploração dos serviços de telecomunicações na Constituição brasileira: interpretação da Emenda Constitucional n. 8 de 1995. **Revista de informação legislativa**. a. 33, n. 130, abr. – jun. 1996, p. 219-220.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Realinhamento constitucional. SUNDFELD, Carlos Ari. A Administração pública na era do direito global. SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direito global**. São Paulo : School of Global Law – SBDP; Max Limonad, 1999, p. 16-48.

VILLORIA MENDIETA, Manuel. **La modernización de la administración como instrumento al servicio de la democracia**. Madrid : Instituto Nacional de Administración Pública – Boletín Oficial del Estado, 1996.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. **O direito de parceira e a nova lei de concessões**. São Paulo : RT, 1996.

ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 2. ed. São Paulo : Malheiros, 1996.