

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

FABIANA SILVEIRA KARAM

**AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO CENÁRIO BRASILEIRO: OS MECANISMOS
DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR CONSIDERADOS OS RESPECTIVOS
EFEITOS SOCIAIS E AMBIENTAIS**

**CURITIBA
2008**

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

FABIANA SILVEIRA KARAM

**AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO CENÁRIO BRASILEIRO: OS MECANISMOS
DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR CONSIDERADOS OS RESPECTIVOS
EFEITOS SOCIAIS E AMBIENTAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação, Pesquisa e Extensão em Direito, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Antônio Carlos Efig

**CURITIBA
2008**

- K18a AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO CENÁRIO BRASILEIRO: OS MECANISMOS DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR CONSIDERADOS OS RESPECTIVOS EFEITOS SOCIAIS E AMBIENTAIS / Fabiana Silveira Karam ; orientador, Antônio Carlos Efig. – 2008.
2008 169 f. ; 30 cm
- Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2008
Inclui bibliografia
1. Direito administrativo. 2. Agências reguladoras de atividades privadas. 3. Direito do consumidor. Legislação.
I. Efig, Antônio Carlos. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

FABIANA SILVEIRA KARAM

**AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO CENÁRIO BRASILEIRO: OS MECANISMOS
DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR CONSIDERADOS OS RESPECTIVOS
EFEITOS SOCIAIS E AMBIENTAIS**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de mestre pelo Programa de Pós-graduação em Direito da PUCPR. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof. Dr. Antônio Carlos Efig

Orientador
Programa de Pós-graduação em Direito - PUCPR

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Antônio Carlos Efig
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Dr. Paulo Roberto Ribeiro Nalin
Universidade Federal do Paraná

Prof. Dr. Luiz Alberto Blanchet
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Curitiba, 29 de fevereiro de 2008.

Para minha admirável, amada e inesquecível mãe, Vera Lúcia
Collodel Silveira Karam, que com doçura e alegria me
acompanhou e incentivou sempre e em especial quando cursei as
disciplinas para obter o presente grau, promessa de reencontro na
eternidade.

AGRADECIMENTOS

A Deus por ter-me permitido, humildemente, galgar mais esse degrau.

A meu Pai, Desembargador Munir Karam, Mestre na Vida e no Direito, amparo certo nas horas incertas, que me ensinou, com seu exemplo, o valor inato e natural da honestidade e a importância do trabalho e estudo constantes.

Ao Professor Doutor Antônio Carlos Efig, que, desde o início do curso de Mestrado, acolheu nosso grupo com gentileza marcante, paciência infindável, profundo conhecimento jurídico, e orientou o presente trabalho, sendo co-responsável pela respectiva conclusão.

À Eva que, no momento da adversidade, disse: vá em frente, você consegue!

À minha prima Ana Karina Karam El Messane, irmã que Deus teve a bondade de colocar em minha vida, pelo apoio, e incansável ajuda na formatação e adequação do presente estudo.

A Giovanni, que chegou de mansinho, colocado pela luz divina em meus braços e, com seu olhar inocente e sorriso largo, traz alegria à minha vida.

Para Dora Maria, minha tia e amiga, presença constante com palavras encorajadoras.

Para Elenita, irmã de criação, pelo apoio e ajuda em todos os momentos de minha vida.

Aos colegas da Pós-graduação, e aos demais amigos do coração, que hão de se reconhecer aqui, e a todos os que, embora não nominados, tanto colaboraram para que este trabalho se tornasse realidade.

RESUMO

Na sociedade contemporânea, o Direito surge como instrumento capaz de equacionar as situações de perplexidade criadas pela complexidade das relações interpessoais. A função social dos institutos jurídicos ganha relevo à medida em que as preocupações de cunho meramente individualista ficam restritas a tempos idos. Observando como a economia se comporta frente ao Direito e ao Estado, vemos que existe mútua influência. Os entes estatais e as empresas que desempenham atividades de interesse social afetam a comunidade sobremodo. No Brasil, a exemplo de outros países, as agências reguladoras surgem com a privatização de certos serviços até então afetos ao Estado. Então, há necessidade de organizar os aspectos econômicos, controlando, de certa forma, e em certo grau, o comportamento dos agentes econômicos, evitando assim que sejam lesados interesses sociais reconhecidos. As Agências Reguladoras atuam em setores vitais para a economia e a sociedade. Toda forma de regulação tem impactos sobre as unidades reguladas. Para desempenhar a contento as funções a que se destinam, os entes reguladores têm que ter autonomia em relação aos demais Poderes da República. O tema é sensível, posto que a finalidade das Agências Reguladoras não é apenas a de equilibrar o mercado, voltada para o seu planejamento e fomento. A relação é complexa: agências reguladoras, agentes econômicos e consumidor. O consumidor e o usuário devem ter participação mais efetiva nas decisões das Agências Reguladoras, para dar-lhes legitimação democrática, em tema de tamanha relevância para a defesa da cidadania e dos direitos fundamentais. Regulando atividades desta importância, os entes reguladores devem velar pela conservação do meio-ambiente. A ação ou omissão lesiva das Agências Reguladoras no âmbito de suas atribuições gera responsabilidade, sobremodo em relação a consumidores e usuários dos serviços públicos. Diante deste universo não se pode perder de vista o consumidor. Trata-se, aparentemente, do elo mais fraco. A preocupação pois de colocá-lo no papel de destaque que merece, sob pena de ser injustamente relegado, tornando-se vítima de um sistema que foi feito para protegê-lo e não para ignorá-lo.

Palavras chaves: Sociedade e Direito. Agências reguladoras. Regulação da economia. Reflexos sociais e ambientais. Características. Funções. Responsabilidade. Controle democrático. Serviço Público. Consumidor. Proteção.

ABSTRACT

In the contemporary society, law appears as an instrument able to solve the perplexity created by the complex relationships involved. The social role of legal institutions wins raise the extent that the concerns of purely individualistic stamp are restricted to times gone. Observing how the economy will behave towards the Law and the State, we see that there is mutual influence. The state entities and companies that perform activities of social interest affect the community. In Brazil, as the example of other countries, regulatory agencies appear with the transference to private initiative of certain services until then affected to the State. Then there is a need to organize economic aspects, controlling, in a way, and in some degree, the behavior of economic agents, avoiding recognized social interests to be harmed. The Regulatory Agencies work in sectors which are essential to economy and society. All forms of regulation have impacts on the regulated units. To realize satisfactory the functions for which they were intended, the regulators must have autonomy towards the other powers of the Republic. The issue is sensitive, since the purpose of the Regulatory Agencies is not only to balance the market, focusing on its planning and promotion. The relationship is complex: regulatory agencies, economic agents and consumers. Consumers must have more effective participation in decisions of the Regulatory Agencies, to give them democratic legitimacy, issue of such importance for the protection of fundamental rights and citizenship. Regulating activities of such importance, the agents of regulation should ensure the conservation of the environment. The harmful action or inaction affecting the Regulatory Agencies under its tasks creates responsibility, specially when consumers and users of public services are involved. In this universe we can not forget the consumer. It is, apparently, the weakest link. That's the reason of the concern to put the consumer in the role of prominence it deserves, so that he will not be unjustly relegated, becoming victim of a system that has been done to protect, and not to ignore the weakest.

Keywords: Society and Law. Regulatory agencies. Regulation of the economy. Social and environmental effects. Characteristics. Functions. Responsibility. Democratic control. Public Service. Consumer. Protection.

ABREVIATURAS/SIGLAS

AAI	-	Autoridade Administrativa Independente
ABAR	-	Associação Brasileira de Agências Reguladoras
A&C	-	Revista de Direito Administrativo e Constitucional
ADI	-	Ação Declaratória de Inconstitucionalidade
ANA	-	Agência Nacional de Águas
ANAC	-	Agência Nacional de Aviação Civil
Anacom	-	Autoridade Nacional das Comunicações (Portugal)
ANATEL	-	Agência Nacional de Telecomunicações
ANC	-	Autoridade Nacional da Concorrência (Portugal)
ANCINE	-	Agência Nacional do Cinema
ANEEL	-	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP	-	Agência Nacional do Petróleo
ANS	-	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANTT	-	Agência Nacional de Transportes Terrestres
ANTAQ	-	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANVISA	-	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
APA	-	<i>Administrative Procedural Act</i> (Estados Unidos)
ARAN	-	Agencia para a Representação dos Negócios da Administração Pública (Itália)
AR	-	Agência Reguladora
ARI	-	Agências Reguladoras Independentes
Art., Arts.	-	Artigo, Artigos
at.	-	atualizada
ampl.	-	ampliada
aum.	-	aumentada
BACEN	-	Banco Central do Brasil

CADA	-	Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos (França)
CADE	-	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CC	-	Código Civil
CCJ	-	Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania
CDC	-	Código de Defesa do Consumidor
cf.	-	conforme
CMN	-	Conselho Monetário Nacional
CNIL	-	<i>Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés</i> (França)
CNCL	-	Comissão Nacional das Comunicações e das Liberdades (França)
CMVM	-	Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (Portugal)
COB	-	Comissão de Operações na Bolsa (França)
CoDeCon	-	Código de Defesa do Consumidor
CONAR	-	Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária
Coord.	-	Coordenador
CVM	-	Comissão de Valores Mobiliários
CR, CF	-	Constituição da República Federativa do Brasil
CRE	-	<i>Commission de Régulation de l'Electricité</i> (França)
DAC	-	Departamento de Aviação Civil
DF	-	Distrito Federal
Dir.	-	Diretor
ERSE	-	Entidade Reguladoras dos Serviços Energéticos (Portugal)
ed.	-	edição
EUA	-	Estados Unidos da América
ex.:	-	exemplo
FAO	-	Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação
GATT	-	<i>General Agreement on Tariffs and Trade</i>
Ibid.	-	<i>Ibidem</i>

ICC	-	<i>Interstate Commerce Commission</i> (Estados Unidos)
Id.	-	<i>Idem</i>
IP	-	Interesse Público (periódico)
imp.	-	impressão
inc.	-	inciso
IRAR	-	Instituto Regulador de Águas e Resíduos (Portugal)
ISP	-	Instituto dos Seguros de Portugal
MP	-	Ministério Público
n., nº	-	número
NCC	-	Novo Código Civil
Ob. cit.	-	Obra citada
OMC	-	Organização Mundial do Comércio
OMS	-	Organização Mundial da Saúde
Op. cit.	-	<i>Opus citatus</i> (obra citada)
Org./Orgs.	-	Organizador/Organizadores
p.	-	página
PND	-	Plano Nacional de Desestatização
<i>quangos</i>	-	<i>quasi-autonomous non governmental organizations</i>
RDA	-	Revista de Direito Administrativo
RDPE	-	Revista de Direito Público da Economia
reimp.	-	reimpressão
ref.	-	refundida
rev.	-	revista
RT	-	Revista dos Tribunais
SDE	-	Secretaria de Direito Econômico
STF	-	Supremo Tribunal Federal
STJ	-	Superior Tribunal de Justiça
tir.	-	tiragem
UE	-	União Europeia
v.g.	-	<i>Verbi gratia</i>

vol.,vols.	-	volume, volumes
§	-	parágrafo

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	16
2	REGULAÇÃO DA ECONOMIA: SIGNIFICADO E ALCANCE.....	18
2.1	Conceito.....	18
2.2	Regulação e serviço público.....	20
2.3	Regulação e regulamentação de Direitos.....	20
2.4	Regulação e Estado.....	20
2.5	Auto-regulamentação e desregulação.....	21
3	AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO DIREITO COMPARADO.....	22
3.1	Breve introdução.....	22
3.2	A experiência norte-americana.....	24
3.3	A experiência britânica dos <i>quangos</i>	28
3.4	A experiência francesa das <i>autorités administratives indépendantes</i>	30
3.5	A experiência italiana das <i>autorità indipendenti</i>	34
3.6	A experiência espanhola das <i>administraciones independientes</i>	37
3.7	A experiência portuguesa das <i>autoridades administrativas independentes</i>	39
3.8	Súmula conclusiva.....	41
4	NOTÍCIA HISTÓRICA DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO.....	43
4.1	Observações iniciais.....	43
4.2	Estado Absolutista.....	46
4.3	Estado Liberal.....	47
4.4	A inspiração socialista.....	49
4.5	O Estado pluriclasse.....	50
4.6	O modelo regulatório.....	51
4.7	Conclusões.....	52
5	AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO DIREITO BRASILEIRO.....	57
5.1	As causas determinantes do surgimento das Agências reguladoras.....	57
5.2	Conceito.....	59
5.3	Agências reguladoras em espécie.....	64
6	CARACTERÍSTICAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	66
6.1	A realidade subjacente ao modelo regulatório.....	66
6.2	A toponímia constitucional das Agências regulatórias.....	67
6.3	O processo legislativo de criação das Agências.....	67
6.4	As delimitações à independência das Agências.....	68
6.5	As estruturas organizativas e os instrumentos de controle interno.....	69
6.6	O controle do legislativo sobre as Agências reguladoras.....	72

	14
6.7 As delimitações aos controles institucionais.....	73
6.8 A autonomia econômico-financeira.....	74
6.9 A questão terminológica.....	75
6.10 Atribuições das Agências.....	75
6.11 Função normativa.....	76
6.12 Função fiscalizatória.....	79
6.13 Função sancionatória.....	79
6.14 Função executiva.....	80
6.15 Função decisória.....	82
6.16 Agências reguladoras e participação cidadã: (I) as audiências públicas, (II) as consultas públicas e (III) os Conselhos Consultivos.....	84
7 O SERVIÇO PÚBLICO.....	87
7.1 O conceito de serviço público.....	87
7.2 O Poder concedente do serviço público e a natureza do vínculo <i>inter partes</i>	88
7.3 As normas constitucionais e infraconstitucionais de proteção do usuário.....	92
7.4 Os princípios tutelares da prestação do serviço público.....	95
7.5 Isonomia: sentido, alcance e relação com o princípio da supremacia do interesse público.....	99
7.6 A continuidade dos serviços essenciais.....	103
7.7 Usuário <i>versus</i> consumidor.....	107
7.8 A responsabilidade pelos danos na prestação do serviço público.....	109
8 OS CONTROLES DE ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS.....	112
8.1 O controle pelo Tribunal de Contas.....	112
8.2 O controle pelo Poder Judiciário.....	113
8.3 O controle pelo Ministério Público.....	121
8.4 Participação dos consumidores no controle da regularidade de gestão e na atuação das Agências reguladoras.....	123
9 O SISTEMA LEGAL PROTETIVO DO CONSUMIDOR.....	127
9.1 A proteção constitucional do consumidor.....	127
9.2 As Agências reguladoras e a proteção do consumidor.....	128
9.3 O papel das ouvidorias.....	131
9.4 Agências reguladoras e democracia ambiental.....	133
10 RESPONSABILIDADE CIVIL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS EM FACE DO CONSUMIDOR E DO TERCEIRO EQUIPARADO.....	140
10.1 Breve introdução.....	140
10.2 Sistemas de responsabilidade civil.....	143
10.3 Responsabilidade pelo planejamento econômico e de fomento público.....	145
10.4 Responsabilidade pelo tabelamento ou controle de preços.....	148
10.5 Responsabilidade por falha no exercício de fiscalização.....	151
10.6 Responsabilidade civil por atos de regulação normativa.....	153

11	CONCLUSÃO.....	15
	REFERÊNCIAS.....	156
		161

1 INTRODUÇÃO

O Brasil é um país novo, cujas instituições republicanas mal completaram dois séculos de existência.

No ocidente, o modelo de Estado unitário, hierárquico e centralizador, implantado na Europa por Napoleão, foi influenciado também pelo sistema estadunidense.

Formou-se então a tradição política montesquiana da divisão do Estado em três Poderes clássicos, Executivo, Legislativo e Judiciário, a conservarem independência e harmonia entre si.

O Estado agigantou-se, tornando-se o monstro absolutista hobbesiano. Seguiram-se várias fases na ordem econômica, com a expansão e contração do Estado em sua participação e intervenção. A máquina administrativa, fortemente burocratizada, tornou-se lenta, pesada, onerosa e ineficiente. O Estado resolveu recuar e deixar largos espaços à atividade privada, que demonstrava mais vigor, eficiência e agilidade.

Nesta retirada, porém, não se podia deixar a sociedade à mercê das mega-corporações. Por outro lado, não era possível engessar a economia. Além disto, não se poderia atrair o capital privado para investir em setores sujeitos à instabilidade política. Era necessário afastar a insegurança gerada por turbulências políticas.

Qual foi a solução? O Estado se retiraria de boa parte de sua atividade econômica, mas delegaria a uma outra entidade competências para regular, pautar, fiscalizar as relações de consumo, reprimindo com severidade as práticas abusivas.

Mas estas novas entidades não poderiam ficar ao sabor das conveniências políticas. Haveria que se lhes dar total independência. Independência de quê ? Dos órgãos de soberania que constituem o Estado.

Este foi o primeiro grande desafio na criação das Agências Reguladoras. Impunha-se uma nova concepção de Estado. Sentia-se o surgimento de uma nova força avassaladora, que determinava leis incontornáveis, que não encontrava fronteiras, chamada de mercado econômico.

As Agências Reguladoras seriam então um *quarto Poder*? A simples idéia provocava a repulsa da ciência política tradicional.

Tornaram-se necessárias as agências, mas como controlá-las ? Como dar-lhes legitimidade democrática ? Quais a extensão e os limites de sua competência ? Qual a sua natureza jurídica ? E em todo este contexto, como situar as figuras do consumidor e do usuário ? O direito do consumo provocou uma grande revolução em todo o sistema jurídico. As leis instituidoras das Agências Reguladoras têm que estar consentâneas com tal realidade, procurando focar também o social e não apenas o econômico.

Esta monografia pretende examinar estes temas e extrair algumas conclusões deste rico e desafiador contexto. Torna-se extremamente delicada a tarefa de equilibrar as várias peças deste mosaico, evitando maiores desajustes. Mas tudo instiga a uma profunda reflexão, à necessidade de preservar os valores básicos da democracia e, ao mesmo tempo, reconhecer um novo modelo de Estado. As forças econômicas e sociais devem gravitar em torno de valores permanentes, de modo a preservar o homem e reservar-lhe um horizonte futuro onde possa inserir-se em uma sociedade que lhe garanta o bem-estar sem , jamais, deixar de ser justa.

2 REGULAÇÃO DA ECONOMIA: SIGNIFICADO E ALCANCE

2.1 Conceito

A expressão regulação tem sido utilizada em diversos sentidos, o que em muito dificulta a compreensão adequada do conceito.

O próprio fenômeno da regulação da economia é deveras complexo, tanto quanto o é o respectivo vocábulo.

Não se confunde com a atividade direta do Estado como produtor de bens ou serviços, ou fomento das atividades privadas, que, ao lado da regulação, constituem espécies do gênero intervenção do estado na economia.

Tratando da intervenção do Estado na economia, o Professor LUIZ ALBERTO BLANCHET pontua que a intervenção do Estado na ordem econômica opera-se mediante ato administrativo ou legislativo do Estado destinado a limitar, condicionar ou excluir a iniciativa privada em determinado setor da economia, visando a preservação dos princípios constitucionais pertinentes ¹.

Segue o autor assinalando que o Estado atua ora diretamente, em substituição mesma à iniciativa privada, ora controlando, fiscalizando ou reprimindo. O respectivo fundamento está nos arts. 173 e 174 da Constituição Federal²

Portanto, a regulação está incluída no conceito de intervenção do Estado na economia. É um modo pelo qual o Estado atua, não em termos de intervir diretamente na economia, mas de forma a buscar organizar as relações econômico-sociais.

A noção de regulação implica a integração de diversas funções. Por vezes funções gerais e abstratas, outras vezes de forma mais delineada, a fiscalizar e assegurar a aplicação concreta das respectivas regras, conforme vemos ao longo do presente estudo.

É possível conceituar a regulação estatal da economia como conjunto de medidas normativas e administrativas, com as quais, de modo abstrato ou concreto, o Estado organiza os aspectos econômicos, controlando, de certa forma, e em certo grau, o comportamento dos agentes econômicos, evitando assim que se lesem interesses sociais reconhecidos.

Nas palavras de ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO:

¹ BLANCHET, Luiz Alberto. Curso de Direito Administrativo, 5. ed., Curitiba, Juruá, 2006, p. 185).

² BLANCHET, op.cit., p.186.

A regulação estatal da economia é o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis³.

A fim de diferenciar a regulação do exercício de poder da polícia, Paulo Roberto Ferreira da Motta colaciona Muñoz Machado, que assim conceitua o instituto:

Regulação é um conjunto de técnicas de intervenção pública no mercado, devendo ser esta 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 mercado⁴.

MARTIN COLLET obtempera que a referência à idéia de regulação para definir as agências reguladoras é tão comum que, em França, usa-se a expressão “*autorités de régulation*”.

Menciona que a expressão é empregada em três sentidos: a) função do conjunto das “*autorités administratives indépendantes*”, suas missões, ao largo da própria diversidade que as caracteriza; b) modalidade de intervenção exercida pelas “*autorités administratives indépendantes*”, compreendidas a ação que obriga, como as sancionatórias, e a intervenção simplesmente indicativa, sendo por exemplo a normativização de caráter genérico, que indica o traçado de metas, mas uma atividade mais genérica, que não é exclusividade de tais entes; c) um conjunto de prerrogativas dos quais são dotadas as agências, mencionando-se atos unilaterais, regulamentações, intervenções informais, sanções, mas também atinentes a outros organismos, como o Conselho Financeiro, o próprio Ministro das Finanças, e a Agência francesa de segurança sanitária dos alimentos⁵.

A regulação, sob o ponto de vista econômico, é um modo de exercer controle, fiscalizando, de forma a evitar distorções em face de relevantes atividades que, antes públicas, passaram à iniciativa privada.

³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 37.

⁴ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira, Agências Reguladoras, p. 49.

⁵ COLLET, Martin. Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes, p.9.

2.2 Regulação e serviço público

Mas temos que ser cautelosos, pois, ao buscar o significado de regulação, por vezes nos deparamos com definições que destacam apenas os serviços públicos.

A atividade regulatória não está de forma alguma adstrita aos serviços públicos, quanto menos conceitualmente.

De fato, a atividade bancária e a atividade securitária, por exemplo, estão sujeitas à regulação.

2.3 Regulação e regulamentação de Direitos

Em seguida, cumpre observar que não se confunde a regulação com a regulamentação de Direitos.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, que se mostrou pioneira e incansável ao tratar do tema em comento, distingue regulação como o estabelecimento de regras, independentemente do agente criador, e regulamentação como o ditar de regras, exclusivamente através do agente normativo legalmente definido como tal ⁶. Assim, a regulação é uma atividade mais ampla, quanto ao estabelecimento de regras, sem que seja referido um sujeito determinado, mas a regulamentação diz com ditar regras através de competência prevista em Lei, através do respectivo agente normativo, qual seja, o Poder Executivo.

2.4 Regulação e Estado

É preciso ainda observar que a definição de regulação está estreitamente ligada à Carta Federal, pela qual é atribuição do Estado conciliar o desenvolvimento econômico e social. A função reguladora do Estado está prevista no artigo 174, da Constituição Federal.

⁶ Di PIETRO, Maria Sylvia Zannella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 2.ed. São Paulo:Atlas, 2001. p. 142

O supracitado artigo 174 da Carta Magna reconhece o Estado como sendo agente normativo e regulador da atividade econômica, dispondo que ele exercerá – na forma da lei – as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Tal atribuição do Estado deriva das próprias contingências históricas, eis que, se o ente estatal se retirava de determinadas áreas, não poderia relegá-las ao esquecimento ou ao bel prazer das flutuações do mercado em regime de livre concorrência, apenas.

Passa o Estado a exercer a atividade regulatória, coordenando os impulsos econômicos próprios da livre iniciativa, sem perder de vista valores sociais tutelados pela Constituição e pelas leis como um todo.

2.5 Auto-regulação e desregulação

Buscando a compreensão do que se entende por “auto-regulação”, imaginemos uma situação ideal, apenas ilustrativamente, em que o mercado fosse regido de forma “meramente privada”, onde a denominada auto-composição, resultasse no fim das respectivas práticas perniciosas. Falar-se-ia em auto-regulação.

Desregulação consistiria na diminuição do regramento estatal na atividade privada⁷.

A regulação estatal da economia deve, pois, sem perder de vista os valores do Estado Democrático de Direito, conjugar fatores para formulação de novas e eficientes técnicas. Deve-se pautar pelo que é razoável, pelo equilíbrio, mesclando a autonomia dos sujeitos, que não deve ser elidida, e a administração pública com mecanismos de legitimação cidadã, a fim de que os cidadãos sejam partícipes comprometidos com os resultados estatais, tendo em vista um valor maior, qual seja, o interesse social.

⁷ Di PIETRO, Maria Sylvia Zannela. **Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988**. 2.ed. São Paulo:Atlas, 2001. p. 142.

3 AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO DIREITO COMPARADO

3.1 Breve introdução

O estudo do direito comparado, sobremodo integrar qualquer pesquisa monográfica, mais se impõe ao presente tema, para se ter presente não apenas o que é peculiar a cada sistema, como também as dificuldades comuns que surgem em relação ao novo instituto.

É preciso destacar que este fenômeno não se faz presente nos demais países da América do Sul, tendo surgido inicialmente nos EUA e, posteriormente, na Europa. É bem verdade que a Constituição argentina, em seu art. 42, prevê a criação destes organismos de controle. Mas estes entes reguladores argentinos, malgrado possuírem alguns traços institucionais especiais, sobretudo quanto à capacitação técnica de seus dirigentes, não se revestem de garantias funcionais quer de organização, quer de execução em face da administração central.

No Brasil, não se desconhecia tal fenômeno, e muito se discutia acerca do tema, já na década de trinta, inclusive no Governo.

Mas somente a partir da década de noventa surgiram no Brasil as Agências Reguladoras.

Insta salientar que a divisão da Administração pública em mais de um centro de poder é fenômeno muito mais antigo e amplo do que o surgimento de tais entes, a nível global. Veremos que o policentrismo administrativo é mais acentuado em determinados países, sempre dentro de uma perspectiva histórica.

Assinale-se, entretanto, a importância do surgimento das agências, diante do contexto de desregulamentação em que nasceram.

A partir da década de oitenta, houve grande proliferação das Agências Reguladoras em toda a Europa.

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO colaciona GIAMPAULO ROSSI, segundo o qual, após todos os malogros das tentativas de desregulação da economia na Europa, referindo-se às décadas de oitenta e noventa, grande parte da economia passou a ser confiada

a autoridades administrativas independentes e especializadas, que *sorgono come funghi dopo la pioggia in autunno*⁸, nas palavras do autor italiano⁹.

Para entender tal colocação, tenha-se em mente a realidade européia, onde o funcionamento das Agências reguladoras guarda traços distintos. Veja-se que na Itália, parte da doutrina concebe tais entes como um quarto poder. Não há vinculação dos mesmos com a organização ministerial. O fenômeno diz com a alocação formal do poder e o efetivo exercício do mesmo.

Imaginemos pois as dificuldades que enfrentamos em nosso País, para que, finalmente, se fortaleçam as AR, de modo a efetivamente alcançar os objetivos para os quais foram instituídas.

Outra cautela a ser tomada é que não podemos, de forma simplista, importar um modelo, sem que estejamos atentos à sua verdadeira função e significado, criando, afinal, colcha de retalhos, correndo o risco de não ajudar e até distorcer conceitos quando dos estudos que tratam da otimização da regulação da economia.

Em segundo lugar, cabe observar que, ao abordar as AR no Direito comparado, veremos que o que varia é o grau de desenvoltura, consoante acima foi observado, e, ainda, as principais características de tais entes, que as tornam únicas nos meandros e melindres da máquina administrativa e sua indireta intervenção na economia, qual sejam: a desvinculação do poder central, a forma legal de instituição, o regime especial e as prerrogativas, que adquirem por vezes colorido na forma de autarquias especiais, na estabilidade de seus dirigentes, na autonomia política e financeira.

Quanto à forma de autarquias especiais, veremos que a forma, adotada no Brasil, não é uma constante no direito comparado, dadas as peculiaridades de cada País.

A criação através de lei, por sua vez, é característica genérica.

A nomeação de seus diretores é semelhante. Conforme veremos, em alguns países existe, a par da nomeação pelo chefe do poder executivo, o aval da cúpula do poder legislativo.

⁸ Traduzindo-se literalmente, “surgem como cogumelos depois da chuva no outono”, para simbolizar o ato de florescer depois das profícuas chuvas de outono, e, igualmente, no que diz respeito à evidente proliferação exasperada.

⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 2.

Por vezes, a indicação dos respectivos membros refoge à competência do Poder Executivo, sendo mais, digamos, difusa, como no modelo Francês.

No que diz respeito à independência, vemos que no Brasil é mais consentâneo falar-se em autonomia das AR, e não em entes independentes.

Em outros países, conforme veremos, o grau de independência é mais acentuado. Assim, a distinção é a maior ou menor subordinação das AR em relação ao poder executivo.

Em alguns países, as AR gozam de maior independência política e financeira, e há menor risco de que haja indevidas ingerências em suas atividades.

No Brasil, a despeito do plano orçamentário prévio a ser aprovado pelas próprias AR's, e leis que prevêem a criação de taxas a favor delas, estão inseridas no orçamento geral do poder executivo, não havendo que se cogitar, realmente, de independência financeira. Veremos que tal também ocorre em outros países. Ou seja, mesmo que tais entes planejem seu orçamento, tendo voz para tanto, são mantidas economicamente pelo poder executivo central.

Não é nosso propósito esgotar o tema, apenas evidenciar os aspectos que mais contribuam para o escopo deste trabalho.

Na análise que a seguir será feita notam-se questões recorrentes como o grau de independência das agências reguladoras, a sua natureza constitucional, as funções por elas exercidas e a forma de controle, seja judicial ou administrativo.

3.2 A experiência norte-americana

Os EUA foram o primeiro país a adotar este modelo organizativo.

Como já visto, a criação das *independent regulatory agencies* acompanhou a evolução do Estado na atividade econômica, à medida em que a sua participação foi se reduzindo.

Muito se evoluiu até que se alcançasse o conceito em que se subsumem tais entes.

Cumprе ressaltar que o perfil do objeto de nosso estudo começava a ser traçado em tempos bem distantes.

Nos Estados Unidos, antes de 1907, o único serviço público submetido a controle era o das estradas de ferro.

Em 1907, em **alguns** Estados americanos, houve extensão da chamada *jurisdição* das comissões, incumbidas de tal controle, aos serviços *quasi public*, quais sejam, os de grande interesse para a sociedade.

Nos anos que se seguiram, especialmente em 1929, as *Public Utilities Commissions* se estenderam aos serviços públicos sob administração privada na **maioria** dos Estados Norte-americanos¹⁰.

Obtempera-se que, nos EUA, o que há de mais peculiar é o fato de que o fenômeno surgiu e se desenvolveu de forma **espontânea**, que ocorreu de forma gradativa e natural, conforme o breve histórico acima constante.

Não obstante estas considerações, as agências reguladoras norte-americanas haveriam de despontar nos anos trinta, do século passado, justamente durante o período intervencionista do governo ROOSEVELT, com o seu plano que entrou para a história com o nome de *New Deal*, para tirar o país da depressão econômica.

E isso em razão da desconfiança do Congresso ao seu governo, que preferiu as funções fiscalizadoras das reformas econômicas e entidades livres de pressão da Casa Branca.

Esta orientação foi mantida nos anos áureos do *Welfare State* e se renovou nos anos setenta, com o surgir da **quarta geração dos direitos fundamentais**, ao consagrar *agencies* destinadas à tutela do meio ambiente e à proteção dos consumidores.

As *independent regulatory agencies* possuem uma estrutura colegiada, cujos membros são designados pelo Presidente da República, dentre personalidades ligadas aos dois partidos políticos majoritários, como forma de assegurar a sua neutralidade. Os mandatos excedem no prazo ao do Presidente da República, que pode demitir os mandatários por justa causa.

Tais entes possuem poder de caráter regulamentar, de emitir autorizações e licenças, de realizar investigações, de aplicar sanções e de arbitrar conflitos no setor regulamentado.

Tema interessante diz respeito à amplitude dos poderes normativos das agências reguladoras. Teriam elas independência para estatuir originariamente o regime jurídico das matérias contidas na sua competência ou apenas de complementar a legislação? A prática vai no sentido de demonstrar que o Congresso estabelece um *broad delegation*, ou seja, de que as agências podem regulamentar as matérias compreendidas nas suas atribuições.

¹⁰ Cf. WILLEMANN, Flávio de Araújo, **Responsabilidade civil das agências reguladoras** - Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005, p. 54.

Para que não resulte a impressão de que as agências possam constituir um *superpoder*, os Tribunais norte-americanos usam qualificá-las como titulares de poderes *quase legislativos* e *quase jurisdicionais*. Esta última expressão, em face das funções de arbitragem, que significariam a vantagem de uma instância administrativa especializada em matéria econômica, diversa da justiça comum.

A expressão *quase legislativa* não significa poder normativo, mas sim que as agências, com os seus inquéritos e seus estudos, podem influenciar materialmente a atividade legislativa do Congresso.

A independência das agências reguladoras norte-americanas pode ser identificada nestes três critérios: (I) não se encontram integradas no *executive branch*, ou seja, tronco executivo, nem sujeitas às ordens do Presidente; (II) garantia do exercício do mandato dos titulares, que impõe restrições para a sua eventual demissão; (III) caráter colegiado, que pode reduzir a pressão dos *lobbys*. Ao lado desta parte organizacional, deve-se destacar a liberdade de ação das *independent regulatory agencies*, com conteúdo fortemente aberto e com delegações normativas indeterminadas.

O fundamento da independência das *agencies* está em assegurar a neutralidade da Administração, em evitar gestões influenciadas por ditames políticos-partidários, em assegurar que as atividades regulamentadas se desenvolvam com respeito à preservação de certos valores como o respeito ao meio-ambiente, à segurança, aos direitos do consumidor, à livre concorrência.

As *independent regulatory agencies* ainda encontram limites quanto à sua organização e funcionamento (*limites intrínsecos*) quanto limites quanto à atividade que exercem (*limites extrínsecos*).

Quanto ao aspecto organizatório, este limite é representado por certa discricionariedade do Chefe do Poder Executivo em fazer a nomeação dos respectivos titulares. Além disto, ele também pode controlar suas atividades, assim como o Congresso e o Judiciário.

As *agencies* estão sujeitas a responder perante as comissões parlamentares, ao *legislative veto* e às *sunset laws*. Ambas as expressões estão adiante explicitadas.

As comissões realizam avaliações periódicas das agências, sendo que o Congresso, com base em seus relatórios, poderá legislar em sentido contrário às matérias por elas regulamentadas, retirar-lhes algumas de suas competências e, até mesmo, promover a sua

extinção. Além disto, o Congresso pode exercer o controle através da dotação de verbas orçamentárias.

Outra espécie de controle é o chamado *legislative veto* pelo qual o Congresso delega poderes às *independent regulatory agencies*, reservando formalmente para si a última palavra.

As *sunset laws* são provimentos desregulatórios, que prevêm avaliações periódicas dos resultados conseguidos com as leis programáticas, bem como as atuações das *agencies* que as executam. As avaliações negativas podem terminar a revogação das mencionadas leis e, até mesmo, a extinção das agências que executam os programas.

O Poder Executivo também exerce controle, à medida em que as *agencies*, em algumas hipóteses, dependem de autorização do departamento de justiça para residir em Juízo. Além disto, as *agencies* não possuem autonomia orçamentária plena.

O controle jurisdicional é ínsito ao sistema norte-americano ao qual se submetem os órgãos do poder público como garantia por excelência do Estado de Direito, não se diferenciando dos remédios judiciais consagrados para decisões dos serviços prestados no *executive branch*.

As *independent regulatory agencies* têm sido qualificadas como um **quarto poder**, autoridades *sui generis* que não necessitam se reportar nem ao Presidente, nem ao Congresso.

A questão refoge ao esboço histórico do sistema norte-americano, que concebe as instituições administrativas como corpos subordinados à vontade dos poderes democraticamente investidos: Congresso e Presidência.

Nos EUA elas surgiram por razões de ordem político-institucional, ou seja, pela desconfiança do Congresso em relação ao Presidente, o que recomendava que a fixação de marcos regulatórios não ficassem a cargo do *executive branch*.

No Brasil, esta *rivalidade vigilante* é atenuada, sendo que as agências surgiram em um contexto em que houve necessidade de refluírem à iniciativa privada vários serviços prestados por órgão estatais. Teria, então, de haver um modo pelo qual se operasse uma fiscalização, ou regulação.

Estes organismos não possuem nos EUA assento constitucional, sendo acolhidos na ordem jurídica em sede de lei ordinária.

Isso leva a duas questões controvertidas por colidência com o princípio democrático e o de separação de poderes.

O confronto com o *princípio democrático* ocorre porque o surgimento de uma nova *independent regulatory agency* permite que o Congresso crie um ente livre de controles

políticos, hierárquicos ou tutelares. Por outro lado, sempre que tal ocorre, o Congresso está subtraindo do Poder Executivo competência para administrar a atividade regulada e, finalmente, infringindo também a reserva jurisdicional ao confiar função de arbitragem (*adjudication*) a estes órgãos.

Quanto ao mais, a separação entre a política e a administração vem admitindo que a subordinação da administração pública à vontade dos poderes democraticamente investidos não implica necessariamente na assimilação de todo o aparelho administrativo por um daqueles órgãos de soberania. Além disto, a cultura jurídica norte-americana é caracterizada por um forte pragmatismo, que consiste primeiramente em saber se as *agencies* são úteis para, ao depois, perquirir se é conveniente conservá-las ou extingui-las. É premissa necessária para que se cogite do enquadramento jurídico-constitucional para esta figura.

3.3 A experiência britânica dos *quangos*.

O termo ***quango*** corresponde à abreviatura da expressão *quasi-autonomos non governmental organizations*, que identifica um conjunto de estruturas administrativas dotadas de alguma autonomia relativamente ao poder central.

A denominação porém tem sido controversa pois revela um grau exagerado de independência em relação ao Poder político. Em verdade, existe uma heterogeneidade de estruturas organizatórias, que possuem em comum apenas o caráter indireto e limitado da sua responsabilidade perante a autoridade política.

Existem vários tipos de *quangos* quanto às funções que exercem. Há os destinados à regulação, os que prestam serviços e os que acumulam as duas funções. Há *quangos* com dimensões nacionais e locais.

Embora conhecidos há mais tempo, os *quangos* passaram a assumir papel relevante nos anos sessenta do século passado, com a política social do Partido Trabalhista.

No governo conservador de MARGARET THATCHER, partidário da *deregulation*, buscou-se aumentar o controle sobre os *quangos* e extinguir uma série deles. Entretanto, muitos foram criados para regular as atividades então desestatizadas. No âmbito da reforma do *Next Steps Report* foram criados mais 92 *quangos* no início da década de 90, sendo em sua maioria de serviços executivos.

Os *quangos* criados pelo *Next Steps Report* encontram os seus poderes definidos em *acordos de estrutura* celebrados com o Ministro do setor e, por vezes, também com o

Tesouro, estabelecendo um *plano de cooperação*, onde são fixados os objetivos a atingir e o regime financeiro. Os demais *quangos* têm a sua organização normalmente fixada por estatutos. Quanto à organização, eles refletem sempre a forma colegiada.

A designação dos dirigentes destas instituições é feita pelo Ministro responsável pelo setor de atuação dos *quangos*. Não existem todavia garantias de inamovibilidade ou de irrevogabilidade dos mandatos.

As técnicas de controle são difíceis de avaliar, em face do elevado número de *quangos*, da sua heterogeneidade e da incerteza em torno da delimitação desta categoria.

Há, todavia, a possibilidade de controle dos *quangos*, por parte do Governo e do Parlamento, na medida em que assim estiver previsto nos respectivos diplomas instituidores.

Desta forma, a atividade dos *quangos* pode ser controlada previamente pela definição das normas do respectivo estatuto ou demais legislação habilitante.

A responsabilidade dos dirigentes dos *quangos* perante o Parlamento ou o departamento governamental competente não deixa de se contradizer com o seu pretendido grau de autonomia.

Apesar desta contradição, os *quangos* podem vir a responder por três vias diversas: (I) perante o Ministro do setor, como estabelecem os estatutos; (II) perante o Parlamento diretamente através das Comissões; (III) perante o Parlamento, de modo indireto, em face de comissões investigatórias para a Administração.

Trata-se ainda assim de uma responsabilidade atenuada, que não elimina totalmente a subordinação do executivo ao legislativo, em um sistema parlamentarista.

O sistema britânico assenta-se sobre o princípio da responsabilidade ministerial. O Ministro é considerado responsável por atos emanados de qualquer agente do seu ministério e pode ser chamado a prestar contas sobre os mesmos perante o Parlamento. Ora, se os *quangos* escapam ao controle de um Ministro, o princípio da responsabilidade ministerial fica enfraquecido, pois os dirigentes destes organismos não estão obrigados a responder diretamente sobre seus atos perante o Parlamento.

Embora seja dogma tradicionalmente conhecido que apenas os Ministros respondem perante o Parlamento, nos últimos anos – como acima se disse – abriram-se as portas para investigar as atividades dos *quangos* através de comissões parlamentares.

3.4 A experiência francesa das *autorités administratives indépendantes*.

A introdução destes entes reguladores na França surgiu ante a descaracterização do modelo napoleônico, que primava pela unidade e hierarquia na administração pública.

A própria denominação adotada logo denotava o pluricentrismo administrativo, que veio contradizer a estrutura de um Estado unitário e centralista.

A primeira notícia a respeito do tema foi a implementação da *Commission de Contrôle des banques*, em 1941.

Mas o marco principal foi a *Commission nationale de l'informatique et des libertés*, em 1978, devido a suas características de autonomia e competência. Surgia o conceito de **autoridade administrativa independente (AAI)**.

A partir de então, muito se evoluiu e modificou a tal propósito em França.

As agências desde logo se caracterizavam pelo exercício de poderes de *autoridade*, ou seja, uma competência decisória independente, garantida por regras precisas sobre a respectiva formação e composição. Há uma autonomia mais efetiva, mais reforçada em relação aos demais organismos. Outro fato relevante é o de que elas são destituídas de personalidade jurídica, o que significa independência em relação a uma administração centralizada, submetida a forte e absorvente controle ministerial.

Na França, a expressão *agence* não tem rigor técnico, e qualquer empresário que atue no setor de intermediações pode ser denominado *agente*. É possível desenvolver um conceito exegético a partir da denominação adotada.

Neste contexto, o termo **autoridade** significa, numa acepção estrita, o *poder de aprovar medidas com caráter de ato administrativo unilateral*, enquanto uma concepção ampla acresce a esta competência decisória o poder de influência *inserido numa ação coerente e continuada* que exercem junto às instâncias decisórias.

Em segundo lugar, tais autoridades são dotadas de **natureza administrativa** pois suas atividades se consubstanciam na aprovação de regulamentos ou na prática de atos administrativos.

O *Conseil Constitutionnel*, que elabora relatórios de estudos, ou seja, não em sede jurisdicional, tem sufragado esta tese pois, ao apreciar os respectivos diplomas instituidores, nunca deixou de considerar que se encontrava perante uma *autoridade administrativa* ou um *órgão administrativo*.

Há os que dissentem desta qualificação, e sustentam que tais organismos integram uma nova categoria de regulação, distinta da lógica política e administrativa clássica, situada de forma autônoma entre os planos da escolha dos políticos e dos cargos a eles subordinados e a gestão autárquica dos serviços públicos.

E, finalmente, a **independência**, que é condição essencial à sua existência, possibilitando servir aos cidadãos, colocando-se contra os abusos do poder e a influência dos grupos de pressão. Ela se manifesta pela escolha de dirigentes idôneos, com comprovada competência, no exercício de mandatos com prazos razoáveis de duração e dotados de inamovibilidade. Além disto, tais mandatários não estão sujeitos à submissão hierárquica ou tutelar.

As causas que determinaram a criação das *autorités administratives indépendantes* não se afastam muito daquelas ligadas à transformação do Estado. Em muito contribuíram o desenvolvimento do mercado, a globalização da economia, a concentração de capitais, o surgimento de oligopólios nas áreas de informatização, de comunicação, de alta tecnologia, a necessidade de se reduzir o tamanho da máquina estatal, da proteção ao consumidor, da criação de marcos regulatórios a disciplinar os vazios avidamente preenchidos pelas mega-corporações, a fragilidade em se deixar o equilíbrio econômico aos humores do mercado, e a inadequação das instâncias tradicionais em confronto com a nova realidade.

Desse modo, as *autorités administratives indépendantes* foram criadas para regular o setor de comunicação e de informação, prestar apoio ao consumidor, regular a economia de mercado, salvaguardar o pluralismo e a transparência financeira na vida política.

Em suma, despontam duas funções primordiais: (a) proteção dos direitos fundamentais; (b) regulação de setores específicos, nomeadamente no domínio econômico.

O fundamento das *autorités administratives indépendantes* estaria na necessidade de regulação de atividades estratégicas, retiradas ao domínio do Estado, que todavia deveriam ser ao mesmo tempo libertas de sua influência e não manipuláveis pelos grupos de pressão.

Na França, as *autorités* possuem organização simplificada, e podem ser dirigidas a algum serviço de execução, em contraste com o peso das estruturas tradicionais da administração pública.

A direção é colegiada e seus membros escolhidos geralmente pelo Governo dentre personalidades destacadas na carreira profissional, para assegurar a competência e a neutralidade da instituição, formando um autêntico *colégio de sábios*. Esta expressão é

utilizada para significar a presença de magistrados e altos funcionários nas *autorités*, além de membros oriundos da maioria política ¹¹

As agências possuem também poderes chamados *jurídicos*, que lhes atribuem competências decisórias, normativas, investigatórias, controladoras, injuntivas, sancionatórias e de representação judicial.

A independência das *autorités* não é absoluta. Ela sofre das mesmas limitações encontradas nas legislações de outros países. Os titulares são indicados pelo governo ou pelo parlamento, que também controlam as dotações orçamentárias. Cabe também ao governo competência para executar as políticas de desenvolvimento setorial.

As *autorités* também não escapam ao controle jurisdicional, que intervém sempre que surjam tendências de desagregamento, a comprometer a unidade de ação.

Finalmente, a independência é relativa porque a maioria parlamentar pode extinguir e criar livremente as *autorités*.

Questão sempre intrincada é a posição das *autorités* no âmbito do sistema político-institucional. Trata-se de um novo centro de poder, que não se amolda à tradicional separação tripartite montesquiana ¹². As características do Estado moderno, a nova realidade social, estão a exigir uma reformulação das estruturas jurídicas.

Somem-se a isso duas outras dificuldades. As *autorités* não estão previstas em sede constitucional e são destituídas de personalidade jurídica.

A solução mais simples seria a de inserir as *autorités* no quadro clássico das numerosas estruturas administrativas que representam o Estado.

Mas é de se anotar a sua heterogeneidade, porquanto não representam um único modelo, mas vão desde a atividade reguladora à controladora, passando pela de emissão de pareceres.

Estariam assim a representar outra coisa que não o Estado, mas depositárias da confiança dos cidadãos em uma instância independente, sábia e justa. Admite-se que as *autorités* tenham um compromisso com o Estado. Estariam todavia inseridas não no Estado enquanto Poder político, mas sim no Estado pessoa coletiva.

Para contornar esta intrincada questão, procura-se focar mais o mecanismo da responsabilidade política do Governo perante o Parlamento constitucionalmente consagrada.

¹¹ Cf. JOSÉ LUCAS CARDOSO, citando HERBERT MAISI e PAUL SABOURIN em **Autoridades Administrativas independentes e Constituição**, p. 111 – Coimbra : Coimbita Editora, 2002.

¹² Com referência à separação dos poderes preconizada por Montesquieu: Executivo, Legislativo e Judiciário.

As *autorités* haveriam de se submeter a este mecanismo que assegura o controle democrático indireto da administração pública.

Em conclusão, parece haver consenso de que as *autorités administratives indépendantes* seriam *órgãos da pessoa coletiva do Estado*, personalidade esta que, todavia, deveria ser fixada expressamente pelo legislador. A ausência de personalidade jurídica tem, no entanto, levado à qualificação das *autorités* como *órgãos administrativos*, como partes integrantes do Estado.

Também se coloca no direito francês a questão da constitucionalidade das *autorités administratives indépendantes*. Seria possível classificá-las como um quarto poder, sem que no entanto tivessem sede constitucional? Qual a sua legitimidade, como criação de leis ordinárias?

O art. 20, da Constituição francesa de 1958, por exemplo, não se limita a prescrever a subordinação do poder executivo ao poder legislativo mas, pelo contrário, exprime a necessidade de todo e qualquer poder público ser legitimado por procedimentos democráticos.

A independência das *autorités* seria necessária para evitar que as suas funções fossem exercidas pelo executivo, exacerbando e concentrando nele poderes além dos previstos na Carta Maior.

Por outro lado, as *autorités* estariam a garantir os preceitos constitucionais de proteção dos direitos e liberdades fundamentais, bem como controlar certos setores no interesse dos cidadãos.

E não se olvide que a *independência* se encontra limitada pelo controle jurisdicional. O governo pode se socorrer da chamada *instância integrativa de substituição*, provocando o controle jurisdicional das decisões das *autorités*, na condição de órgão superior da administração pública.

Questão mais complexa diz respeito à **autoridade** destes organismos, que desafia a distribuição de competências entre os três poderes constituídos, podendo provocar a alteração no equilíbrio estabelecido pela Constituição, violando o princípio da separação.

É certo que o Parlamento tem competência para fixar regras sobre garantias fundamentais ao exercício das liberdades públicas. O que se indaga é se pode delegar tal competência a outros organismos, sem violar a Constituição. A competência seria indelegável.

Discute-se ainda se é possível atribuir-se às *autorités* competência para baixar regulamentos, o que é reserva constitucional do Primeiro Ministro.

O *Conseil Constitutionnel* já apreciou a matéria, decidindo que o legislador pode atribuir a outro órgão administrativo, que não o Primeiro Ministro, competência para *fixar no âmbito de um domínio específico e dentro de um quadro definido por lei e regulamento, normas que permitam conferir aplicabilidade prática a uma lei*¹³. Em outra decisão, acentuou o caráter limitado do poder regulamentar das *autorités*, cujas medidas ficam restritas tanto no campo de aplicação como no seu conteúdo¹⁴.

Discute-se, também, o poder investigatório das *autorités administratives indépendantes*, em face do texto constitucional que reserva à autoridade judicial a missão de proteção da liberdade individual.

O *Conseil Constitutionnel* tem procurado temperar tais poderes, assegurando que eles sejam controlados pelo juiz, mediante a exigência de uma autorização especial para cada ação concreta e a possibilidade do magistrado controlar a natureza das investigações e a respectiva adequação aos legítimos objetivos¹⁵.

Questiona-se, finalmente, o poder das *autorités* de aplicarem sanções privativas de direito e sanções patrimoniais. A autoridade administrativa não poderia exercer o poder jurisdicional, nem acumular os poderes regulamentar e de sanção.

O *Conseil Constitutionnel* entendeu que o princípio de separação de poderes não constitui obstáculo a que uma autoridade administrativa, agindo no quadro de prerrogativas de poder público, possa exercer um poder sancionatório, desde que se trate de sanção prevista em lei, não privativa de liberdade, e um poder provido de medidas destinadas a salvaguardar os direitos e liberdades constitucionalmente garantidos¹⁶.

3.5 A experiência italiana das *autorità indipendenti*.

A Itália teve tardia unificação e o sistema adotado sofreu fortes influências da legislação de outros países.

Neste sentido, a experiência italiana se assemelha à experiência francesa quanto à evolução das estruturas jurídicas, inspira-se na experiências norte-americana quanto aos escólios doutrinários e é tributária da experiência germânica quanto às diretrizes do sistema.

¹³ Cf. Acórdão do *Conseil Constitutionnel*, de 18/09/1986, citado por JOSÉ LUCAS CARDOSO, op. cit., p. 132/133.

¹⁴ Cf. Acórdão do *Conseil Constitutionnel*, de 28/07/89, citado por JOSÉ LUCAS CARDOSO, op. cit., p. 133.

¹⁵ Cf. Acórdão do *Conseil Constitutionnel*, de 12/01/77, que apreciou o diploma instituidor da *Commission pour la transparence et le pluralisme*, citado por JOSÉ LUCAS CARDOSO, op. cit., p. 134.

¹⁶ Cf. Acórdão do *Conseil Constitutionnel*, de 16/06/89, citado por JOSÉ LUCAS CARDOSO, op. cit., p. 135.

As peculiaridades regionais, marcadas pela politização de seus cidadãos e o avançado modelo sindical, todavia, trouxeram dificuldades em adaptar o modelo de Agência Reguladora que viria, finalmente, satisfazer os objetivos a que foi idealizada.

Apenas na década de noventa as AR assumiram, na Itália, a roupagem a que se destinam, e finalmente, inseriram-se naquele país no contexto sócio-político de modo a efetivamente desempenhar sua importante função no equilíbrio entre o desenvolvimento da economia e a regulamentação das atividades de interesse social confiadas ao setor privado.

Na experiência italiana, todavia, o fenômeno ressentiu-se de forte conotação regionalista. O que se denomina de **região** (*regione*) na Itália é comparável ao nosso Estado federado.

Embora já existissem na Itália vinte Regiões, somente em 2001, a lei constitucional a elas reconheceu competência e autonomia.

Em 2001, finalmente, foi suprimida a ultrapassada figura do Comissário de Governo, que era o representante do poder central em cada Região. Tal Comissário era o *superintendente regional*.

Reconheceu-se a autonomia financeira de cada Região, e possibilidade de instituição de tributos próprios, através de lei regional. Observe-se ainda que no âmbito central, a estrutura política está consubstanciada no Parlamento.

A transferência de competências estatais para entidades descentralizadas ocorreu à semelhança de nosso País.

Na Itália, houve proliferação de entes descentralizados, a começar pelos estabelecimentos autônomos (*aziende autonome*).

Várias leis trataram do processo de privatização, na década de 90, e tais entes foram transformando-se em sociedades anônimas.

Como se disse, o surgimento das AR como tais, na Itália, é relativamente recente.

A *Banca d'Italia*, equivalente a nosso Banco Central, foi instituída em 1893, e transformada de sociedade anônima em ente de direito público em 1936.

Mencione-se ainda a *Commissione nazionale per la società e la borsa, Consob*, instituída em 1974, que se equipara à nossa CVM, Comissão de Valores Mobiliários.

O regime jurídico das autoridades independentes na Itália se caracteriza pela cumulação de competência normativa e atos executivos, pela não submissão de seus atos ao controle de outros órgãos da administração pública, pela sua competência que é exercida através de atos regulamentares.

A instituição se faz através de lei. O grau de independência das agências varia conforme dita a lei criadora. Por tal aspecto, ainda é mais adequado falar-se em autonomia das AAI.

As funções são administrativas, de regulação de determinado setor da vida econômica, e as que garantem interesses coletivos.

As *autorità indipendenti* têm, geralmente, a cúpula formada por um órgão colegiado, cuja composição traz a preocupação de garantir o *pluralismo na composição do governo*, articulando a intervenção do Parlamento com a do Governo, visando promover a neutralidade política destas instituições.

Em respeito a estes princípios, a designação de seus membros varia entre a nomeação por Decreto do Presidente da República, sob proposta do Governo e consultadas as Comissões parlamentares; a nomeação por decisão conjunta dos Presidentes das duas Câmaras do Parlamento e a nomeação por Decreto do Presidente da República, sob proposta dos Presidentes das Câmaras Parlamentares.

A assembleia constituinte italiana de 1946/47 omitiu-se na previsão desta figura organizativa. E, com isso, deu margem a que surgisse o mesmo debate sobre sua constitucionalidade, sobretudo quando não faltam juristas que a classificam como um *quarto poder*.

É interessante notar como a doutrina italiana trata deste problema¹⁷.

Vista a questão pelo aspecto genérico, a existência de uma *ammistrazione indipendente* se encontra teleologicamente fundamentada por referência ao valor constitucional de **imparcialidade** da administração pública e, neste sentido, a independência viria assegurar a realização deste valor.

Quanto aos fundamentos específicos, há vários bens e interesses constitucionalmente protegidos relativamente aos quais o legislador entendeu que ficariam tutelados de forma mais eficaz se fossem confiados a uma instituição supostamente imparcial.

Embora nominadas de *autorità*, estes organismos também sofrem certa forma de controle.

A primeira delas impõe-lhes apresentar periodicamente ao Parlamento, e em alguns casos também ao Governo, um relatório sobre as atividades desenvolvidas. Algumas entidades ainda se sujeitam, de forma excepcional, ao controle do Ministério a que se vincula

¹⁷ A propósito da doutrina italiana sobre as causas determinantes do aparecimento das *Autorità Indipendenti*, ver JOSÉ LUCAS CARDOSO, op. cit. p. 144/147.

sua área de atuação. Há ainda o controle de verbas orçamentárias, porque não contam com recursos próprios. Finalmente, as suas decisões são recorríveis perante os Tribunais Administrativos Regionais, nos termos gerais previstos para a impugnação das decisões das entidades públicas, e a atividade financeira está sujeita ao controle do Tribunal de Contas.

3.6 A experiência espanhola das *administraciones independientes*

Na Espanha, como em outros países da Europa, a experiência das *administraciones independientes* veio na contramão da tradição administrativa inspirada no centralismo burocrático, que seguiu o modelo napoleônico.

A rigor, as *administraciones independientes* foram criadas para atuarem em dois setores sensíveis: (a) regulação econômica, (b) garantia dos direitos fundamentais.

Integrariam este gênero todas as estruturas administrativas que observem os requisitos de *independência* e *neutralidade na esfera política*.

Compõem este conjunto, por exemplo, o *Consejo de Seguridad Nuclear*, o *Banco de España*, a *Comisión Nacional del Mercado de Valores* e a *Agencia de Proteccion de Datos*.

Estas entidades são dirigidas por um colegiado, cujos membros são designados pelo Governo, recaindo a escolha sobre personalidades de reconhecido prestígio na área de atuação.

Além da competência genérica para a prática de atos administrativos, as *administraciones independientes* podem editar normas e regulamentos, além de aplicarem sanções.

Competência importante destas agências é a de informar e sensibilizar a opinião pública sobre as matérias compreendidas no seu âmbito de atuação.

A respectiva independência, a exemplo do que ocorre em outras legislações, não deriva de imperativo constitucional.

A jurispublicística espanhola, todavia, como cita JOSÉ LUCAS CARDOSO, vincula a necessidade de independência à realização dos **direitos fundamentais** como a proteção à saúde e à vida, em se tratando de segurança nuclear, ou à estabilidade econômica quanto ao *Banco de España*, ou aos interesses dos consumidores em referência à *Comisión Nacional del*

Mercado de Valores, ou – por fim – a proteger a intimidade da vida privada e familiar no uso da informática em relação à *Agencia de Proteccion de Datos*¹⁸.

Os limites a esta independência são semelhantes aos já examinados em outras legislações.

Os dirigentes não são de todo inamovíveis; a lei veda apenas que as demissões decorram de ato discricionário. Além disto, o Governo pode emitir diretivas com fundamento no art. 97 da Constituição, de controlar os atos aprovados pelas *administraciones* no exercício do poder de superintendência ou em sede de recurso gracioso e ainda em aprovar regulamento em matéria conexa, limitando a liberdade de ação da agência.

As *administraciones* também não possuem competência para aprovar os seus orçamentos, exceto o *Banco de España*, submetendo suas propostas ao governo.

Elas também estão sujeitas ao poder jurisdicional, nos termos dos arts. 24°, I, 106° e 117° da Constituição espanhola.

As organizações supra citadas são consideradas personalidades jurídicas de direito público.

Indaga-se, em sede doutrinária, se a independência das *administraciones* não conflita com o citado art. 97° da Constituição espanhola, que confere ao Governo o poder de direção sobre a administração pública e competência para o exercício do poder regulamentar. O governo não poderia amputar por lei ordinária esta capacidade de direção e responsabilidade, o que representaria uma renúncia ao seu dever de garantir o bom funcionamento de serviços, pela possibilidade de falhas decorrentes da regulação ou fiscalização.

A Suprema Corte espanhola decidiu, todavia, que a habilitação ao Governo contida no art. 97° da Constituição não pode ser entendida por um critério estrito, puramente literal, limitando a um órgão colegial específico, o Conselho de Ministros, sem a reconhecer também aos membros que o integram e a instituições como o *Banco de España*, auxiliar do primeiro e executor imediato da sua política monetária e creditícia¹⁹.

O Supremo Tribunal também decidiu que as *administraciones* podem aplicar *dupla sanção*, de natureza administrativa e penal, considerando tal justificado pelo fato de estarmos no âmbito das relações especiais de poder²⁰.

¹⁸ CARDOSO, ob. cit., p. 166/167.

¹⁹ Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional nº 135/92, citado por JOSÉ LUCAS CARDOSO, op. cit., p. 177.

3.7 A experiência portuguesa das autoridades administrativas independentes.

Ao contrário do que ocorre em outras legislações, a Constituição da República Portuguesa traz algumas normas expressas sobre as entidades objeto do presente estudo.

Não se tratam porém de regras impositivas, senão que *permitem* ao legislador a sua criação.

O art. 267º, 3º, da Carta Magna, com a redação dada pela Lei Constitucional nº 1/97, dispõe que o legislador ordinário *pode* criar entidades administrativas independentes. O texto revela a natureza jurídica de uma norma permissiva.

O art. 35, § 2º, da Lei Fundamental, prevê a hipótese da proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos ser efetivada *através de entidade administrativa independente*.

E o art. 37, nº 3, fixa a competência da *entidade administrativa independente* para apreciação dos ilícitos de mera ordenação social cometidos no exercício dos direitos fundamentais de liberdade de expressão e de informação, nos termos definidos pelo legislador ordinário.

Exceção se faz ao disposto no art. 39º, nºs. I e III, do texto constitucional, que reserva expressamente à Alta Autoridade para Comunicação Social uma estrutura organizatória, que se denomina *órgão independente*.

Como se tratam de normas em aberto, cabe ao legislador decidir da oportunidade e conveniência da criação de tais entes. Para tanto, deve identificar, no mesmo texto constitucional, um fundamento de ordem material legitimador dessa opção político-legislativa. Para além disto, verificar se este seria o modelo organizatório mais adequado à função a desempenhar, ao objetivo a alcançar e ao setor em que se destina a atuar.

No mais, o sistema português não difere em muito das demais legislações, quanto aos seus pontos principais.

Continua presente a tensão verificada entre o plano de separação de poderes, o regime democrático e a criação de autoridades *independentes*. Afinal, independentes do quê? Quais os limites e a extensão desta independência?

No regime político-constitucional português, semi-presidencialista, o exercício de qualquer função de Estado deve ser reportada, em última análise, a um órgão de soberania: Presidência da República, Assembleia da República, Governo e Tribunais. Se as autoridades administrativas independentes, por definição, não se encontram sujeitas a quaisquer um destes

²⁰ Cf. A. BETANCOR RODRÍGUEZ, citado por JOSÉ LUCAS CARDOSO, op. cit., p. 178.

órgãos de soberania e, apesar disto, são titulares de competências administrativas e, em alguns casos, também de competências jurisdicionais, então o equilíbrio institucional entre os vários órgãos de soberania, isto é, a divisão ou a separação de poderes constitucionalmente delineada é virtualmente objeto de mutações, sempre que o legislador ordinário cria uma autoridade administrativa independente.

Sem perder de vista este viés, algumas das atividades reguladas, todavia, estariam melhor integradas na administração pública, não fossem pelo fato de serem consideradas, em análise exegética, (I) autoridades, (II) de natureza administrativa, (III) com independência e apresentando-se como politicamente neutras.

Exemplos de tais entes são a Comissão Nacional de Eleições, cuja legislação remonta à Revolução de 1974, a Alta Autoridade para a Comunicação Social; a Comissão Nacional de Objeção da Consciência, a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, a Comissão Nacional de Proteção de Dados, a Entidade Reguladora do Setor Elétrico e o Banco de Portugal.

Tratam-se igualmente de órgãos colegiados, com composição que varia de três a dez membros. A indicação de seus membros também se diferencia, classificando-se as agências em dois grupos: aquelas vocacionadas para os direitos fundamentais e as incumbidas da regulação das atividades económicas.

Na primeira categoria, as designações dos titulares são mistas, no sentido de que concorrem, por regra, órgãos integrantes dos vários poderes do Estado, aí se incluindo a Magistratura e o Ministério Público. A representação dos membros indicados pela Assembleia da República se faz de conformidade com as regras do sistema proporcional. A lei assegura a participação de magistrados, com tendência a lhes confiar a presidência do organismo. O propósito é o de reforçar a imparcialidade da atuação das autoridades. Discute-se a constitucionalidade da participação dos magistrados, quer por não poderem cumular outras funções, quer porque as decisões destas agências são recorríveis às vias judiciais.

No que concerne às demais autoridades reguladoras, a competência para proceder à designação dos titulares é reservada ao Governo.

É importante notar que não podem ser titulares aqueles que ocupam cargos em meios de produção ou em atividades que envolvam interesses conexos aos das agências.

Os dirigentes das entidades incumbidas da proteção dos direitos fundamentais são inamovíveis. Quanto aos demais, consagra-se a possibilidade da *demissão condicionada*, isto é, fundamentada em motivos previstos na lei.

As *autoridades administrativas* portuguesas também possuem limites à sua *independência*. O primeiro deles consiste no fato de que, assim como foram criados, podem também ser extintas pelo legislador, a todo o tempo, pela revogação dos diplomas legislativos. Em atitude menos drástica, podem também eliminar algumas de suas atribuições ou competências.

No plano organizacional, a designação de seus titulares afeta outros órgãos do poder político. As suas decisões também estão sujeitas ao controle jurisdicional. Elas são destituídas de autonomia financeira, devendo se submeter às dotações orçamentárias do Estado.

A ordem jurídica revela-se mais exigente no que respeita à delimitação da atividade das autoridades reguladoras da economia do mercado, na medida em que estabelece limites específicos à respectiva atuação, prevendo alguns mecanismos de intervenção dos governantes.

Além da área de atuação estatutária, estes entes possuem funções consultivas, de controle e, inclusive, jurisdicionais, com a reserva que a Constituição da República Portuguesa garante aos Tribunais. Nenhuma das estruturas organizatórias, porém, é titular de competências legislativas.

Pode-se também qualificá-las como entidades de direito público, na medida em que são criadas pelo Estado, com seus titulares designados pelos órgãos do poder político, para a realização de fins constitucionalmente definidos. No caso das autoridades reguladoras incumbidas da proteção dos direitos fundamentais, melhor seria classificá-las como órgãos da pessoa coletiva do Estado. Quanto às demais, teriam a natureza de pessoa coletiva do tipo institucional, dotadas de personalidade jurídica.

3.8 Súmula conclusiva

É interessante cotejar a configuração das agências no Brasil com a de suas congêneres estrangeiras.

Veja-se, que, de fato, em nosso país, a grande **variedade** de poderes é um traço inconfundível do ente regulador. As atribuições se mesclam, e, concomitantemente, as Agências exercem funções que, embora assim não se resumam, por vezes se aproximam aos clássicos três poderes, ou seja, administrativas, decisórias e normativas.

O **regime especial** é caracterizado por um **conjunto de privilégios específicos**, outorgados por lei, a fim de que os entes reguladores executem seus fins. Traduzem-se os

privilégios, especialmente, na **a)** estabilidade de seus dirigentes - mandato fixo, **b)** autonomia financeira - renda própria e liberdade de sua aplicação, e **c)** poderes normativos - regulação de matéria de sua competência, sem invadir a chamada reserva de Lei.

A questão da autonomia das Agências reguladoras diz com seu objetivo de garantir a liberdade com adequação aos fins sociais.

É interessante examinar o direito comparado para aproveitar o que há de mais avançado quando tratamos de soluções disponíveis para aprimorar o modelo vigente.

Existe grande utilidade em estudar como o direito comparado trata da questão da agências e sua colaboração para regulação dos setores tão importantes para a sociedade.

É lícito concluir que, em nosso país, podemos extrair considerável uniformidade de critérios ao tratar de tais entes.

Vemos, em análise às leis criadoras, que podemos extrair, por assim dizer, normas gerais.

Nossas leis apresentam uma técnica bastante moderna.

Seja na adoção da forma de autarquia pública, na previsão de audiências públicas, e também na uniformidade de critérios.

Pontuando o leque de poderes que caracteriza o ente regulador no Brasil, que se caracteriza por atuação administrativa, decisória, normativa, sancionatória, vemos a proximidade com o modelo italiano.

Todavia, na prática, os entes do direito comparado, especialmente nos EUA e Itália, estão melhor inseridos no contexto social, e sua atuação é mais eficaz.

Mecanismos como a impossibilidade de ingerência de órgãos hierarquicamente superiores da administração, fazem com que a atuação dos entes semelhantes às agências, no direito comparado, seja mais respeitada. É o caso da França, onde, a despeito da ausência de personalidade jurídica, não há subordinação ao ente administrativo superior em hierarquia.

Isto se deve também ao fato de que apresentam atuação mais consentânea com a realidade em que se inserem.

Repita-se que na Europa há quem considere tais entes como um quarto poder.

Falamos em grau de autonomia das agências reguladoras, em exercício das funções consentâneo com a sociedade de seu tempo e com a forma de organização do Estado, além do grau de politização dos cidadãos. Em mãos de quem e como está efetivamente colocado o poder de regular, fiscalizar, decidir. Colaborar, enfim, para que se possa, de forma altruísta, governar.

4 NOTÍCIA HISTÓRICA DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

4.1 Observações iniciais

O conceito de Direito foi sempre dos mais debatidos. De fato, tal ocorria desde a época dos romanos, que chegavam a confundir a Justiça com a própria Moral.

Como a Justiça poderia imperar entre os homens? Em que consistiria o respectivo conteúdo? Tais indagações sempre permearam as indagações jusfilosóficas.

Existem conceitos básicos dos quais é preciso partir quando se busca tratar de um tema de modo profundo. Assim, o significado de Justiça, mas também o confronto entre Direito e Moral.

Seria o Direito instrumento à disposição da humanidade, apto a dirimir todos os conflitos, alcançando-se um ideal?

O preceito de CELSUS, pelo qual o Direito é a arte do bom e do justo (*Ius est ars boni et aequi*), não deixa de ter um fundamento moral (a arte de distinguir o bom do mau e o justo do injusto).

KANT procurou extrair o sentido do justo como uma dedução do modelo binário por ele proposto, ao distinguir direito e moral ²¹. Na esfera da legalidade, não haveria como desvincular o justo da noção de direito, de arbítrio e de liberdade.

Não haveria como se buscar a justiça na moralidade kantiana que, em certo sentido, é um preceito neutro, desprovido de sentimentos e fins

Haveríamos então de indagar onde está a Justiça no Direito, enquanto um ordenamento regido pela liberdade, dispondo sobre as condições para conciliar o livre arbítrio dos homens entre si.

E esta indagação leva a outros questionamentos. O conceito kantiano de direito se refere a que o direito é ou a que o direito deve ser ? Estamos diante de duas vias: a do indicativo (*sein*) e a do imperativo (*sollen*). Do que tratamos: do conceito de direito ou da idéia de direito? Do conceito de justiça ou da idéia de justiça ? BOBBIO coloca estas indagações ao tratar do tema *A Justiça como Liberdade* no pensamento de KANT²².

²¹ KANT, Immanuel – **A metafísica dos costumes (A doutrina do Direito e a Doutrina da Virtude)**. São Paulo : Edições Profissionais Ltda., 2003, p.76.

²² BOBBIO, Norberto – **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant** – Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1984, p. 71.

O direito não está no mundo do ser. O direito não diz com quem devo me casar, de quem ou o que devo comprar, ou locar, ou emprestar. O direito é formal, diz como se deve contratar, como nos devemos conduzir na vida em sociedade. Está pois no mundo do dever ser.

Então como resolver o problema da Justiça em KANT ?

O jurista pode dizer o que é válido do ponto de vista jurídico. Mas nem sempre o que vale, o que tem eficácia, é justo.

Para se compreender o direito como valor, para se chegar à idéia de Justiça, tem-se que partir de princípios racionais apriorísticos, abandonando o terreno empírico.

Eis como KANT aborda esta questão:

(O jurisconsulto) pode, certamente, conhecer e declarar o que venha a ser o direito (*quid sit iuris*), ou seja, o que as leis, num certo lugar e numa certa época, prescrevem ou prescreveram, mas se é justo o que estas leis prescrevem e o critério universal por meio do qual é possível reconhecer em geral o que é justo ou injusto (*iustum et iniustum*), permanece-lhe completamente obscuro, a menos que abandone por um certo tempo esses princípios empíricos, e (ainda que possa servir-se daquelas leis como excelentes fins condutores), busque as origens desses juízos na razão pura, como único fundamento de qualquer legislação positiva possível ²³.

KANT não pretende estabelecer o que é o Direito na realidade histórica, mas o que o direito *deve ser*, para corresponder ao ideal de Justiça²⁴.

O que KANT busca é o ideal do direito, ao qual qualquer legislação deve adequar-se para poder ser considerada como justa.

A justiça estará realizada em um ordenamento que possibilite a coexistência dos arbítrios, consoante uma lei universal de liberdade.

A justiça representa o conjunto de garantias pelas quais posso expressar a minha liberdade externa, não impedida pela ação de não-liberdade dos outros.

Como muito bem resume DANIEL OMAR PERES:

Una noción de justicia debe, necesariamente, tener un dominio en la cual pueda tener algún sentido. Así pues, es en el espacio de la ley que me encuentro con el otro como sujeto moral o jurídico. En esa relación lo justo o la justicia no son anteriores a la ley ni se derivan simplemente de análisis del derecho positivo. El derecho es el ámbito en el cual las proposiciones jurídicas tienen sentido, por lo tanto, la justicia es un concepto que pertenece a ese campo de significación. La noción kantiana de

²³ Id.

²⁴ BOBBIO, Norberto – **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant** – Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1984, p. 71.

justicia construye su significación en los mecanismos del lenguaje, de la ley e de la coerción²⁵.

E o que significa para KANT a injustiça ? Significa interferir na esfera de liberdade dos outros, ou seja, impedir que os outros – com os quais devo conviver – possam exercer sua liberdade na própria esfera de liceidade. O direito é concebido como um conjunto de limites às liberdades individuais, de modo que cada um tenha a segurança de não ser lesado na própria esfera de liceidade até o momento em que também não lese a esfera de liceidade dos outros. No mundo jurídico, o homem é primeiramente livre para cumprir o seu dever. Se não usa da liberdade para cumprir o seu dever, autoriza o uso da resistência para recompor o equilíbrio perdido e afastar o impedimento, o que se considera justo de acordo com as leis universais²⁶.

Para KANT, uma ação é justa quando, por meio dela, ou segundo a sua máxima, a liberdade do arbítrio de um pode continuar com a liberdade de qualquer outro, segundo uma lei universal²⁷.

Todo o pensamento de KANT conflui para teorizar a justiça como liberdade. A teoria da justiça como liberdade é aquela da qual nasce a inspiração para o Estado liberal. KANT chega mesmo a identificar o direito inato como o direito à liberdade externa²⁸.

KANT não distingue uma ação jurídica, de uma ação antijurídica. Mas entre o justo e o injusto, considera que a ação será injusta, se impedir o livre arbítrio do outro, segundo a máxima da coexistência.

Importa ressaltar que a noção de Justiça em KANT está coerente com o seu sistema.

A partir de tais considerações, pode-se afirmar que o ideal de Justiça e a liberdade como postulado haveriam de influenciar os adeptos do conceito do liberalismo, ou do Estado com roupagens liberais.

Evidente que se trata de noção que não foi capaz de prosperar ao longo dos séculos.

Surgiram, por contingências históricas, paradigmas outros, capazes de fazer conviver as liberdades e os interesses sociais.

Deveras, poder-se-ia falar em um equilíbrio natural da sociedade, sendo simplesmente reconhecidos os direitos e as liberdades fundamentais dos cidadãos.

²⁵ PEREZ, Daniel Omar. **Justicia y Derecho: Derrida, Kant**. Cuitiba:PUC

²⁶ KANT, op.cit., p. 77.

Cada cidadão atuaria livremente, não sendo perturbado pela mão longa e intrusiva do Estado, fosse enquanto agente econômico, fosse a título de regulador do mercado.

Toda intervenção do Estado na sociedade é invasiva.

Não existe intervenção neutra ou inocente.

Sua dosagem é uma receita que deve ser cuidadosamente elaborada.

Analisando as diversas roupagens que o Estado assumiu ao longo dos séculos, veremos como se deu a interação Estado-sociedade, e seguiremos em busca de um modelo estatal que logre, afinal, assegurar os interesses sociais, sem elidir as liberdades fundamentais de cada componente do todo.

4.2 Estado Absolutista

O enfraquecimento do feudalismo, bem como o surgimento e consolidação da classe burguesa, dariam ensejo a uma ordem que pudesse propiciar a organização da sociedade, de modo que houve a concentração do poder nas mãos de uma pessoa, em caráter absoluto: o soberano.

No final do século XVI, com o surgimento do Estado unitário, deu-se um tipo de organização que se sobrepôs às forças sociais que preponderavam na Idade Média.

De fato, as transformações que ocorreram nos séculos XIV, XV e XVI, com o advento do capitalismo mercantil e a superação do modo de produção feudal, ocasionaram a redefinição do Estado. Veja-se que, diante das profundas mudanças, em uma sociedade que exibía um novo perfil, o Estado precisaria mostrar-se forte, centralizado, de modo a lograr colocar as coisas em seus devidos lugares.

O Estado Absolutista era defendido por THOMAS HOBBS. Tinha em conta as origens no Estado, sua razão de ser, sua finalidade. Para HOBBS, o Estado soberano significava a realização máxima de uma sociedade civilizada e racional. Defendeu que em estado natural, sem o jugo político do Estado, os homens viveriam em liberdade e igualdade segundo seus instintos. Somente o Estado, um poder acima das individualidades, garantiria segurança a todos. O egoísmo, a crueldade, a ambição, próprios de cada homem, gerariam uma luta sem fim, levando-os à destruição.

²⁷ Ibid., p. 76, 77.

²⁸ Ibid., p.83.

Diante de tal perspectiva, ou seja, concluindo que desta forma seriam destruídos, os homens teriam se submetido a um pacto, um contrato, que impediria sua ruína, visando o bem geral. Adviria de tal contrato um Estado Absoluto, de poder absoluto.

Veja-se que, na prática, este poder e seu exercício continuaram a ter caráter eminentemente patrimonial, e a respectiva concentração tinha cunho personalíssimo.

Mas as mudanças sociais, sobremaneira na economia, exigiram um novo tipo de atuação do Estado.

Assim, embora o enfoque permanecesse o mesmo, qual seja, o patrimônio, houve grandes alterações no que diz respeito à intervenção do poder central na economia.

O corpo administrativo tinha que ser capaz de organizar a vida urbana, possibilitando obras ligadas ao transporte e segurança, por exemplo.

As novas atividades e estruturas políticas centravam-se, todavia, na autorização do Rei.

Tais autorizações reais consistem na origem remota das concessões de serviços públicos e de uso de bens públicos. Um exemplo eram as transferências de terras feitas pela Coroa a particulares, e sua respectiva utilização.

Mas as rendas que advinham das atividades praticadas mediante autorização régia não eram diferentes daquelas geralmente percebidas,.

É lícito afirmar que não havia clara distinção entre público e privado.

É claro que a realeza atuava politicamente em favor de seus interesses.

No entanto, pode-se afirmar que o Estado absolutista já tinha políticas econômicas, preocupando-se com os meios e os instrumentos para a prosperidade econômica da nação.

Entendido o sistema então vigente, observemos, finalmente, que não se podia, pelo próprio perfil que se acaba de esboçar, falar em regulação da economia no sentido em que é empregada atualmente tal expressão.

4.3 Estado liberal

Com o crescimento da atividade econômica da burguesia, repita-se, surgiu um poder político central e soberano.

Mas, pouco a pouco, houve a quebra deste sistema, com a implementação de um outro, condizente com a liberdade no desempenho das atividades econômicas.

O Estado Liberal apresenta-se como desdobramento lógico da separação entre o público e o privado.

A revolução da burguesia transformou radicalmente a sociedade feudal na Europa, exigindo uma nova forma de Estado, que rompeu com a ordem hierárquica das corporações, dos laços sanguíneos e dos privilégios, criando uma nova estrutura de poder político.

Em 1787 foi aprovada a primeira Constituição liberal, que tinha como princípios a liberdade, a igualdade e a fraternidade, lema da Revolução Francesa de 1789.

O Estado Liberal, que teve algumas de suas bases teóricas lançadas por LOCKE e MONTEQUIEU, caracterizou-se pela difusão da idéia de direitos fundamentais e da separação de poderes.

Surge a clássica divisão tripartida de poderes, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. A teoria liberal tem forte inspiração democrática, caracterizada pelos princípios de igualdade e da participação.

A atividade estatal limitar-se-ia ao âmbito da segurança, da soberania, à questão da saúde, dentre outras de semelhante natureza.

Assim, há uma divisão do que é público, ligado às coisas do Estado, ou à comunidade estatal, como cidadania e representação política, e o privado, em especial a propriedade, o trabalho, o emprego do capital, e o que se liga à noção de mercado.

Com a definição precisa do espaço privado e do espaço público, o indivíduo, guiado pelo ideal da liberdade, busca a materialização de conquistas financeiras através da livre concorrência, já que o Estado assumiu a feição de não interventor.

No modelo liberal, compete ao Estado garantir a certeza nas relações sociais, através da compatibilização dos interesses privados de cada um com o interesse de todos, mas deixar a felicidade ou a busca da felicidade nas mãos de cada indivíduo, rompendo-se, via de consequência, com a anterior concepção de Estado (pré-moderno), no qual, até a felicidade dos indivíduos era uma atribuição estatal.

Logo, o liberalismo do século XVIII repudiava o intervencionismo estatal na economia. Para ADAM SMITH, precursor do liberalismo econômico, haveria uma lógica interna, uma razão própria, na produção das mercadorias. Haveria um ordenamento perfeito, quase natural, no funcionamento das atividades econômicas. A intervenção de qualquer elemento externo seria, portanto, dispensável.

O Estado Liberal estava calcado na idéia de que não deveria haver considerável intervenção estatal na economia, de modo que os indivíduos pudessem livremente estabelecer suas metas e atuar neste âmbito.

Também denominado Estado mínimo, o ente público não se preocupava com o social. No mercado, por sua vez, vigorava a liberdade de iniciativa.

Eram as leis do mercado que regiam o exercício das atividades econômicas, sem ingerência do Estado.

4.4 A inspiração socialista

A derrocada do Estado Liberal decorreu de uma conjunção de fatores, dentre os quais as graves seqüelas sociais que derivaram do individualismo, e a crescente concentração do poder econômico em mãos de poucos, privilegiando-se apenas uma classe social. Com o sufrágio universal, todas as classes sociais tornaram-se politizadas.

Em resposta, e com a revolução russa, surgiu um modelo econômico antitético e ameaçador.

O socialismo, decorrente do surgimento de movimentos proletários e contraposto ao modelo liberal, cuja crença estava voltada a atender os excluídos, através de uma ação coletiva que melhorasse a condição das classes menos favorecidas.

Para os socialistas, o sistema capitalista concedia privilégios a um grupo limitado, o que impedia aos demais a possibilidade de reivindicar suas aspirações, além da competição econômica afastar o hábito de cooperação para alcançar objetivos comuns a toda sociedade. O socialismo combatia qualquer forma de exploração por parte das classes que dominavam a produção em detrimento da classe trabalhadora e do proletariado, defendendo ideais para atingir conquistas coletivas.

O ideal socialista partia do pressuposto de que havia uma tendência natural dos detentores dos meios de produção em explorar a classe trabalhadora. Por isso, acreditavam que, se a classe dominante fosse derrotada, socializando os meios de produção e com a sua administração por técnicos que não pretendessem a dominação, seria instituída uma nova ordem de estatização da propriedade produtiva em prol da sociedade como um todo e com uso voltado para atender o interesse coletivo.

Certas idéias, todavia, levaram ao surgimento de um novo estamento dominador, vale dizer, a classe dos burocratas, culminando por engessar os meios de produção e nivelando por baixo as classes sociais.

Alem disto, o Estado revelou-se como um operador pouco ágil nas atividades econômicas, sem condições de prover as demandas sócio-econômicas.

Os ideais de socialização, todavia, deixaram um importante legado, no sentido de priorizar os valores sociais, voltados ao bem-estar coletivo.

Neste sentido, a intervenção do Estado, em um modelo inspirado em ideais socializantes, volta-se para as atividades ligadas às políticas sociais de saúde, segurança, habitação, meio-ambiente, dentre outras voltadas ao coletivo.

4.5 O Estado pluriclasse

Como vimos, o paradigma liberal não logrou prosperar em sua definição pura, ou seja, no sentido do *laissez faire laissez passer*.

De igual modo, os ideais brandidos pelos socialistas faziam com que se esbarrasse num engessamento do sistema que não permitia o desenvolvimento econômico de forma democrática.

Era preciso assegurar a livre iniciativa, mas de tal modo que fosse buscado o bem estar social.

O modelo estatal deveria satisfazer tais necessidades.

Surgiram várias denominações, como Estado social, e, podemos acrescentar, Estado de bem-estar ou *Welfare State*, pós-capitalista, propulsivo, administrativo.

A expressão Estado Democrático firma-se a partir da valorização dos direitos fundamentais.

A complexidade social exige a utilização efetiva de um Direito que seja, sobretudo, legítimo.

Daí dizer-se que o Estado Democrático de Direito se caracteriza por ser um Estado pluriclasse.²⁹

O voto propicia a todas as classes participarem do processo político.

O Estado democrático é uma denominação caracterizada pela diversidade e flexibilidade, pois podemos elencar outros submodelos a detalhar seu conteúdo³⁰.

²⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.56.

Não seria possível a adoção de um modelo político-econômico fechado, pois na sociedade existem concepções diversas e, mesmo assim, protegidas pelo Direito.

ARAGÃO colaciona CABRAL DE MONCADA , que observa que “a intervenção do Estado não é, do ponto de vista das forças vivas do mercado, um fenômeno homogêneo nem orientado para finalidades idênticas; tão depressa se exprime em medidas conforme ao mercado como em medidas que lhe são opostas ou pelo menos dele limitativas, o intervencionismo passou a ser uma tônica cada vez mais presente.”³¹

Assim, como o Estado atuará, se, por exemplo, em intervenção direta na economia ou através de regulação, é questão que está sujeita ao regime democrático.

De qualquer sorte, importa ressaltar que houve, em tal período, um aumento de intervenção estatal na economia, não apenas através de normas, em caráter abstrato, mas por políticas públicas concretas, atos administrativos ou legislativos.

4.6 O modelo regulatório

Historicamente, justificou-se a intervenção estatal na economia como mecanismo capaz de fazer com que os homens dispusessem das mesmas condições, ou, ao menos, evitar que não tivessem quaisquer oportunidades.

Não se tratava de elidir completamente a liberdade empresarial, senão propiciar ambiente eqüitativo a fim de que mais e mais sujeitos pudessem atuar na economia.

O intervencionismo estatal, em se mostrando acentuado, não aproveitou somente a classe dos menos favorecidos. Os mais privilegiados, com o tempo, perceberam que a potencialização da ação estatal poderia ser benéfica a seus interesses.

A intervenção do Estado na economia não parou de crescer até a década de 80.

Mas este modelo de Estado não tinha mais capacidade econômica para se manter.

Ocorreram alterações profundas, de modo claramente dialético, como é toda transformação historicamente considerada.

Os gastos públicos eram incontroláveis, a carga fiscal aumentava, a gestão pública no todo entrava em colapso.

A configuração estatal, enquanto sucumbia, forçava o Estado a suprimir grande parte de seus investimentos, ou passá-los à iniciativa privada.

³⁰ Ibid., p. 55.

³¹ Ibid., p.56.

Esgotada a capacidade de investimentos públicos, o Programa Nacional de Desestatização, Lei 9491/97, atualizada pela Lei 9700/98, envolveu certamente a recolocação do papel do Estado na economia.

Foram-se transferindo à iniciativa privada inúmeras atividades.

Tais atividades foram materialmente privatizadas, exercidas segundo a lógica do mercado.

Entretanto, o Estado não poderia retirar-se simplesmente e deixar de ter qualquer compromisso em face das novas atividades correspondentes aos serviços públicos.

A lógica do mercado é temperada pela presença do Estado, que disciplina, rege, fiscaliza.

Surge um novo modelo de Estado, qual seja, o Estado regulador.

Era fundamental em tal contexto o exercício da função reguladora e fiscalizadora do Estado.

O Estado, ao operacionalizar a entrega a terceiro da gestão direta de determinados serviços, relevantes para o desenvolvimento social, teria que fiscalizar a atividade do concessionário, sob pena de colocar em risco o interesse público.

Como duas faces de uma mesma moeda, transferindo-se de tal forma relevantes serviços, busca-se um modelo de regulação que limite as atividades dos prestadores e preserve interesses consagrados da sociedade.

Isto porque, no cenário brasileiro, com as privatizações, muito mais do que a singela transferência de atividades públicas para o setor privado, abre-se espaço para a instauração de um novo regime.

Ocorre uma verdadeira redefinição do papel do Estado, especialmente na economia, e, é claro, com reflexos sociais indeléveis.

4.7 Conclusões

Analisamos as diversas roupagens do Estado ao longo dos séculos, passando da Idade Média à cruzada centralizadora empreendida pelos monarcas europeus; do liberalismo aos ideais sociais e, finalmente, pelo Estado Democrático de Direito.

Considerando a História de forma dialética, compreendem-se as causas e circunstâncias que levaram à adoção das diversas roupagens da intervenção do Estado no domínio econômico.

O tema é de grande relevo. Considere-se que, embora a economia não esgote, por certo, a realidade social, é elemento intrinsecamente ligado à estrutura e à regulamentação estatal.

Observamos como a economia se comporta frente ao Direito e ao Estado. As situações econômicas seguem autônomas, mas podemos estudar a longo a forma como influenciam e são influenciadas por ambos.

Vimos que a própria relação entre o Estado e a economia é dialética. Mutável a depender do contexto histórico, observado segundo o modelo de verdade dominante.

Assim, amiúde, modelos considerados antigos de organização administrativa voltam à baila, a fim de que possamos compreender o fenômeno histórico e buscar um paradigma que vise satisfazer as necessidades do mundo atual, globalizado.

Não tratamos de compartimentos estanques, mas de fases que devem ser analisadas sob variados ângulos, a fim de evitar estereótipos que impeçam uma clara compreensão do sistema.

Neste sentido, tratando do Estado absolutista, ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO observa que o mesmo não se ocupava apenas dos problemas da gestão orçamentária, e que já havia políticas econômicas. O poder real era responsável pela prosperidade econômica da Nação, inclusive pela subsistência da população. Seus intendentess zelavam pela melhoria e desenvolvimento das condições econômicas do País³².

Paulatinamente, o aumento de problemas de ordem econômica e social acabaram levando ao surgimento do Estado liberal-burguês (século XVIII).

Com efeito, os paradigmas não puderam ser acomodados ou adaptados.

Os liberais defendem que em uma grande sociedade, qual ordem espontânea, o que realmente funciona é a autonomia das pessoas com base em seus interesses pessoais, *forçados pela mão invisível do mercado*³³..

ARAGÃO tece críticas à compreensão radical do Estado liberal, ponderando que, afinal, houve então alguma intervenção estatal na vida social econômica, ainda que fosse para proteger os interesses da burguesia, ou por ocasião de crises temporárias, em que o Estado,

³² ARAGÃO, op.cit., p. 43-46.

³³ Célebre referência de ADAM SMITH sobre a força reguladora espontânea *da mão invisível* do mercado.

que abolira as corporações ou grupos intermediários, operava verdadeiras intervenções *extra ordinem*, prestando *alguma* assistência aos indivíduos em situação de penúria³⁴.

O fato é que não havia, à época, um fim estatal típico e permanente voltado para a sociedade como um todo.

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO colaciona, ainda, VITAL MOREIRA, que considera este momento da História como o *ponto zero da intervenção*³⁵.

Tal panorama redundaria em graves consequências sociais, pela ampla autonomia privada individualista, própria do constitucionalismo liberal, e a marginalização das classes economicamente inferiores.

Em resposta à concentração do poder econômico, e, indiscutivelmente, em face da luta pelo sufrágio universal, nasce um novo tipo de Estado³⁶.

PEDRO GONÇALVES e LICÍNIO LOPES MARTINS³⁷ falam em subsidiariedade da intervenção pública, ou seja, o Estado somente deveria assumir as tarefas pelas quais a sociedade não se interessasse, ou que não pudesse ou não conseguisse satisfatoriamente executar.

Acabou pois o ente estatal por desempenhar apenas funções ligadas ao exercício da soberania e da autoridade: segurança pública, por exemplo, era tarefa natural do Estado liberal.

A prossecução dos fins públicos, de toda sorte, deveria limitar o menos possível a liberdade dos indivíduos.

Interessante notar, de acordo com MUÑOZ MACHADO, que a regulação é, completamente diferente, tanto no monopólio público(aqui tratado como período absolutista) como no *laissez faire*, ou Estado liberal. No período absolutista, temos uma certa de regulação econômica, certamente a mais intensa, mas não se produz nenhuma tensão entre os interesses públicos e privados. No modelo liberal, o mercado é completamente livre e não se pode, a rigor, falar em regulação³⁸.

PEDRO GONÇALVES E LICÍNIO LOPES MARTINS tratam de modo assaz interessante a reconfiguração do posicionamento do Estado que se passou, ainda durante o século XIX, segunda metade, quando da assunção de certas formas de responsabilidade

³⁴ ARAGÃO, op.cit. p. 51-52.

³⁵ Ibid., p. 53.

³⁶ Ibid., p. 54.

³⁷ GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. **Estudos de regulação pública-I**, Coimbra: Coimbra Editora Ltda, 2004, p. 174

³⁸ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras**. São Paulo: Manole, 2003, p. 53.

pública no âmbito de atividades de natureza econômica. Em pleno período de avanço da revolução industrial, as grandes atividades econômicas, como os transportes ferroviários, os transportes rodoviários, a eletricidade, o gás, o telefone, dentre outras, fizeram com que a intervenção pública assumisse novos moldes.

Havia novas exigências, e a prossecução das atividades como construção de vias rodoviárias, distribuição de eletricidade, dentre outras, trouxe então o que mais tarde viria a se chamar administração de infra-estrutura. Os problemas eram por demais complexos e relevantes, ultrapassando as capacidades naturais da sociedade e do cidadão isolado³⁹.

O que vale ressaltar é que o Estado passou a intervir em um domínio que, na lógica estritamente liberal, era considerado uma espécie de monopólio natural da sociedade: a atividade econômica.

Houve uma transformação complexa com respeito às funções estatais.

Passou-se a falar em Estado social. A noção de que o universo político e social eram categorias estanques cede com a idéia de interpenetração entre Estado e sociedade.

Veja-se que, além das novas tarefas como a saúde, a educação ou a segurança social, que se traduzem na construção de um serviço público social, a economia, repita-se, haveria de ser também objeto por excelência das intervenção estatal.

O ente estatal não apenas produz bens para fornecer aos cidadãos; visa influenciar o mercado de forma a concorrer com outras empresas, interferindo, assim, no processo econômico. Tal é denominado por Pedro Gonçalves de *gestão econômica do Estado*, assegurada pela forma jurídica da empresa pública concorrencial⁴⁰.

Já mencionamos que, diante da dinâmica das coisas, o Estado assumiu, então, diversas roupagens.

E que lhe foram atribuídas inúmeras denominações: *Welfare State*, como ente incumbido do bem estar da coletividade, Estado social, Estado pós-moderno, Estado Democrático de Direito.

A Constituição também assumiu um novo rumo, permeável a conteúdos sócio-econômicos que alteraram o seu entendimento.

Em suma: o Estado atua de forma concreta na sociedade, inclusive em seus aspectos econômicos, que não estão mais separados, havendo entre ambos mútua imbricação.

³⁹ GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. **Estudos de regulação pública-I**, Coimbra: Coimbra Editora Ltda, 2004, p. 174 e 175.

⁴⁰ GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes, op.cit., p. 179

Colocado em cheque o dogma liberal oitocentista segundo o qual, como todos os homens são iguais, a atuação do Estado só distorceria esta ordem ideal, viu-se que, à medida em que os homens não estão todos nas mesmas condições a omissão do Estado não faz mais nada a não ser perpetuar e aumentar as iniquidades.

Vimos que a intervenção do Estado na economia, que só fez aumentar até a década de 80, se justificava para propiciar um ambiente social que desse melhores condições aos menos favorecidos.

Mas, com a impossibilidade de manter tal modelo de Estado, houve a privatização de inúmeras atividades .

Passando a terceiro, materialmente, relevantes serviços, urge implementar a respectiva função regulamentadora, bem como fiscalizatória .

O modelo de Estado que emerge, qual seja, o Estado regulador, vem totalmente remodelado, com características próprias, e um regime especialíssimo.

Trata-se, sim, de um sistema regulatório.

Instaurado através de lei, sob o modelo de autarquias especiais, cria-se uma nova fonte de edição normativa, de fiscalização, e até mesmo de imposição de penalidades, dentro de seu vasto leque de atribuições. Um verdadeiro quarto poder, como querem alguns.

Verdade que as agências reguladoras podem derivar de distintos estatutos jurídicos.

E que não formam uma categoria jurídica uniforme.

Paradoxalmente, embora figurem entre os assuntos mais tratados pela doutrina, em especial nas duas últimas décadas, não há unanimidade quando o assunto é o estabelecimento de um elenco destes organismos. MARTIN COLLET observa com maestria:

À l'origine de cette these, um étonnement: alors que les autorités administratives indépendantes comptent parmi les sujets le plus abondamment traités par la doctrine juridique de ces vingt dernières années, aucune unanimité ne se dégage dès lors qu' il s'agit d'établir la liste de ces organismes⁴¹.

Mas, sem dúvida, apresentam traços característicos, que as tornam únicas, o que será objeto do presente estudo.

⁴¹ COLLET, Martin. **Lê contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes**, Paris: L.G.D.J. – E.J.A., 2003, p. 1.

5 AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO DIREITO BRASILEIRO

5.1 As causas determinantes do surgimento das agências reguladoras.

Como observamos acima, o Estado brasileiro despiu-se de suas roupagens de Estado providência. Com a retração do Estado, os planos de privatização e sua efetivação, era necessário encontrar um equilíbrio, de modo que pudessem conviver as liberdades individuais e os fins sociais outrora consagrados.

Foram então criadas as Agências reguladoras a fim de materializar uma racionalização da política de privatização e a garantia dos interesses que compete ao Estado preservar.

A função reguladora do estado está prevista no artigo 174, da Constituição Federal, que assim dispõe:

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

Esta função se exterioriza, repita-se, através das agências reguladoras, com natureza de pessoa jurídica de direito público, ou seja, autarquia.

A questão da autonomia das Agências reguladoras diz com seu objetivo de garantir a liberdade com adequação aos fins sociais.

É preciso compreender mais a fundo as importantes mudanças ocorridas e o papel fundamental das Agências no novo contexto.

Havendo outrora uma nítida dicotomia entre direito público e privado. Nesta ordem das coisas, o direito público não deveria interferir nas relações privadas.

Apenas para exemplificar, a Constituição trataria de diretrizes políticas, enquanto o Código Civil era o verdadeiro e único estatuto privado.

As situações não previstas eram excepcionalmente tratadas em leis extravagantes.

Para TEPEDINO, a circunstância de serem editadas, em regime de exceção, tais leis extravagantes, representa uma fase primeira do intervencionismo estatal, observadas as relações de cunho privado, de forma genérica⁴².

⁴² TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 1-22

Pouco a pouco, inexoravelmente, o Estado se viu obrigado a contemporizar conflitos sociais emergentes, e surgiam mais e mais situações novas, suscitadas pela realidade econômica, a requestar tratamento próprio.

Desde os anos 30, número significativo de leis extravagantes foram editadas.

Com as leis especiais, nosso legislador desenvolveu longa intervenção de cunho assistencialista, expressão, no direito civil, do *Welfare State*, que se corporifica a partir dos anos 30, tem assento constitucional em 1934 e cuja expressão, na teoria das obrigações, traduziu-se como dirigismo contratual.

Os textos constitucionais, pouco a pouco, definem princípios relacionados a temas antes reservados ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, dentre outros.

O Estado não pode permanecer estranho às relações de direito privado.

Tal intervenção, todavia, não significa um agigantamento do ente público em detrimento da iniciativa privada.

Mas, como forma de ilustrar, diga-se que foram revigorados institutos de direito civil, muitos deles defasados da realidade, de modo que sejam úteis às demandas sociais.

Ao tratar da regulação, não se quer significar que as liberdades individuais tenham sido abolidas. Assim considerando, correr-se-ia o risco de ter em mente sistema de categorias estanques, buscando adaptá-las a uma ordem distante, sem por fim alcançar-lhes o verdadeiro objetivo.

A expressão regulação não pode significar a superposição de elementos externos.

Ao contrário, busca respeitar a natureza das coisas, a espontaneidade dos fenômenos econômicos, afetando-lhes em certo grau, qual seja, o grau necessário a que continue operando sem elidir de todo sua naturalidade, e, a um tempo, sem que haja superposição de forma a tornar insuportável a subsistência do interesse social e da função social que vieram ganhando plúrimos institutos, consoante acima exemplificado.

Colocadas estas premissas, trata-se de estudar e conceituar a regulação dentro de uma ordem renovada.

5.2 Conceito

O conceito, embora abalado pela jurisprudência dos interesses, permanece sendo um elemento fundamental do conhecimento científico. Não é possível prescindir dos conceitos porque, como refere KARL LARENZ, “eles são como que os *nós* do tecido sistemático”⁴³.

O conhecimento científico repousa nesta busca de se elaborar conceitos e de procurar ordená-los sistematicamente.

Não se passa de outro modo na dogmática jurídica. Como bem diz LARENZ:

Por um lado, a uniformidade da jurisprudência postula que o geral, que repetidamente se apresente nos casos concretos, seja apreendido como um conteúdo determinado, isto é, como um conceito (grifei); por outro lado, só no sistema pode ser devidamente explicitada a unidade de sentido imanente aos institutos jurídicos e aos regimes normativos - unidade que se funda num princípio dador de sentido, a idéia do Direito ⁴⁴.

Mas, ao lado do conceito geral abstrato e definitório, de que a dogmática jurídica habitualmente se serve, surgiram novos esforços teóricos tendentes a alcançar resultados mais precisos e uma visão mais profunda das coisas.

Nesta linha de reflexão, merecem especial destaque as pesquisas referentes ao tipo.

O tipo é algo mais concreto do que o conceito, uma vez que por natureza preenche o domínio incompletamente abrangido pelo conceito. O legislador vem recorrendo cada vez mais freqüência a tipologias, conseguindo assim especificar, em relação à abstração conceitual.

Eis como JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO se refere ao dualismo tipo-conceito:

Correspondendo a uma das noções de tipo atualmente utilizadas, o pensamento tipológico contrapõe tipo e conceito, porque o tipo evita a rigidez do conceito. O tipo tem fronteiras por natureza fluídas. Resulta de uma descrição de um elenco de características relevantes, mas as figuras reais podem reunir um número maior ou menor dessas características, sem deixarem de poder ser referidas a ele. Pelo contrário, um conceito é definido, e as figuras que não possam subsumir-se à definição não podem integrar-se no conceito ⁴⁵.

E, na seqüência adverte o ilustre mestre angolano:

⁴³ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. 2ª edição, 1969, p. 196.

⁴⁴ Ibid., p.506.

⁴⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Tipo**. In: Enciclopédia SARAIVA do Direito. Editora SARAIVA, São Paulo: 1977, p.291,299.

A construção dos tipos tem, por vários caminhos, utilidade para a ciência jurídica. O que não se pode é supor que os tipos com o seu carácter necessariamente fragmentário, possam alguma vez tornar desnecessária a utilização de conceitos na metodologia jurídica ⁴⁶.

RADBRUCH foi o primeiro autor que procurou destacar o aspecto de maior concreção do tipo em relação ao conceito, afirmando encontrar-se aqui, talvez, o mais importante problema da nossa metodologia.

Interessaram a RADBRUCH os crescentes apelos ao tipo na filosofia e em outros ramos especializados do saber. Inspirando-os em HEMPER-OPPENHEIM, contrapõe os *Klassenbegriffe* (conceitos de classe) aos *Ordnungsbegriffe* (conceitos de ordem), classificando-se os tipos entre estes conceitos ordenadores.

Enquanto os conceitos classificatórios fundar-se-iam numa abstração que desconheceria que a realidade é contínua, os tipos teriam fronteiras fluídas, e seriam objeto de descrição, mais do que de definição. Uma entidade é subsumida a um conceito, mas a um tipo só pode ser referida e pode afastar-se mais ou menos dele.

Recorda RADBRUCH – como menciona OLIVEIRA ASCENSÃO – que para o tipo haviam já conscientemente apelado, para enquadrar a realidade jurídica, JELLINEK, MAX WEBER e CARL SCHMITT. Mas a própria legisferação também passou a recorrer aos tipos, se bem que operasse preferentemente com conceitos de classe. E nisto seguiria o modelo dos jurisconsultos romanos: o recurso ao *id quod plerumque accidit*, p.e., implicava já a utilização de um tipo ⁴⁷.

Foi pelo mesmo caminho que seguiram outros autores, como LARENZ, HANZ J. WOLFF, ARTUR KAUFMANN, sem esquecer a fundamental investigação de ENGISCH sobre os entendimentos do tipo ⁴⁸.

Colocadas estas preliminares, ressaltem-se as dificuldades de conceituar o fenómeno das agências reguladoras, ou seja, encontrar um traço comum que as identifique e as distinga das demais categorias. Tal também ocorre pela sua reconhecida heterogeneidade.

Por isso, talvez, esta questão não tenha merecido maior aprofundamento doutrinário.

⁴⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito – Introdução e Teoria Geral**. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa. 1978. p. 401,402.

⁴⁷ Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Tipo**. In: Enciclopédia SARAIVA do Direito. São Paulo: Editora Saraiva, 1977. p.292.

⁴⁸ ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**, 3^a ed.. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1964, p. 170 e seguintes.

As agências reguladoras melhor se definem em face dos diferentes tipos que apresentam e que melhor se prestam a identificar os respectivos objetos. Ressalte-se, além disto, as numerosas figuras afins, que apresentam semelhantes traços marcantes.

Os autores apontam como traços definidores das agências reguladoras as características de serem entes autárquicos, em regime especial.

O regime jurídico especial reporta-se à não sujeição destas entidades aos poderes de direção que o Governo exercita sobre os órgãos da administração pública direta. A natureza jurídica, que diz respeito ao aspecto organizatório, é a de autarquia especial, possuindo personalidade jurídica de direito público e integradas na administração indireta. Em face do regime especial são dotadas de prerrogativas próprias e caracterizadas por certa autonomia.

A palavra autarquia é formada de dois elementos justapostos: autos (=próprio) earquia (=comando, governo, direção), significando etimologicamente auto-governo.

Foi incorporada ao léxico por SANTI ROMANO, ao escrever o verbete *decentramento amministrativo* na Enciclopédia Italiana. Significava a forma de descentralização territorial típica das províncias em um Estado unitário.

Vem sendo utilizada porém em sentido diverso, para significar um órgão da administração indireta, para desempenhar determinado serviço, com os mesmos efeitos da atividade administrativa do Estado.

As agências reguladoras, porém, são definidas como autarquia em regime especial, entidades da administração indireta, dotadas de independência. É evidente a inovação que trazem ao sistema tripartite de Poder, quanto às tentativas de insubmissão aos órgãos soberanos.

Como entender-se a independência, quando são consideradas agentes da administração pública?

Indaga-se se o princípio de independência é compatível com a estrutura organizacional de uma entidade pública de administração indireta.

Entende JOSÉ LUCAS CARDOSO que se tratam de setores fundamentais da administração pública porém distintos, embora ambas se destinem à realização de fins do Estado:

As pessoas colectivas que integram a Administração indireta estão sujeitas ao poder de superintendência do Governo, enquanto as estruturas organizatórias que

compõem a Administração indireta por definição, não se encontram sujeitas aos poderes de direcção, nem de controlo, da Administração pública pelo Governo ⁴⁹.

Para o ilustre jurista português, VITAL MOREIRA, uma autoridade que apresenta uma natureza administrativa não pode ser independente. Por isso sustenta que uma administração independente não se pode integrar no conceito de administração indireta, dada sua independência orgânica e funcional ⁵⁰.

Para VITAL MOREIRA a administração independente é infra-estatal, prosseguida por instâncias administrativas não integradas na Administração direta do Estado e livre da orientação e da tutela estadual, sem todavia corresponderem à auto-determinação de quaisquer interesses organizados.

Na verdade a independência vem bastante temperada no sistema brasileiro, sendo mais correto falar-se em autonomia.

Apesar de algumas leis instituidoras dotarem expressamente as agências reguladoras de independência administrativa, a doutrina brasileira prefere empregar a qualificação de entidades dotadas de autonomia.

Convém citar alguns autores, em abono do que aqui se afirmou. Como se verá, a referência à autarquia especial dotada de autonomia é uma constante. As diferenças dizem respeito à definição de suas competências, sendo algumas mais descritivas.

Para MARÇAL JUSTEN FILHO a agência reguladora *é uma autarquia especial, criada por lei para intervenção estatal no domínio econômico, dotada de competência para regulação de setor específico, inclusive com poderes de natureza regulamentar e para arbitramento de conflitos entre particulares, e sujeita a regime jurídico que assegure sua autonomia em face da Administração direta* ⁵¹.

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, após reconhecer a dificuldade na elaboração de conceitos, incorpora ao por ele elaborado até mesmo a forma de organização. Para ele as agências são *autarquias de regime especial, dotadas de considerável autonomia frente à administração centralizada, incumbidas do exercício de funções regulatórias e dirigidas por*

⁴⁹ CARDOSO, José Lucas. **Autoridades administrativas e constituição**. Coimbra: Coimbra Editora : 2002. p.427.

⁵⁰ cf. SILVA, Fernando Quadros da. **Agências reguladoras: A sua independência e o princípio do Estado democrático de direito**. Curitiba : Editora Juruá, 2002.p. 98.

⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p.344.

*colegiado cujos membros são nomeados por prazo determinado pelo Presidente da República, após prévia aprovação pelo Senado Federal, vedada a exoneração “ad nutum”*⁵².

PAULO ROBERTO FERREIRA MOTTA também apresenta uma conceituação analítica:

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 daquela⁵³.

FERNANDO QUADROS DA SILVA conceitua nesta mesma linha:

As agências reguladoras brasileiras são, em essência, autarquias especiais que recebem do legislador a autonomia administrativa e são dirigidas por colegiado cujos membros não são demissíveis livremente pelo Presidente da República, o que garantiria a independência de atuação.⁵⁴

Denota-se desde logo a dificuldade de compreensão da qualificação autarquia especial. A rigor, como cada autarquia é criada por lei específica, desde logo cada uma tem um traço de especialidade.

O importante é que, evitando as dúvidas surgidas em outras legislações, o legislador brasileiro desde logo dotou as agências reguladoras da personalidade jurídica de direito público. E, neste âmbito, dotou-lhes de um regime especial, para diferenciá-las de suas congêneres, como explicita PAULO MODESTO ao dizer que assim se fez *porque o legislador lhes conferiu, desde o momento da constituição, um conjunto de garantias em face da Administração direta suficientes para caracterizar uma peculiar ampliação da autonomia decisória, administrativa ou financeira dessas entidades em relação às demais autarquias existentes*⁵⁵.

A qualificação autarquia especial quer então significar que está tal ente municiado por um regime especial. De fato, é ente único, desde sua criação ao leque de atribuições lhe conferidas. E especial, com relação a autarquias outras, que em nada se comparam às agências reguladoras, em razão dos contornos destas últimas e da importância das funções que desempenham.

⁵² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.275.

⁵³ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras**. Barueri SP: Editora Manole, p.101.

⁵⁴ SILVA, Fernando Quadros da. **Agências reguladoras: A sua independência e o princípio do Estado democrático de direito**. Curitiba: Editora Juruá, 2002, p.97.

⁵⁵ PAULO, Modesto. Agências executivas: a organização administrativa entre o casuísmo e a padronização. **Revista de direito administrativo**, vol. 228, pág. 76.

5.3 As agências reguladoras em espécie

As agências brasileiras regulam diversos e variados setores da atividade econômica brasileira. Pode-se dizer que a quase totalidade tem como objetivo regular a vida econômica, bem poucas destinando-se primordialmente aos direitos fundamentais.

A ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, foi criada pela Lei nº 9.472, de 16/07/1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações. O art. 8º, § 2º, define a sua natureza de autarquia especial, caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira. O art. 9º ainda rege que ela atuará como autoridade administrativa independente.

A ANVISA foi organizada de modo semelhante, contando com as mesmas prerrogativas de autarquia especial, caracterizada por independência administrativa, estabilidade de seus dirigentes e autonomia administrativa (Lei nº9.782, de 26/01/1999, art.3º § único).

As mesmas prerrogativas da ANVISA foram reservadas à Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, dotada de autonomia administrativa, financeira e patrimonial, autonomia de decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes(1º § único, da Lei nº 9.961 de 28/01/2000).

A Agência Nacional de Águas – ANA, que tem por objeto a política de recursos hídricos, também foi blindada por autonomia administrativa e financeira, em regime autárquico especial. (art. 3º, da Lei nº 9.984, de 17/07/2000)

A Lei nº 9.427, de 26/12/1996, que criou a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, apenas dispõe em seu art. 1º tratar-se de autarquia sob regime especial.

Em igual sentido o art. 7º, da Lei nº 9.478, de 6/8/1997, que instituiu a Agência Nacional do Petróleo – ANP.

A Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ, criadas pela Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, submetidas a regime autárquico especial, também foram dotadas de independência administrativa, autonomia financeira e funcional e mandato fixo de seus dirigentes (art. 21 e § 2º).

Ao criar a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, pela Lei nº 11.182, de 27/09/2005, o legislador pretendeu realçar ainda mais os respectivos predicados. No art. 1º, dispôs que a ANAC se submete ao regime autárquico especial. No art. 4º, que este regime é

caracterizado por independência financeira, ausência de subordinação hierárquica e mandato fixo de seus dirigentes. O art. 5º rege que a ANAC *atuará como autoridade de aviação civil, assegurando-se-lhe, nos termos desta lei, as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de sua competência*. E, no art. 8º, reforça que *a ANAC atuará com independência, legalidade, impessoalidade e publicidade na adoção de medidas necessárias ao atendimento do interesse público e para o desenvolvimento e fomento da aviação civil, da infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária do país*.

Figuram ainda diversas agências estaduais, como aquelas que regulam os serviços públicos, as quais assumem diversas denominações, tendo sido criadas no Rio de Janeiro, São Paulo, Rio Grande do Norte, dentre outros Estados.

Lembremo-nos de que, antes das Agências reguladoras independentes, já havia sido criada uma série de órgãos e entidades, como o Conselho Monetário Nacional (CMN), e o Banco Central do Brasil. Porém, nenhum deles tem o perfil das agências reguladoras, eis que, para que se caracterizassem como agências reguladoras, teriam que ter sido criadas como tais, mediante lei, e assim definidas no respectivo estatuto jurídico.

Necessário ainda referir que as agências executivas não se confundem com os entes objeto de nosso estudo.

O legislador brasileiro fez referência às agências executivas na Lei 9.649/98, assim denominando as autarquias ou fundações com plano estratégico de desenvolvimento e contrato de gestão.

Discute-se acerca da viabilidade de tais entes denominados executivos em nosso País.

Importante é ressaltar que o que distingue as Agências reguladoras das Agências executivas é o regime especial, leque de atribuições e autonomia outorgados às primeiras. Assinale-se, em termos de regime especial, que somente as Agências reguladoras são dotadas de prerrogativas e privilégios quais o mandato fixo de seus dirigentes e a estabilidade que reside na impossibilidade de demissão *ad nutum*.

Todavia, para que se tenham bons resultados, as Agências reguladoras, verdadeiros centros de poder, têm que estar estruturadas, desde a sua concepção, de maneira que harmonizem o exercício de suas funções às concessionárias, aos usuários de serviços públicos, e à comunidade. Tal se faz por meio de bom senso e razoabilidade, tendo sempre presente o princípio da proporcionalidade dos interesses em jogo. Com responsabilidade nas escolhas, sem perder de vista os interesses que efetivamente visam tutelar, em sintonia com a sociedade em que se inserem.

6 CARACTERÍSTICAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

6.1 A realidade subjacente ao modelo regulatório

Em nosso país, a exemplo de outras legislações, também são recorrentes as questões ligadas à natureza jurídica das entidades reguladoras, os limites da sua independência, a constitucionalidade da legislação ordinária,

O fenômeno surgiu no Brasil nos anos 90, do século passado, tendo causa muito parecida com o incremento do fenômeno na Inglaterra, durante o governo de MARGARET THATCHER.

O modelo regulatório brasileiro foi adotado no bojo de um amplo processo de privatizações e desestatizações, para o qual a reforma do Estado – no governo do socialista FERNANDO HENRIQUE CARDOSO – se constituía em requisito essencial.

A propósito do tema, observa com muita propriedade GUSTAVO BINENBOJM:

É que a atração do setor privado, notadamente o capital internacional, para o investimento nas atividades econômicas de interesse coletivo e serviços públicos objeto do programa de privatizações e desestatizações estava condicionada à garantia de estabilidade e previsibilidade das regras do jogo nas relações dos investidores com o Poder Público⁵⁶.

As agências foram criadas não apenas para regulamentar as atividades deixadas à livre iniciativa, como também para dotá-las de autonomia contra tentativas de mudanças pelos futuros governos, com programas estatizantes.

Este propósito político também foi patenteado por LAÍS CALIL:

Entrementes outro fator também motivou sua introdução: as privatizações demandam montantes elevados de investimentos dos agentes econômicos, que somente os farão em um ambiente que inspire segurança, mais especificamente, inofensivo ao movimento “temerário” das forças políticas. Daí a defesa da regulação feita por um “ente regulador independente”(leia-se desvinculado dos Poderes políticos)⁵⁷.

⁵⁶ BINENBOJM, Gustavo. Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil, em **Agências reguladoras e democracia**. Rio : Lumen Iuris, 2006, p.94.

⁵⁷ CALIL, Laís. O Poder Normativo das Agências Reguladoras em face dos Princípios da Legalidade e da Separação de Poderes, em **Agências reguladoras e democracia**. Rio : Lumen Iuris, 2006, p. 129.

6.2 A toponímia constitucional das agências reguladoras

A Constituição da República não tem previsão genérica expressa quanto à criação destas entidades independentes. Estão elas previstas, não obstante, em se tratando de telecomunicações e petróleo. O art. 21, inc. XI, dispõe que cabe à União *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. E o inc. III, do § 2º, do art. 177, ao tratar da pesquisa, lavra de jazidas de petróleo e gás natural, refino, importação, exportação, transporte marítimo de petróleo bruto, atividades relacionadas a minérios e minerais nucleares, *autoriza a lei a dispor sobre a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União*.

Abstraindo porém estas duas hipóteses, a doutrina pretende enquadrar a criação das agências reguladoras no art. 174, da Carta Magna, que reconhece o Estado como sendo agente normativo e regulador da atividade econômica, dispondo que ele exercerá – na forma da lei – as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

O texto constitucional, para a consecução destes objetivos, autoriza o legislador a criar, por lei específica, autarquia, bem como autoriza instituir empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação (art. 37, inc. XIX).

E, em seu art. 61, § 1º, e, dispõe que as leis que criam e extinguem Ministérios e órgãos da administração pública são de iniciativa privativa do Presidente da República.

Elas não podem ser extintas por decreto, pois ato administrativo não pode destruir o que se construiu por norma de hierarquia superior.

6.3 O processo legislativo de criação das agências

As entidades independentes foram criadas, por leis ordinárias, como autarquias sob regime especial, vinculadas aos Ministérios a cuja área de atuação pertencem. E já aí uma primeira limitação, pois ligadas à respectiva área ministerial. Possuem personalidade jurídica de direito público e são entidades da administração indireta. Devem estar caracterizadas

como agências reguladoras pela lei que as institui. E atuam em regime especial porque são dotadas de prerrogativas próprias, com certa autonomia administrativa e financeira em relação ao Poder Público. É o regime jurídico aplicado quando o Estado atua descentralizadamente, para melhor executar as suas atividades. Mas esta tendência tem criado tensões políticas e instabilidade pela dificuldade destas autarquias especiais ajustarem-se ao sistema presidencialista. O nosso país teria que ter maior amadurecimento político para evitar a partidarização no preenchimento dos cargos de direção, respeitando nestas entidades a neutralidade e a imparcialidade necessárias à realização dos seus objetivos.

A lei bem que pretendeu resguardar a neutralidade política e a competência na indicação dos titulares, dispondo que os membros do Conselho Diretor ou da Diretoria deverão ter *...reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo da especialidade dos cargos para os quais serão nomeados...* (art. 5º, da Lei nº 9.986).

Para que não houvesse solução de continuidade, preconizou-se que os mandatos de seus dirigentes não coincidiriam com os do Presidente da República. Mas viu-se que este desiderato não foi alcançado, pela mudança quase radical dos ocupantes dos órgãos diretivos, com a posse de novos governantes.

Por se tratar de administração pública indireta, as agências estão subordinadas ao comando do art. 37 e seus incisos, da Constituição da República, devendo obedecer, dentre outros, os princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, que vêm repetidos em vários diplomas instituidores.

6.4 A delimitação à independência das agências

O regime especial todavia não significa absoluta independência, inclusive por imposição constitucional, devendo existir minimamente supervisão administrativa, que cabe ao Presidente da República exercer, com auxílio dos Ministros de Estado (artigos 84, inciso II e 87 parágrafo único, I, da Constituição). Cabe, de fato, à cúpula do Poder Executivo a direção superior da Administração federal.

É mais adequado, já pontuamos, falar-se em autonomia, e não em independência das agências reguladoras, conforme veremos adiante mais detidamente.

O fundamento do chamado regime jurídico especial, em verdade, é o de que as Agências reguladoras cumpram a função a que se propõem, preservando-se de ingerências

indevidas. O sistema deveria assegurar uma atuação competente, politicamente neutra e imparcial.

Mas a independência, a rigor, quer significar autonomia político-administrativa e econômico-financeira.

Na parte organizativa, por exemplo, a lei instituidora prevê uma gama de procedimentos, que inclui a nomeação de Diretores, em âmbito federal, pelo Presidente da República, com aprovação do Senado, como dispõe o art. 52, inc, III, f, da Constituição da República (art. 5º, da Lei nº 9.986). O Presidente do órgão é de livre nomeação do Presidente da República (§ único, do art. 5º, da Lei nº 9.986).

O mandato de seus dirigentes, para assegurar a almejada autonomia, é fixo, normalmente de três ou quatro anos.

Seus dirigentes não podem ser demitidos *ad nutum*; ao contrário, não podem sê-lo, salvo renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou falta grave apurada pelo devido processo legal (art. 9º, da Lei nº 9.986). Assim, teria que haver, no âmbito administrativo, procedimento disciplinar, asseguradas todas as garantias respectivas, como a ampla defesa e o contraditório. Considera-se vedada a demissão sem justo motivo, e sem o procedimento legal cabível.

Ainda, os dirigentes estão sujeitos à quarentena, impedidos de prestar serviços às empresas sob sua fiscalização ou direção, ao longo de um período de quatro meses subsequente ao término de seu mandato (art. 8º e §§ da Lei nº 9.986).

Em âmbito federal, editou-se a Lei nº 9.986, de 18/07/2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras. A referida lei impõe os mesmos critérios acima referidos para a escolha dos titulares das entidades reguladoras, como uma forma de interferência dos demais poderes políticos em sua organização.

6.5 As estruturas organizativas e os instrumentos de controle interno

Mas ainda existem outros meios de controle das agências. A ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, por exemplo, foi criada no bojo da Lei nº 9.472, de 16/07/1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações. Além do Conselho Diretor, ela é integrada por Conselho Consultivo, uma Procuradoria, Corregedoria e Ouvidoria.

O Conselho Consultivo da ANATEL possui representação bastante eclética, cabendo-lhe também apreciar os relatórios anuais do Conselho Diretor (arts. 34 e 35, III, da Lei nº 9.472).

A referida lei traz um capítulo sobre controle da ANATEL dispondo, em seu art. 38, que a atividade da agência será juridicamente condicionada pelos princípios da legalidade, celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, impessoalidade, igualdade, devido processo legal, publicidade e moralidade. O art. 19, *caput*, repete o disposto no art. 37, *caput*, da Constituição da República.

Ao Ouvidor, nomeado pelo Presidente da República, cabe fazer apreciações críticas e enviar relatórios ao Ministério das Telecomunicações, a órgãos do Poder Executivo e Congresso Nacional.

A ANVISA foi organizado de modo semelhante, contando com os mesmos órgãos (art. 9º e § único, da Lei nº 9.782, de 26/01/1999), prevendo ainda a lei instituidora que a administração da agência será regida por um contrato de gestão negociado entre o seu Diretor Presidente e o Ministro de Estado da Saúde, ouvidos previamente os Ministros da Fazenda e do Planejamento (art. 18). Prevê, ainda, que o descumprimento injustificado do contrato de gestão implicará a exoneração do Diretor Presidente, pelo Presidente da República (art. 20).

A mesma estrutura organizacional da ANVISA foi reservada à Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, contando ainda com a Câmara de Saúde Suplementar, de caráter permanente e consultivo (arts. 5º e § único e art. 14, da Lei nº 9.961 de 28/01/2000). Os dirigentes da ANS poderão perder o mandato pela condenação em processo administrativo, a ser instaurado pelo Ministro da Saúde, assegurados o contraditório e a ampla defesa (art. 8º e inc. II, da Lei nº 9.961, de 28/01/2000).

A Agência Nacional de Águas – ANA possui uma estrutura mais simplificada, contando apenas com uma Diretoria Colegiada, cujos membros são nomeados pelo Presidente da República (art. 9º, da Lei nº 9.984, de 17/07/2000). A lei instituidora, porém, dispõe que os diretores podem ser punidos por atos de improbidade administrativa no serviço público, cabendo ao Ministro do Meio Ambiente instaurar o processo administrativo disciplinar (art. 10, §§ 1º e 2º).

A Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL também possui organização simplificada, representada por uma Diretoria Geral (art. 4º, da Lei nº 9.427, de 26/12/1996). A lei dispõe que a sua administração será objeto de contrato de gestão, negociado e celebrado entre a Diretoria e o Poder Executivo (art. 7º). Com estrutura semelhante foi criada a Agência

Nacional do Petróleo – ANP, também vinculada ao Ministério de Minas e Energia (art. 11, da Lei nº 9.478, de 6/8/1997). O art. 17, da lei instituidora, repete o art. 37, caput, do texto constitucional, dispondo que o processo decisório da ANP obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

A Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ, criadas pela Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, possuem apenas um órgão colegiado (Diretoria), embora integradas por Ouvidor e Corregedor (art. 52). Os diretores estão sujeitos a processo disciplinar instaurado pelo Ministro dos Transportes (art. 56). O ouvidor recebe reclamações dos interessados, prestando-lhes os devidos esclarecimentos (art. 63, § único, I) e ao Corregedor cabe fiscalizar as atividades funcionais (art. 64). Ambos são nomeados pelo Presidente da República.

Mais recentemente foi criada a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, pela Lei nº 11.182, de 27/09/2005, sendo composta pela Diretoria, em regime colegiado, integrada por cinco membros, pelo Conselho Consultivo, por um Corregedor e um Ouvidor (arts. 9º e 10). A exemplo das demais agências, os Diretores deveriam ter reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados pelo Presidente da República, após serem aprovados pelo Senado Federal, nos termos da alínea “f”, do inc. III, do ar. 52, da Constituição Federal (art. 12).

Os diretores da ANAC apenas perderão o mandato em virtude de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado, ou de pena demissória decorrente de processo administrativo disciplinar, instaurado pelo Ministro da Defesa e conduzido por comissão especial, podendo haver o afastamento preventivo (art. 14 e § 2º).

A lei prevê que o processo decisório da ANAC obedecerá os princípios da legalidade, impessoalidade, eficiência, moralidade e publicidade, assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 26).

Como pode se observar, as agências reguladoras possuem outras formas internas de controle, como Conselhos Consultivos, Ouvidores, Corregedores, além de se sujeitarem a processos administrativos disciplinares instaurados pelo Ministro da área competente. Há até a hipótese de terem de negociar com o Ministério o contrato de gestão. É preciso também ter presente o comando constitucional que confere aos Ministros de Estado competência para exercerem, na sua área de atuação, *a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal...* (art. 87, § único, I).

Este sistema de controle revela que não se pode qualificá-las como órgãos plenamente independentes, no sentido de desenvolverem uma política própria para o setor, desvinculada dos interesses da administração, nem sempre neutra em face dos quadros políticos.

Para ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, estes controles, além de não serem incompatíveis com a autonomia reforçada que caracteriza as agências, integram o seu próprio conceito:

Não seria de se imaginar, realmente, que um órgão ou ente descentralizado, por mais autônomo que fosse, ficasse alheio ao conjunto da Administração Pública. A autonomia não pode servir para isentá-las da obrigação de se inserirem nos planos e diretrizes públicas gerais. Se fossem colocadas em compartimentos estanques, a descentralização revelar-se-ia antiética aos valores de eficiência e pluralismo que constituem o seu fundamento⁵⁸.

As agências reguladoras não teriam submissão hierárquica, mas estariam subordinadas aos programas e diretrizes públicas gerais.

6.6 O controle do Legislativo sobre as agências reguladoras

GUSTAVO BINENBOJM lembra ainda o poder de veto legislativo, pelo qual o Congresso Nacional pode sustar os atos normativos editados pelas agências reguladoras, em face da competência de que foram investidas, que exorbitem dos limites legais (art. 49, V). Acrescenta o autor que a Carta Magna comete ao Poder Legislativo competência para fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta (art. 49, X): *Tal controle contudo não significa que as agências reguladoras devem atuar conforme ordens do Poder Legislativo, mas sim pautar suas condutas de acordo com a legislação pelas quais foram constituídas.*⁵⁹

Corolário desta afirmação é que as agências reguladoras também podem ser instadas a prestar contas perante as comissões parlamentares competentes.

Aplica-se ao direito brasileiro o que VITAL MOREIRA e FERNANDA MAÇÃS denominaram de *ameaça de extinção*, ou seja, cabe ao legislador não só o poder de criar como

⁵⁸ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio : Forense, 2002, p.355.

⁵⁹ Ibid., p. 102,103.

também o de extinguir as Autoridades Administrativas Independentes, por iniciativa do Presidente da República (art. 61, II, e), como acima exposto ⁶⁰.

6.7 As delimitações aos controles institucionais

Ainda assim resta um largo espaço de autonomia.

Nas relações entre as agências reguladoras e o legislador há, porém, espaço para maior margem de discricionariedade, que a própria lei confere, permitindo – mediante contrato a ser celebrado entre seus dirigentes e o poder público – autonomia gerencial, orçamentária e financeira da entidade de administração indireta, que tenha como objeto a fixação de metas de desempenho (art. 37, § 8º, e incisos).

LUÍS ROBERTO BARROSO procura atenuar este controle, sustentando que as agências não mantêm vínculo hierárquico ou decisório com a Administração direta ou com qualquer órgão governamental (art. 80., § 2º, da Lei da ANATEL, art. 1º, § único, da Lei da ANS), sequer havendo previsão de recurso hierárquico impróprio, contra suas decisões, dirigido à Administração direta. Ao contrário, o que se extrai das diversas normas que cuidaram do assunto é que as agências reguladoras funcionam como últimas instâncias administrativas para julgamento dos recursos contra seus atos (art. 19, XXV, da Lei nº 9.472/97 ANATEL; art. 15, VII, § 2º, da Lei nº 9.782/99 ANVISA; art. 3º, V, Lei nº 9.427/96 ANEEL).

E, mais adiante, conclui o mesmo autor não ser possível o controle administrativo pela via do recurso hierárquico impróprio, sendo em princípio inadmissível que as decisões tomadas pelas agências possam ser revistas ou modificadas por algum agente político (Ministro ou Secretário de Estado)⁶¹.

Anote-se, todavia, a exceção que a este princípio faz SÉRGIO GUERRA, para relativizá-lo. Concorde, em princípio, com o descabimento do recurso hierárquico impróprio, contra decisões finais das agências reguladoras, cuja lei disponha que suas decisões são irrecorríveis, quando exercem as funções executivas, normativas ou judicantes dentro dos limites de suas competências técnicas regulatórias, inclusive e notadamente as discricionárias. É o que RENATO ALESSI denomina de competência absolutamente exclusiva.

⁶⁰ MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda. **Autoridades reguladoras independentes**. Coimbra Editora, 2003, p.39.

⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. **Agências Reguladoras. Constituição. Transformações do Estado e Legitimidade Democrática**, em *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio : Editora Lumen Juris, 2006, p. 77.

Concede, porém, ser cabível o chamado recurso hierárquico impróprio

Quando se tratar de decisões sobre temas exclusivamente relacionados às políticas públicas do setor regulado, em flagrante ilegalidade e usurpação de competência do Poder Legislativo e do Poder Executivo, aí estando incluída a esfera ministerial com supedâneo no art. 76 da Constituição da República ⁶².

LUIZ ROBERTO BARROSO observa que o controle do Executivo limita-se, como regra, à escolha de seus dirigentes. Para ele, a subordinação ao Governo seria incompatível com a eficiente regulação de atividades que mobilizam interesses múltiplos do Estado, como empresário, arrecadador de tributos ou agente social.

Reconhece, todavia, que a questão não é tão simples. E isso pela tensão que se cria entre um órgão teoricamente em face do Chefe do Executivo, a quem pouco restará em termos de competência decisória, apesar de ser ele quem detém a legitimidade democrática, pelo sufrágio universal, para exercer a função administrativa ⁶³.

Este sistema difuso, digamos assim, que existe quando tratamos de entes administrativos de porte intermediário, também tem suscitado preocupação em outros sistemas, embora no Brasil seja atenuado pelas restrições às atividades das agências reguladoras, que acima mencionamos. Há um controle não apenas interno, através dos Conselhos Consultivos, Ouvidorias e Corregedorias, como também dos Ministérios a que estão vinculadas, algumas delas pautadas pelos contratos de gestão, muito embora a irrestrita autonomia para competências decisórias.

6.8 A autonomia econômico-financeira

Quanto à autonomia econômico-financeira, as Leis instituidoras procuram conferir às Agências dotações orçamentárias gerais, e, para além disto, arrecadações de outras fontes, como taxas de fiscalização. No caso da ANATEL, para citar um exemplo, há previsão de taxas de instalação e funcionamento.

Questiona-se se as agências reguladoras estão sujeitas ao controle do Tribunal de Contas, encarregado de fiscalizar os gastos públicos, como órgão auxiliar do Poder Legislativo. Esta matéria demanda uma investigação quanto à competência daquela Corte e

⁶² ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agência reguladora e a Supervisão Ministerial. In: **O poder normativo das agências reguladoras**, Rio : Forense, 2006, p.497,498.

⁶³ BARROSO, Luiz Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: **Agências reguladoras e democracia**, Rio: Lumen Iuris, 2006, p.77, 78.

será objeto de melhor estudo quando abordarmos o capítulo dos controles a que as agências reguladoras estão submetidas.

6.9 A questão terminológica

O legislador pátrio preferiu usar os termos *agência* e *órgão regulador*, ou, agências reguladoras para definir o novo ente. A expressão *agência* foi escolhida por forte influência do direito estadunidense.

A doutrina européia, todavia, também utiliza – o que poderíamos dizer em uma tradução literal - a expressão autoridade administrativa, dentre tantas outras (*Independent regulatory agencies, quangos, public corporations, etc.*).

Na verdade, a Lei nº 9.472, em seu art. 9º, baralha as duas expressões, ao dispor que *a agência atuará como autoridade administrativa independente, assegurando-se-lhe, nos termos desta lei, as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de sua competência*. Para o legislador, foi necessário dizer que tal atribuição se inseria no conceito de agência.

É bem de se ver, todavia, que a expressão *autoridade* tem origem francesa (*autorité*), e, ante a ausência de personalidade jurídica, considera-se como *parte integrante do Estado, criada por iniciativa pública e alimentada por fundo público*⁶⁴.

A lei que cria a ANVISA, em seu art. 4º, dispõe de forma mais correta que a agência atuará como entidade administrativa independente (Lei nº 9.782, de 26/01/1999).

O termo *agência reguladora* melhor qualifica o ente, sem necessidade de utilizar uma expressão que possa dar conotação de uma estrutura dotada de *ius imperii*, embora o núcleo da atividade que desenvolve esteja ligado à função administrativa do Estado, em forma autárquica, diga-se.

6.10 Atribuições das agências

A grande variedade de competências é um traço inconfundível do ente regulador. As atribuições se mesclam, e, concomitantemente, as Agências exercem funções que, embora

⁶⁴ CARDOSO, José Lucas. **Autoridades administrativas e Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora : 2002. p.97.

assim não se resumam, por vezes se aproximam aos clássicos três poderes, ou seja, administrativas, decisórias e normativas.

A característica da vasta gama de atribuições e poderes está presente em todas as Agências tidas como reguladoras, singularizando-as, integrando-lhes a própria conceituação⁶⁵.

6.11 Função normativa

Uma das questões mais interessantes é o exame da chamada atividade normativa exercida pelas Agências reguladoras. Ela vem explícita nos diplomas instituidores como v.g. no art. 22, inc. IV, da Lei da ANATEL.

A independência e o poder normativo vêm sendo apontados como características indissociáveis das agências, elementos componentes do seu conceito. A autonomia ou independência conferida a estes entes permite-lhes, pelo seu regime especial, exceder os limites das demais autarquias, conferindo-lhes funções normativas, julgadoras e sancionatórias.

PAULO ROBERTO FERREIRA MOTTA observa que a matéria é extremamente polêmica e elenca posições de relevo. Colaciona MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, para quem tal função estaria adstrita a aspectos puramente técnicos, sendo todo o mais reserva de Lei⁶⁶.

A autora advoga a tese de que as agências têm de ter limitado seu poder normativo, sob pena de inconstitucionalidade. Segundo a autora, não há independência das agências em face do Legislativo, pois seus atos não podem conflitar com as normas legais, nem tampouco com as normas constitucionais. Demais disso, sustenta que os atos normativos das agências submetem-se aos controles previstos nos arts. 49, X, 70 e seguintes da Constituição da República.⁶⁷

Em outra oportunidade, DI PIETRO observava que as Agências reguladoras possuem uma função *quase legislativa*, porque está colocada abaixo das leis na escala hierárquica, podendo ser suas normas invalidadas por decisão judicial, quando contrariem as leis, seja por

⁶⁵ ARAGÃO, op. cit., p. 369.

⁶⁶ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras**. São Paulo: Manole, 2003, p. 162.

⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**, 4^a ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 155.

infringência dos *standards*, princípios, diretrizes, contidos na Lei (princípio do devido processo legal substantivo), seja por inobservância do processo de elaboração das normas ⁶⁸.

Sabe-se que o princípio da separação de poderes evoluiu, tendo sido amenizado, conformando-se aos novos tempos. Pela teoria dos freios e contrapesos, cada um dos poderes constituídos, em seu leque de competências, desempenha um pouco de cada uma das atribuições, quais sejam, legislativa, executiva e judicial.

Mas a solução não é tão simples.

Em face da repartição de poderes, a função normativa é desempenhada pelo Poder Legislativo. O órgão regulador, sendo uma autarquia, compõe a estrutura do Poder Executivo. Dotá-lo de função normativa seria usurpar uma das competências do Legislativo e atentar contra a separação de poderes.

Alguns autores defendem a tese de que os órgãos infraconstitucionais devem inserir-se no âmbito dos Poderes constitucionalmente partilhados. Para LAÍS CALIL, *não se mostra aceitável a possibilidade de disposição, pelo legislador infraconstitucional, das competências repartidas constitucionalmente* ⁶⁹.

Após refutar os argumentos em contrário, LAÍS CALIL assim conclui:

As competências normativas estabelecidas nas leis instituidoras das agências devem ser entendidas dentro dos lindes demarcados aos regulamentos e seguem um escalonamento hierárquico: devem se conformar com as leis e com os regulamentos presidenciais ⁷⁰.

FLÁVIO DE ARAÚJO WILLEMAN também reconhece que as funções normativas cometidas às Agências reguladoras acabam sofrendo questionamentos no que diz respeito à sua constitucionalidade, diante dos princípios da legitimidade política, da legalidade e da separação dos poderes.

Todavia, prossegue, passou-se a entender que as Agências reguladoras poderiam editar atos administrativos normativos, desde que tal poder lhes fosse autorizado por lei específica que criou a entidade, traduzidos em balizamentos concretos, ou *standards*, caso contrário haveria delegação pura e simples de função legislativa, o que não é concebível ⁷¹.

⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Inovações no direito administrativo brasileiro. **Revista Interesse Público**, vol. 30, p. 51.

⁶⁹ CALIL, Laís. O poder normativo das agências reguladoras em face dos princípios da legalidade e da separação de poderes. In: **Agências reguladoras e democracia**, Rio : Lumen Iuris, 2006, p. 142

⁷⁰ Ibid., p. 175.

⁷¹ WILLEMAN, Flávio de Araújo. **Responsabilidade civil das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 183-186.

EGON BOCKMANN MOREIRA descreve casuísticamente as limitações do poder normativo regulamentar, elencando nove princípios: 1º) O regulamento não pode contrariar a lei e o Direito; 2º) O regulamento não pode gerar efeitos modificativos em face do decreto instituidor; 3º) O regulamento não pode criar, de forma inédita e autônoma, sem qualquer lastro normativo, obrigações e deveres às pessoas privadas; 4º) O regulamento não pode criar penas e sanções, nem tributos, inclusive contribuições de seguridade social; 5º) O regulamento não pode restringir autonomamente a atividade econômica privada, subordinando o seu exercício à expedição de prévia autorização por parte dos órgãos públicos; 6º) O regulamento não pode ter efeito retroativo, a não ser quando vise beneficiar pessoas privadas, observado o princípio da igualdade e os limites da lei de outorga. 7º) O regulamento deve ser fundamentado; 8º) O regulamento deve respeitar a divisão de competências entre as pessoas da federação; 9º) Os regulamentos serão sempre passíveis de controle pelo Poder Judiciário.

Em suma, conclui o referido autor com as seguintes palavras:

Determinados órgãos da Administração Pública – especialmente as agências reguladoras independentes – podem (senão devem, em determinadas circunstâncias), observados os limites acima descritos, emanar regulamentos não de simples execução dos preceitos legais, mas de complementação enriquecedora dos comandos primários ⁷².

Voltando os olhos à Jurisprudência, vê-se que a flexibilização do princípio da legalidade, e a admissão de tal espécie de delegação, desde que com parâmetros concretos, já foi aceita pelo Supremo Tribunal Federal ⁷³.

Tais precedentes são trazidos à baila por Luís Roberto Barroso, que menciona outro julgamento, do mesmo Tribunal e relatoria, em que se suspendeu a eficácia de dispositivo de Lei da ANATEL que conferia à Agência poderes normativos para dispor sobre o procedimento licitatório de outorga do serviço de telefonia de forma diversa na prevista na Lei geral de licitações - STF, ADIn 1668, Min. Sepúlveda Pertence, pub. DJ 14/ 12/01 ⁷⁴.

⁷² MOREIRA, Egon Bockmann . Regulação econômica e democracia: a Questão das agências administrativas independentes. In: **Agências reguladoras e democracia**. Rio : Lumen Iuris, 2006, p.187, 188.

⁷³ STF, RE 264289/CE, Min. Sepúlveda Pertence, pub. DJ de 14/12/ 01.

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: **Revista de Direito Administrativo**, v. 229. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 306-308

6.12 Função fiscalizatória

As leis instituidoras das atividades reguladoras têm como traço comum, seja qual for o seu objeto, normas de competências fiscalizatórias sobre os agentes econômicos que se encontram no seu âmbito de atuação.

O fundamento da atividade fiscalizatória poderá, no entanto, variar no sentir de ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, nas seguintes hipóteses:

... segundo a agência seja (a) reguladora de serviço público, caso em que será um dever inerente ao Poder concedente, b) reguladora da exploração privada de monopólio ou bem público, quando o fundamento da fiscalização é contratual, ou (c) reguladora de atividade econômica privada, em que a natureza da fiscalização é oriunda do poder de polícia exercido pela agência, poder de polícia este que pode ser clássica ou econômico ⁷⁵.

É muito importante ressaltar aqui a responsabilidade das Agências.

Assim, a função de fiscalização diz especificamente com a questão da responsabilidade dos entes reguladores, pois é da própria finalidade a que foram criados. Sua missão primordial é, de fato e em síntese, vigiar para que o serviço a cargo dos concessionárias seja prestado em condições fixadas contratualmente, e de modo a atender o interesse social.

Seguindo tal raciocínio, é possível responsabilizar a Agência reguladora em decorrência de dano sofrido por ato da empresa concessionária em que restar demonstrada sua falha em sua primordial atuação de fiscalização ⁷⁶.

Esta função fiscalizadora não é monopólio das agências reguladoras, estando também presentes em outros setores da administração pública, sobretudo naqueles que lidam com economia, meio ambiente e urbanismo.

6.13 Função sancionatória

Em decorrência da competência fiscalizatória, as agências reguladoras estão autorizadas a aplicar sanções decorrentes do descumprimento de preceitos legais, regulamentares ou contratuais pelos agentes econômicos regulados. Observa ALEXANDRE

⁷⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras**. 2ª ed. Rio : Forense, 2005, p. 317.

SANTOS DE ARAGÃO que, à exceção da ANA, todas as agências reguladoras têm em suas leis alguma previsão expressa das suas atribuições de aplicar sanções (ex.: art. 3º, X, Lei nº 9.427/96). Mesmo no caso da ANA, estas atribuições devem constar das outorgas de uso de recursos hídricos que lhe competem (art. 4º, IV, Lei nº 9.984/00). Em relação às agências reguladoras de serviços públicos e da exploração de monopólios e bens públicos, até mesmo a Lei nº 8.666/93 (arts. 86 a 88) e, para as primeiras, a Lei nº 8.987/95 (art. 29, II), servem de esteio às funções sancionatórias⁷⁷.

A Lei nº 10.233, que criou a ANTT e a ANTAQ, em seu art. 78-A elenca as seguintes sanções, que podem por elas serem aplicadas: I – Advertência; II – Multa; III – Suspensão; IV – Cassação; V – Declaração de inidoneidade. A lei assegura o contraditório e a ampla defesa, com a adoção de medidas cautelares urgentes (art. 78 C). Está previsto que, nas infrações praticadas por pessoas jurídicas, serão punidos com multa seus administradores e controladores, quando agirem com dolo ou culpa (art. 78-E). O valor máximo da multa é de dez milhões de reais (art. 78-F).

Nas aplicações de sanções serão consideradas a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes para o serviço e para os usuários, a vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes e atenuantes, os antecedentes do infrator e a reincidência genérica ou específica (art. 78 D).

6.14 Função executiva

A função executiva é aquela através da qual as Agências praticam atos regulatórios de efeitos concretos, e com destinatário específico, merecendo destaque a atuação como polícia administrativa regulatória, por meio de consentimentos, fiscalização e sanção de polícia (ex: fiscalizar a fim de que os serviços postos no mercado ofereçam segurança e preços não abusivos; alvará para exercício de determinada atividade; multa ou interdição de estabelecimento).

Os atos de descentralização da execução dos serviços públicos são, *verbi gratia*, os que se referem à venda de ações de uma empresa estatal. A modelagem está presente na avaliação de ações. Desempenham ainda as Agências atos de fixação, reajuste ou revisão de tarifas para remuneração do delegatário de serviço público.

⁷⁶ WILLEMAN, op. cit., p. 119-120.

⁷⁷ ARAGÃO, op. cit., p. 317 e 318.

Perfazem atos de implementação de desestatização de serviço público, como a licitação, e atos de intervenção no desenvolvimento das atividades econômicas, dentre as quais alguns serviços públicos.

Como atos administrativos, tais atuações devem obedecer aos requisitos de competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

Tratando da descentralização do serviço público, em suas variadas formas, concessão ou permissão, em especial, tem-se que pontuar que, como regra, a competência para praticar o respectivo ato negocial é do ente público, titular do serviço público, União, Estado, Município e Distrito Federal, consoante a Constituição.

É bom ter presente a lição de BLANCHET, no sentido de que, ao definir Poder Concedente, a Lei 8.987/95, em seu art. 2º, conceitua também Poder Permitente, sendo que somente a União, Os Estados, o Distrito Federal ou o Município podem outorgar concessões ou permissões, sendo, portanto, absolutamente incorreto afirmar-se que o Ministério ou Departamento responsável por determinado serviço é o poder concedente⁷⁸.

Nesta esteira de raciocínio, estabelecido que o titular do serviço é o verdadeiro e único poder concedente, sintomaticamente, pode-se dizer que a Agência reguladora não estaria subsumida em tal definição, sendo tecnicamente incorreto defini-la como tal.

FLÁVIO DE ARAÚJO WILLEMAN chega a afirmar que determinadas Leis instituidoras de agências reguladoras estariam a permitir que as mesmas atuem como Poder Concedente. É o caso do art. 19, VI e XI, da LF 9472/97, que criou a Anatel⁷⁹.

Ainda segundo WILLEMAN, não se desconhece a intenção do governo federal de retirar esta competência das agências, uma vez que cabe ao Poder executivo figurar e agir como poder concedente. Assim o Projeto de Lei 3337, n. 166/2004.⁸⁰

Ambos os comentários do ilustre jurista, que tanto contribuiu para o estudo das Agências, com a devida vênia, merecem ser rebatidos. O fundamento é único: parece haver incoerência e falta de tecnicismo em tais observações. As Agências não atuam como se fossem o próprio Poder Concedente. Eis a falha contida nos comentários. Como vimos acima, não é possível, por ficção qualquer que seja, que assumam as Agências tais roupagens.

MARÇAL JUSTEN FILHO assinala que o fato de as Agências reguladoras fazerem licitações não as converte em Poder Concedente, porquanto se trata de competência

⁷⁸ BLANCHET, Luiz Alberto. Curso de Direito Administrativo, 5. ed., Curitiba, Juruá, 2006, p. 57.

⁷⁹ WILLEMAN, op. cit., p. 105.

⁸⁰ Ibid., p. 111.

administrativa comum a qualquer autarquia. Ao comentar o procedimento especial adotado pela ANATEL para licitações, como previsto na Lei nº 9.472, comenta MARÇAL JUSTEN FILHO que de todo modo, isso não afasta o raciocínio de que realizar licitação não se configura como uma competência qualitativamente diversa, própria e peculiar da ANATEL, a ela atribuída diretamente em virtude de sua qualidade de agência reguladora.⁸¹.

Quanto à contratação da concessão, o artigo de Lei acima mencionado realmente reza que à Agência compete celebrar o contrato de concessão.

Mas não se trata de agir como Poder Concedente. O raciocínio é bastante simples: a Lei confere à Agência, a fim de que cumpra suas finalidades, a atribuição de firmar o contrato.

Na sequência, consoante foi mencionado acima, observemos que se usa denominar modelagem, dada a desestatização como gênero do qual dimanam as privatizações, a série de atos administrativos que precedem a transferência da execução do serviço, como a avaliação de ações.

Tem-se também, a par da modelagem, a já referida licitação, início da fase de atos materiais que levam à transferência do serviço ao particular.

Em consonância com o que expusemos, e em determinados casos, expressamente previstos por Lei, poderá ser de competência da Agências reguladoras realizar o procedimento licitatório.

Outra função importante é o fomento de competitividade, nas áreas onde não há monopólio.

6.15 Função decisória

Passando à análise de outra importante atribuição, a função decisória, tem-se que cumpre às Agências o arbitramento de conflitos entre as diversas partes envolvidas: consumidores do serviço, concessionárias, agentes econômicos que atuam no setor, comunidade como um todo.

Convém recordar que este poder decisório deve sempre ser exercido em atenção aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, consagrados nas leis instituidoras (art. 66, da Lei nº 10.233 (ANTT e ANTAQ); arts. 17 e 40, da Lei nº 9.478

(ANP); arts. 19 e 38, da Lei nº 9.472 (ANATEL); art. 26, da Lei nº 11.182 (ANCA), em simetria aliás com o texto constitucional.

Poderão aplicar sanções previstas em seus regulamentos, como acima explicitado.

Tal não se confunde com a função jurisdicional, nem opera coisa julgada.

Predomina o princípio da inafastabilidade do acesso ao Poder Judiciário (artigo 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal).

As Agências reguladoras costumam ser por Lei autorizadas a dirimir conflitos nas quais o poder concedente é parte – instaura-se um contencioso administrativo normal, com possibilidade de recurso ao Poder Judiciário, e também conflito entre particulares, concessionários ou empresas do setor, ou empresas e usuários, exercendo a função decisória como árbitro.

Assim é que a Lei da ANEEL dispõe, em seu art. 3º, inc. VI e VII, que à Agência compete fixar critérios para cálculo do preço de transporte em determinados casos e arbitrar valores em caso de negociação frustrada entre os agentes envolvidos.

Discute-se se poderia haver revisão judicial em tais casos.

Não se trata de arbitragem no sentido de que as partes elegem tal modalidade de solução de conflito.

É função estabelecida pela Lei instituidora. Ressalte-se, porém, como assinala PAULO ROBERTO FERREIRA MOTTA que, *em virtude da autonomia que gozam as agências reguladoras no direito brasileiro, inexistente o duplo grau de jurisdição nos processos administrativos, uma vez que as decisões tomadas por elas não são passíveis, através de recurso hierárquico, ou impróprio, ser reexaminadas por outra autoridade do Executivo*⁸².

Em princípio, tal decisão poderia ser levada ao conhecimento do Poder Judiciário.

Estaria o Judiciário limitado aos aspectos de legalidade ?

Convencionalmente dir-se-ia que não poderia adentrar o mérito de tal decisão.

Para DI PIETRO, todavia, o princípio do devido processo legal substantivo permite ao Judiciário examinar, além da observância do procedimento pela Agência, também a razoabilidade de suas decisões diante dos conceitos jurídicos indeterminados contidos na Lei.

Para a autora, o princípio do devido processo legal substantivo é de aplicação recente e muito restrita no direito brasileiro, sem falar nas restrições impostas pelo Supremo Tribunal

⁸¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo : Dialética, 2002. p.482.

⁸² MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras**. Barueri SP: Editora Manole, 2005, p. 190.

Federal ao cabimento das ações diretas de inconstitucionalidade contra atos normativos da administração pública: de qualquer forma, as agências vêm sendo instituídas em grande quantidade e vêm exercendo função reguladora, o que abrange competência normativa (limitada pelo princípio da legalidade), polícia administrativa, resolução de conflitos, embora sem força de coisa julgada⁸³.

Finalmente, a respeito das atribuições das agências, destaque-se que a função reguladora é um híbrido de múltiplas atribuições, dentre as quais vimos destacando as fiscalizadoras, normativas, modeladoras, decisórias e sancionadoras.

De qualquer sorte, tem-se que, em matéria de atribuição reguladora, devem imperar as escolhas pautadas em lei, nos princípios constitucionais, sempre dirigidas por critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

6.16 Agências reguladoras e participação cidadã: (I) as audiências públicas, (II) as consultas públicas e (III) os Conselhos Consultivos

O legislador brasileiro procurou adotar mecanismos que conferissem transparência às atividades das Agências, com a possibilidade de acesso e participação do cidadão ao processo decisório, bem como, antes mesmo, acesso aos registros dos trabalhos que antecederam a tomada de decisões.

A participação dos cidadãos seria uma forma de reduzir o déficit democrático e reforçar o grau de autoridade das decisões das agências.

Os mecanismos fundamentais de participação e controle social sobre a atividade administrativa são (I) as audiências públicas, (II) as consultas públicas e (III) os Conselhos Consultivos.

GUSTAVO BIENBOJM discorre com muita propriedade sobre estes modelos participativos⁸⁴

As audiências públicas viabilizam a participação de pessoas ou grupos interessados em expor suas idéias e sugestões, de modo a propiciar que a agência reguladora decida atendendo aos anseios dos envolvidos na atividade regulatória. Consiste na realização de sessões abertas e o resultado não tem caráter vinculante, objetivando apenas a abertura de um

⁸³ DI PIETRO, op.cit. p. 52.

⁸⁴ BIENBOJM ,op. cit., p 106 e segs.

diálogo com a sociedade. A realização das audiências constitui formalidade essencial de validade dos atos administrativos a ela vinculados.

As audiências públicas, é preciso mencionar, ganharam relevo com a edição das leis ambientais.

A Lei nº 9.472, que criou a ANEEL, bem observa Fernando Quadros da Silva, em seu art. 4º, § 3º, prevê a participação cidadã e o importante mecanismo das audiências públicas⁸⁵.

A audiência pública também vem prevista no art. 21, do Regulamento (Dec. nº 2.335).

De igual modo a Lei nº 9.478, que criou a ANP, em seu art. 19, prevê a realização de audiência pública, sempre que houver projeto de lei que implique afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo.

Em igual sentido dispõem o art. 68, da Lei nº 10.233, que instituiu a ANTT e a ANTAQ e o art. 27, da Lei nº 11.182, que criou a ANAC, em matérias que digam respeito a usuários e agentes econômicos do serviço de transportes.

Os diplomas legais que instituíram a ANATEL e a ANP também prevêm que as sessões deliberativas das respectivas Diretorias serão sempre públicas, quando destinadas a resolver pendências entre os agentes econômicos e consumidores e usuário (arts. 21, § 2º e 18).

A consulta pública, a seu turno, consiste em colocar à disposição do público a minuta dos atos normativos, que envolvam assuntos de interesse coletivo, para serem questionados. As críticas e sugestões devem merecer o devido exame. Está ela prevista no art. 42, da lei instituidora da ANATEL e no art. 67, do Regulamento (Dec. nº 2.338). Está também contemplada no ar. 6º, inc. IV, da lei que criou a ANEEL. Nos casos em que haja obrigatoriedade da prévia consulta pública, o ato emanado sem este requisito será passível de invalidade.

A consulta pública tem a mesma finalidade da audiência pública, dela se diferenciando apenas quanto ao procedimento. Ambas objetivam a participação de parte da sociedade e do mercado na edição de normas que lhes afetem, a serem debatidas de forma

⁸⁵ SILVA, Fernando Quadros da. **Agências reguladoras: a sua independência e o princípio do Estado democrático**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 104,105.

clara e direta, de modo a demonstrar a utilidade de novos instrumentos e a preservação do interesse público.

Por fim, os Conselhos Consultivos, que são órgão de participação social, composto de pessoas da sociedade e representantes de órgãos cujos interesses são atingidos pela regulação. Suas atribuições são de caráter consultivo e fiscalizador, incluindo a emissão de pareceres sobre projetos das agências, aconselhamento quanto à prestação dos serviços públicos, apreciação de relatórios e encaminhamentos de propostas.

Deve-se dizer, todavia, que a participação da sociedade civil e até mesmo dos segmentos políticos neste processo de integração popular tem sido pequena, talvez pela falta de maior divulgação e incentivo. Com a presença dos interessados, estaria melhor legitimado o exercício da democracia nos concílios das agências reguladoras.

7 O SERVIÇO PÚBLICO

7.1 Conceito de serviço público

A elaboração de um conceito é sempre tarefa delicada e desafiadora. Em relação ao serviço público ela se torna mais complexa, à medida em que o Estado veio se modificando ao longo do tempo, mostrando a dinâmica da evolução histórica, como se expôs anteriormente, passando aos extremos do absolutismo ao liberalismo e assim por diante. O que era serviço público deixou de sê-lo, posteriormente voltando a integrar a atividade estatal e depois sendo dela retirado de várias formas, dando surgimento à sua regulação. Por tais razões, os autores costumam referir-se ao tema como a crise na noção de serviço público.

Há porém um dado objetivo. É o Estado, por meio de lei, que escolhe quais as atividades que, em determinado momento, são consideradas serviços públicos. A própria Constituição, em seu art. 21, em diversos incisos, enumera os serviços que são de competência da União, como serviço postal (X), telecomunicações (XI), radiodifusão, energia elétrica, navegação aérea, transporte rodoviário, aquaviário e rodoviário, (XV) serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia, (XXIII) serviços nucleares de qualquer natureza.

Quando o Estado transfere atividades à livre iniciativa ou quando faz a concessão de certos serviços, tal passa a exigir marcos regulatórios.

O Estado criou agências reguladoras para esta finalidade, tendo como objeto – em especial – as áreas das telecomunicações, energia elétrica, vigilância sanitária, saúde complementar, aviação civil, petróleo e recursos hídricos.

Trataremos então do tema *usuários* em relação a estas atividades.

É verdade que as agências também podem regular algumas atividades que não se subsumem na categoria de serviços públicos.

Algumas atividades são de interesse público, mas os agentes econômicos respectivos desenvolvem atividades que não configuram serviço público. Algumas destas atividades devem ser reguladas para que não haja desequilíbrio econômico no mercado e para preservar direitos de usuários ou consumidores.

Outras atividades, como as que envolvem a Bolsa de Valores e o mercado securitário, também merecem a atenção das agências reguladoras, para viabilizar mesmo o respectivo exercício. Se assim não fosse, estaria estabelecido o caos.

De todo modo, uma das atuações mais sensíveis das agências reguladoras é a que diz respeito à concessão de serviços públicos. Neste caso, o concessionário presta o serviço às suas expensas, exclusivamente, ou com subsídio estatal, observadas certas regras, assegurando-se assim que perceba remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço.

E o usuário é detentor do direito público subjetivo – exercido em face da concessionária e do Estado – de receber um serviço público otimizado, com todas as garantias e benefícios inerentes à atuação pública.

Revela-se assim uma relação jurídica tripartite entre (I) o poder concedente e o concessionário prestador de serviço; (II) o prestador de serviço e o usuário, (III) o usuário e o poder concedente, tendo por conteúdo a prestação de serviços.

A relação jurídica, é bom recordar, não envolve só direitos como também deveres. O usuário não é apenas titular de um direito subjetivo, mas também de deveres, ônus e funções.

Como bem assinala CESAR A. GUIMARÃES PEREIRA a propósito do tema:

Sua integração ao regime do serviço público não se dá como simples destinatário da prestação. Age ativamente ao cumprir deveres de uso razoável e não abusivo do serviço e de participação na fiscalização da prestação do serviço. A realização integral do regime jurídico do serviço público pressupõe o desempenho de papel abrangente pelo usuário⁸⁶.

Esta relação é trilateral porque cada um dos participantes é sujeito ativo e passivo reciprocamente. E tais vínculos são indissociáveis: a relação entre (a) o usuário e o concessionário apenas faz sentido se integrada à relação entre (b) o concessionário e o poder concedente (c) entre este e o usuário.

Não se torna possível formular um estudo único acerca do conceito de usuário de serviço público, precisamente porque cada momento do vínculo entre o usuário e o serviço público traz consequências distintas.

7.2 O Poder concedente do serviço público e a natureza do vínculo *inter partes*

Surgem, colocadas estas premissas, duas indagações importantes. As agências reguladoras, autarquias especiais, dotados de autonomia, e que desempenham funções essenciais no ato que formaliza a concessão da atividade e no decorrer da prestação efetiva do

⁸⁶ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **Usuários de Serviços Públicos**. São Paulo : Saraiva, 2006, p. 75,76.

serviço, poderiam ser consideradas como Poder Concedente ? Em segundo lugar, qual a natureza do vínculo estabelecido entre as partes ?

Recorde-se, inicialmente, que as agências reguladoras, no direito brasileiro, são dotadas de certa autonomia, mas estão longe de tornarem-se um quarto poder, havendo vários controles à sua atuação. Assim, embora tenham competência para implementar uma política de descentralização do serviço público, em suas variadas formas, concessão ou permissão, em especial, tem-se que pontuar que o titular do serviço público é a União, Estado, Município e Distrito Federal, consoante a Constituição. A competência para praticar o respectivo ato negocial é questão diversa.

Convém repetir-se a lição de BLANCHET, acima citada, quando se tratou da função executiva das Agências Reguladoras, no sentido de que, ao definir Poder Concedente, a Lei 8.987/95, em seu art. 2º, conceitua também Poder Permitente, sendo que somente a União, os Estados, o Distrito Federal ou o Município podem outorgar concessões ou permissões. Conclui-se, deste modo, ser incorreto afirmar-se que *Poder concedente* é a Agência Reguladora, ou o Ministério a que estiver vinculada, ou Departamento responsável por determinado serviço⁸⁷.

Nesta esteira de raciocínio, estabelecido que o titular do serviço é o verdadeiro e único poder concedente, sintomaticamente, pode-se dizer que a Agência reguladora não estaria subsumida em tal definição, sendo tecnicamente incorreto defini-la como tal.

É verdade que, quanto à contratação da concessão, a Lei reza que à Agência compete celebrar o contrato de concessão.

Mas não se trata de agir como Poder Concedente. O raciocínio é bastante simples: a Lei confere à Agência, a fim de que cumpra suas finalidades, a atribuição de firmar o contrato.

Assim, a licitação inicia a seqüência de atos materiais que levam à transferência do serviço ao particular.

O serviço a cargo das concessionárias deve ser prestado em condições fixadas contratualmente, e de modo a atender o interesse social.

Além dos atos ligados à formalização da concessão, as Agências Reguladoras estão, por Lei, autorizadas e incumbidas de dirimir conflitos nas quais o Poder concedente é parte. Instaura-se um contencioso administrativo, com possibilidade de recurso ao Poder Judiciário.

⁸⁷ BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. Curitiba : Juruá, 2006, p. 57.

O mesmo vale para conflitos entre particulares, concessionárias ou empresas do setor, empresas e usuários, exercendo o ente regulador a função decisória como se árbitro fosse. Cabe repetir que predomina, em última análise, também aqui, o Princípio da inafastabilidade do acesso ao Poder Judiciário ⁸⁸.

De qualquer sorte, tem-se que os entes delegatários estão adstritos às escolhas pautadas em lei, nos princípios constitucionais, sempre dirigidas por critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Quando a empresa privada presta serviço público, fica subordinada à vontade do poder público no sentido de que este terá a prerrogativa de alterar as cláusulas do contrato unilateralmente.

Segundo BANDEIRA DE MELLO, o concessionário não se pode opor às alterações exigidas, nem esquivar-se do cumprimento, desde que o objeto não tenha sido desnaturado ou desvirtuado pelas modificações impostas. Cabe-lhe, apenas, o ressarcimento pelo desequilíbrio econômico nos termos da concessão, se este resultar das novas medidas estabelecidas pelo concedente ⁸⁹.

Há uma distinção quando se trata da possibilidade de intervenção do poder público nas empresas privadas, e, assim, na repercussão dos respectivos princípios.

Naquelas que se configuram como empresas cuja atividade é por natureza privada, e não funcionam na esfera da competência pública, o Estado poderá intervir apenas no intuito de defender os princípios e normas gerais orientadoras do sistema jurídico brasileiro (como a valorização do trabalho e a livre concorrência).

Já nas empresas privadas cujo objeto for a prestação do serviço público sob o regime de concessão, a intervenção poderá ser muito mais ampla, de forma que o serviço público será prestado na maneira pretendida pelo Estado, desde que não sejam procedidas alterações no contrato de concessão que desvirtuem seu objeto ou que afetem o equilíbrio econômico-financeiro do contrato ⁹⁰.

O segundo ponto a ser enfrentado diz respeito ao vínculo entre a empresa concessionária e o usuário.

É claro que via de regra não existe contrato formal.

⁸⁸ artigo 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal

⁸⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 624.

⁹⁰ BANDEIRA, Luiz Fernando. Proibição de bombas de auto-serviço em postos de gasolina e de catracas eletrônicas em ônibus: limites e possibilidades da ingerência estatal na empresa privada. **Revista de Informação Legislativa**, nº 150, abril/junho 2001, Brasília, p. 164,165.

E isso porque, em se tratando do vínculo entre concessionário e usuário, os direitos e deveres recíprocos já vêm fixado no ato de concessão. Não há liberdade dos envolvidos em relação a todo ou quase todo o regime de serviço.

Nada mais resta às partes do que a submissão ao disposto de modo completo, ou quase completo, pela lei e por atos administrativos. Reserva-se ao concessionário uma margem mínima de atuação, quando se lhe abre a possibilidade, por exemplo, de concorrer com outras empresas, cabendo a escolha ao usuário, como dispõem os serviços de telefonia. E, por isso, em relação às telecomunicações abre-se uma exceção, permitindo a lei que as prestadoras de serviço celebrem contratos com os usuários. O mesmo ocorre em certas áreas do transporte coletivo.

Há consequências práticas em relação ao tema porque a aplicação de normas do CDC aos usuários do serviço público só teria pertinência se presente o vínculo contratual e não meramente cívico.

Todavia, a par do texto constitucional (art. 37, § 6º), que dispõe que as *pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos*, responderão por igual aos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, a legislação consumerista, em seu art. 22, dispõe expressamente que as concessionárias são obrigadas a fornecer serviços adequados e, em não o fazendo, estão obrigadas a reparar os danos causados. Extrai-se que o CDC se aplica sempre que estiver presente a prestação de serviço público, de modo a tutelar os direitos do consumidor/usuário. O tema será adiante aprofundado.

De todo modo, permanece uma certa perplexidade quando existe relação contratual formal entre o prestador de serviço e o usuário.

CESAR A. GUIMARÃES PEREIRA, após citar diferentes posições doutrinárias, invoca a lição de LUÍS R. PÉREZ SÁNCHEZ para quem deve haver uma solução flexível: “a relação jurídica entre o usuário e o serviço público é regida “principaliter” pela lei ou regulamento do serviço, isso explica e justifica o “status” do usuário seja regulamentar. Em tudo aquilo que não esteja previsto pela lei ou regulamento, a relação tem caráter contratual”⁹¹.

Ponderadas as razões expostas, CESAR A. GUIMARÃES PEREIRA diz-se filiar-se quase integralmente à opinião de PÉREZ SANCHES:

O vínculo entre prestador e usuário é preponderantemente estatutário (regulamentar), mas pode existir um espaço para a definição consensual de condições. Nesse espaço, haverá um núcleo consensual no vínculo do qual derivarão

⁹¹ PEREIRA, op.cit., 110, 111

condições de prestação do serviço não determinadas pelo regramento normativo. Tais condições gerarão direito subjetivo para o usuário. Não serão imutáveis, mas também não poderão ser alteradas de modo arbitrário. Haverá o direito à manutenção das condições, exceto diante de razões de interesse público, a que o Poder concedente deverá reagir com observância do princípio da proporcionalidade⁹².

Tais lições equacionam a questão. Quando há contrato formal entre o prestador de serviço e o usuário, a relação ainda assim é regida em primeiro lugar pela lei ou regulamento do serviço, que restam prestigiados. Tal ocorre pelo próprio “status” da concessão do serviço público, que se diferencia das atividades de cunho exclusivamente privado.

7.3 As normas constitucionais e infraconstitucionais de proteção do usuário

A tutela protetiva ao usuário tem forte fundamento no § 3º, do art. 37, do texto constitucional.

O dispositivo estabelece que a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente (I) as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, assegurando a manutenção de serviço de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna da qualidade dos serviços.

Este inciso primeiro, como se verifica, assegura ao usuário reclamações quanto ao serviço público em geral, para o que mais nos interessa.

Os dois incisos seguintes se referem mais a assegurar o exercício da cidadania, dispondo sobre *(II) o acesso ... a registros administrativos e a informações sobre atos de governo e (II) a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública*.

A lei complementar ainda não foi editada, tramitando os projetos PL 674/99 e 6.953/02, que possuem amplitude muito maior do que a de simples reclamações.

O art. 175, em seu § único, inc. I, da Constituição da República rege que a lei de concessão e de permissão de serviços públicos disporá sobre (II) – os direitos dos usuários.

⁹² PEREIRA, op cit, p. 113.

Estas delegações foram reguladas pelas Leis nºs. 8.987/95 e 9.074/95 que, em seu art. 7º, alude a direitos e obrigações dos usuários, inclusive o direito de obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviço, quando for o caso.

A Lei nº 8.987/95 também dispõe que o contrato de concessão conterá a previsão dos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço (art. 23, VI). A responsabilidade da concessionária frente ao usuário está prevista no art. 25. O poder concedente tem o dever de fiscalização a partir de reclamações dos usuários (art. 29, VII) e o de estimular as associações de usuários (art. 29, XII). O contrato também deve prever a prestação de contas ao usuário (art. 31, III).

E não se pode olvidar o art. 3º, da Lei nº 8.987/95 que, ao dispor sobre a fiscalização da prestação dos serviços públicos concedidos ou permitidos, a ser realizada pelo poder concedente, deverá contar com a *cooperação dos usuários*. Em acréscimo, o art. 30 que, de acordo com norma regulamentar, a fiscalização deverá se dar por uma comissão, *composta por representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários*.

Na área do direito regulatório, o diploma que expressamente prevê direitos e deveres dos usuários é o que criou a ANATEL.

O art. 3º, da Lei nº 9.472/97 elenca doze hipóteses de direitos dos usuários, a saber: acesso aos serviços de telecomunicações com padrões de qualidade e regularidade; liberdade de escolha da prestadora; informação adequada sobre tarifas e preços; inviolabilidade e ao segredo da comunicação; não divulgação do código de acesso; à não suspensão do serviço prestado, salvo por inadimplemento; respeito à privacidade; resposta às reclamações e à reparação de danos.

O art. 4º trata dos seguintes deveres: (I) utilizar adequadamente os serviços, equipamentos e rede de telecomunicações; (II) respeitar os bens públicos e aqueles voltados à utilização do público em geral; (III) comunicar às autoridades irregularidades ocorridas e atos ilícitos cometidos por prestadora de serviço de telecomunicações.

O art. 96, da Lei nº 9.472/96 faz expressa referência à existência de contrato entre a concessionária e o usuário, cujos termos devem ser previamente submetidos à ANATEL.

A Lei nº 10.233/01, que criou a ANTAQ e a ANTT dispõe que o contrato de concessão deve conter as tarifas e os critérios para sua revisão (art. 35, VII e VIII) e os direitos, garantias e obrigações dos usuários, da agência e dos concessionários (art. 35, X).

Há, ainda, duas importantes previsões legislativas quanto ao tema.

A Lei nº 9.961/00, que criou a ANS, no inc. XXXVI, do art. 4º, dispõe que à Agência compete *articular-se com os órgãos de defesa do consumidor visando à eficácia da proteção e defesa do consumidor dos serviços privados de assistência à saúde, observado o disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.*

Trata-se de dispositivo da maior importância, visando uma política integrada de defesa do consumidor.

O Decreto nº 2.335/97, que institui a ANEEL, traz também importante comando de integração de consumidores na gestão do sistema de energia elétrica. O inc. XVIII, do seu art. 4º, do Anexo I, cap. II, dispõe que cabe à ANEEL *estimular a organização e operacionalização dos conselhos de consumidores e comissões de fiscalização periódica compostas de representantes da ANEEL, do concessionário e dos usuários, criados pelas Leis nºs. 8.631, de 4 de março de 1993, e 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.*

Como se verifica, em relação à ANATEL, ANS e ANEEL, a legislação regulatória contemplou normas expressas de defesa do usuário e do consumidor.

Além disto, como dito anteriormente, algumas leis criaram as figuras das audiências públicas e das consultas públicas, sempre que houver propostas normativas que digam respeito a direitos de usuários e agentes econômicos.

Neste sentido, a Lei nº 9.472, que criou a ANEEL, em seu art. 4º, § 3º, prevê esta forma de participação.

Por igual modo a Lei nº 9.478, que criou a ANP, em seu art. 19, prevê a realização de audiência pública.

Assim dispõem o art. 68, da Lei nº 10.233, que instituiu a ANTT e a ANTAQ e o art. 27, da Lei nº 11.182, que criou a ANAC, sempre que houver propostas normativas que digam respeito a direitos de usuários e agentes econômicos do serviço de transportes.

Na omissão da lei nº 9.961/00, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, a Resolução RDC nº 95, de 30/01/2002, art. 58 e parágrafos, da Diretoria Colegiada da ANS, facultou que o processo decisório que implicar efetiva afetação de direitos sociais do setor de saúde ou dos consumidores, decorrentes de ato administrativo da Agência ou de anteprojeto de lei proposto pela ANS, poderá ser precedido de audiência pública.

O Decreto nº 3.029/99, que regulamentou as atividades da ANVISA, em seus arts. 32 e 33, também prevê audiência pública, com os objetivos de (I) recolher subsídios e informações para o processo decisório da agência; (II) **propiciar aos agentes e consumidores a possibilidade de encaminhamento de seus pleitos, opiniões e sugestões**

(negritei); (III) identificar, da forma mais ampla possível, todos os aspectos relevantes à matéria objeto da audiência pública; (IV) dar publicidade à ação da Agência.

7.4 Os princípios tutelares da prestação do serviço público

Não apenas as normas de regência administrativa, senão que também merecem apreciação os princípios do direito administrativo para que se possa analisar a respectiva integração em relação às empresas no desempenho dos serviços públicos.

O artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, arrola quatro principais princípios: o da legalidade, o da impessoalidade, o da moralidade e o da publicidade.

Inúmeros outros mereceram consagração constitucional, como o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, o princípio da finalidade, o da razoabilidade, proporcionalidade, motivação, impessoalidade, publicidade, moralidade administrativa. Importante ainda mencionar o princípio do controle judicial dos atos administrativos, e o princípio da responsabilidade do Estado por atos administrativos.

LUIZ ALBERTO BLANCHET trata dos princípios de direito administrativo, lembrando que o princípio da legalidade subordina a atividade da Administração exclusivamente àquilo que a lei permite, mas que não se trata de mera conformidade com o texto de lei, mas com a norma⁹³.

A discricionariedade também é princípio da atuação administrativa, quando a lei não estabelece de forma explícita e definida qual deve ser a opção do agente da Administração, deixando-lhe uma margem de liberdade para decidir de acordo com a solução mais oportuna e conveniente para o interesse público no caso concreto específico.

A vinculação corresponde aos aspectos do ato em relação aos quais a lei impõe solução determinada e específica, não deixando qualquer liberdade ao agente⁹⁴.

A Emenda constitucional no. 19, de 4-6-98, inseriu o princípio da eficiência entre os princípios constitucionais da Administração.

Nas palavras de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, tal princípio apresenta dois aspectos, quais sejam, um em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados,

⁹³ BLANCHET, op.cit., p. 30/37.

e outro, em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público⁹⁵.

Em seguida, frisemos que é de fundamental importância o exame do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Dele resulta, em prol da Administração, posição juridicamente correspondente à preponderância do interesse sob seus cuidados.

Decorre daí a possibilidade que tem, sempre nos termos da lei, de constituir terceiros em obrigações mediante atos unilaterais. São caracterizados quais imperativos, como atos de Estado. Trazem consigo a exigibilidade, e ensejam, por vezes, o fato de que a administração possa, por si, executar a pretensão traduzida no ato, sem necessidade de recorrer às vias judiciais. É a chamada auto-executoriedade dos atos administrativos.

A Administração, através do que se convencionou denominar tutela, controla, fiscaliza a atuação das entidades da Administração indireta, observada a respectiva autonomia.

Pode também a administração revogar os próprios atos inconvenientes ou inoportunos, assim como anular os atos eventualmente reputados quais inválidos. É o que se denomina autotutela.

Retomando o princípio da supremacia do interesse público, vemos que tem caráter genérico, é inerente ao próprio conceito de sociedade, como condição de existência da mesma⁹⁶.

Mais interessante ainda ao presente estudo a correlação de tal princípio às funções que desempenha a Administração, por si, ou, quando compatível, de forma delegada.

Parta-se, porém, da premissa de que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado exprime conjunto de prerrogativas, mas as mesmas não devem prevalecer ilimitadamente, ou seja, trata-se de feixe de poderes-deveres, ou deveres-poderes, expressão cara à doutrina, vista a atividade administrativa como desempenho de função.

Os poderes são pois instrumentais. Mas só são validamente exercidos na extensão e na intensidade proporcionais ao que seja irrecusavelmente requerido para o atendimento do escopo legal a que estão vinculados.

⁹⁴ Id.

⁹⁵ DI PIETRO, Ibid., p. 98.

⁹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1992, p. 45.

A Administração está, por lei, adstrita ao cumprimento de certas finalidades, sendo-lhe obrigatório objetivá-las para atingir interesse de outrem: o da coletividade.

É em nome do interesse público que tem que agir.

É situação, em princípio, oposta à da autonomia de vontade, típica do direito privado. De regra, neste, alguém busca, em proveito próprio, os interesses que lhe apeteçam, fazendo-o, pois, com plena liberdade, contanto que não viole alguma lei.

Sublinhe-se que os princípios de Direito Administrativo repercutem na iniciativa privada. Todos os dias se perfazem atos em que tal ocorre.

A Administração, ao agir, no exercício de suas funções, inexoravelmente traz conseqüências para a iniciativa privada. Já quando a iniciativa privada exerce atividade pública, passa a ser a própria executora de tais princípios.

Vale dizer que, ao exercer função pública, em qualquer das modalidades, tomando-se como exemplo a concessão, o ente privado assume roupagens diferenciadas, e se transmuta em verdadeiro executor dos princípios de Direito Administrativo.

Em sendo o regime de Direito Administrativo uma gama de prerrogativas, e também de deveres, tem-se como que duas faces de uma moeda.

Em outras palavras, a empresa privada, ao desempenhar atividade pública, está submetida à obediência dos princípios de direito administrativo, e, a um só tempo, utiliza-se das prerrogativas que tal regime lhe confere.

Mas deve fazê-lo, sempre, a exemplo do ente público, seu co-igual no desempenho da função pública, dentro dos limites legais e em obediência à razoabilidade, proporcionalidade e adequação.

Pensando no contrato de concessão, vemos que a concessionária, de fato, está, em certos aspectos, em posição de vantagem frente ao usuário, pois presta um serviço do qual o usuário necessita.

Mas, por outro lado, deve atender, sempre ao princípio da adequação do serviço. Em se tratando de serviço essencial, deve prestar serviço ininterrupto e observar a modicidade das tarifas.

Apenas para ilustrar, vejamos que o art. 79, § 2º, da Lei Geral das Telecomunicações dispõe :

A Agência regulará as obrigações de universalização e de continuidade atribuídas às prestadoras de serviços no regime público. § 2º Obrigações de continuidade são as que objetivam possibilitar aos usuários dos serviços sua fruição de forma ininterrupta, sem paralisações injustificadas, devendo os serviços estar à disposição dos usuários, em condições adequadas ao uso.

Assim, a concessionária tem que observar diversas disposições normativas.

Não se pode negar que estamos em um tempo em que há inúmeras perplexidades em tal matéria.

A iniciativa privada assumiu diversas atividades que podem ser classificadas como funções públicas, como é o exemplo da educação.

Mas há dificuldade em adaptar tal situação aos princípios de Direito Administrativo e às prerrogativas da Administração pública.

A modicidade das tarifas quanto aos serviços tidos por essenciais é um exemplo da dificuldade de adaptação prática.

No Brasil, de fato, preocupam as inúmeras peculiaridades que envolvem o relacionamento entre concessionárias e usuários de serviços públicos.

Como acima foi mencionado, existem determinados princípios que são inerentes ao regime jurídico dos serviços públicos, como o da continuidade e o da igualdade dos usuários.⁹⁷

Vê-se que é admitida a delegação de tais serviços.

Tome-se o exemplo da telefonia. Cabe à ANATEL dispor sobre o procedimento licitatório de outorga do serviço de telefonia, na forma prevista na Lei geral de licitações.

As Agências reguladoras, a tal propósito, desempenham variadas funções. Na edição de normas, podendo ser suas normas invalidadas por decisão judicial, quando contrariem as leis, seja por infringência dos *standards*, princípios, diretrizes, contidos na Lei (princípio do devido processo legal substantivo), seja por inobservância do processo de elaboração das normas.⁹⁸

Desempenham ainda as Agências atos de fixação, reajuste ou revisão de tarifas para remuneração do delegatário de serviço público.

Perfazem atos de implementação de desestatização de serviço público, dentre estes a licitação.

Como atos administrativos, tais atuações devem obedecer aos requisitos de competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

⁹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19 .ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 119.

⁹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella . Inovações no direito administrativo brasileiro . **Revista Interesse Público**, vol. 30, p. 51.

7.5 Isonomia: sentido, alcance e relação com o princípio da supremacia do interesse público.

O Princípio da Isonomia representa, quem sabe, uma das mais belas construções jusfilosóficas da humanidade.

Impõe tratamento igual aos realmente iguais.

A igualdade nominal não se confunde com a igualdade real.

A Constituição Federal assegura a igualdade jurídica, ou seja, tratamento igual aos iguais perante a lei.

Há diversas faces de tal princípio quando o estudamos do ponto de vista administrativo.

Assim é que, tratando dos servidores civis, quando tratamos de equiparação, temos que considerar uma igualdade genérica, que não os equipara em direitos e deveres e, por isso mesmo, não os iguala em vencimentos e vantagens⁹⁹.

Outra característica é a igualdade entre os licitantes, do que é decorrência a vedação de discriminação entre os participantes do certame, quer através de cláusulas que, no edital ou convite, favoreçam uns em detrimento de outros, quer mediante julgamento faccioso, que desiguala os iguais ou iguale os desiguais.

O desatendimento a esse desdobramento do princípio da igualdade constitui, para Hely Lopes Meirelles, a forma mais insidiosa de desvio de poder, quebrando-se a isonomia entre os licitantes, razão pela qual editais vêm sendo anulados judicialmente, por ter havido favoritismo sem nenhuma vantagem ao interesse público¹⁰⁰.

Outras situações foram veiculadas pela imprensa, especialmente na última década, envolvendo licitações fraudulentas, certames e resultados forjados retroativamente a fim de dar aparência de legalidade e desvios vultuosos de verbas administrativas.

É evidente, o que também é observado por Meirelles¹⁰¹, que não configura atentado a tal desdobramento do princípio da isonomia o estabelecimento regular de requisitos mínimos de participação no edital ou convite, e deve a Administração fixá-los para garantir o melhor resultado e otimizar a elaboração e execução do contrato, a segurança e perfeição da

⁹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 458,459.

¹⁰⁰ Ibid., p. 268.

¹⁰¹ Id.

obra ou serviço, sempre em atendimento ao interesse público, fim último do agir administrativo.

Em terceiro lugar, mas não menos importante, ao contrário, é a aplicação do princípio da isonomia quanto à própria e mais genérica igualdade dos administrados em face da administração.

A Administração não pode desenvolver qualquer espécie de favoritismo ou desvalia em proveito ou detrimento de alguém.

Há de agir com obediência ao princípio da impessoalidade.

Sendo encarregada de gerir interesses de toda a coletividade, a Administração não tem sobre estes bens disponibilidade que lhe confira o direito de tratar desigualmente àqueles cujos interesses representa. Todos são iguais perante a Lei, e, bem assim, perante a Administração em seu agir, uma vez que esta nada mais faz senão agir na conformidade das leis.¹⁰²

O Poder Público deve tratar a todos de forma impessoal, igualitária, isonômica.

Estabelecido o sentido e o alcance do princípio da isonomia na esfera do direito administrativo, vemos que interage com o princípio da supremacia do interesse público.

De fato, não há que se falar em hierarquia entre princípios.

Tal equivale a dizer que entre princípios não há regra de solução de conflitos. Os princípios se harmonizam.

Ocorre entre os mesmos verdadeiro diálogo, de forma que interagem, devendo ser interpretados de forma que obtenhamos conclusões proporcionais (proporcionalidade dos interesses em jogo), adequadas àquilo que realmente tais princípios visam tutelar (sua essência ou núcleo) .

Se o resultado da interpretação apresenta-se inadequado e não representa a solução mais justa, algo foi trivializado, impondo-se intentar outra solução que se revele apropriada.

Já salientamos no presente estudo que do princípio da supremacia do interesse público resulta, em prol da administração, posição compatível com a preponderância do interesse sob seus cuidados.

Esta preponderância, da qual resultam verdadeiros atos de império, não é ilimitada.

Os poderes são pois instrumentais. Mas só são validamente exercidos na extensão e na intensidade proporcionais ao necessário para o atendimento do escopo legal a que estão ligados.

A Administração está legalmente adstrita ao cumprimento de determinadas finalidades, obrigada a tê-las à frente para atingir interesse da coletividade. É em nome do interesse público que tem que agir.

Mas não se pode concluir que, a fim de enfatizar interesse público, seja gerada uma situação de desigualdade.

A prestação estatal, afirma FRIEDRICH MÜELLER, tem como destinatário o povo. Em resposta à questão acerca de “quem é o povo”, obtempera: Não se trata, no tocante à pergunta pela ação, de “massas”, das espécies de textos de agitação; não se trata de um proletariado revolucionário escatológico, que é colocado em prontidão; não se trata de um exército paralelo de guerrilheiros. Trata-se de “todo” o povo dos generosos documentos constitucionais; da população, de todas as pessoas, inclusive das (até o momento) sobreintegradas e das (até o momento), excluídas: trata-se do povo enquanto destinatário das prestações estatais negativas e positivas, que a cultura jurídica respectiva já atingiu¹⁰³.

Diga-se que, por vezes, o proveito para o ente estatal (consideradas as pessoas estatais), econômico, especialmente, não se confunde com o interesse público.

Assim, não é lícito concluir que em prol do interesse do Estado, interesse primário, pertinente à sociedade, ou daquele dito interesse secundário, seja criada situação de desigualdade entre os administrados.

Inúmeros exemplos podem ser citados. Não se pode tolerar situação em que, sob o pretexto de que o Estado tenha vantagem pecuniária, ocorra, em uma licitação, quebra da igualdade entre os licitantes.

Outro problema é a igualdade entre os administrados em sentido genérico, enquanto usuários dos serviços públicos.

Tome-se como exemplo a educação, em que existem escolas estaduais e instituições privadas.

As oportunidades dos cidadãos, em questão de formação escolar, dificilmente serão isonômicas.

Ora, se o Poder Público tem as suas prerrogativas para agir, sempre em vista do interesse social, tal agir deve ser compatível a que, na medida do possível, os cidadãos tenham condições homogêneas de aprendizado, essencial à formação de sua personalidade e fundamento de suas escolhas.

¹⁰² BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 32,33.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, a tal propósito, observa, com acerto, que vários institutos de direito administrativo refletem claramente a importância do princípio da igualdade.

Admoesta que a Administração não pode, direta ou indiretamente, distribuir como benesses as vantagens econômicas dos negócios em que tenha que intervir ou os cargos e empregos em seus vários órgãos. E, poderíamos acrescentar, dos serviços que esteja a seu encargo organizar, prestados de forma direta ou indireta.

Prossegue o jurista explicitando que nenhum destes bens tem o cunho de propriedade particular, utilizável ao alvedrio do titular, a Administração, que gere negócios de terceiros, da coletividade, sendo compelida a dispensar tratamento competitivo e eqüitativo a todo administrado.¹⁰⁴

A exigência de licitação, segue, não traduz somente o desejo estatal de obter o melhor produto ou serviço com melhores ônus, mas também a obrigação de oferecer aos particulares, que se dispõem a oferecer o bem ou o serviço, a oportunidade de disputar em igualdade de condições. Só assim evidenciará tratamento isonômico, sob pena de vício do ato praticado.

E condensa, com mestria, mencionado jurista, a idéia que está sendo exposta, ao afirmar que o princípio da isonomia está fundado na convincente razão de que os bens manipulados pelos órgãos administrativos e os benefícios que os serviços públicos podem propiciar são bens de toda comunidade, embora por eles geridos, e são benefícios a que todos igualmente fazem jus uma vez que os poderes públicos, no Estado de direito, são simples órgãos representantes de todos os cidadãos. Claro que tal não deve ser levado a tal ponto que se converta em impedimento ao próprio desempenho da atividade pública¹⁰⁵.

Retomemos a seguir outro relevante exemplo.

O Poder Público é responsável pelo ensino, e a tal título, exerce uma gama de atribuições, e, a cada momento, realiza escolhas, traça diretrizes.

Em tal contexto, repita-se, existem instituições de ensino públicas e privadas.

Abordamos acima a seguinte questão: terão os alunos as mesmas oportunidades? Como se resolve a questão da igualdade entre os cidadãos, desde os bancos escolares ?

¹⁰³ MULLER, Friedrich. **Quem é o Povo? A questão fundamental da democracia**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p.100.

¹⁰⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, p. 33.

¹⁰⁵ Id., p. 34.

Assim, se o Poder Público edita norma segundo a qual há reserva de vagas em universidade aos egressos de escola pública, como ficariam os alunos de escola privada que, sem condições econômicas, tiveram seus estudos custeados, ou seja, foram bolsistas? Não poderiam então acessar tais vagas. Cria-se verdadeiro paradoxo.

Todas estas questões têm de ser equacionadas de modo que o resultado se revele justo.

Mas quando não há integração do Poder executivo central, das concessionárias, usuários, e há distanciamento dos entes públicos dos problemas reais que normalmente surgem no desenrolar-se de qualquer atividade econômica, os fenômenos que deveriam caminhar espontaneamente acabam por se mostrar verdadeiramente caóticos, as questões e os impasses como que se agigantam, e restam praticamente insolúveis.

Daí a importância do papel dos entes reguladores.

Para que se tenham bons resultados, as empresas, ao desempenhar funções públicas, têm que estar estruturadas, desde a sua concepção, de maneira que harmonizem o exercício de suas funções como concessionárias, aos usuários de serviços públicos, e à comunidade.

Por outro lado, aos cidadãos hão que ser propiciadas iguais oportunidades, a fim de que possam, mais do que satisfazer suas necessidades primárias, desenvolver seus talentos.

Tal se faz por meio de bom senso e razoabilidade, tendo sempre presente o princípio da proporcionalidade dos interesses em jogo.

As agências reguladoras estão colocadas em tal contexto em sua função primordial de contribuir para o equilíbrio da sociedade. Seus dirigentes têm a responsabilidade de mostrar a direção, tendo sempre em vista os interesses que efetivamente têm de ser tutelados, em sintonia com a sociedade em que se inserem.

7.6 A continuidade dos serviços essenciais

Como se sabe a continuidade dos serviços públicos é um dos princípios inerentes ao respectivo regime jurídico. O preceito de que *o serviço público não pode parar* tem especial aplicação em relação aos contratos administrativos e ao exercício da função pública.

Discute-se, porém, em sede doutrinária e jurisprudencial, se o prestador de serviços públicos pode interromper o fornecimento do produto em caso de inadimplemento do usuário,

vale dizer, se ele não comparece com a sua contraprestação de remunerar o custo do serviço prestado.

Há serviços públicos que não podem ser interrompidos, como por exemplo o de coleta de lixo.

Para o nosso tema, porém, sobressaem aqueles serviços que estão sob a égide das agências reguladoras, como água, energia elétrica e telefonia.

Estes serviços públicos não deixam de ser essenciais, sendo que a lei condiciona o princípio da continuidade ao do interesse público. Em face da essencialidade, a prestação não poderia ser interrompida, como rege o art. 22, do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou por suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

A Portaria nº 03/99, editada pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (publicada em 19/03/99), reconheceu como serviço essencial o fornecimento de água, energia elétrica e telefonia.

O artigo 6º, inc. X, do CDC, estabelece que é direito básico do consumidor **“a adequada e eficaz prestação do serviço público em geral”**.

A essencialidade, no caso, há de ser interpretada em seu sentido vulgar, significando todo serviço indispensável à vida em comunidade, ou melhor, em uma sociedade de consumo. Incluem-se aí não só os serviços públicos *stricto sensu*, como os de polícia, os de proteção da saúde, mas ainda os de utilidade pública, quais sejam, os de transporte coletivo, os de energia elétrica, os de gás, de telefone e os de correio, segunda abalizada doutrina de Antônio H. de Vasconcellos e Benjamim.¹⁰⁶

Pela essencialidade, a concessionária, além da obrigação especial de fornecer o serviço nas melhores condições técnicas e econômicas para os usuários, tem ainda o dever legal de prestá-lo continuamente, consoante previsto no art. 22, da Lei nº 8.078/90.

Continuidade, quer dizer que, se o serviço essencial está sendo prestado pela Administração Pública, não pode ser interrompido, a não ser que assim se dê em razão de caso fortuito ou força maior, excludentes clássicas.

Uma vez que o serviço essencial esteja sendo prestado, não pode ser interrompido, sendo, por isso, defeso ao Poder Público – em princípio – despojar o consumidor, por

¹⁰⁶ VASCONCELLOS, Antônio H. de. **Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor**, Saraiva, art. 22, p. 111.

inadimplemento de qualquer obrigação, de um serviço essencial que vinha usufruindo, com regularidade.

Nem se pode esquecer que as normas instituídas pelo Código de Defesa do Consumidor são de ordem pública e não podem ser derogadas pela concessionária.

E a Lei nº 8.078/90, em seu art. 42, prescreve que na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não poderá ser submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça. Ou seja: uma coisa é exigir o valor da dívida. Coisa diversa seria privar o usuário da própria energia.

Recorde-se precedente do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA em abono desta tese¹⁰⁷:

Esta interpretação, todavia, vem recebendo temperamentos da doutrina e dos Tribunais.

Passou-se a entender que a solução deve ser dada em face de cada caso concreto, atendidas as suas peculiaridades.

O Poder Judiciário, na lição de CESAR A. GUIMARÃES PEREIRA, deve indagar primeiramente se se trata de serviço de interrupção impossível, como de coleta de lixo doméstico, ou de usuário situado abaixo da linha pobreza.

Em se tratando de usuário de baixa renda, para que não lhe falem recursos para outras necessidades essenciais, a interrupção apenas se justificaria se existisse uma política adequada em sentido global. Assim:

Política tarifária contemplando de modo razoável a diferença econômica entre os diversos usuários, de modo que os usuários de menor capacidade econômica não sejam injustamente sacrificados. É obrigatória a existência de mecanismos adequados (tarifas reduzidas, prazos dilargados, parcelamento, avisos prévios à interrupção ou outros) para que essa diferença seja tornada tão neutra quanto possível em relação à fruição do serviço público¹⁰⁸.

É evidente que não se pode deixar ao arbítrio do usuário pagar ou não a conta de consumo de água ou de energia elétrica, sob o fundamento de que se trata de serviço contínuo e de que a concessionária deve procurar as vias judiciais para receber o seu crédito.

¹⁰⁷ **CORTE NO FORNECIMENTO DE ÁGUA – INADIMPLÊNCIA DO CONSUMIDOR – ILEGALIDADE.**

I. É ilegal a interrupção no fornecimento de energia elétrica, mesmo que inadimplente o consumidor, à vista das disposições do Código de Defesa do Consumidor que impedem seja o usuário exposto ao ridículo.

II. Deve a concessionária do serviço público utilizar-se dos meios próprios para receber os pagamentos em atrasos. Recurso não conhecido (REsp 122.812/ES, 1º Turma, rel. Min. MILTON LUIZ PEREIRA, j. 05/12/00).

¹⁰⁸ PEREIRA, César A. Guimarães. **Usuários de serviços públicos**. São Paulo : Saraiva, 2006, p.338.

No conflito entre interesses individuais e coletivos, a boa exegese determina que se dê prioridade ao interesse público. No caso, ao se admitir a impossibilidade do corte, a prestação poderia ficar inviabilizada, pelo elevado grau de inadimplência, causando a descontinuidade de um serviço sobremaneira essencial à saúde ou ao bem estar, o que restaria em evidente prejuízo à coletividade.

Há que se considerar ainda, a justiça da prestação pecuniária em contrapartida ao serviço prestado, e a injustiça de se privilegiar o inadimplente perante uma comunidade inteira de adimplentes, fazendo com que estes corram o risco de perder o serviço ou vir a tê-lo sem a mesma qualidade, face a diminuição na captação de recursos.

Sob esta ótica, exigível, portanto, o pagamento, implicando a sua falta no corte do fornecimento, após notificação, nos termos do artigo 6º, § 3º, inciso II, da Lei nº 8.987, de 13.02.95, que é posterior ao Código de Defesa do Consumidor, cuja norma está assim expressa, **verbis**:

Art. 6º. Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta lei, nas normas pertinentes e nos respectivos contratos.

§§ 1º e 2º. Omissis.

§ 3º. Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

I – “omissis”;

II. por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

Em obra coordenada por ANTÔNIO CARLOS EFING, que colaciona jurisprudência em ambos os sentidos, cita-se oportuna lição de EDISON TETSUZO NAMBA:

Segundo o referido autor, o corte deverá ser permitido, principalmente, para se evitar a maior insolvência, a paralisação do serviço e se ferir a igualdade entre as pessoas, nunca perdendo de vista direitos importantíssimos que devem ser preservados, para se evitar injustiças...¹⁰⁹

Cessa a obrigação de prestar o serviço contínuo ao particular, se este se recusa a satisfazer as despesas de seu consumo, sob a alegação simplista de que resta à fornecedora o direito à cobrança judicial de seu crédito. Estaria, assim, sempre inadimplente, e seu exemplo, se seguido, poderia levar à inadimplência generalizada, ocasionando grave prejuízo à própria coletividade, porque ficaria a concessionária desprovida de meios financeiros para bem prestar seus serviços.

¹⁰⁹ NAMBA, Edison Tetsuzo. **Direito do consumo**. Curitiba:Juruá Editora, 2005, p.60.

O usuário não há que exigir que se lhe preste serviço gratuito, ou para recebimento aleatório, sem prazo certo, dependente de decisão judicial.¹¹⁰

A vedação pura e simples da interrupção corresponderia à consagração da gratuidade. Se o usuário não tem direito à gratuidade, tem o dever de pagar a tarifa justa que lhe impõe a relação jurídica de prestação de serviço, em contraposição à obrigação da concessionária de lhe garantir o abastecimento.

7.7 Usuário versus consumidor

As posições doutrinárias divergem sobre a identidade jurídica de usuário *versus* a de consumidor. Há correntes que a empregam na situação jurídica de sinonímia. Há outras que os

¹¹⁰ No Paraná existe uma política tarifária que procura contemplar a diferença econômica entre usuários. Assim, para os usuários de baixa renda existe a Tarifa Social, que está prevista nos artigos 2º e 3º do Decreto Estadual nº 4.836/01, consistindo em apenas R\$. 4,30 para 10 m³ (dez metros cúbicos) de consumo de água por mês.

Para os desempregados, a SANEPAR, de acordo com a Lei Estadual nº 10.238/93, disponibiliza o procedimento de suspensão de cobranças pelos serviços prestados, por um prazo de 6 meses, renováveis por mais 6 meses, a cada período de 36 meses. Essas contas serão pagas posteriormente, quando o usuário obtiver renda, em 6 parcelas de igual valor.

A concessionária também instala torneiras públicas, para atender a famílias carentes que, neste caso, podem ser solicitadas e subsidiadas pelas Prefeituras Municipais, o que demonstra a responsabilidade concorrente pelas medidas de saúde pública.

Mas, longe de se pensar em assistencialismo puro e simples, é de se refletir que cada cidadão, na construção de uma sociedade que se quer justa, também tem deveres e não somente direitos, regra que se aplica ao cumprimento dos contratos.

Na área de energia elétrica, editou-se a Lei Estadual nº 14.087/03, que criou o programa Luz Fraterna, destinado a pessoas de baixa renda e com pequeno consumo, *verbis*:

Artigo 1º. Fica o Poder Executivo autorizado a efetuar o pagamento do consumo de energia elétrica e dos encargos decorrentes desse serviço dos consumidores beneficiários de algum dos Programas Sociais do Governo Federal relacionados no artigo 2º desta lei, ou cadastrados no Programa Social da Copel, cujos imóveis sejam utilizados exclusivamente para fins residenciais da área urbana e rural e cujo consumo de energia no mês não ultrapasse 100 kilowatts- hora.

Art. 2º. Para beneficiar-se do Programa Luz Fraterna o consumidor deverá atender, cumulativamente, as seguintes condições:

a) Classe Residencial:

I – ser as subclasse residencial baixa renda com atendimento monofásico, conforme a Lei Federal nº 10.438, de 26/04/2002, regulamentada pelas Resoluções da ANEEL nº 246, de 30/04/2002 e 485, de 29/08/2002;

II – estar o titular da unidade consumidora cadastrado no Programa Social da Copel, ou beneficiário de algum dos Programas Sociais do Governo Federal, tais como Bolsa Escola, Bolsa Alimentação e Vale Gás;

III – ter consumo até 100 Kwh/mês;

IV – não possuir mais de uma conta cadastrada em seu nome.

distinguem radicalmente. E, finalmente, há uma terceira para quem as regras do CDC, na ausência de um estatuto para o usuário, podem a ele ser aplicadas subsidiariamente.

Esta matéria vem exposta de maneira exaustiva na obra de CESAR A. GUIMARÃES PEREIRA, com a síntese das opiniões dos nossos principais doutrinadores.¹¹¹

Conclui acolhendo algumas diferenças entre as duas figuras, dentre outras mencionados pelos adeptos da teoria separatista. Ao contrário do consumidor, sustenta ele que o usuário (a) não é necessariamente o destinatário final do serviço público; (b) não está necessariamente envolvido com a prestação do serviço público; (c) pode participar, em audiências públicas, dos projetos que afetem os seus interesses; (d) a vulnerabilidade não é característica essencial do usuário; (e) os dispositivos do CDC que se referem ao serviço público (arts. 22 e 59, § 1º), não pressupõem uma relação de consumo; (f) a aplicação do CDC nos espaços de liberdade deixados pela regulação pública, não transforma *usuário* em *consumidor*, pois prevalece a disciplina de direito público em caso de conflito.¹¹²

As figuras de usuário e de consumidor apresentam características comuns. Seja qual for a denominação, ambos são destinatários de prestações realizadas por outrem, no âmbito de uma relação de direito econômico de caráter massificado.

Em se tratando de uma atividade **regulada** pelo Estado, envolvendo prestação de serviço, as convergências são ainda maiores, pois se trata de fornecedor privado (concessionário), mediante uma contraprestação pecuniária (tarifa ou preço).

Os defensores da uniformização de regime se arrimam em um fato objetivo, que tem como núcleo o art. 22 e seu parágrafo único, do CDC. O caput do dispositivo se dirige aos **órgãos públicos**, *por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer forma de empreendimento, são obrigadas a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros, e, quanto aos essenciais, contínuos*. E, no parágrafo único, estabelece que, *nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código*.

Este dispositivo estaria em consonância com o art. 7º, da Lei nº 8.987/95, que faz expressa referência à aplicação do CDC ao serviço público.

Pela sua reconhecida autoridade, a opinião de CLÁUDIA LIMA MARQUES é um referencial importante sobre o tema.

¹¹¹ PEREIRA, Cesar A. Guimarães Pereira. **Usuários de serviços públicos**. São Paulo : Saraiva, 2006, p. 133-203.

Ela sustenta que a previsão do art. 22 do CDC constitui uma das grandes novidades do sistema, dando concretude ao que dispõe o art. 175 e seu § único, da Constituição da República.

Deste modo, como consequência do art. 3º, do CDC, *os contratos firmados entre os consumidores (destinatários finais) e os órgãos públicos e suas empresas também podem, em princípio, ser considerados de consumo* ¹¹³.

Ainda assim estes contratos não perderiam o seu caráter de *verticalidade*, reservando à administração faculdades que quebram o equilíbrio do contrato.

Para CLÁUDIA LIMA MARQUES, *os serviços públicos “uti universi”, isto é, aqueles prestados a todos os cidadãos, com os recursos arrecadados em impostos, ficariam excluídos da obrigação de adequação e eficiência previstos pelo CDC* ¹¹⁴.

Porém, com a devida vênia, tais serviços, de responsabilidade do Estado, e aos quais se destinam os recursos advindos de tributos, devem, sim, ser prestados de forma eficiente e adequada. O exercício da cidadania sem dúvida se traduz em assim o exigir.

Algumas leis instituidoras de agências reguladoras incluem os **consumidores** – ao lado dos usuários - nos concílios públicos, reconhecendo a sua condição de destinatários dos serviços (ex. art. 19, da Lei nº 9.478; art. 1º, § 2º e art. 58, da Resolução nº 95 da ANS).

Pensamos que seja lícito falar em consumidor/usuário, ou usuário/consumidor. É evidente que nem todo consumidor é usuário. Mas o usuário é consumidor, destinatário de uma prestação especialíssima, no âmbito de uma relação de direito econômico que envolve, de algum modo, os órgãos públicos.

7.8 A responsabilidade pelos danos na prestação do serviço público

Esta interconexão quanto à incidência de normas estatutárias e consumeristas, cria porém uma certa perplexidade, quando se está em face à responsabilidade por dano.

E isso porque a matéria tem sede tanto no texto constitucional quanto no CDC. É preciso pois distinguir as duas hipóteses.

A Constituição da República de 1988 veio acabar com a polêmica em torno da abrangência da responsabilidade civil, em se tratando de serviços públicos. Veio parificar o

¹¹² Ibid., p. 202,203.

¹¹³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 4ªed. São Paulo: RT, 2002, p. 484, 485.

¹¹⁴ Ibid., p. 486.

tratamento entre as pessoas jurídicas de direito público (Estados, Municípios e órgãos vinculados) com as pessoas jurídicas de direito privado, que prestam serviços públicos.

O texto constitucional (art. 37, § 6º) dispõe que as *pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos*, responderão por igual aos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável, em casos de dolo ou de culpa.

Deste modo, tal como as pessoas jurídicas de Direito público, a empresa pública, a de economia mista e os concessionários e permissionários de serviços públicos estão sujeitos ao mesmo regime da Administração Pública no que respeita à responsabilidade civil.

No dizer de SÉRGIO CAVALIERI FILHO, quem tem o ônus, deve suportar os ônus: *“Aquele que participa da Administração Pública, que presta serviços públicos, usufruindo os benefícios dessa atividade, deve suportar os seus riscos, deve responder em igualdade de condições com o Estado em nome de quem atua”*.¹¹⁵

O texto consagra a responsabilidade objetiva das pessoas nele mencionadas, ou seja, independente de qualquer falta ou culpa do serviço.

Pela responsabilidade objetiva, não se perquire se o agente causou o evento por culpa ou dolo, bastando demonstrar o nexo de causalidade entre o dano e a autoria do evento danoso. Em tal ocorrendo, o prestador de serviço responde pelo dano praticado por seu preposto, nesta qualidade.

E esta mesma tônica da responsabilidade objetiva se encontra no direito consumerista. Para SÉRGIO CAVALIERI FILHO trata-se de um tema *“sobre estrutura jurídica multidisciplinar, aplicável a todas as relações de consumo, onde quer que vierem a ocorrer – no Direito Público ou Privado...”*¹¹⁶

Esta responsabilidade objetiva se funda no dever e na segurança do prestador em relação aos serviços que lhe foram concedidos para explorar.

ARRUDA ALVIM e THEREZA ALVIM, todavia, procuram realçar algumas diferenças entre os dois regimes, que principiam por possuírem fontes normativas diferentes.

Em relação ao CDC, o consumidor busca não apenas o ressarcimento do dano, como também o cumprimento da obrigação. Dispõe o § único, do art. 22, que as pessoas jurídicas, em caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações, serão compelidas (a) a

¹¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**, 6ª ed., São Paulo : Malheiros Editores, 2005, p. 264.

¹¹⁶ Ibid.,p.40.

cumpri-las e (b) a reparar os danos causados: *já na ação de responsabilidade, resultante do preceito constitucional, só se busca indenização.*”¹¹⁷

Estando presentes os requisitos ensejadores, este pleito de cumprimento da obrigação pode ser objeto de tutela antecipada.

Sob outro viés, o art. 22 do CDC é de âmbito mais restrito, estabelecendo a reparação apenas nos casos de danos oriundos de serviços inadequados, ineficientes, não seguros e descontínuos.

O comando constitucional é mais amplo e se refere à responsabilidade da pessoa jurídica de direito público ou de direito privado em quaisquer hipóteses de danos causados por seus agentes.

Embora o art. 22, do CDC faça referência apenas a *serviços*, entende-se que também se aplique a produtos, quer porque inserido em Seção que trata da responsabilidade por vícios das duas naturezas, quer porque o texto constitucional não faz menção à origem dos danos, quando trata de ressarcimento dos mesmos.

¹¹⁷ ALVIM, Arruda; ALVIM Thereza. **Código do consumidor comentado**, 2^a ed. São Paulo : RT, 1995, p.162.

8 OS CONTROLES DE ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS

8.1 O controle pelo Tribunal de Contas

Ao Tribunal de Contas cabe fiscalizar minudentemente os gastos públicos, como órgão auxiliar do Congresso Nacional (arts. 70 e 71, II, da Constituição da República).

A Carta Magna ampliou consideravelmente essa atividade fiscalizatória externa, permitindo o exame das contas por outro ângulo que não o da estrita legalidade e ampliando o controle para abranger todos os entes que recebam recursos públicos.

Este é o sentido amplo do § único, do art. 70:

Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

Sendo a agência reguladora uma autarquia sob regime especial, integrante da administração indireta está, em princípio, sujeita à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, sob os ângulos da legalidade, legitimidade e economicidade.

É bem de se ver, todavia, que as agências não recebem apenas dotações orçamentárias da União, senão que também possuem fontes próprias de recursos. Pertinente pois a lição de LUÍS ROBERTO BARROSO quando considera essencial, para que se abra a possibilidade de fiscalização, tratar-se efetivamente de uso de dinheiro público, quando então até as pessoas privadas estarão sujeitas à prestação de contas.¹¹⁸

Para o eminente jurista, escapa às atribuições dos Tribunais de Contas o exame das atividades destas autarquias especiais quando elas não envolvem dispêndio de recursos públicos. E, complementa:

Isto se dá, por exemplo, quando o Tribunal de Contas objetiva obter informações a respeito de deveres dos concessionários, atividades que, a par de não envolverem dispêndio de dinheiro público, constituem a razão da criação da própria agência reguladora. Não lhe caberá avançar a atividade fiscalizadora sobre a atividade-fim da agência reguladora, sob pena de violação do princípio da separação de poderes. Este, portanto, o limite da atribuição do Tribunal de Contas. Nada, rigorosamente nada, no texto constitucional, o autoriza a investigar o mérito das decisões

¹¹⁸ BARROSO, op.cit.,p. 79.

administrativas de uma autarquia, menos ainda de uma autarquia com as características especiais de uma agência reguladora”

Igual conclusão se extrai na obra dos ilustres juripublicistas portugueses VITAL MOREIRA e FERNANDA MAÇÃS:

Por outro lado, porque são autoridades que partilham a função administrativa e utilizam dinheiros públicos, as AAI estão sujeitas ao controle orçamentário e financeiro do Tribunal de Contas e, por vezes, também das instâncias de controle financeiro do Governo, o que contribui igualmente para limitar a sua independência¹¹⁹.

8.2 O controle pelo Poder Judiciário

As agências reguladoras, como visto supra, exercem importantes funções executivas, decisórias, normativas, fiscalizatórias e sancionatórias.

É certo que suas decisões são irrecorríveis na instância administrativa (ex.: inc. XLIII, do art. 8º, da Lei da ANAC), embora esta afirmação não possa ser feita de forma absoluta.

Ao editar normas, ao dirimir conflitos por arbitramento, ao aplicar punições as agências podem contrariar interesses sejam de usuários, de consumidores ou de agentes econômicos.

É possível ao prejudicado recorrer as vias judiciais ? Ao judiciário se reserva o exame apenas da legalidade formal do ato ou pode também adentrar ao seu mérito ? Quais os limites do controle jurisdicional sobre as agências reguladoras ?

É princípio constitucional que não se pode impedir o acesso ao Poder Judiciário, sempre que houver lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inc. XXXV). As diversas funções das agências pois, sejam quais forem a sua natureza, estão sujeitas à apreciação judicial.

É certo que este acesso ao Judiciário tem as suas condicionantes. Impõe, sobretudo, que se observe o devido processo legal. Como bem professa MARCOS PAULO VERÍSSIMO sobre o tema:

Assim, a garantia de acesso ao Poder Judiciário, longe de corresponder a um princípio abstrato de acesso à justiça, ou uma regra genérica de primazia do Poder Judiciário entre os órgãos do Estado, corresponde na verdade a uma garantia

¹¹⁹ MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda. **Autoridades reguladoras independentes**. Coimbra Editora, 2003, p. 37

especificada no texto constitucional por meio de um conjunto bastante rigoroso de regras, que definem a forma de atuação do órgão jurisdicional na solução do conflito.¹²⁰

Embora já se sustentasse serem intocáveis as decisões de mérito das Agências, em face da característica de sua independência, demonstrou-se que esta competência exclusiva é incompatível com o Estado democrático de direito, onde os valores devem ser restabelecidos sempre que violados.

No âmbito do direito administrativo, LUÍS ROBERTO BARROSO destaca com muita propriedade a prevalência dos princípios da razoabilidade, da moralidade e da eficiência, consagrados em quase todas as leis instituidoras, além de terem sede constitucional, ao lado de outros da mesma grandeza, como os da legalidade, da impessoalidade e da publicidade.

À luz destes novos elementos, no sentir daquele prestigioso autor,

Já não é mais possível, de modo peremptório, que o mérito do ato administrativo não é passível de exame. Isso porque verificar se algum ato é, por exemplo, razoável – ou seja, se há adequação entre meio e fim, necessidade e proporcionalidade – constitui, evidentemente, um exame de mérito.¹²¹

E, mais adiante, pontifica:

Em suma: a doutrina convencional em tema de controle dos atos administrativos, aí incluídos os das agências reguladoras, não perdeu a validade, mas sofre exceções importantes. Sem embargo, no tocante às decisões das agências reguladoras, a posição do Judiciário deve ser de relativa autocontenção, somente devendo invalidá-las quando não possam resistir aos testes constitucionalmente qualificados, como os da razoabilidade ou moralidade, já mencionados, ou outros, como os da isonomia e mesmo o da dignidade da pessoa humana. Notadamente no que diz respeito a decisões informadas por critérios técnicos, deverá agir com parcimônia, sob pena de se cair no domínio da incerteza e do subjetivismo.¹²²

Acrescente-se, ainda, que a atuação das agências reguladoras é dotada de certa discricionariedade, dando ao órgão administrativo certa liberdade de ação, preenchendo assim o campo da indeterminação normativa, para satisfazer no caso concreto a finalidade da lei. E essa discricionariedade, decorrente da natureza programática e genérica e das relativas

¹²⁰ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Controle judicial da atividade normativa das agências de regulação brasileiras, em **Agências reguladoras e democracia**. Rio : Lumen Iuris, 2006, p.381.

¹²¹ BARROSO, Luís Alberto. *Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática*, em **Agências reguladoras e democracia**. Rio : Lumen Iuris, 2006, p. 81.

¹²² Id.

lacunas em conceitos e prescrições, em princípio deveria retirar ao Poder Judiciário a possibilidade de controle sobre a escolha feita pelo administrador quanto ao preenchimento da indeterminação normativa.

Qual a extensão do conhecimento do Poder Judiciário das causas que dizem respeito às agências reguladoras ?

É evidente que elas se submetem à ordem jurídica nos termos e nas condições de qualquer outra parte litigante. Pode haver alguma prerrogativa em função da competência ou de eventual conexão ou litisconsórcio, jamais porém privilégio.

E embora sejam entidades de direito público, não se subtraem às normas de direito privado, sobretudo no momento em que se afirma a completude da ordem jurídica. O interesse público está presente em todo o ordenamento e deve ser preservado.

Significativo, neste sentido, é o advento da reforma ocorrida no direito privado.

Em especial, a parte geral do novo Código é produto do culturalismo jurídico, no sentido de que possa constituir um sistema aberto, até mesmo para se buscar o conteúdo valorativo da norma.

O sistema fechado traz conceitos e formas precisas, enquanto a técnica legislativa moderna se faz mediante conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais, que dão mobilidade ao sistema.

Pode-se dizer que a grande inovação deste novo Código foi a criação das cláusulas gerais, dos conceitos legais indeterminados e dos conceitos determinados pela função.

O que são conceitos legais indeterminados ? Conceitos legais indeterminados são palavras ou expressões indicadas na lei, de conteúdo e extensão altamente vagos, imprecisos e genéricos, e por isso mesmo este conceito é abstrato e lacunoso.

Eles sempre se relacionam com a hipótese de fato posta em causa.

Cabe ao juiz, no momento de fazer a subsunção do fato à norma, preencher os claros e dizer se a norma atua ou não no caso concreto.

Preenchido o conceito legal indeterminado, a solução já está preestabelecida na própria norma legal, competindo ao juiz apenas aplicar a norma, sem exercer nenhuma função criadora. Distinguem-se das cláusulas gerais pela finalidade e eficácia. A norma incorpora um conceito indeterminado e dá as conseqüências dele advindas. Exs. : Elege a atividade de risco para caracterizar a responsabilidade objetiva (NCC, art. 927 e parágrafo), o que é caso de urgência, para autorizar o credor desfazer o ato (art. 251, § único), ou o que é perigo iminente, para excluir a ilicitude do ato, em caso de deterioração ou destruição da coisa alheia

(art. 188, II), o que é divisão cômoda, para evitar a venda judicial do bem (art. 2.019) e assim por diante.

As leis instituidoras das agências reguladoras estão repletas de conceitos legais indeterminados, que lembram muito as normas penais em branco, cujo conteúdo vai ser preenchido pelo juiz, em face do caso concreto.

A lei que criou a ANATEL, por exemplo, dispõe que o Poder Público tem o dever de (art. 2º) garantir, a toda a população, o acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas (inc. I). O diploma instituidor da ANP atribuiu-lhe competência para fazer cumprir as boas práticas e o uso racional do petróleo (art. 8º, inc. IX). A lei criadora da ANAC, no inc. XXX, do art. 8º, faz referência a padrões mínimos de segurança de voo, de desempenho e eficiência, a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços aéreos e de infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária.

O preenchimento de sua indeterminação será feito pelo juiz por meio de valores éticos, morais, sociais, econômicos e jurídicos, o que transforma o conceito legal indeterminado em conceito determinado pela função que tem de exercer no caso concreto.

Vale dizer, o juiz torna concretos, vivos, determinando-os pela função os denominados conceitos legais indeterminados. A indeterminação não significa liberdade de ação para a administração mas, ao contrário, vincula esta atuação a critérios pragmáticos. E se a administração age em dissonância com os objetivos a serem alcançados, esta decisão está sujeita ao controle do Judiciário.

Esta temática foi muito bem abordada por MARCOS PAULO VERÍSSIMO, sendo oportuno transcrever a sua lição:

Em princípio, nada, a não ser um possível grau maior de interpretabilidade, diferencia esses conceitos de quaisquer outros conceitos jurídicos. Se são interpretáveis, são também determináveis por esse meio. Se são jurídicos, pertencem à seara do direito e não exclusivamente à da política, sendo essa própria uma distinção em declínio, como se viu acima. São conceitos que vinculam a Administração e, se assim o fazem, permitem, em princípio, algum grau de controle jurisdicional.¹²³

Mas estes conceitos legais indeterminados vão ainda refletir os conteúdos normativos contidos nas chamadas cláusulas gerais.

As cláusulas gerais são normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir.

¹²³ VERÍSSIMO, op.cit, p. 404.

As cláusulas gerais são formulações contidas na lei, de caráter significativamente genérico e abstrato, cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, autorizado para assim agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral, que tem natureza de diretriz.

Revolucionam a teoria das fontes – constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos.

Distinguem-se dos conceitos legais indeterminados pela finalidade e eficácia, pois aquelas, uma vez diagnosticados pelo juiz no caso concreto, já têm sua solução preestabelecida na lei, cabendo ao juiz aplicar referida solução.

Estas, ao contrário, se diagnosticadas pelo juiz, permitem-lhe preencher os claros com os valores designados para aquele caso, para que se lhe dê a solução que ao juiz parecer mais correta, ou seja, concretizando os princípios gerais de direito e dando aos conceitos legais indeterminados uma determinabilidade pela função que têm de exercer naquele caso concreto.

A função das cláusulas gerais é a de dotar o sistema interno do NCC de mobilidade, mitigando as regras mais rígidas, além de atuar de forma a concretizar o que se encontra previsto nos princípios gerais de direito e nos conceitos legais indeterminados. Prestam-se, ainda, para abrandar desvantagens do estilo excessivamente abstrato e genérico da lei.

Para tanto, as cláusulas gerais passam, necessariamente, pelos conceitos determinados pela função.

O juiz exerce papel de suma importância no exercício dos poderes que derivam das cláusulas gerais, porque ele instrumentaliza, preenchendo com valores, o que se encontra abstratamente contido nas referidas cláusulas gerais.

Cláusula geral não é princípio, tampouco regra de interpretação, é norma jurídica, isto é, fonte criadora de direitos e de obrigações.

As cláusulas gerais possuem a desvantagem de conferir certo grau de incerteza, dada a possibilidade do juiz criar a norma pela determinação dos conceitos, preenchendo o seu conteúdo com valores.

São exemplos de cláusula geral, na parte geral do NCC: a função social do contrato, como limite à autonomia privada (art. 421), boa-fé objetiva e probidade (art. 422), os fins econômicos e sociais do negócio jurídico (art. 187).

Como a função social é cláusula geral, o juiz poderá preencher os claros do que ela significa, com valores jurídicos, sociais, econômicos e morais, até mesmo de ofício. A nova

lei civil, pois cria na prática, um novo controle incidente do conteúdo e da equidade dos atos regulatórios submetidos à apreciação do Poder Judiciário.

A solução será dada diante do caso concreto.

O juiz pode declarar a inexistência do contrato por falta de objeto; a sua nulidade por fraude à lei imperativa (CC, 166, VI), convalidar o contrato anulável (CC 171 e 172), determinar a indenização parcial (art. 413), e assim por diante.

A norma do art. 421 é de ordem pública. E quem não-lo diz é o parágrafo único, do art. 2.035, do CC: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

Com a chamada funcionalização dos institutos jurídicos, deve estar presente que os regramentos normativos não apenas regulam os interesses dos agentes econômicos, como atingem os interesses de um todo, a sociedade. Uma sociedade em que se superou o Estado puramente Liberal para bradar os princípios de uma solidariedade social, o Estado social-democrático.

Para além destas considerações, é preciso incluir no mesmo nível das cláusulas gerais os valores normativos principiológicos contidos no art. 37, da Constituição da República e recepcionados em quase todos os diplomas instituidores das agências reguladoras, a saber, de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A respeito delas pode-se repetir o que escreveu FÁBIO BARBALHO LEITE sobre a moralidade administrativa, invocando a lição de JUDITH MARTINS-COSTA:

Funciona o cânone da moralidade administrativa como cláusula geral, permitindo a abertura e a mobilidade do sistema jurídico (...) entendida em dupla perspectiva, como mobilidade externa, isto é, a que "abre" o sistema jurídico para a inserção de elementos extrajurídicos, viabilizando a "adequação valorativa", e como mobilidade interna, vale dizer, a que promove o retorno, dialeticamente considerado, para outras disposições interiores do sistema¹²⁴.

Se eles não forem observados nas atividades regulatórias, lesando ou ameaçando lesar direitos, poderão autorizar a revisão judicial.

Pode-se dizer que eles se subsumem no preceito da legalidade administrativa, mas se o Constituinte preferiu nominá-los, parafraseando FÁBIO BARBALHO LEITE, foi para

¹²⁴ MARTINS-COSTA, Judith. O controle jurisdicional de atos regulamentares das agências reguladoras diante do princípio da moralidade administrativa, em **Agências reguladoras e democracia**. Rio : Lumen Iuris, 2006, p.451.

“ênfatizar, elucidar debulhar, reforçar topicamente a compreensão da legalidade administrativa em termos materiais, fazendo como que a mesma amplie-se para além da lei e alcance o direito” ¹²⁵.

São cláusulas indisponíveis, que não admitem qualquer grau de flexibilização ou tolerância.

A autoridade reguladora administrativa responde não apenas por ação lesiva, como também por omissão.

É questão das mais interessantes, patenteada em artigo assinado por ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO e PATRÍCIA REGINA PINHEIRO SAMPAIO.

A digressão teórica tem como hipótese fáctica a ausência de marco normativo, que teria proporcionado desigualdade na concorrência em face de omissão fiscalizatória, resultante do não desempenho de competências executivas.

A ausência de fiscalização de agente econômico, a pretexto de se tratar de pequena empresa nacional entrante no mercado, teria criado desvantagem econômica aos demais, quebrando – dentre outros – o princípio da isonomia. Os autores exemplificam com a omissão ao combate na pirataria de produtos, ou a interferência de sinais de telecomunicações, ou, ainda, não supervisionar a segurança das redes de transmissão de energia elétrica.¹²⁶

Elencam ainda alguns remédios jurídicos no caso de omissão normativa da autoridade reguladora, que também se prestam a tutelar outros direitos ameaçados.

Destacam a possibilidade de se ajuizar mandado de segurança, ação popular e ação civil pública.

O mandado de segurança tem sido utilizado largamente tanto para omissões quanto ações lesivas a direito e até mesmo preventivamente.

A ação popular também se mostra via adequada contra omissão abusiva, como quando a autoridade administrativa deixa de produzir norma infralegal necessária ao desempenho pleno de suas competências regulatórias.

A ação civil pública é também instrumento hábil à proteção de interesses difusos, ameaçados por omissão do poder público, em face da possibilidade de lesão à ordem

¹²⁵ LEITE, Fábio Barbalho. Controle Jurisdicional da Atividade Normativa das Agências Reguladoras Brasileiras, em **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio : Forense, 2006, p. 419-476.

¹²⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Omissão no exercício do poder normativo das agências e a concorrência desleal, em **Agências reguladoras e democracia**, Rio: Lumen Iuris, 2006, p.556.

econômica, especialmente quanto à lealdade da concorrência, pela omissão normativa ou fiscalizatória da agência reguladora.¹²⁷

ALEXANDRE MAZZA cita as mesmas vias processuais para provocar pelo interessados o controle jurisdicional, acrescentando ainda o *habeas data* e a ação de improbidade administrativa.¹²⁸

Não se pode, finalmente, deixar de se referir aos controles concreto e difuso de constitucionalidade.

Atos gerais e abstratos que são, as normas poderão ser atacadas indiretamente no controle difuso mediante hostilização da respectiva fonte.

Nas demandas individuais a ilegalidade ou inconstitucionalidade do ato é atacada incidentalmente.

Como bem pontua FÁBIO BARBALHO LEITE:

Significa que uma vez acatado o argumento de inconstitucionalidade, o dispositivo regulamentar é afastado, impedindo-se a edição (nas demandas de caráter preventivo), anulando-se ou se restringindo a eficácia do ato administrativo que pretendia encontrar fundamento de validade na disposição regulamentar inquinada como inconstitucional. Quem é alvejado pelo controle é o ato administrativo individual, potencial ou concreto, não se alcançando a validade e a vigência do regulamento. A eficácia da decisão é inter partes presentes na relação processual, alcançando, portanto, o controle um âmbito de validade específico, concreto e individualizado¹²⁹.

No controle difuso de constitucionalidade busca-se invalidar o ato normativo em si, tomado como norma abstrata e com eficácia *erga omnes*, isto é, para todos aqueles destinatários dos mesmos.

Lembra FÁBIO BARBALHO LEITE que *por hipótese seria o caso de ações coletivas – mandado de segurança coletivo, ação civil pública e ação ordinária coletiva – em que se buscasse o bloqueio da aplicação de disposição regulamentar em face de todos os indivíduos que integram o âmbito de validade pessoal da norma em causa*¹³⁰.

E, por último, o controle concentrado de constitucionalidade, dito também controle direto ou abstrato, que visa atacar o próprio ato normativo, culmina com a invalidação da norma e, posteriormente, com a sua retirada do sistema.

¹²⁷ Ibid. p. 563 – 565.

¹²⁸ MAZZA, Alexandre. **Agências reguladoras**. São Paulo : Malheiros Editores, 2005, p.204.

¹²⁹ LEITE, op. cit., p. 456,457.

¹³⁰ Ibid.,p.457.

A Constituição da República traça os limites dos Tribunais para o julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade.

A jurisprudência tem sido infensa à ADI em se tratando de atos regulamentares. Mas eventuais normas com *status* de leis, tendo como objeto competências das agências reguladoras, podem estar sujeitas à ADI e, assim, atingidas por uma declaração de inconstitucionalidade, o que produziria efeitos *erga omnes*, com a posterior exclusão da ordem jurídica.

8.3 O controle pelo Ministério Público

As agências reguladoras foram criadas para que o Estado não se omitisse no seu papel de pautar as atividades econômicas que afetam de modo direto a sociedade e foram confiadas ao livre mercado.

Mas esta atividade está também condicionada por vários fatores, de modo que nem sempre os critérios adotados, os padrões eleitos se revelam os mais adequados para atingir suas finalidades, podendo eventualmente lesar os interesses coletivos.

Fácil pois é perceber a função relevante do Ministério Público na sociedade contemporânea, marcadamente de massa e sob os influxos de uma nova atmosfera cultural, para dar efetividade à nova ordem jurídica regulatória, sobretudo na defesa dos cidadãos.

No âmbito de sua competência, convém ressaltar a possibilidade de ajuizar medidas cautelares, bem como de instaurar o inquérito civil e a ação civil pública.

O art. 129, III, da Constituição da República dispõe que é função institucional do Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Embora o texto constitucional não faça referência aos interesses individuais homogêneos, HUGO NIGRO MAZZILLI sustenta que eles estão abrangidos no conceito de interesses transindividuais:

Dessa forma, o Ministério Público pode defender quaisquer interesses transindividuais, até mesmo os interesses individuais homogêneos, desde que estes tenham o caráter de indisponibilidade ou o caráter de larga abrangência ou suficiente expressão social – para ficarmos dentro da destinação institucional do Ministério Público (art. 129, IX, e 127, caput, da CF)¹³¹.

¹³¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Ministério Público**, 3ª ed., São Paulo: Editora Damásio de Jesus: 2005, p.84,85.

E, mais adiante, cita MAURO CAPPELLETTI, que elenca as razões para um sistema próprio para a defesa coletiva de interesses de grupos, classes ou categorias de pessoas: a) para assegurar a substituição do grupo lesado no pólo ativo da relação processual; b) para ampliar os efeitos da coisa julgada; c) para superar as notórias dificuldades da execução (ob. cit., pág. 85). O inquérito civil é instrumento investigatório de elevada importância, destinado a colher elementos de convicção que embasem o eventual ajuizamento da ação civil pública.

A ação civil pública, regulada pela Lei nº 7.347/85, se presta à defesa de interesses transindividuais, como aqueles ligados ao meio ambiente, consumidor, usuário, patrimônio cultural e outros análogos.

Há porém alguns limites à atuação do Ministério Público neste área, destacados por HUGO NIGRO MAZZILLI. Ela só pode ocorrer quando: *“a) esses interesses de grupo, classe ou categoria de pessoas tenham a conotação de indisponibilidade; b) não sendo indisponíveis, tenham, ao menos, larga abrangência ou suficiente expressão social.”*¹³²

O controle jurisdicional também se exerce pela ação popular constitucional, regulada pela Lei nº 4.717, tendo como objeto decretar a nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou ao interesse público, responsabilizando o produtor do ato e quem deste se beneficie pelo pagamento das perdas e danos resultante da irregularidade perpetrada.

Ao Ministério Público, no papel de autor popular, cabe promover a responsabilidade civil, agindo como parte principal (§ 4º, art. 6º, da lei). O Ministério Público será também legitimado quando a sentença condenar os responsáveis pela prática do ato lesivo e os beneficiários dele ao pagamento de perdas e danos (art. 11), bem como quanto à ação executiva (art. 15).

É preciso não se olvidar que os dirigentes das agências reguladoras estão sujeitos a processo administrativo disciplinar. Neste passo, se apuradas irregularidades, estão sujeitos à ação penal e ação civil.

O art. 15, da Lei nº 8.429/92 dispõe que a comissão processante dará conhecimento ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas da existência de procedimento administrativo para apurar a prática de ato de improbidade.

E o art. 7º, do referido diploma legal, rege que, quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá à autoridade

¹³² Ibid., p.90.

administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.

A indisponibilidade tem caráter acautelatório e é medida de cunho emergencial e transitório.

A comissão poderá ainda representar junto ao Ministério Público ou à Procuradoria do órgão para a decretação de seqüestro de bens do agente ou do terceiro que tenha se enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público (art. 16, da lei).

Entendemos que os dirigentes e conselheiros das agências reguladoras estão sujeitos à lei de probidade administrativa (Lei nº 5.419), na condição de agentes públicos e equiparados (arts. 1º, 2º e 3º, da lei). A lei também descreve com minudência os atos considerados de improbidade administrativa (arts. 9º, 10 e incisos).

O Ministério Público está legitimado para ajuizar a ação de improbidade administrativa (art. 17 e §§ da lei). O objeto da ação é múltiplo. Visa à reparação do dano, à decretação da perda dos bens havidos ilicitamente, bem como à aplicação das penas previstas na lei, que compreendem perda da função pública, suspensão dos direitos políticos e pagamento de multa civil (art. 12 e incisos).

Convém ressaltar que a Lei nº 8.429 veio apenas disciplinar previsão expressa das penas previstas na Constituição da República para os atos de improbidade administrativa (art. 37, § 4º).

8.4 Participação dos consumidores no controle da regularidade de gestão e na atuação das agências reguladoras

Tivemos oportunidade de apreciar anteriormente este tema, quando tratamos da participação cidadã nas políticas regulatórias (supra nº 16).

É verdade que estas oportunidades não têm sido aproveitadas, sendo irrisório o interesse da sociedade em participar do debate, seja por falta de estímulo, seja pela pouca divulgação das audiências públicas e das consultas públicas, seja por não disporem de instrumentos para interagir com os proponentes.

A participação institucionalizada da sociedade nos órgãos administrativos com poderes normativos, como observa SÍLVIA HELENA SERRA, pode ocorrer em duas hipóteses:

a) se o órgão tiver a atribuição legal de propor políticas públicas, o que requer representatividade popular, levando-se em conta o próprio princípio democrático; e/ou b) se o órgão tiver por atribuição a regulação de temas que a própria Constituição da República exige a participação da sociedade ¹³³.

Na primeira hipótese, não se trata de função regulatória exercida pelo órgão, mas sim de função de assessoramento junto aos Poderes Executivo e Legislativo, sugerindo políticas públicas em determinadas áreas.

O Decreto nº 2.335/97, que regulamenta a ANEEL, exemplificando, dispõe que a ela compete “*propor os ajustes e as modificações na legislação necessários à modernização do ambiente institucional de sua atuação.*” (art. 4º, incIII)

A ANATEL e a ANVISA, por exemplo, possuem Conselhos Consultivos ecléticos, onde têm assento diversos segmentos sociais.

Na ANATEL, cabe ao referido órgão opinar, antes do seu encaminhamento ao Ministério das Comunicações, sobre o plano geral de outorgas, sobre o plano geral de metas e sobre as demais políticas governamentais de telecomunicações.

Da mesma forma, na ANVISA cabe ao Conselho Consultivo propor recomendações e diretrizes técnicas à Diretoria Colegiada relativas a assuntos de competência da Agência e opinar sobre propostas de política governamental na área de atuação da Agência.

Fórum mais amplo está previsto no Decreto nº 3.327/2000, que aprova o Regulamento da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, ao dispor sobre a estrutura da Câmara de Saúde Suplementar, órgão de caráter permanente e consultivo, a quem cabe editar as normas de competência da ANS e propor ao Ministério da Saúde políticas e diretrizes governamentais destinadas a permitir à Agência o cumprimento de seus objetivos.

Nela têm assento (I) Diretor Presidente da ANS; (II) Diretor da ANS como secretário; (III) representantes dos Ministérios da Fazenda, Previdência e Assistência Social, do Trabalho e Emprego e da Justiça; (IV) representantes de vários Conselhos de classe como de Saúde, de Medicina, de Odontologia, além de Confederações Nacionais como de Saúde, da Indústria, do Comércio, dos Trabalhadores, da Força Sindical; (V) finalmente representantes de consumidores, de segmentos de auto-gestão de assistência à saúde, de medicina de grupo, de odontologia de grupo; de cooperativas da área médica e outros.

¹³³ SERRA, Sílvia Helena. *A participação democrática nos órgãos administrativos com poderes normativos*, In: **Direito regulatório, temas polêmicos**, organizado por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, Belo Horizonte : Editora Fórum, 2004, p. 568.

Como se verifica, é uma ampla gama de representação, que tem por finalidade encontrar um equilíbrio dentre as diversas categorias interessadas, sem perder de vista o interesse público e social.

Já na segunda hipótese se está em face da função normativa da própria agência reguladora, que diz respeito à regulação do setor e, inclusive, a adoção de políticas públicas.

A participação de Conselhos Consultivos não tem relevo por eventual contribuição técnica, mas objetiva uma representatividade democratizada, já que se está diante de questões de relevante interesse para a comunidade e com reflexos, em diversos casos, de caráter social e político.

Para SÍLVIA HELENA SERRA:

Identifica-se nestes órgãos a denominada democracia pluralista, na qual o processo de formação da vontade democrática assenta-se em grupos definidos, a fim de se obter “uma dimensão igualitária, na medida em que, estando no sistema pluralista todos os interessados tendencialmente organizados da mesma maneira, todos eles teriam uma quota de influência e mobilização”¹³⁴.

Esta forma de representação é ainda a mais ativa, porque diretamente integrada ao núcleo decisório das agências e, embora relativizada em face da predominância dos dirigentes indicados pelo Governo, não deixa de ser importante para reduzir o *deficit* democrático destas organizações.

Outra forma de participação, mais aberta e democrática, é através das chamadas audiências públicas, embora menos efetiva pela pequena participação popular.

Como visto anteriormente (supra nº 16), diversas leis instituidoras prevêm esta participação institucionalizada da sociedade.

A Lei nº 9.472, que criou a ANEEL, em seu art. 4º, § 3º, prevê esta forma de participação.

Por igual modo a Lei nº 9.478, que criou a ANP, em seu art. 19, prevê a realização de audiência pública, sempre que houver projeto de lei que implique afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo.

Em igual sentido dispõem o art. 68, da Lei nº 10.233, que instituiu a ANTT e a ANTAQ e o art. 27, da Lei nº 11.182, que criou a ANAC, em matérias que digam respeito a usuários e agentes econômicos do serviço de transportes.

¹³⁴ Ibid, p.573.

Repita-se que, na omissão da lei nº 9.961/00, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, a Resolução RDC nº 95, de 30/01/2002, da Diretoria Colegiada da ANS, facultou que o processo decisório que implicar efetiva afetação de direitos sociais do setor de saúde ou dos consumidores, decorrentes de ato administrativo da Agência ou de anteprojeto de lei proposto pela ANS, poderá ser procedido de audiência pública..

Para SÍLVIA HELENA SERRA, a afetação de direitos *só poderá ocorrer em virtude da concretização de conceitos indeterminados pelo órgão normativo ou em virtude da regulação legal da prestação de serviços que lhe compete regular e fiscalizar, mas jamais como decorrência de inovação na ordem jurídica.*¹³⁵

Mas as audiências públicas têm desempenhado a importante função de evitar ou, ao menos, reduzir os riscos do desequilíbrio econômico-financeiro entre os agentes econômicos destinatários dos atos normativos.

Como bem anota SÍLVIA HELENA SERRA:

Os debates travados em sede de audiência pública para a regulação da prestação de serviço público, entre os agentes econômicos envolvidos e a Administração, garantem, dessa forma, o contorno exato da regulação de forma a não afetar o equilíbrio econômico-financeiro dos agentes econômicos, além de garantir sua razoabilidade e proporcionalidade aos fins almejados¹³⁶.

Como anteriormente mencionado, a audiência pública também apresenta vantagem de dar transparência e publicidade aos atos administrativos, assegurando o controle da razoabilidade e proporcionalidade das regras voltadas à prestação de serviços públicos ou atividades econômicas reguladas. Os debates, por mais técnicos que sejam, representam uma forma de controle dos atos administrativos pelos administrados.

Não se pode ainda esquecer da consulta pública, anteriormente mencionada, que se difere da audiência pública apenas quanto ao procedimento. Ambas têm como finalidade revestir de democratização as decisões que haverão de influir em toda a sociedade.

O toque de democracia dado por tais participações, porém, não autoriza que se extravasem os limites da legalidade.

A normatização deve ser feita para preencher os conceitos jurídicos indeterminados, não podendo inovar na ordem jurídica, sob pena de ilegalidade, ainda que editado com o beneplácito da participação da sociedade.

¹³⁵ Ibid, p.575.

¹³⁶ Ibid, p.576.

9 O SISTEMA LEGAL PROTETIVO DO CONSUMIDOR

9.1 A proteção constitucional ao consumidor

A Constituição da República cometeu ao Estado a defesa do consumidor e insculpiu-a dentre os direitos e garantias fundamentais (art. 5º, inc. XXXII). Em seu art. 170, apesar de consagrar a ordem econômica fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, deixou explícito que a sua finalidade era a de assegurar a todos **existência digna**, conforme os ditames da **justiça social**, observando-se para tanto – dentre outros valores – **(V) a defesa do consumidor**.

O respeito ao consumidor impõe-se até mesmo no direito tributário, onde o § 5º, do art. 150, dispõe que a lei determinará medidas para que ele seja informado dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços.

Em decorrência dos comandos constitucionais, o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 1º, dispõe que as suas normas são de ordem pública e de interesse social, portanto de aplicação necessária e observância obrigatória, pois consagram os valores básicos de uma sociedade.

Trata-se de uma nova e moderna ordem jurídica, que veio revolucionar o direito privado.

Em se tratando de serviços públicos, a participação do Estado deve sempre ser mais efetiva quanto ao cumprimento dos princípios constitucionais, o que nem sempre ocorre na livre iniciativa, que se beneficia de uma interpretação mais liberal quanto à vontade dos contratantes, que deve prevalecer, mesmo quando sobrevenham mudanças normativas.

A intervenção do Estado quanto aos serviços públicos é direta e deve ser dirigida no sentido da realização daqueles valores de *existência digna* e *justiça social*, não se devendo fazer *a posteriori*, com o estabelecimento de sanções às transgressões já ocorridas, mas também *a priori*, até porque, como consta em precedente da Corte Suprema, citado por CLÁUDIA LIMA MARQUES, “a eficácia da defesa do consumidor ficará sensivelmente reduzida pela intervenção somente “a posteriori” que, às mais das vezes, impossibilita ou dificulta a recomposição do dano sofrido.”¹³⁷

¹³⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**, 4ª ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.578.

9.2 As agências reguladoras e a proteção do consumidor

A imperatividade das regras contidas no CDC e a *ratio* das normas que regulam os serviços públicos, submetidas que estão aos ditames constitucionais, seriam suficientes – em princípio – para proteger o consumidor contra eventuais abusos dos prestadores de serviços e eventuais desequilíbrios nos preços e tarifas praticados.

Estes agentes econômicos respondem de forma objetiva pelos danos praticados, bastando ao consumidor a prova da sua efetiva ocorrência, o nexo de causalidade entre a ação ou omissão da empresa e o montante do prejuízo.

Como dito no item 3, do Capítulo 6, que trata do serviço público, existem duas previsões legislativas expressas quanto à participação do consumidor em temas do seu interesse direto.

A Lei nº 9.961/00, que criou a ANS, no inc. XXXVI, do art. 4º, dispõe que à Agência compete *“articular-se com os órgãos de defesa do consumidor visando à eficácia da proteção e defesa do consumidor dos serviços privados de assistência à saúde, observado o disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990”*.

O mesmo preceito vem repetido no § único, do art. 14, do Regulamento da ANEEL (Decreto nº 2.335/97, *verbis* *“Objetivando o aperfeiçoamento de suas ações, a ANEEL articular-se-á com as entidades e os órgãos estatais e privados de proteção e defesa do consumidor”*).

São dispositivos importantes, visando uma política integrada de defesa do consumidor.

O referido Decreto nº 2.335/97, que institui a ANEEL, traz ainda importante comando de integração de consumidores na gestão do sistema de energia elétrica. O inc. XVIII, do seu art. 4º, dispõe que cabe à ANEEL:

Estimular a organização e operacionalização dos conselhos de consumidores e comissões de fiscalização periódica compostas de representantes da ANEEL, do concessionário e dos usuários, criados pelas Leis nºs. 8.631, de 4 de março de 1993, e 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

As agências reguladoras parecem todavia mais se preocupar em fomentar os respectivos setores, traçando políticas de desenvolvimento, sem dar a devida importância aos consumidores, sobretudo quanto ao seu bem-estar e à sua segurança. Impõe mudanças unilaterais, inclusive por Portarias, prejudicando a posição já vulnerável do consumidor.

Para CLÁUDIA LIMA MARQUES, Agências até agora criadas não têm se notabilizado por defender os direitos do consumidor: “*por vezes, sequer querendo aplicar o CDC a estas relações, exceção feita à ANS como se estes mercados ou fornecedores de serviços ex-públicos fossem de alguma forma privilegiados*”¹³⁸.

Esta afirmação infelizmente veio a se concretizar em dois episódios recentes, ligados ao fornecimento de gás combustível no Rio de Janeiro e na crise da aviação civil, que culminou com a substituição de toda a Diretoria da ANAC.

As companhias aéreas não prestam informações sobre atrasos e cancelamentos de vôos, superlotam de assentos as aeronaves, não possuem frotas suficientes para acompanhar a demanda.

É pública a crise na administração aeroportuária em nosso país, sobretudo quanto ao controle de vôos.

Para melhor proteger o consumidor, foram instaladas postos de atendimento dos Juizados Especiais nos aeroportos, tanto a nível federal como estadual.

A par disso, cada aeroporto deveria possuir um escritório bem montado da ANAC, onde o consumidor pudesse protocolar as suas reclamações.

As agências reguladoras deveriam se aparelhar para melhorar e ampliar o acesso ao consumidor, dando-lhe a necessária proteção, buscando a melhoria da qualidade dos serviços, conforme os comandos constitucionais que definem os fundamentos e os princípios da ordem econômica.

Este tema foi objeto de apreciação no V Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, realizado em Belo Horizonte, sendo pertinente destacar duas de suas conclusões:

5. As agências reguladoras, em sua atividade, deverão atuar no sentido de garantir observância dos direitos dos consumidores, sancionando as empresas concessionárias quando estes forem violados. É, inclusive, importante que elas contem, em sua composição, com representantes dos consumidores.

6. A atuação das agências reguladoras não exclui a atividade a ser desenvolvida pelos órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, sendo, inclusive, positivo que os dois sistemas atuem de forma concentrada.

As duas conclusões são importantes, mas deve-se ressaltar a grande oportunidade desta última, porquanto as agências reguladoras e os órgãos de defesa do consumidor deveriam trabalhar em cooperação mais estreita, de forma a prevenir e a atenuar as graves

¹³⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**, 4ª ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.

crises existentes nas relações de serviço público, dentre elas a mais recente, ligada à remuneração dos serviços de telefonia.

As decisões não podem ser dotadas de imprevisibilidade, pois acabam desaguando em milhares de litígios, que postergam a realização dos direitos lesados dos consumidores.

Como bem observa CLÁUDIA LIMA MARQUES, os problemas de consumo com as empresas concessionárias de serviços públicos não diminuiu nestes mais de dez anos de CDC, ao contrário, *aumentou talvez pela passividade das agências criadas para regular apenas os “mercados” e seus “agentes-fornecedores”*.¹³⁹

Afirma a autora, com muita correção, que – no cumprimento das concessões de serviços públicos – têm surgido dificuldades mais fáticas do que jurídicas, razão pela qual dever-se-ia pensar em melhor utilização do direito de efetiva reparação de danos morais coletivos, assegurado pelo art. 6º, VI, do CDC, como resposta pedagógica e satisfativa a estas reiteradas agressões à cultura geral. E, mais adiante, assim pontifica para ressaltar a participação de outros setores neste intento de proteger o consumidor:

A jurisprudência reagiu afirmando que não gozam de presunção de verdade os débitos imputados aos consumidores pelos concessionários de serviço público; há que destacar a importante contribuição que o Ministério Público e as Associações de Defesa do Consumidor têm prestado, procurando solucionar os problemas no nível metaindividual, através de ações civis públicas¹⁴⁰.

É preciso dar efetividade à legislação, incluindo-se não apenas os diplomas instituidores das agências reguladoras como, por igual, as normas do direito de licitação, de forma a assegurar a proteção de usuários e consumidores, o livre acesso deles ao serviço, que deverá ser atualizado, eficiente, adequado e sua não discriminação; a possibilidade de livre escolha do fornecedor; e tarifas módicas respeitando-se o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Estaria assim prestigiada a tão propalada função social do contrato.

Seria importante que as normas dos serviços concedidos regulamentassem as relações trilaterais envolvendo poder concedente - concessionário – usuário e consumidor, a exemplo do que dispõe a Lei nº 10.233/01, que criou a ANTAQ e a ANTT, regendo que o contrato de concessão deve conter as tarifas e os critérios para sua revisão (art. 35, VII e VIII) e os direitos, garantias e obrigações dos usuários, da agência e dos concessionários (art. 35, X).

¹³⁹ Ibid., p.491,492.

¹⁴⁰ Ibid., p.492.

9.3 O papel das Ouvidorias

A figura do Ouvidor vai aos pouco se reintroduzindo no direito brasileiro, pela inspiração sueca do *Ombudsman*. No direito italiano, é conhecida a figura do *Difensore Civico*, instituição de âmbito regional, com a finalidade de tutelar os direitos dos cidadãos no confronto com a Administração pública, tendo como fundamento o princípio constitucional do seu bom funcionamento.

O antigo direito contido nas Ordenações do reino já previam a instituição, com diversas finalidade. O Livro I, das Ordenações Afonsinas, no Título VII, regulamentava as funções dos Ouvidores, atribuindo-lhes inclusive funções notariais e correcionais. O Título VIII regulava as funções do *Ouvidor das terras da Rainha*, que tinha por competência desembargar os feitos crime que a ele viessem em grau de apelação ¹⁴¹.

As Ordenações Filipinas, no seu 1.º Volume, Título IV, também previa a figura do *Ouvidor do Crime da Casa da Suplicação*, para conhecimento de todas as apelações dos feitos criminais que ali tivessem origem ¹⁴².

Estas magistraturas foram desaparecendo com a criação das Cortes de Apelação e foram atualmente recriadas para serem a via de acesso dos reclamos da população.

A maioria das leis e dos regulamentos que criaram as agências reguladoras prevêm a figura do Ouvidor.

A Lei nº 9.427/96, da ANEEL atribui cumulativamente a um dos Diretores a função de Ouvidor, para *receber, apurar e solucionar as reclamações dos usuários* (art.4º,§ 1º).

A Lei nº 9.472, da ANATEL, também prevê uma Ouvidoria, com titular nomeado pelo Presidente da República (art. 45, *caput*), a quem compete, *produzir semestralmente ou quando oportuno, apreciações críticas sobre a atuação da agência*, encaminhando-as aos próprios órgãos diretivos da entidade, do Poder Executivo e do Congresso Nacional.

A ANVISA foi organizada de modo semelhante, contando com os mesmos órgãos, inclusive ouvidoria (art. 9º e § único, da Lei nº 9.782, de 26/01/1999).

A mesma estrutura organizacional da ANVISA foi reservada à Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (art. 5º).

¹⁴¹ **Ordenações Afonsinas**, Fundação Calouste Gulbenkian, p. 60 e 68.

¹⁴² **Ordenações Filipinas**. São Paulo : Saraiva, 1957, p. 112.

O Regulamento da ANS (Decreto nº. 3.327), no art. 18, dispõe que o Ouvidor atuará com independência.

Nos dois artigos seguintes, o Regulamento detalha as atribuições do Ouvidor, valendo colacionar os seus enunciados, por poderem servir de parâmetro.

O art. 19 descreve as seguintes competências: (I) formular e encaminhar as denúncias e queixas aos órgãos competentes, em especial à Diretoria Colegiada, à Procuradoria e à Corregedoria da ANS e ao Ministério Público; (II) dar ciência das infringências de normas de assistência suplementar à saúde ao Diretor-Presidente da ANS.

E o art. 20 enuncia as seguintes incumbências: (I) ouvir as reclamações de qualquer cidadão, relativas a infringências de normas da assistência suplementar à saúde; (II) receber denúncias de quaisquer violações de direitos individuais ou coletivos de atos legais relacionados à assistência suplementar à saúde, bem como qualquer ato de improbidade administrativa...; (III) – promover as ações necessárias à apuração da veracidade das reclamações e denúncias...; (IV) produzir, semestralmente, ou quando oportuno, apreciações críticas sobre a atuação da ANS, encaminhando-as à Diretoria Colegiada, ao CONSU e ao Ministério da Saúde.

A Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ, criadas pela Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, possuem apenas um órgão colegiado (Diretoria), mas onde têm assentos Ouvidor e Corregedor (art. 52).

A Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, criada pela Lei nº 11.182, de 27/09/2005, além da Diretoria, em regime colegiado, é integrada por cinco membros, pelo Conselho Consultivo, por um Corregedor e um Ouvidor (arts. 9º e 10).

Um dos principais objetivos das Ouvidorias é a elaboração e divulgação periódica e obrigatória de relatórios de avaliação das concessões e da atuação das Agências, constituindo-se em importante elemento de controle social destas e daquelas.

Desta forma, é fundamental que as Ouvidorias sejam dotadas de estrutura adequada e que os Ouvidores sejam detentores de mandato e desvinculados da hierarquia da agência. Convênios com órgãos de defesa do consumidor e com o Ministério Público podem permitir maior objetividade na realização de direitos, individuais ou coletivos, por parte dos consumidores, tanto em nível administrativo, quanto judiciário.

A Ouvidoria, como toda a estrutura das agências reguladoras, tem seu titular nomeado pelo Presidente da República, o que implica em uma forma de controle.

Houve a preocupação de transparência quanto à gestão destes entes. No entanto, há necessidade de se facilitar o acesso ao Ouvidor, de se criar uma cultura na sociedade que lhe faça tomar plenamente consciência de seus direitos. Sem isso, o Ouvidor não passará de uma figura decorativa.

9.4 Agências reguladoras e democracia ambiental

A Constituição da República dedicou ao meio ambiente o Capítulo VI, do Título VIII, referente à Ordem Social.

O art. 225, da Carta Magna, em sua primeira parte, dispõe que *todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida*. E, na segunda parte, traz uma norma inovadora, ao prever direitos subjetivos não apenas a nascituros ou nascidos, mas também às *futuras gerações*, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de preservá-los e de defendê-los.

A Constituição, em seu art. 23, inc. VI comete a todos os entes político-administrativos da República a proteção do meio ambiente e o combate à poluição em qualquer de suas formas e, no art. 24, inc. VIII, estabelece competência concorrente para a União, os Estados e o Distrito Federal legislar sobre responsabilidade por danos ao meio ambiente e ao consumidor, dentre outros.

No art. 129, III, atribui ao Ministério Público *a função de promover o inquérito civil e a ação civil pública, ... omissis... para a proteção do meio ambiente*.

Comando dos mais importantes é o que trata do SUS, quando lhe confere a atribuição de *colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho* (art. 200, VIII).

Para EROS ROBERTO GRAU é surpreendente e notável o nível das conquistas sociais da sociedade brasileira, ao menos no campo formal:

A Constituição, destarte, dá vigorosa resposta às correntes que propõem a exploração predatória dos recursos naturais, abroqueladas sobre o argumento, obscurantista, segundo o qual as preocupações com a defesa do meio ambiente envolvem proposta de “retorno à barbárie”¹⁴³.

¹⁴³ GRAU.Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**, 10^a ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2005, p.251.

Neste contexto, as agências reguladoras deveriam ter papel muito mais relevante, porquanto várias de suas atividades interferem diretamente com o meio ambiente, como os recursos hídricos, a prospeção de jazidas de petróleo ou de gás natural, a emissão de ondas pelas torres de emissão de celulares e de TV's a cabo e assim por diante.

No entanto, muitas das leis instituidoras das agências reguladoras foram parcimoniosas ao tratarem do tema.

A Lei nº 9.478/97 da Agência Nacional de Petróleo – ANP, em seu art. 1º e inc. IV, dispõe que as políticas nacionais para o aproveitamento racional das fontes de energia visarão aos seguintes objetivos: (IV) – ***proteger o meio ambiente e promover a conservação da energia.***

A Lei nº 9.984/00 da Agência Nacional de Águas – ANA, não traz dispositivo explícito sobre meio ambiente, embora no inc. X, do art. 4º, disponha que cabe à ANA:

Planejar e promover ações destinadas a prevenir ou minimizar os efeitos das secas e inundações, no âmbito do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, em articulação com o órgão central do Sistema Nacional de Defesa Civil, em apoio aos Estados e Municípios.

O Decreto nº 2.335/97, da ANEEL, em seu art. 4º, inc XXV, traz dispositivo que deveria servir de paradigma a outras agências reguladoras. Dispõe que cabe à ANEEL:

Estimular e participar de ações ambientais voltadas para o benefício da sociedade, bem como interagir com o Sistema Nacional de Meio Ambiente em conformidade com a legislação vigente, e atuando de forma harmônica com a Política Nacional do Meio Ambiente.

As empresas que explorem economicamente águas represadas e as concessionárias de energia elétrica, consoante o disposto no art. 23, da Lei nº 8.171/91, que trata de política agrária, *serão responsáveis pelas alterações ambientais por elas provocadas e obrigadas à recuperação do meio ambiente, na área de suas respectivas bacias hidrográficas.*

Aplica-se, neste caso, a responsabilidade objetiva, inclusive com a finalidade de recuperar o meio ambiente.

A Lei nº 8.197, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, não alterou o sistema jurídico da responsabilidade objetiva das concessionárias dos serviços de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica.

A referida lei, em seu art. 6º, *caput*, determina que *toda a concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato*. E, dentre as normas pertinentes, estão a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente e a Lei de Política Agrícola.

Não bastasse o disposto no § 6º, do art. 37, da CF, as empresas privadas que pratiquem atividades de *risco* a direito de outrem também possuem responsabilidade objetiva, a teor do disposto no § único, do art. 927, do Cód. Civil.

A atividade pode ser legítima, socialmente útil, mas considerada perigosa e lesiva ao meio ambiente pela frequência e risco de dano que produz, assim como pela sua própria natureza e pelos meios empregados.

Como bem resume ALVINO LIMA:

O autor do dano decorrente da atividade perigosa age, em via de regra, para tirar proveito de sua atividade. É justo que a ele caiba e não à vítima, os riscos de sua atividade, que, em virtude de sua própria natureza ou dos meios empregados, cria ou aumenta o perigo contra terceiros – ubi emolumentum, ibi onus, quem guarda os benefícios que o acaso de sua atividade lhe proporciona, deve, inversamente, suportar os males decorrentes de sua própria situação¹⁴⁴.

O INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS – IBAMA, criado pela Lei nº 7.735, de 22 de fevereiro de 1989, é o órgão encarregado de coordenar a política nacional do meio ambiente e da preservação, conservação e uso racional dos recursos naturais.

Está organizado à semelhança de uma agência reguladora, sendo uma autarquia federal de regime especial, dotada de personalidade jurídica de direito público, autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente.

A licença ambiental é uma das formas de controle mais eficazes para impedir a instalação de estabelecimentos e de atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como capazes de causar degradação ambiental.

Mas se a Constituição da República impõe tanto ao Poder Público quanto à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente, é evidente que todos os órgãos públicos devem participar ativamente desta cruzada, sobretudo as Agências Reguladoras e, para além disto, facilitar que neste labor se integre a coletividade, pois apenas esta participação integral poderá salvar as nossas reservas naturais e afastar o risco de um colapso

¹⁴⁴ LIMA, Alvino. **A responsabilidade civil pelo fato de outrem**. Rio : Forense, 1973, p.286.

desastroso, pela destruição de nossas florestas, a poluição dos nossos rios, a contaminação da atmosfera, o desequilíbrio ecológico e assim por diante.

A conjugação destes esforços haverá de resultar no advento de um novo Estado, onde impere a *democracia ambiental*, onde todos irão concorrer para termos um crescimento harmonioso, sadio e sustentável.

Há alguns instrumentos para implementar esta integração.

Um deles pode se dar através de organizações não-governamentais e outras associações civis que se disponham a participar deste esforço comum. Mesmo no Parlamento, há partidos políticos com ênfase mais acentuada em programas ligados ao meio ambiente.

A Constituição da República, no inc. IV, do art. 225, **exige**, na forma da lei, “*para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade*”.

E o processo deste estudo de impacto ambiental está aberto à sociedade, como prevê a Lei nº 6.938/81, que pode emitir seus comentários informativos. Ela pode estar representada por pessoas e entidades.

A transparência, a publicidade e o livre debate é que legitimam as decisões políticas e administrativas sobre o meio ambiente. Como bem professa PAULO AFFONSO LEME MACHADO a respeito do tema:

A clareza é o fator chave para o controle da poluição. O medo das causas secretas e o próprio medo estão situados nas raízes das objeções para aprovar o desenvolvimento. Portanto, clareza, publicidade e avaliação pelo público das opiniões dos especialistas – nas quais se fundamenta um julgamento equilibrado – são essenciais¹⁴⁵.

Outro fator importante para decisões democráticas nesta área sensível são as audiências públicas, previstas na Resolução nº 009/87, do CONAMA, que também mereceu referência na Lei nº 9.784/99, que trata do processo administrativo federal (art. 32).

As audiências públicas não devem ser encaradas como mera formalidade, de duvidosa utilidade.

A sociedade precisa melhor se conscientizar deste instrumento, para poder utilizá-lo com real proveito, como pretende o legislador.

¹⁴⁵ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**, 6ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 165.

Para MARÇAL JUSTEN FILHO, *a criação de agências reguladoras se justifica pela idéia de que a ampliação de instituições políticas e o fracionamento das competências decisórias propiciam soluções mais democráticas e menos subjetivas* ¹⁴⁶.

Oportuna a observação de PAULO AFFONSO LEME MACHADO quanto à interação que as audiências públicas proporcionam: *Há uma dupla caminhada na audiência: o órgão público presta informações ao público e o público passa informações à Administração pública* ¹⁴⁷.

CLAUDIO MASTRANGELO reitera o entendimento por nós manifestado anteriormente: *quando a lei torne obrigatória a realização de audiência pública, o instituto deve ser entendido como parte de um processo, de sorte que sua omissão ou eventual vício, invalida o procedimento* ¹⁴⁸.

Na mesma linha argumenta MARÇAL JUSTEN FILHO, para quem a participação dos particulares nos processos administrativos não deve configurar uma mera formalidade, destituída de utilidade prática. E, mais adiante, assim pontifica:

É inafastável a vedação a decisões produzidas no âmbito puramente interno da agência ou a ela transmitidas por autoridades políticas externas, cuja formalização seja precedida de um arremedo de processo. Se a participação de terceiros no procedimento for destituída de qualquer efeito prático, estará infringido o postulado do devido processo administrativo ¹⁴⁹.

Em face dos graves efeitos que a atividade econômica pode causar ao meio ambiente, mais importante se torna a existência de um processo democrático para o exame de projetos que possam contra ele atentar.

Esta circunstância foi muito bem observada por SÍLVIA HELENA SERRA, ao dissertar sobre A Participação Democrática nos Órgãos Administrativos com Poderes Normativos, *verbis*:

Na área ambiental, a necessidade de audiência pública é mais visível, já que, nesta seara, os conceitos jurídicos indeterminados, para serem concretizados, dependem da escolha de inúmeras questões sócio-ambientais. Como decidir-se se o uso de determinada tecnologia é de “interesse público” sem considerar todas as suas vantagens e desvantagens sociais, econômicas e de segurança? Em inúmeros casos,

¹⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Agências reguladoras e democracia: Existe um déficit democrático na regulação Independente? em **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio : Forense, 2006, p.327

¹⁴⁷ MACHADO, op.cit., p.173.

¹⁴⁸ MASTRANGELO, Cláudio. **Agências reguladoras e participação popular**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 121.

¹⁴⁹ Id.

em virtude da complexidade das questões envolvidas, a apreensão exata do que seja interesse público pode depender fundamentalmente de uma audiência pública¹⁵⁰.

A ação civil pública, cometida pelo texto constitucional ao Ministério Público, já demonstrou que é também um eficiente instrumento de prevenção e de reparação do dano ambiental.

Algumas vozes, preocupadas com a situação de alto risco da sociedade em que vivemos, eventuais catástrofes em escala planetária, buscam a afirmação de uma democracia ambiental, autenticamente republicana e, sobretudo, de um novo conceito de cidadania. Referimo-nos às perspectivas deste novo tema que vêm expostas na obra de JOSÉ RUBENS MORATO LEITE e PATRYCK DE ARAÚJO AYALA, Direito Ambiental na Sociedade de Risco. Algumas destas idéias condizem com a *participação cidadã* que aqui expusemos. Neste sentido, citem-se estas pontuações dos autores:

A nova **racionalidade ambiental** exige a **participação** efetiva dos sujeitos políticos potencialmente afetados pelas decisões, não só na fiscalização do procedimento, mas na própria formação da vontade decisória.

O **sentido republicano** da participação não é satisfeito com a garantia de sua intervenção no procedimento, exigindo que sejam progressivamente proporcionadas condições para que se possa – superado o primeiro momento do regime representativo – não só se posicionar, como agente de colaboração na prestação de informações, dados e elementos funcionais à formulação da decisão, mas para que também se possa exercer a atividade de decisão “stricto sensu”¹⁵¹.

O objetivo da democracia ambiental é assegurar a participação de um largo espectro da sociedade no encaminhamento e na solução dos problemas de risco, definindo-se o conteúdo das relações que se quer estabelecer com o futuro, abrangendo uma proposta substancial e aberta perante os riscos que vivenciamos, adotando para tal procedimentos de gestão de qualidade diferenciada.

Neste contexto, algumas organizações de caráter nacional, como a ABAR, pelo amplo conjunto que congregam, reunindo agências nacionais e regionais, figuram como importantes espaços para o aperfeiçoamento das atividades de regulação de serviços públicos no Brasil.

¹⁵⁰ SERRA, Sílvia Helena. **Direito Regulatório – temas polêmicos**. Belo Horizonte : Editora Fórum, 2005, p.575.

¹⁵¹ JOSÉ RUBENS MORATO LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. 2ªed.Rio: Forense Universitária, 2004, p.311,312.

A ABAR pode exercer importante papel como mecanismo de controle social das agências reguladoras, na medida em que estabeleça uma avaliação destes entes reguladores, conforme padrões estabelecidos em comum acordo pelos próprios administradores públicos e profissionais que atuam nestes órgãos.

A divulgação de relatórios sobre as atividades desenvolvidas pelas agências e a classificação das mesmas, através de critérios que levem em consideração sua permeabilidade à participação dos usuários, são algumas das ações consideradas possíveis.

10 RESPONSABILIDADE CIVIL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS EM FACE DO CONSUMIDOR E DO TERCEIRO EQUIPARADO.

10.1 Breve introdução

Objeto deste capítulo é o estudo da responsabilidade das agências reguladoras em face daqueles que com elas não mantêm diretamente vínculo contratual, como soe acontecer com consumidores ou terceiros a eles equiparados, mas ainda assim possam sofrer danos decorrentes da atividade regulatória.

A responsabilidade civil é um dos mais belos capítulos do estudo do Direito, que trata da reparação de danos causados a terceiros.

Havíamos procurado demonstrar a relação trilateral existente entre agência reguladora – concessionária e usuário/consumidor.

A relação principal é estabelecida entre agência reguladora e concessionária, que celebram um contrato administrativo.

Não há vínculo direito entre agência reguladora e consumidor. O consumidor é considerado um terceiro em relação ao contrato principal. Há hipóteses, como no caso das telecomunicações, em que é celebrado um novo contrato, entre a concessionária e o consumidor.

É comando constitucional de que se algum órgão estatal ou pessoa jurídica de direito privado, prestadoras de serviço público, causar danos ao consumidor, por eles responderá de forma objetiva.

Como já visto, o mesmo regime foi reservado ao CDC, que tem a matéria regulada pelo seu art. 22.

Indaga-se se o terceiro prejudicado se equipara ao consumidor, para poder invocar as mesmas tutelas protetivas.

O art. 2º, § único, do CDC, dá um sentido ampliativo ao conceito, equiparando ao consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

O tema foi objeto de estudo de Antônio Carlos Efig, Adriana Inomata, Ana Cláudia Loyola da Rocha, Fernanda Schuhli Bourges, Liliane Orth Diehk e Rossana Scattolin, que ressaltaram a importância do dispositivo em face do art. 29, do CDC, que equipara aos

consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas das relações de consumo.

Anotam que se tratam de duas figuras distintas: (a) o consumidor interferindo, mesmo que indiretamente, na relação de consumo, e (b) o consumidor meramente *exposto* a tal relação. E daí deduzem os seguintes efeitos:

De qualquer modo ao expandir o conceito de consumidor à coletividade consumidora, a pretensão do legislador, além de procurar resguardar os direitos difusos e coletivos, foi facilitar sua defesa judicial, possibilitando a utilização da ação civil coletiva e sua posterior execução¹⁵².

Para CLÁUDIA LIMA MARQUES, o princípio da vulnerabilidade, inscrito no inc. I, do art. 4º, do CDC, foi elemento essencial para a equiparação deste terceiro ao consumidor *stricto sensu*:

O ponto de partida desta extensão do campo de aplicação do CDC é a observação de que muitas pessoas, mesmo não sendo consumidores “*stricto sensu*” podem ser atingidas ou prejudicadas pelas atividades dos fornecedores no mercado. Estas pessoas, grupos e mesmo profissionais podem intervir nas relações de consumo de outra forma a ocupar uma posição de vulnerabilidade¹⁵³.

A autora ainda chama a atenção para o art. 17, do CDC, justamente inserido na seção *Da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço* - que consagra a responsabilidade objetiva - quando o mencionado dispositivo equipara aos consumidores *todas as vítimas do evento*.¹⁵⁴

O tema das **práticas comerciais abusivas** possui extrema relevância, à medida em que poucos a ele atentam na prática forense.

Não é tampouco fácil situá-lo no sistema do Código de Defesa do Consumidor.

Prática abusiva é aquele comportamento, contratual ou não (e aí a diferença com cláusula abusiva), em que o fornecedor **abusa** da boa-fé do consumidor ou **abusa** de sua condição de inferioridade econômica ou técnica.

Ela pode ocorrer na fase pré-contratual, durante o contrato ou durante a sua execução.

A Lei 8.078/90 traz em seu Capítulo V uma seção intitulada **das práticas abusivas**, nela contendo um rol de comportamentos vedados ao fornecedor de produtos e serviços (art.

¹⁵² EFING, Antônio Carlos. (Org.). **Direito do consumo**. Curitiba: Juruá Editora, 2005, p.46,47.

¹⁵³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos do código de defesa do consumidor**. 4ª ed., São Paulo: RT, 2002, p.290.

39, do CDC). Tal lista, até 1994, foi alvo de debates doutrinários no tocante à sua extensão, eis que alguns autores a entendiam exaustiva, enquanto outros exemplificativa.

A calorosa discussão existente foi, porém, dirimida pela Lei 8.884 de 11/06/94, que alterou a redação do *caput* do artigo 39, acrescentando a expressão *dentre outras práticas abusivas*”, tornando, assim, exemplificativo o rol e possibilitando o saneamento do mercado quando presente conduta abusiva não prevista no Código.

Há no conjunto de regras do CDC uma série de disposições correspondentes a comportamento abusivo, tais como a colocação no mercado de produto ou serviço com alto grau de nocividade ou periculosidade (art. 10); a comercialização de produtos e serviços impróprios (arts. 18, § 6º, e 20, § 2º); dentre outros (arts. 21; 32; 42 e 43).

Além disso, em face do disposto no artigo 7º do CDC (*Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes... da legislação interna ordinária...*), não apenas as práticas nele previstas podem ser consideradas abusivas, como também aquelas dispostas em legislação diversa, como por exemplo, os comportamentos dos arts. 5º, 6º e 7º da Lei 8.137/90 (Crimes contra a Ordem Econômica).

Observa-se, portanto, que as “práticas abusivas”, em sentido amplo, estão previstas não apenas em várias regras do CDC, bem como, em leis diversas, não se limitando à relação do artigo 39.

Quis o legislador, todavia, elencar no art. 39, da lei consumeirista, as **práticas abusivas**, o que se entende como sendo aquelas consideradas objetivamente.

Na sequência, vemos que, dentre os direitos básicos do consumidor, elencados no art. 6º, do CDC, está o *direito à informação adequada sobre os produtos e serviços*.

Podemos afirmar que o dever de informação, tratado de há muito pela doutrina e presente em inúmeras leis, no caso da lei consumeirista apresenta duas frentes: transparência, ademais apregoada pelo respectivo art. 4º, e ampla informação no que se refere aos (a) **produtos e serviços** oferecidos e (b) quanto ao conteúdo das **cláusulas contratuais** a serem elaboradas pelas partes e que, posteriormente, serão por ambas observadas.

Se violado o direito à informação, o contrato firmado não obrigará o consumidor, conforme dispõe o artigo 46 do CDC.

A cláusula abusiva, por sua vez, será toda aquela que apresentar caráter extremamente opressivo ou causar excessiva onerosidade para o consumidor, pervertendo o equilíbrio das prestações nos contratos para o consumo.

¹⁵⁴ Ibid., p.292.

O elemento identificador destas cláusulas é o desequilíbrio contratual, a perversão do equilíbrio entre as prestações.

O CDC estabelece a nulidade de pleno direito de tais cláusulas (artigo 51).

A função das agências é a de regular o mercado. Se elas falham no seu dever legal, seja por omissão, seja por ação, podem possibilitar o abuso do poder econômico, em detrimento dos consumidores ou de terceiros equiparados, mesmo não inseridos na relação de consumo (o que com frequência ocorre com os usuários do serviço público), podendo então os lesados recorrerem às normas especiais do CDC, em defesa não apenas dos seus interesses imediatos mas até mesmo da ordem pública, para inibir ou evitar as ações consideradas atentatórias aos princípios que deveriam ser tutelados pelos agentes do Estado.

A importância desta equiparação é que ela abre uma larga via de acesso de controle à atuação normativa e fiscalizadora das agências reguladoras, de modo a preservar o equilíbrio do mercado, a ética da responsabilidade social, para além das normas contratuais, bastando que se coloquem em risco as relações de consumo e do mercado.

Para além disto, o que nos parece relevante, os próprios agentes econômicos podem se beneficiar das normas tutelares do CDC, enquanto consumidores-equiparados, desde que comprovada a sua vulnerabilidade fática.

Veja-se a importância destas premissas, se considerarmos que normas contratuais administrativas baixadas pelas agências reguladoras poderão ser objeto de ações anulatórias, se infringirem o art. 51, do CDC.

10.2 Sistemas de responsabilidade civil

Pensava-se amiúde em uma responsabilidade umbilicalmente ligada à culpa, em sentido lato. Descumprida a obrigação, violado o contrato, praticado o ato ilícito, nascia a responsabilidade, o dever de indenizar.

O novo Código Civil, embora ainda contemple como regra geral o princípio da ação culposa ou dolosa para reparar o dano, introduziu também as hipóteses subsidiárias de *culpa presumida* e de *responsabilidade objetiva*, com base na teoria do risco, ou seja, aquela em que o agente responde, mesmo não tendo obrado culposamente (art. 927, § único e art. 933).

O parágrafo único, do seu art. 927, por nós já referido, dispõe de maneira muito tímida sobre a obrigação de reparar o dano, *independentemente de culpa*, quer nos casos

especificados em lei, quer quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, em risco para os direitos de outrem.

Em se tratando, porém, de pessoas jurídicas de direito público, o atual Código Civil, em seu art. 43, repetiu o texto constitucional (art. 37, § 6º), adotando também a responsabilidade objetiva.

O conceito de que a responsabilidade está calcada na culpa, fortemente enraizado em nosso direito, nos veio por influência do Código Napolêônico. Mas o direito francês evoluiu para agregar à culpa o elemento ilicitude. A reparação pois é fruto de culpa mais ilicitude, ou seja, de uma conduta negligente ou imprudente mais a violação da norma que protege interesses alheios ou violação de um direito de outrem.

A teoria do ato ilícito ficou ainda mais embaralhada com a adoção do princípio da **boa-fé**, que tem sua origem no direito germânico. Haverá assim um critério que podemos denominar de misto.

Como visto anteriormente, o Estado e as pessoas jurídicas de direito privado, concessionárias de serviços públicos, possuem responsabilidade objetiva ou independente de culpa, perante a vítima do dano causado.

Ressalte-se, porém, que a agência reguladora não responde solidariamente com as empresas concessionárias pelos danos por ela causados. As empresas concessionárias respondem em nome próprio, com o seu patrimônio e não o Estado por elas.

FLÁVIO DE ARAÚJO WILLEMANN antevê uma hipótese de responsabilidade **subsidiária** das agências reguladoras se o ato violador praticado pela concessionária tiver a ver com o objeto da regulação e se o dano ocorrer em função de uma omissão no exercício da fiscalização regulatória¹⁵⁵.

SÉRGIO CAVALIEIRI FILHO assim justifica este entendimento:

Em conclusão, o Estado responde apenas subsidiariamente, uma vez exauridos os recursos da entidade prestadora de serviços públicos. Se o Estado escolheu mal aquele a quem atribuiu a execução de serviços públicos, deve responder subsidiariamente caso o mesmo se torne insolvente¹⁵⁶.

A responsabilidade das agências reguladoras, na hipótese, está referida às atividades que desenvolvem na área da atividade econômica, quer planejando, quer exercendo papel de

¹⁵⁵ WILLEMANN, Flávio de Araújo. **Responsabilidade civil das agências reguladoras**. Rio: Lumen Juris, 2005, p.124.

¹⁵⁶ CAVALIERI, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 268.

polícia, quer normatizando. Em qualquer caso, a responsabilidade continua sendo **objetiva**, ainda que tenha por objeto a sua repercussão nas relações de consumo.

Ao dissertar sobre o tema, SÉRGIO GUERRA conclui de igual modo:

Desse modo se pode inferir, no que tange à regulação executiva, que, como dito, representa parcela dos atos exarados pela própria Administração Pública direta por meio de seus órgãos (a exemplo da concessão de licenças, e outorga de concessões, permissões e autorizações, fiscalização de contratos de concessão de serviços públicos), responsabilidade objetiva da Agência Reguladora se configurará a partir do dano causado pela ação desassociada das suas competências legalmente concedidas, ou pela omissão, na hipótese de sua inércia diante do caso que reclama a sua atuação ¹⁵⁷.

Em se tratando de ato omissivo, FLÁVIO DE ARAÚJO WILLEMANN placita este mesmo entendimento, desde que o lesado prove:

I – que a omissão é específica, isto é, decorrente de uma inação quando o dever de agir encontra-se expresso na lei, ou que a inação se deu de forma manifestamente irrazoável à luz do caso concreto; (II) o dano direto, imediato e efetivo; (III) o nexo de causalidade entre a conduta omissiva e o dano ¹⁵⁸.

10.3 Responsabilidade pelo planejamento econômico e de fomento público

Cabe às agências reguladoras efetuar planejamentos para fomentar o desenvolvimento do setor, realizar políticas desenvolvimentistas, incentivar formas de investimento, sobretudo na área tecnológica.

A propósito desta questão, é oportuno trazer ao debate um estudo recente de LÚCIA V. FIGUEIREDO, que trata exatamente da responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento.

A sua conclusão, com base no ensinamento de ALMIRO COUTO E SILVA, é no sentido de que o Estado não pode deixar de indenizar quando provoca dano ao administrado por descumprir planos a que se obrigara ¹⁵⁹.

Claro que não se trata de qualquer espécie de planejamento. Os autores pré-citados referem-se a três tipos de planos, a saber: 1. planos indicativos, em que não há nota de obrigatoriedade; 2. planos incitativos ou estimulativos: a responsabilidade dependerá do que já

¹⁵⁷ GUERRA, Sérgio. **Introdução ao direito das agências Reguladoras**. Rio: Freitas Bastos Editora, 2004, p. 60,61.

¹⁵⁸ WILLEMANN, op.cit, p.122.

¹⁵⁹ Cf. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. O Devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, vol. 56, Rio : 2001, p. 192.

tiver sido feito; 3. planos imperativos, como *verbi gratia* o Plano Cruzado adotado no Brasil, em 1986, ou o famigerado Plano Collor.

Tanto nos planos **incitativos** como nos **imperativos** pode haver responsabilidade estatal. E, também, nos meramente indicativos, cogentes para a pessoa pública, art. 174 da Constituição da República, assim redigido:

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

Eis como LÚCIA V. FIGUEIREDO define, em brevíssimas palavras, o que sejam planos indicativos, incitativos ou imperativos.

Planos **indicativos**, referidos no supra citado texto constitucional, são aqueles em que o governo apenas assinala em alguma direção, sem qualquer compromisso, sem pretender o engajamento da iniciativa privada.

De outra parte, planos **incitativos** são aqueles em que o Governo não somente **sinaliza**, mas pretende também o **engajamento** da iniciativa privada para lograr seus fins. Nesses planos há não apenas a indicação como também, e, muitas vezes, promessas com várias medidas, quer por meio de incentivos, ou por qualquer outra forma para que a iniciativa privada colabore. *Nessas hipóteses, contam os administrados que aos planos aderem com a confiança, a boa fé e a lealdade da administração.* Portanto, se modificações houverem, certamente, em casos concretos existirão prejuízos.

Já os planos **imperativos** falam por si próprios, ou seja, a própria palavra, define-os. Imperativo é o que deve ser observado¹⁶⁰.

O problema será aferir, no caso concreto, a conduta estatal, a conduta do lesado para verificação se há de se colocar alguma excludente e o dano causado e, também, se o ato foi lícito ou ilícito. Todavia, mesmo lícito, dependendo das circunstâncias poderá haver responsabilidade estatal.

JESUS GONZALES PERES, em sua obra "El principio de la buena fe", diz que o administrado tem o direito de confiar na Administração. *Administração leal, portanto, é a que age com boa-fé*¹⁶¹.

¹⁶⁰ FIGUEIREDO, Lúcia V. O Devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 56, Rio : 2001, p. 191

¹⁶¹ GONZALES PERES, Jesus, *El Principio General de la Buena Fé en Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 1983, referido por Lúcia Valle Figueiredo, em O Devido processo legal e a responsabilidade do Estado

Em termos de Administração concertada, como dizem, Gordillo, Laubadére, Vidal Perdomo tal seja a participação do administrado nos planos, é totalmente inviável excluir a responsabilidade do Estado por atos decorrentes de **modificação do planejamento**, sejam estes responsáveis (portanto lícitos), sejam irresponsáveis como acontece, muitas vezes, em países em que o grau de responsabilidade dos supremos governantes ainda deixa muito a desejar. E, ademais disso, em que o país, na verdade, passa a ser laboratório de experiências. É dizer, planos são elaborados sem a necessária previsão das conseqüências, tanto assim é que são modificados em brevíssimo prazo levando de roldão a iniciativa privada para graves conseqüências.

Ora, mesmo em governos com preocupação social, marcada como determina a Constituição Brasileira, não se poderia justificar mudanças descriteriosas a pretexto, à invocação do **interesse público**, chamado a contexto sem qualquer suporte¹⁶².

A agência reguladora pode anunciar planos de expansão de energia elétrica ou a de transportes terrestres um novo plano rodoviário, incitando os interessados a adquirir imóveis no entorno para prestação de serviços, no sentido de abastecer as futuras comunidades que ali se instalariam, ou, ainda adquirir frotas de caminhão para transporte de materiais, como sucedeu na construção do gasoduto Brasil – Bolívia.

Estaríamos frente a um plano **incitativo**, onde a administração pública buscava engajar a iniciativa privada.

É preciso então apurar se o órgão regulador administrativo teria prometido várias medidas, como condição para que houvesse o engajamento da iniciativa privada, dando sustentação a esta atividade.

Dentre tais medidas releva, sem dúvida, a promessa de colocar o empreendimento no plano de metas de obras necessárias ao setor.

Se a agência reguladora prometeu várias medidas, como condição para que houvesse o engajamento da iniciativa privada, dando sustentação a esta atividade, o descumprimento desta promessa pode, sem dúvida, gerar a obrigação de indenizar.

por dano decorrente do planejamento . **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, vol. 56, Rio : 2001, p. 188.

10.4 Responsabilidade pelo tabelamento ou controle de preços

As leis instituidoras atribuem, em algumas normas, competência para as agências reguladoras ou tabelarem tarifas, ou controlarem preços ou modificarem o rol de serviços prestados, de modo a alterar os custos para os agentes econômicos.

Indaga-se se esta competência é compatível com a ordem constitucional, que consagra os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência (art. 170).

Os tabelamentos são muitas vezes instrumento de política monetária, para controlar a inflação, nem sempre associados à realidade do mercado. A Argentina está atualmente passando por este tipo de experiência. O Brasil já experimentou o congelamento de preços, durante o chamado Plano Cruzado. Tal também é bastante discutível perante a legislação consumeirista.

Estes fenômenos, de fato, costumam engessar os investimentos, desestimular as expansões.

Mas, no quadro desta nova fase de privatização da economia brasileira, que se iniciou em data recente, a tendência do mercado ainda é de forte concentração, de modo que não se pode adotar uma política neo-liberalista, sem correr sérios riscos de gerar desequilíbrios econômicos.

A Lei nº 9.472, da ANATEL, faz referência aos princípios da *liberdade de iniciativa* e de *livre concorrência*, colocando-os porém ao lado de outros de igual relevo, como a *defesa do consumidor*, a *redução das desigualdades regionais e sociais*, a *repressão ao abuso do poder econômico* e a *continuidade do serviço prestado* (art. 5º).

LEONOR AUGUSTA GIOVINE CORDOVIL anotou que, nos Estados Unidos, apenas recentemente há um número satisfatório de concorrentes no mercado de telecomunicações e *somente a partir de 2000 começaram a ser traçados planos para uma liberalização agressiva do setor, deixando a fixação de tarifas e a negociação entre empresas ao sabor do livre mercado*.

Na Inglaterra, após treze anos, é que se começaram a dar passos significativos em direção à desregulação¹⁶³.

¹⁶² Cf. FIGUEIREDO, Lúcia V. O Devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, vol. 56, Rio : 2001, p. 192.

¹⁶³ CORDOVIL, Leonor Augusta Giovine. **A Intervenção estatal nas telecomunicações**. Belo Horizonte:Editora Fórum, 2005, p. 226.

A autora conclui que, no Brasil, a liberação das tarifas telefônicas, *caso seja realizada, poderá ser uma das atitudes mais prematuras de toda a reforma do setor* ¹⁶⁴.

A Lei nº 9.961, da ANS, no inc. XVII, do art. 4º, atribui à Agência competência para *autorizar reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde, de acordo com parâmetros e diretrizes gerais fixados conjuntamente pelos Ministérios da Fazenda e da Saúde*.

Um dos diplomas instituidores que mais se ocupa de normatizar a matéria é o da ANATEL.

A função da ANATEL é regular e fiscalizar a qualidade dos serviços prestados, sendo que a tarifa ora em comento não é por ela auferida. Portanto, a sua cobrança diria respeito exclusivamente à concessionária, que se beneficia com o recebimento das quantias pagas, de modo que possíveis conseqüências de ordem patrimonial que esta venha a sofrer serão por ela suportadas.

O inc. VII, do art. 19, da Lei nº 9.472, dispõe que cabe à Agência *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*.

O contrato de concessão deverá indicar *as tarifas a serem cobradas dos usuários e os critérios para seu reajuste e revisão* (ar. 93, VII).

E a Lei nº 9.472 reserva toda uma seção (Seção IV) para tratar *Das Tarifas* (arts. 103 a 109).

O § 2º, do art. 103, dispõe que, *ocorrendo aumento arbitrário dos lucros ou práticas prejudiciais à competição, a Agência restabelecerá o regime tarifário anterior, sem prejuízo das sanções cabíveis*.

O art. 198, em seus parágrafos, prevê hipóteses tanto de benefícios tarifários aos usuário, quanto de aumento de tarifas.

O § 2º, por exemplo, determina o compartilhamento com os usuários, nos termos regulados pela Agência, dos ganhos econômicos decorrentes da modernização, expansão ou racionalização dos serviços, bem como de novas receitas alternativas.

E o § 3º rege que *serão transferidos integralmente aos usuários os ganhos econômicos que não decorram diretamente da eficiência empresarial, em casos como os de diminuição de tributos u encargos legais e de novas regras sobre serviços*.

¹⁶⁴ Id.

O § 4º prevê uma hipótese inversa, ou seja, autoriza o aumento tarifário, nas seguintes hipóteses: (a) oneração causada por novas regras sobre os serviços, (b) pela álea econômica extraordinária, (b) como pelo aumento dos encargos leais ou tributos, salvo o imposto sobre a renda.

Em face deste regramento, não poderia ocorrer um distanciamento tão grande do ente regulador, - que por delegação do poder concedente, exerce tal gama de atribuições -, das relações entre o consumidor e a concessionária, seus meandros e melindres, dificultando o aperfeiçoamento da função regulatória.

Há, na verdade, falta de interação entre as Agências reguladoras, a concessionária e o consumidor, o que impede a otimização de um sistema onde tal forma de regulação da economia ocupasse de forma eficaz o lugar que lhe é destinado, evitando o numero crescente de casos que desembocam nas vias judiciais. EDUARDO APPIO, tratando do problema dos reajustes das tarifas telefônicas, bem ilustra o que está em comento.

Tratando do reajuste de tais tarifas, e aplicação de índice mais elevado, obtempera à perfeição que, no conflito gerado entre os interesses de usuários de serviços e os interesses da Administração, que gerou o aforamento de ação civil pública, o Poder Judiciário, em equacionando a questão, operou verdadeira *substituição da atividade administrativa exercida pela Anatel consistente na negativa da pretensão de reajuste das tarifas através de índice previsto no contrato* ¹⁶⁵.

E segue:

A intervenção judicial emerge, portanto, como uma verdadeira solução jurídica ante a incapacidade dos governos em interferirem na execução de contratos já em curso, formalizados por governos passados e sobre os quais não têm um verdadeiro poder de controle, com exceção de detalhes técnicos ligados à qualidade dos serviços.

No sistema atual, tendo em vista a forma política de indicação dos membros da Anatel, os quais são nomeados pelo Presidente da República e sabatinados pelo Senado Federal, são realmente escassas as chances de um verdadeiro controle da administração sobre os valores das tarifas, visando adequá-los ao princípio da modicidade, motivo pelo qual tende a crescer a intervenção dos juízes neste setor

¹⁶⁶.

De qualquer sorte, multiplicam-se a cada dia, no foro, as ações pleiteando a declaração da ilegalidade da cobrança de tarifas.

Tome-se como exemplo a denominada *assinatura mensal básica* da telefonia.

¹⁶⁵ APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba : Juruá, 2006, p. 266.

¹⁶⁶ Ibid., p. 267,268.

Alega-se que tal cobrança é ilegal, pois inexistente previsão legal ou contratual para tanto, e somente a disponibilização do serviço não geraria a obrigação de pagar, já que só o fornecimento efetivo é que daria ensejo à cobrança da tarifa. O serviço de telecomunicações deve ser disponibilizado ao consumidor, como serviço essencial, e prestado de forma eficiente e adequada, de acordo com a previsão dos direitos do usuário de telefonia.

A Agência Reguladora poderá vir a ser responsabilizada, se ficar demonstrado que ela autorizou uma cobrança que viola o equilíbrio do próprio contrato de concessão, atingindo de forma injusta o interesse do consumidor.

É certo que os agentes econômicos também poderão responsabilizar a o órgão regulador que agir sem razoabilidade, se impuser um controle de preços desproporcional ao fim público almejado ou se existir um meio menos gravoso do que a via drástica do tabelamento.

Haveria também este dever de indenizar, no dizer de FLÁVIO DE ARAUJO WILLEMANN, se a agência reguladora *impuser ao segmento regulado um preço inferior àquele que seria o razoável para cobrir os custos da produção e para obtenção de um lucro mínimo*.¹⁶⁷ Tome-se como exemplo o caso de certas isenções tarifárias sem a necessária contrapartida.

Mas não se pode perder de vista que a agência reguladora também poderá responder se impuser ao consumidor um ônus maior do que a situação anterior já existente, desde que comprovado pelo suposto lesado o dano e o nexo de causalidade.

10.5 Responsabilidade por falha no exercício de fiscalização

A função fiscalizatória é subdivisão da **função executiva** exercida pelas Agências Reguladoras. Através dela as Agências praticam atos regulatórios de efeitos concretos, e com destinatário específico, merecendo destaque a atuação como **polícia administrativa regulatória**, por meio de consentimentos, fiscalização e sanção de polícia (ex: fiscalizar a fim de que os serviços postos no mercado ofereçam segurança e preços não abusivos; alvará para exercício de determinada atividade; multa ou interdição de estabelecimento).

¹⁶⁷ WILLEMANN, op.cit, p. 179.

A fiscalização regulatória de polícia, como resume FLÁVIO DE ARAUJO WILLEMANN, “*é atuação técnica com a finalidade de limitar, condicionar ou suprimir direitos, bens e atividades privadas em prol do interesse público.*”¹⁶⁸

Esta atividade executiva deve também obedecer aos requisitos de competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

É importante observar que o dever de fiscalizar o segmento regulado está inserto em todos os diplomas instituidores das Agências Reguladoras.

As normas regulatórias não passariam de meros aconselhamentos, se não houvesse uma ação eficaz para torná-las efetivas. É um dos pontos mais relevantes da responsabilidade do ente regulador, pois atende à sua própria finalidade e a uma das razões de sua criação.

A fiscalização diz não apenas com a continuidade e eficiência dos serviços prestados, como também representa ao consumidor uma garantia da qualidade e excelência dos padrões ofertados.

Demonstrada a falha na atuação da agência reguladora, consubstanciada na ausência ou insuficiência de fiscalização, pode surgir o dever de indenizar, atendendo-se aos cânones da teoria objetiva.

Trata-se de responsabilidade civil por conduta omissiva, em razão da ausência do cumprimento de um dever jurídico que lhe é inerente.

Como bem ressaltou FLÁVIO DE ARAUJO WILLEMANN, é impossível à agência reguladora estar em todos os lugares, o tempo todo, para fiscalizar minuciosamente as empresas que compõem o segmento regulado:

E se assim é, e efetivamente o é, a adoção do critério de fiscalização por amostragem de determinados produtos ou lotes de produtos se afigura razoável e passível de atestar a correção do dever de fiscalização, e também de evitar o dever de indenizar da Agência.¹⁶⁹

É preciso não perder de vista que o poder de polícia envolve também competência para editar atos normativos, com vistas à organização e fiscalização das atividades reguladas pelas Agências. E se completa com os atos fiscalizatórios concretos.

Como concluem acertadamente ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO e PATRÍCIA REGINA PINHEIRO SAMPAIO, quanto à finalidade da função fiscalizatória:

¹⁶⁸ Ibid., p. 49,50.

¹⁶⁹ Ibid., p.121.

Portanto, a razão de ser da função de polícia é gerir a coletividade, de forma a se garantir o bem-estar dos cidadãos, possibilitando-lhes viver harmoniosamente em sociedade e, dessa forma, realizarem-se plenamente.¹⁷⁰

Os referidos autores estavam a tratar da ausência de marco normativo, que teria proporcionado desigualdade na concorrência em face de omissão fiscalizatória, resultante do não desempenho de competências executivas, como em outra oportunidade expusemos.

Sob a ótica da proteção ao consumidor, todavia, também surge a responsabilidade das Agências Reguladoras, se eles sofrerem danos em face de colapso de empresa com atividade regulada, sem que a Agência nada tenha feito para prevenir ou minorar as consequências, nem sinalizado ao mercado.

Outra hipótese, que acima abordamos, foi a possível responsabilidade da Agência Reguladora por ato praticado pela empresa regulada se tal ocorrer em face de omissão no exercício fiscalizatório ou tiver a ver com o objeto da regulação.

Indaga FLÁVIO DE ARAUJO WILLEMANN como responsabilizar a Agência Reguladora por dano causado por empresa do segmento regulado, quando vigora no direito brasileiro a teoria da causalidade direta e imediata, para justificar o dever de indenizar (art. 403, do Código Civil) ?

Neste caso, responde o autor, a responsabilidade seria *subsidiária*, baseada nos princípios da boa-fé e da segurança jurídica:

Eis que os usuários de serviços públicos confiam legitimamente que a empresa regulada está sendo devidamente fiscalizada pela Agência, de modo a evitar que danos sejam causados em razão do desenrolar das atividades ordinárias de empresa delegatária¹⁷¹.

10.6 Responsabilidade civil por atos de regulação normativa

A função regulatória estatal se manifesta em áreas diferenciadas, no exercício das respectivas competências de (a) função executiva regulatória, (b) função decisória e (c) de regulação normativa. Elas haverão de corresponder aproximadamente à clássica tripartição de poderes.

¹⁷⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Omissão no exercício do poder normativo das agências e a concorrência desleal, em **Agências reguladoras e democracia**. Rio : Lumen Iuris, 2006, p. 540.

Tivemos ocasião de dissertar sobre a função executiva e a função decisória das agências reguladoras.

Resta-nos examinar a responsabilidade civil em função da atividade regulatória normativa.

Já examinamos a questão polêmica da constitucionalidade desta função normativa, que não poderia invadir a esfera de competência do Poder Legislativo, devendo as Agências Reguladoras se conter nos limites do que lhes foi autorizado por leis específicas.

Lembra em parte a pirâmide de KELSEN de fundamentação e de derivação. O poder normativo das agências reguladoras deriva das leis ordinárias, que lhe servem de fundamento. As leis fundamentais são mais densas de conteúdo e menos numerosas do que as leis derivadas, que se encontram em plano inferior.

A lei ordinária, emanada do Poder Legislativo, fonte do Direito, aplicável a todos os cidadãos, com seu caráter de generalidade, abstração e isonomia, não pode gerar prejuízos suscetíveis de serem reclamados em eventual ação indenizatória. Apenas a sua efetiva incidência, sobre o caso concreto, poderá tornar reparável o ato administrativo que ensejou a aplicação da norma.

Contra lei em tese, não existe possibilidade de lesão a direito subjetivo.

Daí, como professa SÉRGIO CAVALIERI FILHO, *a regra geral no sentido da irresponsabilidade do Estado pelos atos legislativos típicos que preordenam a vida em sociedade*¹⁷².

Esta mesma regra, todavia, não se aplica às normas administrativas das Agências Reguladoras, leis em sentido meramente formal, que produzem efeitos concretos e atingem situações subjetivas.

Mas as Agências Regulatórias não possuem ampla discricionariedade para editarem tais atos normativos. Devem seguir os procedimentos traçados em lei ou regulamentos que, na maioria das vezes, prevêm decisão colegiada, análise de impacto regulatório, consulta pública ou audiência pública. Como já se observou, se não seguirem o devido processo legal e do seu cumprimento resultarem danos a terceiros, surgirá o dever de indenizar, pois será a imposição de um comportamento danoso tendo como fonte uma norma eivada de nulidade.

¹⁷¹ WILLEMANN. op.cit., p. 126,127

¹⁷² CAVALIERI FILHO. Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**, 6ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 286.

O ato normativo regulatório de uma Agência Reguladora é espécie de ato administrativo e como tal deve ser tratado. Pertinente pois a lição de SÉRGIO CAVALIERI FILHO:

Desde que contrários à lei ou à própria Constituição, uma vez aplicados e causadores de prejuízos a terceiros, sujeitam o Poder Público a reparar o dano, da mesma forma que os atos administrativos em geral¹⁷³.

Admitamos que a Agência Reguladora edite um ato dentro de sua competência e segundo o devido processo legal. Ainda que dotado de licitude, este venha causar danos ao agente econômico ou a usuários, por não preservar o equilíbrio do mercado ou atentar contra o princípio da isonomia. A Agência tem o dever de indenizar ?

A questão é bastante polêmica mas, ainda assim, FLÁVIO DE ARAÚJO WILLEMAN entende que a Agência pode ser responsabilizada civilmente, por não ser justo nem razoável o sacrifício de um determinado grupo de pessoas em prol do interesse coletivo, que deve ceder em prol da efetividade do princípio da igualdade entre as pessoas que compõem o mesmo segmento regulado.¹⁷⁴

E se houver **omissão** da Agência Reguladora quando houver o dever legal de editar ato normativo ?

Para FLÁVIO DE ARAÚJO WILLEMAN, em se tratando de serviço público, não se justifica a ausência de regulação normativa com a alegação de auto-regulação e de dano causado pelo próprio agente que compõe o segmento regulado.

E conclui que o suposto lesado tem o direito de ser indenizado, mesmo que subsidiariamente, se o dano sofrido tiver como causa, ainda que indireta, a ausência de intervenção regulatória normativa por parte do órgão regulador.¹⁷⁵

¹⁷³ Ibid., p. 287.

¹⁷⁴ WILLEMAN, op.cit., p. 201, 202.

¹⁷⁵ Ibid., p.207

11 CONCLUSÃO

A criação das agências reguladoras no Brasil deu-se em data muito recente, na década de noventa.

Esta atividade tornou-se imprescindível com o advento da chamada privatização de certos serviços até então afetos ao Estado. O modelo regulatório surgiu para impor uma gama de medidas, normativas e administrativas, com as quais, de modo abstrato ou concreto, o Estado passou a organizar os aspectos econômicos, controlando, de certa forma, e em certo grau, o comportamento dos agentes econômicos, evitando assim que se lesassem interesses sociais reconhecidos.

O aparato regulatório afeta as atividades, sejam elas caracterizadas como serviços públicos, sejam elas atividades de interesse público ou de cunho eminentemente econômico/privado.

Pertinente a discussão sobre controle e responsabilidades, pois toda regulação tem reflexos sociais, em especial em relação aos consumidores/usuários, tratando dos serviços públicos.

Não existe regulação de caráter neutro.

Se for muito agressiva, os efeitos serão perversos, engessando-se a economia.

Se for demasiado branda, deixando-se total liberdade à iniciativa privada, sem regras e limites, certamente sobrevirá o caos e, sobremaneira, serão relegados interesses sociais, causando-se prejuízos irreparáveis..

É pertinente falar em danos irreparáveis ou de reparação improvável. Com o surgimento da **quarta geração dos direitos fundamentais**, consagrou-se a idéia de entes reguladores destinadas à tutela do meio ambiente. Em sede ambiental, os efeitos da degradação são nefastos, e é difícil falarmos em *compensação*, pois tratamos de direitos dos indivíduos de hoje e das gerações futuras.

Também no Brasil, a exemplo de outros países, como não poderia deixar de ser, a regulação se faz necessária para instituir marcos regulatórios à economia de mercado, de modo a estabelecer um equilíbrio entre a livre iniciativa e os fins sociais preconizados pelo Estado Democrático de Direito.

Tem-se que pensar, ainda, na busca da neutralidade e continuidade de gestão em face de alternância na vida político-partidária do país e, também, com o propósito de se dar

garantia de estabilidade e de previsibilidade das regras do jogo nas relações dos investidores com o Poder Público.

Daí ter sido feita a escolha, não por acaso, por parte do legislador brasileiro, de personalidade jurídica de direito público para as Agências Reguladoras, e da forma de autarquias em regime especial, com autonomia administrativa e financeira, e direção por um colegiado, com mandato fixo, cuja perda apenas ocorre por renúncia ou falta grave, apurada em procedimento disciplinar.

A *independência* das Agências Reguladoras, sob o ponto de vista jurídico-constitucional, tem sido vista com reservas, por colidir com princípios democráticos, na medida em que seus titulares não são legitimados pelo voto popular e se beneficiam de um regime de certa imunidade em relação aos clássicos mecanismos de controle político.

O sistema brasileiro criou alguns mecanismos que permitem atenuar este *deficit* democrático, seja pela participação popular, através das audiências públicas, ouvidorias e das consultas públicas, seja pelo controle parlamentar, seja pelo controle jurisdicional, seja pela supervisão dos Ministérios aos quais elas estão vinculadas, algumas delas pautadas pelos contratos de gestão, muito embora a irrestrita autonomia para competências decisórias.

A fim de entender perfeitamente o fenômeno do qual tratamos, diga-se que a competência normativa estabelecida nas leis instituidoras das agências deve ser entendida dentro dos lindes demarcados aos regulamentos e seguem um escalonamento hierárquico: devem se conformar com as leis e com os decretos presidenciais, que as regulamentam.

O poder decisório das Agências Reguladoras, no arbitramento de conflitos entre as diversas partes envolvidas: consumidores do serviço, concessionárias, agentes econômicos que atuam no setor, deve sempre ser exercido em atenção aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, consagrados nas leis instituidoras.

Não há o duplo grau de jurisdição nos processos administrativos. A revisão judicial, em princípio, deve se restringir ao devido processo legal. Todavia, além da observância do procedimento pela Agência, também a proporcionalidade e a razoabilidade de suas decisões podem ser revistas, diante dos conceitos jurídicos indeterminados contidos na lei.

O usuário é detentor do direito público subjetivo – exercido em face da concessionário e do Estado – de receber um serviço público ideal, com todas as garantias e benefícios inerentes à atuação pública. O vínculo entre prestador e usuário é preponderantemente estatutário, mas pode existir um espaço para a definição consensual de

condições. Nesse espaço, haverá um núcleo consensual no vínculo do qual derivarão condições de prestação do serviço não determinadas pelo regramento normativo. Tais condições gerarão direito subjetivo para o usuário. Não serão imutáveis, mas também não poderão ser alteradas de modo arbitrário.

Além dos princípios insculpidos no art. 37, da Carta Magna, inúmeros outros merecem consagração constitucional, como o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, o princípio da finalidade, o da razoabilidade, proporcionalidade, motivação, impessoalidade, publicidade, moralidade administrativa, o princípio do controle judicial dos atos administrativos e o princípio da responsabilidade do Estado por atos administrativos. Inerente a alguns deles, como o da impessoalidade e o da supremacia do interesse público, inscreve-se o da isonomia, que impõe tratamento competitivo igualitário e eqüitativo a todo administrado.

Se as cláusulas gerais, entre as quais se incluem os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência não forem observadas nas atividades regulatórias, lesando ou ameaçando lesar direitos, poderão autorizar a revisão judicial.

Em princípio, os serviços públicos essenciais são dotados de continuidade. Pela prestação do serviço, o usuário tem o dever de pagar a tarifa justa que lhe impõe a relação jurídica, em contraposição à obrigação da concessionária de lhe garantir o abastecimento. O corte do serviço por inadimplemento, todavia, apenas se justifica se o usuário de baixa renda não for contemplado por políticas para reduzir a desigualdade econômica, como tarifas reduzidas, prazos dilargados, parcelamento, avisos prévios e outros.

A Constituição da República veio acabar com a polêmica em torno da abrangência da responsabilidade civil, em se tratando de serviços públicos. Destarte, tal como as pessoas jurídicas de direito público, pelo texto constitucional (art. 37, § 6º), as *pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos*, responderão por igual aos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Em relação ao CDC, o § único, do art. 22 autoriza não apenas o ressarcimento do dano, como também o cumprimento da obrigação. Sob outro viés, o art. 22 do CDC é de âmbito mais restrito, estabelecendo a reparação apenas nos casos de danos oriundos de serviços inadequados, ineficientes, não seguros e descontínuos.

Cabe às Agências Reguladoras, no âmbito de suas competências, fazer cumprir as normas consumeristas e aquelas que regem o serviço público, para proteger o consumidor

contra eventuais abusos dos prestadores de serviços e eventuais desequilíbrios nos preços e tarifas praticados.

No que diz respeito à responsabilização das agências, não estão imunes a responder por danos eventualmente causados a outrem por seus atos. Cabe às Agências Reguladoras efetuar planejamentos para fomentar o desenvolvimento do setor, realizar políticas desenvolvimentistas, incentivar formas de investimento, sobretudo na área tecnológica. Nesta área de intervenção na ordem econômica, bem como em suas demais atribuições, se houver, por exemplo, estímulo a investimentos e posterior mudança no planejamento, as Agências Reguladoras responderão civilmente pelos danos causados ao investidor, por descumprirem planos a que se obrigaram.

No cenário brasileiro, veja-se, com as privatizações, muito mais do que a singela transferência de atividades públicas para o setor privado, abre-se espaço para a instauração de um novo regime. Peculiar, como o é um País rico em aspectos sociais, culturais, ambientais, mas pleno de perplexidades, que vem sendo moldado ao longo de sua História.

De fato, ocorre uma verdadeira redefinição do papel do Estado, especialmente na economia, e, é claro, com importantes reflexos sociais.

Observamos que a economia afeta a realidade social e é por ela afetada, sendo elemento intrinsecamente ligado à estrutura e à regulamentação estatal.

As empresas atuam em duplo sentido, ou seja, buscam a própria viabilidade, no sentido da eficiência e do lucro mesmo, e, por outro lado, afetam a sociedade perante a qual exercem atividades. Os contornos e a forma de atuação das mesmas têm que permitir o desenvolvimento das atividades respectivas sem colocar em risco valores primeiros da sociedade, a vida, a saúde, a natureza. Nem se fale dos direitos do consumidor, que se mostra cada vez mais impotente perante a gama crescente de fornecedores, que se inserem no mercado e atuam de forma individualista. Em outras palavras, teria que haver um planejamento acerca da atuação das empresas, com parâmetros, regras e limites, de forma a permitir o consumo sustentável.

Buscamos um paradigma que vise satisfazer as necessidades do mundo atual, globalizado.

Não tratamos de compartimentos estanques, mas de fases que devem ser analisadas sob variados ângulos, a fim de evitar estereótipos que impeçam uma clara compreensão do sistema.

O Estado regulador tem a responsabilidade de traçar diretrizes, organizando aspectos sócio-econômicos, controlando moderadamente o desenrolar das atividades e o comportamento dos agentes econômicos, de modo a assegurar uma política desenvolvimentista, mas, em especial, de modo a evitar que pereçam interesses juridicamente reconhecidos. Com responsabilidade nas escolhas, observados os Princípios democráticos e os consagrados direitos fundamentais do ser humano.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda; ALVIM Thereza. **Código do consumidor comentado**, 2^a ed. São Paulo : RT, 1995.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba : Juruá, 2006.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio : Forense, 2002.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agência reguladora e a Supervisão Ministerial. In: **O poder normativo das agências reguladoras**, Rio : Forense, 2006.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos de; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Omissão no exercício do poder normativo das agências e a concorrência desleal, em **Agências reguladoras e democracia**, Rio: Lumen Iuris, 2006.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito – Introdução e Teoria Geral**. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa. 1978.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Tipo**. In: Enciclopédia SARAIVA do Direito. Editora SARAIVA, São Paulo: 1977.

AZEVEDO, Eurico de Andrade. Agências reguladoras. In: **Revista de Direito Administrativo**. Vol. 213. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BANDEIRA, Luiz Fernando. Proibição de bombas de auto-servico em postos de gasolina e de catracas eletrônicas em ônibus: limites e possibilidades da ingerência estatal na empresa privada. In: **Revista de Informação Legislativa**, nº 150, abril/junho 2001, Brasília.

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: **Revista de Direito Administrativo**, v. 229. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luiz Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: **Agências reguladoras e democracia**, Rio: Lumen Iuris, 2006.

BENJAMIM, Antônio H. de Vasconcellos e . **Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor**, São Paulo: Saraiva.

BINENBOJM, Gustavo. Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. In: **Agências reguladoras e democracia**. Rio : Lumen Iuris, 2006.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. Curitiba : Juruá, 2006.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Parcerias Público-Privadas**. Curitiba: Juruá, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1984.

CALIL, Laís. O poder normativo das agências reguladoras em face dos princípios da legalidade e da separação de poderes. In: **Agências reguladoras e democracia**, Rio : Lumen Iuris, 2006.

CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. **Ação popular constitucional** . São Paulo : Saraiva, 1968.

CARDOSO, José Lucas. **Autoridades administrativas e constituição**. Coimbra: Coimbra Editora : 2002. p.427.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1995.

CAVALIERI FILHO. Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**, 6^a ed., São Paulo : Malheiros Editores, 2005.

COLLET, Martin. **Lê contrôle jurisdictionnel des actes des autorités administratives indépendantes**, Paris: L.G.D.J. – E.J.A., 2003.

CORDOVIL, Leonor Augusta Giovine. **A Intervenção estatal nas telecomunicações**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

CRETELLA Júnior, J. **Novíssima história da Filosofia**. 3^a ed, - Rio : Forense, 1976.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito**, 2^a ed. – Coimbra : Armênio Amado, Editor – 1951.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zannella. **Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Inovações no direito administrativo brasileiro. **Revista Interesse Público**, vol. 30.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19 .ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**, 4^a ed., São Paulo: Atlas, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reuladora das agências diante do princípio da legalidade. In: **Direito regulatório – Temas polêmicos**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p.19-50.

DROMI, Roberto. **Empresas publicas de estatales a privadas**. Buenos Aires : Ediciones Ciudad Argentina, 1997.

DU PASQUIER, Claude. **Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit**, 4^a ed. Neuchatel/Suisse : Delachuax & Niestlé, 1967.

EFING, Antônio Carlos. (Org.). **Direito do consumo**. Curitiba:Juruá Editora, 2005.

EFING, Antônio Carlos. Direito constitucional do consumidor: A dignidade humana como fundamento da proteção legal. In: **Direito do Consumo 1**. Curitiba, Juruá Editora, 2006, p. 15-35.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**, 3^a ed.. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1964.

ESCOBAR, J. C. Mariense. **Serviços de Telecomunicações – Aspectos jurídicos e regulatórios**. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora : 2005.

FIGUEIREDO, Lúcia V. O Devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento . **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, vol. 56, Rio : 2001.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade administrativa**. 2^a ed. – São Paulo : Malheiros Editores, 1997.

FIGUEIREDO, Marcelo. **As agências reguladoras**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

GARCÍA-MORATO, Lucía López de Castro; ORTIZ, Gaspar Ariño. **La competencia en sectores regulados**, 2^a edición. Granada : Editorial Comares, S.L., 2003.

GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. **Estudos de regulação pública-I**, Coimbra: Coimbra Editora ltda, 2004.

GRAU. Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**, 10^a ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2005.

GUERRA, Sérgio. **Introdução ao estudo das agências Reguladoras**. Rio: Freitas Bastos Editora, 2004.

GUERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras e a Supervisão Ministerial**, págs. 477 a 508 - em *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio : Forense, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 10^a ed. – São Paulo : Malheiros Editores, 2005.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Teorias sociológicas**. Rio: Editora Fundo de Cultura, 1962.
JOSÉ RUBENS MORATO LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. 2^aed.Rio: Forense Universitária, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. Agências reguladoras e democracia: Existe um déficit democrático na regulação Independente ? In: **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio : Forense, 2006, p. 301 a 332.

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

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes (A doutrina do Direito e a Doutrina da Virtude)**. São Paulo : Edições Profissionais Ltda., 2003.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KARAM, Munir. **A função judicial**. Revista Jurídica , nº 4, Faculdade de Direito de Curitiba (D.A.C.P), Curitiba, 1985, p. 123-147.

KRAUSE, Eduardo Battaglia. **Agências Reguladoras no Cenário Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. 2ª edição, 1969.

LEITE, Fábio Barbalho. Controle Jurisdicional da Atividade Normativa das Agências Reguladoras Brasileiras. In: O poder normativo das agências reguladoras. Rio: Forense, 2006, p. 419-476.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade de Risco**. 2ª ed. – Rio : Forense Universitária: 2004.

LIMA, Alvino. **A responsabilidade civil pelo fato de outrem**. Rio : Forense, 1973.

MACHADO, Luiz Alberto. **Uma visão material do tipo**. Dpto. de Direito Penal e Proc. Penal da UFPR, Curitiba, 1975.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**, 6ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**. 2a. ed. São Paulo : RT, 1991.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos do código de defesa do consumidor**. 4ª ed., São Paulo: RT, 2002.

MARQUES, Maria Manuel Leitão e Vital Moreira . **A Mão Visível – Mercado e regulação**. Portugal : Almedina, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo : Saraiva, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. O controle jurisdicional de atos regulamentares das agências reguladoras diante do princípio da moralidade administrativa. In: **Agências reguladoras e democracia**. Rio : Lumen Iuris, 2006.

MASTRANGELO, Cláudio. **Agências reguladoras e participação popular**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. **Contribuição ao personalismo jurídico**. Rio : Forense, 1954.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. F. Bastos S/A, 7ª edição, Rio, 1961.

MAZZA, Alexandre. **Agências reguladoras**. São Paulo : Malheiros Editores, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Ministério Público**, 3ª ed., São Paulo: Editora Damásio de Jesus: 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 1990.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**, tomo I, Editor Borsoi, Rio, 1954.

MODESTO, Paulo. Agências executivas: a organização administrativa entre o casuísmo e a padronização. **Revista de direito administrativo**, vol. 228.

MOREIRA, Egon Bockmann Moreira. Regulação econômica e democracia: a Questão das agências administrativas independentes. In: **Agências reguladoras e democracia**. Rio : Lumen Iuris, 2006.

MOREIRA, Vital. **Estudos de Regulação Pública**. Coimbra : Coimbra Editora, 2004.

MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda. **Autoridades reguladoras independentes**. Coimbra Editora, 2003.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras**. São Paulo: Manole, 2003.

MOURA, Willy da Cruz. **Processo administrativo na Agência Nacional de Telecomunicações**. Porto Alegre : Fabris Editor, 2006.

MULLER, Friedrich. **Quem é o Povo? A questão fundamental da democracia**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. Rio : Forense, 1991.

NAMBA, Edison Tetsuzo. **Direito do consumo**. Curitiba:Juruá Editora, 2005.

Ordenações Afonsinas, Fundação Calouste Gulbenkian.

Ordenações Filipinas. São Paulo : Saraiva, 1957.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 2^a ed. Rio : Forense, 1990.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães Pereira. **Usuários de serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 2006.

PEREZ, Daniel Omar. **Justicia y Derecho: Derrida, Kant**. Curitiba: PUC

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil -Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 2^a ed. – S. Paulo : Renovar, 2002.

RAFFO, Júlio C. **Introdução ao Conhecimento Jurídico**. Forense: Rio, 1983.

RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**, vol. I, tomo III, 2^a edição, Editora Resenha Universitária, S. Paulo, 1977.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**, Editora SARAIVA, S. Paulo, 1986.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. Editora SARAIVA, 8^a edição, S. Paulo, 1978.

ROCCO, Arturo. **El problema y el Método de La Ciencia Del Derecho Penal**, Editorial Temis, Bogotá, 1982.

RODRIGUEZ-ARIAS, Lino. **Filosofia e filosofia del derecho**. Bogota : Editorial Temis Libreria, 1985.

ROSENTAL, M.; PUDIN, P. **Pequeno dicionário filosófico**. São Paulo : Livraria Exposição do Livro, 1959.

SERRA, Sílvia Helena. *A participação democrática nos órgãos administrativos com poderes normativos*, In: **Direito regulatório, temas polêmicos**, organizado por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, Belo Horizonte : Editora Fórum, 2004.

SERRA, Sílvia Helena. **Direito Regulatório – temas polêmicos**. Belo Horizonte : Editora Fórum, 2005.

SICHES, Luiz Recasens. **Tratado general de Filosofia del Derecho**. México : Editorial Porrúa S/A, 1981.

SICHES, Luiz Recasens. **Tratado General de Sociologia**. Editorial Porrúa S/A, México, 1982.

SICHES, Luiz Recasens. **Direcciones contemporâneas del Pensamiento Jurídico**. Editorial Labor S/A, Barcelona, 2ª edição, 1936.

SILVA, Fernando Quadros da. **Agências reguladoras: A sua independência e o princípio do Estado democrático de direito**. Curitiba : Editora Juruá, 2002.

SILVA, José Afonso da . **Ação popular constitucional** . São Paulo : RT, 1968.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VENTURA, Renato Eduardo. **Agências Reguladoras Federais legislação**. Rio de Janeiro : Editora Lúmen Juris, 2002.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Controle judicial da atividade normativa das agências de regulação brasileiras, em **Agências reguladoras e democracia**. Rio : Lumen Iuris, 2006.

VILANOVA M, José. **Filosofia del Derecho y fenomenologia existencial**. Buenos Aires : Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973.

WEBER, Max..**Textos selecionados**. Victor Civita, S.Paulo, 1985.

WELZEL, Hans. **Introduccion a la Filosofia del Derecho**, 2ª ed. – Madrid : Aguilar, 1977.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. **Responsabilidade civil das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)