



FUNDAÇÃO EDSON QUEIROZ
UNIVERSIDADE DE FORTALEZA - UNIFOR
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

A NATUREZA JURÍDICA DAS TAXAS DE FISCALIZAÇÃO COBRADAS PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Márcio Rodrigues Melo
Matr. 0824009/4

Fortaleza – CE
Agosto, 2010

Livros Grátis

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

Milhares de livros grátis para download.

MÁRCIO RODRIGUES MELO

**A NATUREZA JURÍDICA DAS TAXAS DE FISCALIZAÇÃO
COBRADAS PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS**

Dissertação apresentada ao
Programa de Pós-
Graduação em Direito como
requisito parcial para a obtenção
do Título de Mestre em Direito
Constitucional, sob a orientação da
Profª Dra. Maria Lírida Calou
Araújo e Mendonça.

Fortaleza - Ceará
2010

-
- M528n Melo, Márcio Rodrigues.
 A natureza jurídica das taxas de fiscalização cobradas pelas agências reguladoras / Márcio Rodrigues Melo. - 2010.
 82 f.
- Dissertação (mestrado) – Universidade de Fortaleza, 2010.
 “Orientação: Profa. Dra. Maria Lírida Calou Araújo e Mendonça.”
1. Taxas de fiscalização – Aspectos jurídicos. 2. Agências reguladoras.
 3. Serviço público. 4. Direito tributário. I. Título.

CDU 34:336.232

MÁRCIO RODRIGUES MELO

**A NATUREZA JURÍDICA DAS TAXAS DE FISCALIZAÇÃO
COBRADAS PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS**

BANCA EXAMINADORA

Prof^a Dra. Maria Lírida Calou Araújo e Mendonça - Orientadora
UNIFOR

Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo – 1º Examinador
Faculdade Christus

Prof. Dr. José Júlio da Ponte Neto – 2º Examinador
UNIFOR

Dissertação aprovada em 17 /08 / 2010.

Aos meus pais,
que me possibilitaram mais essa
conquista.

Aos meus sobrinhos Ângela,
Andressa, Olívia e Juan, que me
encantam todos os dias.

As amigas Ana Paula, Giovana e
Socorro Cândido que sempre
acreditaram no meu potencial.

AGRADECIMENTOS

À Universidade de Fortaleza, à Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional e a todos professores e funcionários do Mestrado.

Aos prezados amigos e professores doutores Maria Lírida Calou Araújo e Mendonça e José Júlio da Ponte Neto.

Aos meus pais, Francisca Rodrigues Melo e Antônio Farias de Melo, por tudo e mais um pouco, motivo de orgulho em minha vida.

Aos meus irmãos Marcondes Rodrigues Melo, Paulo Rodrigues Melo e Maria José Rodrigues Melo.

“Você nunca sabe que resultados virão de sua ação. Mas se você não fizer nada, não existirão resultados.”

Mahatma Ghandi

RESUMO

A principal proposta deste trabalho é investigar a natureza jurídica das “taxas” de fiscalização cobradas pelas agências reguladoras em razão da concessão de serviços públicos. O primeiro capítulo aborda a evolução histórica das taxas, a partir das premissas estabelecidas no campo da teoria geral do Direito Tributário pátrio, por meio da análise dos conceitos legais desta espécie tributária no ordenamento jurídico nacional. Retrata ainda as doutrinas estabelecidas para as taxas de acordo com o pensamento de diversos tributaristas nacionais e estrangeiros. Por fim, distinguem-se as hipóteses de incidência da taxa: poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição. No segundo capítulo, aborda-se os fundamentos da natureza do poder de polícia. Caracteriza-se o referido poder, vinculando-o à exação da taxa e detalha-se a evolução do poder de polícia no campo do Direito Administrativo. Parte-se, no terceiro capítulo, para a análise das agências reguladoras, observando-se as agências reguladoras norte-americanas, tendo em vista o desenvolvimento destes entes naquele país. Aborda-se também a Reforma do Aparelho do Estado, que resultou na inserção das agências reguladoras da Administração Pública brasileira. Visa, ainda, este capítulo demonstrar se há o exercício do poder de polícia pelas agências reguladoras nas atividades vinculadas a sua criação. No último capítulo, foca-se a natureza jurídica das taxas regulatórias, demonstrando as implicações jurídicas ao considerar as taxas de fiscalização como de natureza tributária. Conclui-se que o concessionário tem o dever, por previsão nos contratos de concessão, de custear as despesas para esta fiscalização e controle dos serviços executados, o que o faz mediante pagamento àquelas agências da “taxa de regulação” ou “taxa de fiscalização dos serviços públicos” que não é devida pelo exercício do poder de polícia nem em função de um serviço público prestado pelo Estado às concessionárias, o que configuraria o tributo. Desta forma, sobre as referidas “taxas” não incidem as limitações constitucionais ao poder de tributar.

Palavras-chave: Taxas. Poder de Polícia. Agências Reguladoras. Taxas de Fiscalização.

ABSTRACT

The main purpose of this study is to investigate the legal nature of 'fees' supervisory levied by regulatory agencies because of the public service concession. The first chapter discusses the historical evolution of fees, from the premises established in the field of general theory of the Tax Law homeland, through the analysis of legal concepts of this kind tax in national law. Also portrays the doctrines laid down for the fees in accordance with the thinking of many tax experts home and abroad. Finally, distinguished the cases of incidence fees: police power or the use, actual or potential presence of specific and divisible public services rendered to taxpayers or put at your disposal. The second chapter discusses the bases of the nature of police power. Characterized this power to bind it to the exaction of the fee. It details the evolution of police power in the field of Administrative Law. It starts in the third chapter, for the analysis of regulatory agencies, examining the U.S. regulatory agencies as they developed in that country. It also comments on Reform of the State Apparatus, which resulted in insertion of the regulatory agency of the Brazilian government. It also aims, this chapter will show whether there is the exercise of police power by regulatory agencies in activities related to its creation. The last chapter analyzes the legal nature of the regulatory fees, demonstrating the legal implications when considering the fees of tax and audit. Concludes the dealer has a duty, for forecasting in the concession contracts, for meeting the costs for such monitoring and control of the services performed, what makes you pay to those agencies of "regulatory fee" or "fee for monitoring services public "that is not paid for the exercise of police power nor in terms of a public service by the State to dealers, which constituted the tribute. Therefore, on these "fees" not subject to constitutional limitations on taxing power.

Keywords: Taxes. Police Power. Regulatory Agencies. Audit Fees.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

AGERGS - Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul

ANATEL - Agência Nacional de Telecomunicações

ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica

ANP - Agência Nacional do Petróleo

BNDES - Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social

ELETROBRAS - Centrais Elétricas Brasileiras S.A.

FMI - Fundo Monetário Internacional

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 TAXAS COMO ESPÉCIE TRIBUTÁRIA	15
1.1 Evolução histórica do conceito de taxa.....	15
1.2 Taxa no direito brasileiro	16
1.3 Conceito e características das taxas tributárias.....	19
1.4 Fato gerador, base de cálculo, alíquotas das taxas	20
1.5 Taxa em razão do poder de polícia.....	22
1.6 Taxa em razão do serviço público	23
1.7 Questões relevantes na jurisprudência	25
1.8 As taxas e os princípios tributários	26
2 PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA.....	29
2.1 Síntese evolutiva.....	30
2.2 Conceito, características do poder de polícia	32
2.3 Atributos do poder de polícia: discricionariedade, auto-executoriedade e coercibilidade ...	34
2.4 Campos de atuação e manifestações do poder de polícia.....	36
2.5 Polícia administrativa x polícia de segurança	38
3 AGÊNCIAS REGULADORAS	40
3.1 Agências reguladoras nos EUA.....	43
3.2 Plano diretor e reforma do aparelho do Estado.....	45
3.3 Agências Reguladoras no Brasil	49
3.4 Características das agências reguladoras brasileiras	53

4 A NATUREZA JURÍDICAS DAS TAXAS REGULATÓRIAS	58
4.1 Conceito de serviço público	60
4.2 A Delegação dos serviços públicos na Constituição Federal de 1988	63
4.3 Regulação do serviço público e poder de polícia.....	67
4.4 As taxas regulatórias	71
CONCLUSÃO	77
REFERÊNCIAS.....	80

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar a natureza jurídica das taxas de fiscalização cobradas pelas agências reguladoras, assim como as implicações jurídicas que podem advir ao se considerar as referidas taxas como de natureza contratual ou tributária. Instituídas mediante lei, as agências reguladoras apresentam em sua missão: implementar políticas e diretrizes do governo para o setor explorado; gerir os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos ao setor privado; cumprir as políticas determinadas pelo Estado; harmonizar os interesses dos agentes envolvidos (consumidores e delegatários) em prol, supostamente, do bem comum; zelar pelo cumprimento de defesa da concorrência, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes do setor regulado.

Durante a década de 1990, o Estado brasileiro realizou sua reforma administrativa, redefinindo assim suas atribuições, que de dirigente e protagonista no campo social, orientou-se numa postura de regulador de atividades econômicas. A mudança de perspectiva do Estado provedor para orientador de políticas públicas justificou a flexibilização dos monopólios estatais nacionais visando a facilitar o ingresso de empresas estrangeiras, que interessadas na exploração de setores econômicos lucrativos, a exemplo dos serviços de energia, telecomunicações e petróleo, conseguiram ingressar nestas atividades antes prestadas exclusivamente por empresas nacionais. A construção de um cenário atrativo para o capital privado constitui-se fundamental para a criação das agências reguladoras com o objetivo de estabelecer um panorama de estabilidade e previsibilidade aos setores abertos ao capital estrangeiro.

Inicialmente foram constituídas as seguintes agências federais: e ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica – Lei 9427/1996; ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações – Lei 9.472/1997; ANP – Agência Nacional de Petróleo – Lei 9.478/1997; Posteriormente a estas, foram criadas a ANVS – Agências Nacional de Vigilância Sanitária e a ANS – Agência Nacional de Saúde.

A Constituição Federal de 1988 não menciona o termo agência reguladora, mas órgão regulador, conforme se observa com a leitura do inciso XI, do art. 21 combinado com o inciso III, do § 2º, do art. 177 (fundamentos constitucionais, respectivamente, da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL – e da Agência Nacional de Petróleo – ANP).

O termo agência reguladora foi inspirado no direito estadunidense, berço de sua criação, com a instituição, em 1887, da *Interstate Commerce Commission* – parâmetro para o surgimento de órgãos reguladores em outros países. No modelo norte-americano, as agências reguladoras exercem os poderes normativos e decisórios que lhes foram atribuídos pelo Congresso. No modelo regulatório brasileiro, as agências reguladoras foram dotadas de autonomia administrativa e financeira, utilizando-se para administração superior a composição do conselho formado por profissionais especializados em suas áreas.

No Brasil, destaca-se como fundamental para o objetivo desta pesquisa a temática relacionada com a autonomia financeira estabelecida para as agências reguladoras, notadamente mediante a cobrança de taxas de fiscalização ou também denominadas taxas regulatórias. Segundo alguns doutrinadores, o valor pago às agências reguladoras pelos agentes regulados possui natureza contratual, visto que o pacto entre o poder concedente e o concessionário realiza-se mediante contrato de concessão ou permissão. Assim, este entendimento repercute no valor do preço cobrado dos usuários dos serviços.

Para outros juristas, por exemplo Marçal Justen Filho, não obstante a cobrança seja decorrente de obrigação contratual, a natureza é de taxa em razão do poder de polícia exercido pelas agências reguladoras nos termos do art. 145,II da Lei Maior. Por conseguinte, incidiriam sobre a mesma todas as limitações constitucionais ao Direito Tributário, a exemplo da aplicação dos princípios da anterioridade, legalidade etc.

Na situação exposta, apresenta-se, então, o tema central desta pesquisa: De acordo com o ordenamento jurídico vigente no Brasil, as taxas regulatórias teriam natureza contratual ou tributária?

A metodologia empregada na pesquisa é do tipo bibliográfica, visto que foram realizadas consultas a livros, artigos de revistas especializadas e outras fontes disponíveis. Quanto à natureza, é qualitativa, porquanto embasa-se nas teorias do direito tributário e apresenta como marco teórico a definição de taxa contida no art. 145,II da Constituição Federal de 1988 para

caracterizar que as taxas podem ser cobradas nas seguintes situações: em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.

O primeiro capítulo aborda a evolução histórica das taxas, a partir das premissas estabelecidas no campo da teoria geral do Direito Tributário pátrio, por meio da análise dos conceitos legais desta espécie tributária no ordenamento jurídico nacional. Retrata ainda as doutrinas estabelecidas para as taxas de acordo com o pensamento de diversos tributaristas nacionais e estrangeiros. Por fim, distinguem-se as hipóteses de incidência da taxa: poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.

No segundo capítulo, abordam-se os fundamentos da natureza do poder de polícia. Caracteriza-se o referido poder, vinculando-o à exação da taxa, quando do exercício do mencionado poder. Detalha-se a evolução do poder de polícia no campo do Direito Administrativo.

Parte-se, no terceiro capítulo, para a análise das agências reguladoras, apresentando suas características na Administração Pública Brasileira, visando a demonstrar o exercício do poder de polícia exercido pelas agências reguladoras nas atividades vinculadas a sua criação.

No último capítulo, analisa-se a natureza jurídica das taxas regulatórias, demonstrando as implicações jurídicas ao considerar as taxas de fiscalização como de natureza tributária.

Para fundamentar o estudo objeto da pesquisa, imprescindível a leitura de doutrinadores como Sacha Calmon, Aliomar Beleeiro, Bernardo Ribeiro de Moraes, Paulo de Barros Carvalho e outros.

1 TAXAS COMO ESPÉCIE TRIBUTÁRIA

A espécie tributária taxa revela-se como um dos tributos que têm mais suscitado dúvidas e indagações para os estudiosos e doutrinadores do Direito Tributário, constituindo-se em tema recorrente na análise jurisprudencial, notadamente, mediante à edição de Súmulas pelo Supremo Tribunal Federal visando a dirimir pontos controversos sobre a mencionada espécie tributária.

Por sua vez, a pesquisa científica sempre encontrará desafios e especificamente na Ciência Jurídica, novos atores e fatos sociais exigem do cientista jurídico a reinterpretação dos conceitos jurídicos, com o objetivo de análise do caso posto, tendo em vista o caráter aplicativo da Hermenêutica Jurídica, conforme afirma José Lamago (1990, p.178):

Na hermenêutica Jurídica, o jurista compreende o critério normativo objetivando no texto legal a partir do problema e sob a necessidade de lhe dar solução: apreende-se a intenção regulativa que flui do texto legal. Mas o texto da norma é um mero projeto ou tentativa para solução do caso.

Assim, na seara do Direito Tributário, a natureza jurídica das taxas de fiscalização cobradas pelas agências reguladoras apresenta-se como um ponto de interrogação, porquanto pairam opiniões divergentes quanto à natureza jurídica das mesmas. Como o objeto de pesquisa deste trabalho concerne em tentar caracterizar a natureza jurídicas das taxas de fiscalização pagas às agências reguladoras, o primeiro capítulo abordará a espécie tributária taxa, não somente identificando a evolução histórica do instituto, mas também analisando suas características a partir do texto constitucional.

1.1 Evolução histórica do conceito de taxa

Conquanto a taxa nas civilizações antigas não tenha a característica da concepção atual deste tributo, registros históricos demonstram que esta espécie tributária já pertencia à realidade econômica financeira das civilizações antigas, conforme se deduz das palavras de Aliomar Baleeiro (1958, p. 204):

Roma e os povos antigos usaram largamente de seu poder para extorsão de proveitos dos povos mais fracos. Escravos, ouro, prata, obras d'arte eram arrecadados ao vencido e opulentavam não só a Cidade Eterna, mas pessoalmente os generais vencedores. É célebre enormíssima fortuna de César por obra de suas conquistas.

No século XVII, Adam Smith, em sua obra clássica a Riqueza das Nações, já propusera uma diferenciação entre taxas e impostos, entretanto, consensualmente, os historiadores do direito atribuem, primeiramente, ao alemão Kurt Heinrich Rau uma análise científica das taxas. Assim, opina Bernardo Ribeiro de Moraes (1968, p. 8):

Teve Kurt Heinrich Rau, pela primeira, a argúcia de apresentar uma teoria científica da taxa, preocupando-se com seu conceito, em sua natureza e fundamento, distinguindo-a do imposto. Em seus princípios de Ciência das Finanças, apontou ele a existência, na taxa, de uma contraprestação de serviço essencial do Estado, ligada a um interesse público.

Percebe-se, então, que os cientistas das finanças buscaram estabelecer, primeiramente, as distinções entre taxa e imposto. Com o surgimento e desenvolvimento do direito tributário, o estudo da espécie procurou focar-se nos aspectos jurídicos da natureza e do fundamento da taxa. Por isso, analisa-se a natureza jurídica da taxa, bem como as distinções entre esta espécie e o imposto.

1.2 Taxa no direito brasileiro

No período anterior à Proclamação da República, inexistia uma distinção precisa entre taxas e impostos, uma vez que a preocupação maior, à época, eram os objetivos fiscais (arrecadação), resultando na criação de diversos tributos sem sistemática, a exemplo do quinto das pedras e dos metais preciosos, da dízima do pescado e das colheitas de todos os produtos da terra, da redízima dos frutos da terra, da vintena do produto das especiarias, do monopólio das explorações marinhas, etc.

A Constituição Federal de 1891 foi a primeira que estabeleceu um sistema de diferenciação entre impostos e taxas, repartindo a competência entre os entes da Federação para instituição dos referidos tributos. Na dicção do art. 7º da citada Carta Magna, verifica-se que as taxas destinam-se a compensar ou retribuir serviço público (federal, estadual ou municipal) prestado ao contribuinte ao dispor nestes termos:

Art 7º - É da competência exclusiva da União decretar:

- 1 °) impostos sobre a importação de procedência estrangeira;
- 2 °) direitos de entrada, saída e estadia de navios, sendo livre o comércio de cabotagem às mercadorias nacionais, bem como às estrangeiras que já tenham pago impostos de importação;
- 3 °) taxas de selo, salvo a restrição do art. 9º, § 1º, nº I;
- 4 °) taxas dos correios e telégrafos federais. [...]

O Decreto-lei nº 1.804, de 24 de novembro de 1939, que aprovou normas orçamentárias, financeiras e contábeis para os Estados e Municípios, estabeleceu a conceituação legal de imposto e taxa. Em seguida, o citado decreto foi revogado pelo Decreto-lei nº 2.416, de 17 de julho de 1940, que manteve a conceituação de imposto e taxa nos seguintes termos:

Parte segunda

Normas orçamentárias

XIX – A designação de imposto fica reservada para os tributos destinados a atender indistintamente às necessidades de ordem geral da administração pública; a de taxa para os tributos exigidos como remuneração de serviços específicos prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição, ou ainda contribuição para custear atividades especiais provocadas por conveniências de caráter geral ou de determinadas grupos.

Não obstante a definição legal tenha sido um marco no direito tributário brasileiro, a conceituação estabelecida na legislação foi criticada pela doutrina, a exemplo de Evaristo J. Garcia, Rubens Gomes de Sousa, Aliomar Baleeiro e Amílcar de Araújo Falcão. A crítica unânime da doutrina concerne a possibilidade de criação de taxas como contribuição destinada ao custeio de atividades especiais do poder tributante, quando essas atividades sejam provocadas por conveniências de caráter geral ou de determinados grupos.

De fato, inúmeros abusos foram cometidos pelos legisladores ao instituírem taxas, que deveriam ser pagas por terceiros não beneficiados pelo serviço estatal, podendo-se citar as seguintes: taxa de melhoramento dos portos, taxa de estatística e desenvolvimento econômico do Estado do Ceará, taxa de estatística da Bahia, taxa de serviço contra fogo ou taxa de bombeiros do estado de Pernambuco, taxa de assistência social do estado do Paraná, taxa recuperação econômica e assistência hospitalar de Minas Gerais, taxa de educação e saúde da União, taxa sobre o trigo nacional, taxa de serviço contra o Fogo de Minas Gerais, etc.

A situação gerada pela insegurança jurídica tributária repercutia no Supremo Tribunal Federal, que analisava recursos de processos instaurados em primeira instância por contribuintes. Segundo estes contribuintes, cometiam-se arbitrariedades na criação de taxas, que apresentavam nítida característica de impostos. Sobre a questão, eis um julgado da Suprema Corte:

RMS4524/PIAUÍ
 RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA
 Relator(a): Min. CÂNDIDO MOTTA
 Julgamento: 30/10/1957 Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO Publicação
 DJ 12-12-1957 PP-***** EMENT VOL-00326-01 PP-00136
 RTJ VOL-00003-01 PP-00733

Ementa
 INCONSTITUCIONALIDADE DAS TAXAS MUNICIPAIS DE ESTATÍSTICAS.

Indexação

Criação, taxa de estatística, organização, serviço, município, incoerência, constituição federal. inconstitucionalidade, decreto municipal, declaração, (STF). tr0179, taxa de estatística constitucionalidade ct0222, arguição de inconstitucionalidade decreto municipal.

[...]

RMS 10939 / PE - PERNAMBUCO
 RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA
 Relator(a): Min. RIBEIRO DA COSTA
 Julgamento: 24/04/1963 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação
 EMENT VOL-00544-01 PP-00090
 RTJ VOL-00029-01 PP-00130

Parte(s)

RECORRENTE: PRODUTOS QUÍMICOS GUARANY S.A.

RECORRIDO: ESTADO DE PERNAMBUCO

Ementa
 A taxa de eletrificação. fluoração e abastecimento d'agua, criada pela lei n 3.788, de 1960, do estado de Pernambuco, e inconstitucional, porque pela sua estrutura e conteúdo se confunde com imposto já previsto.

Decisão

Provido, unanimemente. Votou o Presidente.

Presidência do Exmo. Sr. Ministro Luiz Gallotti, Vice-Presidente, no impedimento do Exmo. Sr. Ministro Presidente Lafayette de Andrada.

Indexação

CONSTITUCIONALIDADE, TAXA DE ELETRIFICAÇÃO, FLUORAÇÃO E ABASTECIMENTO D'ÁGUA, DIREITO TRIBUTÁRIO, TAXAS, INCONSTITUCIONALIDADE. [...]

Constata-se, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que a instituição de impostos sobre a denominação de “taxas” era fenômeno comum por partes dos legisladores em razão da impropriedade da definição legal extraída do Decreto-lei nº 2.416, ao permitir a criação de taxas para custear atividades especiais provocadas por conveniências de caráter geral ou de determinadas grupos. Coube, então, a Emenda Constitucional nº 18, de 1965, dar nova redação ao art. 18, dispondo sobre taxa nos seguintes termos:

Art. 18 – Compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, cobrar taxas em função do exercício regular do poder de polícia, ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição.

Além de redefinir o conceito de taxa, a mencionada emenda adotou para o sistema tributário brasileiro uma divisão tripartida dos tributos: Impostos, taxas e contribuições de melhoria. Sob a taxa, legitima-se sua cobrança somente em duas situações (utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível ou exercício regular do poder de polícia), tornando-se irrelevante a destinação da arrecadação da taxa como característica desta espécie tributária. Assim dispõe o art. 4º do Código Tributário Nacional, nestes termos:

Art. 4º A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la:
I - a denominação e demais características formais adotadas pela lei;
II - a destinação legal do produto da sua arrecadação.

As constituições seguintes mantiveram a definição de taxa nos termos do art. 18 da Carta de 1946, alterada pela emenda constitucional nº18, de 1965. A partir do conhecimento da evolução histórica do instituto, abordar-se-ão as características das taxas.

1.3 Conceito e características das taxas tributárias

O risco ao se analisar qualquer espécie tributária diz respeito primeiramente a sua denominação, pois o legislador, muitas vezes, equivocadamente, nomeia como taxa determinado tributo, cuja natureza jurídica concerne à outra espécie, tendo em vista a inexistência de preocupação científica quando da elaboração das leis de criação de determinado tributo. Sobre a questão, Noberto Bobbio (1995, p. 200) assevera que “o rigoroso cuidado na terminologia não é exigência ditada pela gramática para a beleza do estilo, mas é uma exigência fundamental para construir qualquer ciência”.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 145, II, definiu a competência dos entes da Federação (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) para instituição de taxas ao determinar que:

Art. 145 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:
[...]
II – taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.

O mencionado artigo da Lei Maior define como hipóteses cabíveis para instituição do referido tributo a prestação ou disponibilização de um serviço público específico e divisível ou da efetivação do poder de polícia, ou seja, o legislador ordinário está autorizado somente a descrever como hipótese de incidência para cobrança de taxa as situações estabelecidas no texto constitucional.

Contrapondo-se a definição de imposto contida no art. 16 do Código Tributário Nacional, que afirma ser o imposto o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica relativa ao contribuinte, as taxas caracterizam-se pela exigência do ente tributante, em decorrência de atividade estatal direcionada ao contribuinte, o pagamento da taxa, definida em lei. Roque Carraza (2007, p. 515) define taxa como “uma obrigação *ex lege* que nasce da realização de uma atividade estatal relacionada, de modo específico, ao contribuinte, embora muitas vezes por ele não requerida ou, até mesmo, sendo para ele desvantajosa”.

Alfredo Augusto Becker (2002, p. 345) também verifica a relação entre taxa e uma atividade prestada pelo ente público ao afirmar que “ taxa: regra jurídica tributária que tiver escolhido para base de cálculo do tributo o serviço estatal ou coisa estatal, terá criado uma taxa”.

Como espécie do gênero tributo, as taxas apresentam as seguintes características: vinculação de sua cobrança à existência de atividade estatal que tenha adequação às hipóteses de incidência do art. 145, II da Carta Magna; o sujeito ativo da relação jurídica pode ser um ente da federação (União, Estado, Município e Distrito Federal), desde que a realização do fato jurídico tributável esteja dentro da competência daquele ente; o sujeito passivo é o administrado ou grupo de administrados a quem foi dirigida a atuação estatal; o valor da exação não pode ser superior ao valor dispendido pela administração para a realização do serviço público específico e divisível ou para disponibilidade do mesmo ou com a efetivação do poder de polícia.

1.4 Fato gerador, base de cálculo, alíquotas das taxas

Cada espécie tributária possui um fato gerador, definido em lei, que a distingue das outras espécies. Uma vez ocorrido o fator gerador, cria-se a obrigação tributária, instituindo a relação entre o Poder Público (sujeito ativo) e o contribuinte (sujeito passivo). Nos termos do

Art. 114 do Código Tributário Nacional, fator gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

Não obstante a utilização da expressão fato gerador para definir o acontecimento fático, no mundo real, que gera a obrigação tributária para o sujeito passivo tenha-se popularizado na doutrina e na jurisprudência pátrios, devem citar as críticas do professor Paulo de Barros Carvalho (1993, p. 157) ao uso da locução:

Fala-se em situação-base, pressuposto de fato do tributo, suporte fático, facto imponible, hipótese de incidência, fato gerador, etc. Entre nós, esta última expressão granjeou quase total acolhida, certamente pela influência de conhecido artigo do publicista francês Gaston Jèze, traduzido para o português e publicada na RDA, em seu v.2. Tal foi a acústica obtida por essa terminologia, que muitos passaram a crer tratar-se de particularidade do Direito Tributário.

Paulo de Barros Carvalho (1993) considera que a locução fato jurídico tributário adequar-se-ia melhor para exprimir a realidade do mundo fenomênico, que tem o condão de irradiar efeitos de direito, justificando ainda o qualitativo tributário pela simples razão de que sua eficácia está diretamente ligada à instituição do tributo.

No caso das taxas, o fato gerador ocorrerá nas hipóteses de incidência mencionadas no texto constitucional: exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.

A norma tributária designa a regra matriz de incidência tributária, descrevendo de modo abstrato a conduta passível de tributação. Também a mesma norma deve fixar a base de cálculo do tributo, quantificando o fato jurídico tributário, ou seja, aplicando a alíquota à referida base de cálculo, obtém-se o valor do tributo. Nas palavras de Aliomar Baleeiro (2007, p. 551):

Base de cálculo de um tributo é a ordem de grandeza que, posta na consequência da norma criadora do tributo, presta-se a mensurar o fato descrito na hipótese, possibilitando a quantificação do dever tributário, sua graduação proporcional à capacidade contributiva do sujeito passivo da espécie tributária.

Em que pesem as taxas, o constituinte impôs uma regra fundamental no parágrafo 2º do art. 145 ao dispor que “as taxas não poderão ter a mesma base de cálculo de imposto”. Embora possa parecer redundante a imposição constitucional, pois é sabido que o imposto tem como hipótese de incidência uma situação, independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte, diferentemente das taxas, a limitação constitucional ressalta a impossibilidade de bitributação, que seria consequentemente um enriquecimento ilícito do

Estado. Desta forma, impossibilita-se que impostos sejam instituídos sob a denominação de taxas.

O Código Tributário Nacional, em seu art. 77, parágrafo único, segunda parte, dispõe que a taxa não pode ter base de cálculo calculada em função do capital das empresas. Cuida a regra do CTN de impedir que o legislador utilize-se de taxas para cobrança de capital das empresas, que seria na verdade um novo imposto de renda.

A definição na lei base de cálculo estar-se-ia incompleta, caso o legislador não definisse para a taxa o valor da alíquota, pois esta fornecerá o *quantum* que deve o sujeito passivo pagar aos cofres públicos em decorrência do fato jurídico tributário. Verifica-se então, que a norma instituidora da espécie em análise, está sob risco de padecer inconstitucionalidade, caso não apresente os seguintes elementos essenciais na norma: fato gerador, base de cálculo e alíquota para sua cobrança. Detalham-se a seguir as hipóteses de incidências citadas na Lei Maior.

1.5 Taxa em razão do poder de polícia

A primeira hipótese constitucional para cobrança de taxa diz respeito ao poder de polícia, destacando-se nesse caso o elemento de extrafiscalidade do tributo, já que existe a necessidade da Administração Pública em impedir ou restringir atividades, que ofereçam risco para o interesse da coletividade, e obviamente visa a tributação custear os serviços prestados pelo Estado, quando exerce o referido poder.

A expressão poder de polícia corresponde no Direito às locuções de sentido indeterminado, cabendo à doutrina e à jurisprudência delinear os liames do conceito de poder polícia, sendo que o desenvolvimento histórico do instituto serve de ferramenta fundamental para compreensão do significado atual deste poder.

Com o advento da Revolução Francesa, o conceito de poder de polícia restringia mecanismos impostos pelos Estados com o objetivo de manter a ordem pública, a liberdade, a propriedade, a segurança individual por meio do Estado de Direito e Liberal. Em seguida, houve a necessidade de separar os conceitos de polícia administrativa da judicial.

Coube ao Direito Administrativo o estudo do referido poder ao apresentar seus limites de atuação, como assim se percebe na opinião de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p.111): “o poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos

individuais em benefício do interesse público”. No direito tributário, o Código Tributário Nacional contribui para a compreensão do conceito ao definir, em seu art. 78, que:

Considera-se o poder de polícia atividade da administração pública, que limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos fundamentais.

Com relação às taxas cobradas em razão do exercício do poder de polícia, o conteúdo do art. 145, II da Lei Maior estabelece a validade da cobrança nesta hipótese, quando efetivamente houver o exercício do mencionado poder, distinguindo-se da segunda hipótese constitucional, em que a disponibilidade do serviço permite a cobrança.

Assim, com base no poder de polícia, os municípios brasileiros têm instituído taxas de inspeções sanitárias (TIS), com o intuito de fiscalizar os estabelecimentos que possuem instalações sanitárias, taxas de alvará (TA), cujo objetivo é autorizar a instalação e funcionamento de determinado estabelecimento no município. Em razão da relevância do estudo do poder de polícia para compreensão deste trabalho de pesquisa, o segundo capítulo detalhará mais o tema.

1.6 Taxa em razão do serviço público

O estudo da segunda hipótese constitucional para instituição de taxas requer o conhecimento prévio do conceito de serviço público, exigindo do jurista o estudo de diversos administrativas sobre o tema, porquanto a noção de serviço público é variável, assemelhando-se, na diversidade de critérios para sua definição. Nas palavras de Hely Lopes Meireles (2004, p. 320): “Serviço Público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controle estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado.”

Acrescentada a idéia de que o serviço público deve estar definido no ordenamento jurídico, Celso Antônio Bandeira de Melo (2004, p. 628):

Serviço Público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público –

portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições -, instituído em favor dos interesses definidos como público no sistema normativo.

Por sua vez, o administrativista português Marcelo Caetano (1996, p. 216) exclui em seu conceito a possibilidade de prestação do serviço por delegatários, conforme se deduz de suas palavras: “ Chamamos de serviço público ao modo de atuar da autoridade pública a fim e facultar, por modo regular e contínuo, a quantos deles careçam, os meios idôneos para a satisfação de uma necessidade pública”.

Verifica-se, então, no texto constitucional, que não é todo serviço público que constitui fator gerador para cobrança da taxa, devendo ser considerado somente aqueles específicos e divisíveis. A doutrina já diferenciava os serviços públicos de caráter específico dos serviços públicos gerais, conforme aduz Renato Alessi (1970, p. 364-365):

A primeira (espécie de serviços públicos) compreende as atividades dirigidas a procurar uma atividade genérica aos cidadãos *uti universi*, sem possibilidade de distinguir a quantidade de utilidade que cada cidadão obtém.

A segunda (espécie de serviços públicos), pelo contrário, compreende as atividades voltadas a procurar utilidades específicas para determinados cidadãos que se servem do serviço oferecido pela Administração. Trata-se, pois, de atividades que se convertem num benefício desfrutado pelos cidadãos *uti singuli*.

Conclui-se que os serviços públicos podem ser divididos em gerais e específicos, ocorrendo a prestação dos primeiros, quando proporcionam vantagens à coletividade, interessando indistintamente aos cidadãos. Como exemplo de serviço gerais, tem-se a prestação de segurança nacional, diplomacia, saúde, educação. Em regra, os serviços gerais são custeados pelo pagamento de impostos.

Na prestação de serviço *uti singuli* ou específicos, a cobrança de taxa é permitida, desde que o serviço público, prestado ou posto à disposição, seja também divisível, já que o serviço pode ser específico, todavia indivisível. Como exemplo, tem-se serviço de pavimentação de logradouro público, de acordo com o julgado da Corte Suprema no Recurso Extraordinário 75.769/MG. Sobre a taxa de Iluminação Pública instituída por muitos municípios brasileiros, o STF considera inconstitucional, já que inexistia especificidade e divisibilidade na prestação do serviço, conforme RE 233.332/RJ transcrito resumo do acórdão:

Taxa de iluminação pública. [...] Tributo de exação inviável, posto ter por fato gerador serviço inespecífico, não mensurável, indivisível e insuscetível de ser referido a determinado contribuinte, a ser custeado por meio do produto da arrecadação dos impostos gerais. (RE 233.332, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento

em 10-3-99, *DJ* de 14-5-99). **No mesmo sentido:** AI 479.587–AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 3-3-09, 2ª Turma, *DJE* de 20-3-09.

A divisibilidade permite a individualização do serviço prestado ou posto à disposição, de forma que se avalie e identifique a parcela utilizada pelo contribuinte ou pela entidade. Assim, sucede no caso do serviço para expedição de passaporte existente na Polícia Federal. O CTN dispõe sobre a divisibilidade, em seu art. 79, III nos seguintes termos: “divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários”.

Por fim, caracteriza-se a cobrança da taxa de serviço nos termos da Constituição Federal pela sua compulsoriedade, pois mesmo que o serviço não seja utilizado pelo contribuinte, mas “posto à disposição”, sendo possível de fruição pelo cidadão, a cobrança é permitida. Questão relevante para o entendimento do assunto em pauta diz respeito à distinção entre taxa e tarifa, que será tratada a seguir.

1.7 Questões relevantes na jurisprudência

Em relação à espécie tributária em estudo, a influência de critérios eminentemente econômicos, principalmente de doutrinadores italianos, causaram indefinições entre os institutos, já que estudiosos de finanças procuram analisar taxas e tarifas somente sob o aspecto econômico. Sobre a questão, Aliomar Baleeiro (2007, p. 544) critica veementemente:

Ora, esses economistas, no propósito de imprimir o cunho de ciência às Finanças, isolam e focalizam no fato financeiro, por abstração, apenas o aspecto econômico, desprezando todos os aspectos políticos, morais e jurídicos que o complicam e acompanham em seu conteúdo sociológico.

Em síntese, as taxas são espécies do gênero tributo, constituindo receitas derivadas do Estado, cobradas de maneira compulsória, instituídas por lei, e conforme o teor do art. 145, II, da Carta Magna, podem ser instituídas nas seguintes situações: em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição, assim como as leis que criarem taxas devem respeitar as limitações constitucionais ao poder de tributar.

Por sua vez, as tarifas, espécie do gênero preço público, são consideradas receitas originárias do Estado, porquanto são obtidas da exploração do próprio patrimônio da administração, podendo ser fixadas pela autoridade administrativa, pagas pelo cidadão de

forma facultativa. Sintetizando as distinções entre a taxa e preço público, Sacha Calmon Navarro (1996, p. 53) afirma que:

O preço é contratualmente acordado. A taxa é unilateralmente imposta pela Lei. A primeira parte da autonomia de vontade. A segunda é heterônoma. O contrato de prestação de serviço público mediante a contraprestação em pecúnia, pode ser rescindido e só o fornecimento efetivo dá lugar ao pagamento. A prestação de serviços públicos, pelo pagamento de taxas inadmite rescisão e a só disponibilidade do serviço, quando legalmente compulsória a sua utilização, se específico e divisível, autoriza a tributação.

O Supremo Tribunal Federal já fixou a distinção entre preço público e taxa, editando a súmula 545, que dispõe: “preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu”. Ressalta-se que no ordenamento jurídico vigente, inexistente o princípio da anualidade para o Direito Tributário.

1.8 As taxas e os princípios tributários

A Lei Maior outorga competência tributária para que os entes políticos possam instituir tributos, entretanto esta competência não se realiza de forma absoluta, tendo em vista as limitações ao poder de tributar contidas nos 150, 151 e 152, da Lei Maior. Tais limitações constituem garantias do contribuinte contra o poder de império do Estado, notando-se ainda que a Constituição Federal de 1988 ressalva a existência de outras garantias ao contribuinte em seu texto, a exemplo da proibição de cobranças de taxas nos termos do art. 5º, XXXIV, alíneas “a” , “b”, que dispõem:

Art. 5º, XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

- a) o direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;
- b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para a defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal;

Para alguns autores, dividem-se as limitações ao poder de tributar em imunidades e princípios constitucionais tributários como formas de fixar fronteiras no poder de tributar. Assim, opina Luciano Amaro (2004, p. 107): “Desse modo, as chamadas ‘limitações do poder de tributar’ integram o conjunto de traços que demarcam o campo, o modo, a forma e a intensidade de atuação do poder de tributar (ou seja, do poder, que emana dos entes políticos criarem tributos).”

Distintamente pensam aqueles doutrinadores que diferenciam o papel exercido pelos princípios tributários e as imunidades. Enquanto, nos primeiros se reduz o poder de tributar ao mesmo tempo que se protege o contribuinte contra o arbítrio do Estado, o segundo impossibilita qualquer tentativa de construção de hipótese de incidência sobre as imunidades. Assim, opina Roque Carraza (2007, p. 56):

Observamos, ainda, que nossa Constituição, no louvável propósito de transformar a República Brasileira num Estado Democrático de Direito, submeteu a ação tributária das pessoas políticas a um extenso rol de princípios (federativo, da legalidade, da igualdade, da anterioridade, da segurança jurídica. Da reserva de competência etc.), que protegem, ao máximo, os contribuintes, contra eventuais abusos fazendários.

Ainda Roque Carraza (2007, p. 695) considera as imunidades como:

A imunidade tributária é um fenômeno de natureza constitucional. As normas constitucionais que, direta ou indiretamente, tratam do assunto fixam, por assim dizer, a incompetência das entidades tributantes para onerar, com exações, certas pessoas, seja em função de sua natureza jurídica, seja porque coligadas a determinados fatos, bens ou situações.

Segundo Paulo de Barros Carvalho (1993, p. 116-117), as imunidades são normas de estruturas, porquanto incidem negativamente sobre a competência tributária. O autor expõe sua opinião nestes termos:

O sistema jurídico positivo é formado, consoante já vimos, de regras de conduta e de regras de estrutura. As últimas, também denominadas normas de produção, de formação ou de transformação de outras normas, assumem extraordinária importância para a configuração do direito posto, e entre elas é que vamos encontrar os preceitos da imunidade. [...]

As manifestações normativas que exprimem as imunidades tributárias se incluem no subdomínio das sobrenormas, metaproposições prescritivas que colaboram, positiva ou negativamente, para traçar a área de competência das pessoas titulares de poder político, mencionando-lhes os limites materiais e formais da atividade legiferante.

Em relação às imunidades tributárias, o constituinte originário quis preservar valores fundamentais expressos na Lei Maior, tais como: liberdade religiosa e acesso à informação. Constituem-se as imunidades em vedações absolutas, porquanto a pretensão em incidir tributo sobre pessoas ou bens neste campo é nula. A predominância das imunidades constitucionais concerne exclusivamente aos impostos, entretanto existem aquelas relativas às taxa e contribuições como as previstas no art. 5º, XXXIV, a, b e 195, § 7º da Constituição Federal de 1988. Roque Carraza (2007, p. 703) sintetiza o poder das imunidades constitucionais nestes termos:

Realmente, conforme vimos, a imunidade tributária cria, em favor das pessoas envolvidas, direito subjetivo de exigir que o poder Público se abstenha de cobrar-lhes certos tributos. Assim como as pessoas têm o direito de pagar apenas o tributo previsto em lei, têm o direito de não pagar o tributo do qual estão constitucionalmente imunes.

Considerando o subsistema constitucional tributário, cujo conteúdo apresenta-se no Título VI – Da Tributação e do Orçamento, distribuindo competências tributárias entre os entes da federação ao mesmo tempo em que se assegura garantias fundamentais à liberdade das pessoas em relação ao poder de tributar, o referido subsistema contém princípios imprescindíveis para consecução destas garantias, conforme palavras de Paulo de Barros Carvalho (1993, p. 89-90):

Empreende, na trama normativa, uma construção harmoniosa e conciliadora, que visa a atingir o valor supremo da certeza, pela segurança das relações jurídicas que se estabelecem entre Administração e administrados. E, ao fazê-lo, enuncia normas que são verdadeiros princípios, tal o poder aglutinante de que são portadores, permeando, penetrando e influenciando um número inominável de outras regras que lhe são subordinadas.

[...] O quadro das imposições tributárias, no Brasil, encontra-se sob o influxo de muitos princípios constitucionais. Atuam sobre essa área postulados constitucionais genéricos, que se irradiam por toda a ordem jurídica, ativando e ao mesmo tempo tolhendo o Estado nas relações com seus súditos, e princípios constitucionais especificamente canalizados para o terreno dos tributos, conhecidos como princípios constitucionais tributários.

Além dos princípios tributários citados expressamente no texto da Lei Maior, a exemplo da capacidade contributiva (art. 145, § 1º), legalidade tributária (art. 150, I), anterioridade tributária (150, III, “b”), noventena (art. 150, III, “c”), irretroatividade da lei (art. 150, III, “a”), isonomia (art. 150, II), uniformidade (art. 151, I), do não utilização do tributo com efeito confiscatório (art. 150, IV), não limitação ao tráfego (art. 150, V), não concessão de isenção (art. 151, III), etc, surgem outros princípios constitucionais tributários, que decorrem de direitos e garantias constitucionais do contribuinte, tais como princípio da transparência fiscal, solidariedade fiscal, justiça tributária.

Conclui-se o capítulo esclarecendo que a taxa, como espécie do gênero tributo, sujeita-se as limitações constitucionais ao poder de tributar, devendo certos princípios e regras serem observados pelo legislador, quando da instituição das taxas sob pena de nulidade da cobrança da referida espécie. Por sua vez, os preços públicos são consideradas receitas originárias do Estado, porquanto são obtidas da exploração do próprio patrimônio da administração, podendo ser fixadas pela autoridade administrativa, pagas pelo cidadão de forma facultativa.

2 PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA

Neste capítulo, abordar-se-á tema indispensável para sua compreensão: o poder de polícia. Enquanto os serviços públicos se caracterizam pelas prestações benéficas aos cidadãos, o referido poder apresenta-se como um sistema de restrições à liberdade do indivíduo. Então, pode-se concluir que o poder de polícia constitui-se uma repressão à liberdade do indivíduo conquistada mediante o sacrifício de muitos ao longo da História?

A resposta à indagação é negativa, visto que o exercício do poder de polícia constitui-se garantia de convivência harmoniosa entre os cidadãos, evitando que o direito de cada um seja exercido arbitrariamente, prejudicando, assim, toda a coletividade e ao interesse público ratificando a sabedoria popular que aconselha “o direito de cada um cessa onde começa o do seu vizinho”. Sobre a questão, assim pensa Marcelo Caetano (1996, p. 267):

Numa sociedade onde cada um possa fazer tudo quanto lhe apeteça sem pensar nos interesses, nas necessidades, nos direitos dos outros não há liberdade. Porque os mais fortes, os menos escrupulosos, os mais poderosos oprimirão os que não lhes possam resistir. [...]

Numa sociedade policiada, como se dizia em português clássico, há-de estar garantida a convivência pacífica de todos os cidadãos de tal modo que o exercício dos direitos de cada um não se transforme em abuso e não ofenda, não impeça, não perturbe o exercício dos direitos alheios. Segundo a fórmula consagrada – o direito de cada um cessa onde começa o do seu vizinho.

Surge, então, um dos temas mais complexos para os estudiosos do Direito Público: conceituar em seus exatos contornos o poder de polícia, já que a própria terminologia causa dissenso entre os doutrinadores, senão veja-se o que diz Carlos Ari Sunfeld (1993, p. 17) sobre o termo:

A substituição do poder de polícia pela administração ordenadora não é mera troca de rótulos. Claro, há também a eliminação da expressão inconveniente, porque ligada à realidade jurídica que não mais vigora, o que há, principalmente, é a substituição da postura metodológica.

Por ter sido demonstrada a celeuma em relação ao termo poder de polícia, a preponderância da doutrina ainda se utiliza do termo, conforme se verifica no conceito de Odete Medauar (2009, p. 341): “Poder de polícia é a atividade da Administração que impõe limites ao exercício de direitos e liberdade”.

Por se tratar o exercício do poder de polícia de hipótese constitucional para exação da cobrança de taxa, a compreensão sobre o referido poder instrumental torna-se fundamental para a pesquisa, uma vez que se objetiva nesta parte conceituar o poder de polícia, mas também este capítulo abordará sobre a evolução histórica do instituto, seus atributos, suas características, manifestações e campos de atuação. Por fim, será distinguido poder de polícia administrativa de polícia judiciária.

2.1 Síntese evolutiva

A gênese do termo “polícia” vem do grego *politeia* (correspondente ao latim *politia*), cujo significado concerne à administração da cidade (*polis*), ou seja, inexistindo relação da expressão com o sentido atual. A gênese do poder de polícia nos contornos atuais encontra-se no *jus politiae* do período feudal, segundo opina Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p. 109):

Na Idade Média, durante o período feudal, o príncipe era detentor de um poder conhecido como *jus politae* e que designava tudo o que era necessário à boa ordem da sociedade civil sob autoridade do Estado, em contraposição à boa ordem moral e religiosa, de competência exclusiva da autoridade eclesiástica.

A partir da Revolução Francesa, inaugura-se o Estado de Direito, caracterizado pela submissão do próprio Estado à lei. Era o Estado Liberal, que estabelecia o individualismo político, garantidor dos direitos individuais inalienáveis e intangíveis. Nesse quadro, o Estado mantinha-se como ponto de equilíbrio do sistema ao prevenir e corrigir possíveis distorções existentes. Origina-se assim o poder de polícia como instrumento do Estado para garantir a ordem e o livre exercício das liberdades públicas. O campo de atuação do mencionado poder encontra-se sintetizado nas palavras Odete Medauar (2009, p. 342): “No século XIX e primórdios do século XX, o poder de polícia era enfocado sob o único prisma de garantir a ordem, a tranqüilidade e a salubridade públicas”.

No Estado Liberal, o poder de polícia relacionava-se basicamente a manutenção da ordem pública, inexistindo por parte da Administração Pública medidas de intervenção na

atividade econômica desenvolvida pelos particulares, porquanto o capitalismo, em ascensão, exigia esta restrição no *modus operandi* do exercício do poder de polícia. Por sua vez, no campo econômico, constatavam-se excessos cometidos pela burguesia industrial, principalmente na exploração de mão-de-obra infantil e feminina nas indústrias européias, desta forma, houve a necessidade de ampliação da atuação do poder em estudo com o objetivo de coibir os excessos na área econômica e social, conforme palavras segundo Caio Tácito (1975, p. 136):

O conceito moderno ultrapassa, porém, as fronteiras conservadoras para reconhecimento ao Estado um papel mais amplo e ativo na promoção do bem estar geral, estabelecendo não somente no tocante à ordem pública, mas sobretudo no sentido da ordem econômica e social, normas limitadoras da liberdade individual, que se exercem, em grande parte, por meio do poder de polícia.

Na França, fonte de inspiração para o Direito Administrativo pátrio, o conceito de poder de polícia ainda se restringe à definição clássica, ou seja, com conteúdo de defesa da ordem pública, da salubridade e da segurança. Entretanto, o legislador francês tem ampliado o campo de atuação do poder de polícia naquele país mediante a instituição de polícias especiais. Também o direito administrativo italiano aproxima o conceito deste poder ao definido no sistema francês, citando-se como exemplo o estudo dos doutrinadores italianos Santi Romano, D'Alessio.

Nos Estados Unidos da América, o sentido do poder de polícia distingue-se do padrão europeu, onde as normas do poder de polícia advêm de limitações impostas pelas administração, enquanto nos Estados Unidos procedem do texto constitucional e das decisões jurisprudências. Assim, o uso da expressão *police power* originou-se de julgado da Suprema Corte, proferido juiz Marshall, conforme relata Caio Tácito (1975, p. 138): “A expressão *police power* surgiu, pela primeira vez, em 1827, utilizada por Marshall no caso *Brown v. Mariland*, voltando, dez anos mais tarde, a ser usada no caso *Mayor of New York v. Miln*, tornando-se pouco a pouco, de emprego comum”.

No direito pátrio, a Constituição de 1824, no art. 169, atribuiu a uma lei a disciplina das funções municipais das Câmaras, na formação de suas posturas policiais nos seguintes termos: “Art. 169. O exercício de suas funções municipais, formação das suas posturas policiais, aplicação das suas rendas, e todas as suas particulares, e úteis atribuições, serão decretadas por uma Lei regulamentar”. Rui Barbosa (1932, p.315) tornou pioneiro no direito pátrio ao definir poder de polícia assim:

Praticamente, os interesses, em que consiste o bem público, bem geral, ou bem comum, *public welfare*, cometido à discricção do poder de polícia, abrangem duas grandes classes: os interesses econômicos, menos diretos, menos urgentes, menos imperiosos, mais complexos, e os interesses concernentes à segurança, aos bons costumes, à ordem, interesses mais simples, mais elementares, mais precisos, mais instantes em qualquer grau de desenvolvimento social nas coletividades organizadas e policiadas.

Também como momento histórico para o Direito Administrativo brasileiro constitui-se o livro de Aurélio Leal, intitulado *Poder e Poder de Polícia*, publicado originariamente em 1918, consolidou o uso da expressão poder de polícia no Brasil.

2.2 Conceito, características do poder de polícia

O Estado, nos termos da Lei Maior, divide suas atribuições entre os três poderes políticos: Legislativo, Executivo e Judiciário e possui também poderes administrativos decorrentes de atos da Administração Pública, distribuídos no exercício dos três poderes constitucionais.

Os poderes administrativos constituem prerrogativas aos agentes públicos com o objetivo de desempenhar adequadamente suas funções para defesa do interesse público. Destaca-se, entre o rol de poderes administrativos, o exercício do poder de polícia como garantia contra o uso arbitrário dos direitos individuais. Compreende-se, então, por poder de polícia a faculdade de que a Administração Pública dispõe para condicionar ou restringir o uso e o gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado. Segundo Celso Antônio Bandeira de Melo (2004, p. 766):

[...] pode-se definir a polícia administrativa como a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção ('non facere') a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo.

No exercício do poder de polícia, a Administração Pública limita o exercício de direito individuais em prol do interesse público, cessando a ameaça de que o exercício ilimitado dos direitos individuais possa causar danos à coletividade. Fundamenta-se, então, o referido poder na supremacia do interesse público, defendido pelo Estado Democrático de Direito.

Caracteriza-se o poder de polícia, em regra, em se exigir uma abstenção do particular, uma obrigação de não fazer, visto que seu objetivo constitui-se em evitar um mal maior à

coletividade. Entretanto, existem situações em que o exercício do poder de polícia impõe prestações do particular. Tal ocorre, por exemplo, no condicionamento da propriedade a sua função social, nos termos art. 5º, da Lei Maior. Também os atos de parcelamento ou edificação compulsórios, conforme art. 182, § 4º, I e II da Lei Maior, constituem obrigações de fazer ao proprietário de imóvel em área incluída no plano diretor, que não tenha edificado, subutilizado ou não utilizado na referida propriedade.

Verifica-se, então, que o poder de polícia possui certas características indissociáveis, a saber: a) Atividade privativa da Administração Pública b) Por ser atividade proveniente do Estado, deve obedecer à ordem jurídica e especificamente aos princípios constitucionais da Administração Pública (art. 37 da Magna Carta) c) Fundamenta-se na supremacia do interesse público; d) É imposto coercitivamente pela Administração; e) Limita diretamente direitos reconhecidos aos particulares.

Em razão de constituir-se o poder de polícia uma das hipóteses de incidência para cobrança de taxa, o Código Tributário Nacional - CTN, em seu art. 78, define o citado poder nos seguintes termos:

Considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do poder público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

O conceito legal apresenta-se de forma ampla, abrangendo inúmeros campos de atuação: segurança, higiene, ordem, costumes, disciplina da produção e do mercado, exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do poder público, tranqüilidade pública, respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. Em relação à pesquisa proposta, releva-se a importância do legislador em inserir, entre as hipóteses de incidência para cobrança da taxa a disciplina de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público.

O parágrafo único do art. 78 do CTN expressa categoricamente as condições para o exercício regular do poder de polícia, quais sejam: competência da autoridade administrativa, respeito aos limites legais, observância do processo legal. Portanto, o exercício regular do poder de polícia constitui-se um dos fatos geradores da taxa, podendo a Administração Pública pode exigir a cobrança de taxas, quando do exercício do poder de polícia.

A pretensão do legislador em conceituar poder de polícia constitui-se por parte da doutrina um empecilho, visto que dogmatiza um instituto jurídico, que, como já analisado alterou sua abrangência ao longo da História. Segundo Carlos Ari Sundfeld (1993, p. 19):

O exercício do poder de polícia parece ser, portanto, hipótese de incidência tributária. Daí a necessidade de preservar a noção. Certo? Não, completamente errado.

O poder de polícia, tal qual normalmente definido, engloba, entre outras, as faculdades de: a) editar regulamentos em matéria de direito à liberdade e à propriedade; b) impor sanções. Contudo, nem um nem outro dão ensejo à cobrança de taxa, segundo o entendimento pacífico de nossa doutrina e jurisprudência: de um lado, porque a produção normativa, não estando referida a qualquer sujeito concreto, não pode ser causa da obrigação tributária e, de outro, porque sanções não são tributos (CTN, art. 3º). Logo, nem todo manejo do poder de polícia propicia a cobrança de taxa.

O que permite a imposição desse tributo é o desenvolvimento efetivo de atividade estatal: a) fiscalização do exercício dos direitos privados; ou b) provocada por particular, que pretenda a constituição em seu favor, de certos direitos dependentes de ato administrativo. A supressão do conceito de poder de polícia é irrelevante para nosso direito tributário, porque as taxas não são derivadas de todo e qualquer exercício dele, mas apenas de algumas manifestações de autoridade administrativa, que precisam ser identificadas uma a uma.

Observa-se, então, que o conceito legal origina controvérsia, uma vez que não abrange todas as manifestações do poder de polícia. Passa-se, então, ao estudo dos atributos do referido poder.

2.3 Atributos do poder de polícia: discricionariedade, auto-executoriedade e coercibilidade

No exercício do poder de polícia, o Estado intervém na conduta do particular com o objetivo de garantir a supremacia do interesse público, consequentemente se faz necessário dotar o referido poder de certos atributos sem os quais se comprometeria a eficácia do poder de polícia. Tais atributos são a discricionariedade, a auto-executoriedade e a coercibilidade.

Ponto controvertido diz respeito quanto à caracterização do poder de polícia em essencialmente discricionário, considerando-se que no exercício do poder discricionário, o

agente público goza de certa margem de liberdade, nos termos da lei, podendo, no caso concreto, fazer o julgamento de conveniência e oportunidade, quando da realização do ato. A afirmação de que o poder de polícia manifesta-se exclusivamente por meio de atos discricionários é incorreta, já que este também ocorre no mundo jurídico por meio de atos vinculados, como exemplo das licenças.

Ressalta-se que mesmo na hipótese da discricionariedade no exercício do poder de polícia, o agente público não pode utilizar-se de arbitrariedade, visto que o agente público não goza de poderes ilimitados, submetendo-se às normas regulamentares. Assim, esclarece Caio Tácito (1975, p. 141):

Não se confunde o poder discricionário com o arbítrio irresponsável. A capacidade de autodeterminação naqueles setores em que a lei não vinculou o procedimento do administrador se executa apenas no tocante a determinados elementos do ato administrativo, num sistema por assim dizer de liberdade vigiada, porque, como fixou modelarmente Seabra Fagundes 'no que concerne à competência, à finalidade e à forma o ato discricionário está tão sujeito aos textos legais como qualquer outro'.

A auto-executoriedade constitui-se um atributo do poder de polícia, possibilitando que a Administração Pública possa promover, por seus próprios meios, a execução de suas determinações sem intervenção prévia do poder judiciário, contudo nada obsta que o particular, sentindo-se lesado em seu direito, interponha uma ação judicial visando a combater o ato jurídico. Nas palavras de Hely Lopes Meireles (2004, p. 132-133):

A auto-executoriedade, ou seja, a faculdade de a Administração decidir e executar sua decisão diretamente por seus próprios meios, sem intervenção do Judiciário, é outro atributo do poder de polícia. Com efeito, no uso desse poder, a Administração impõe diretamente as medidas ou sanções de polícia administrativa necessárias à contenção da atividade anti-social que ela visa a obstar.

A Suprema Corte tem mitigado a auto-executoriedade de atos decorrentes do poder de polícia em razão de direitos e garantias fundamentais, tais como a inviolabilidade domiciliar (art. 5º, XI) notadamente no campo da fiscalização tributária realizada em escritórios de contabilidade sem o devido mandado judicial. Como exemplo, cita-se o Habeas Corpus HC 82788 / RJ – Rio de Janeiro, impetrado por escritório de contabilidade contra apreensão de livro e documentos de clientes pela fiscalização tributária sem o consentimento do poder judiciário. A Administração Pública também não dispõe de auto-executoriedade no exercício do poder de polícia, quando da cobrança de multa, já que o ordenamento brasileiro permite

apenas o lançamento da multa e notificação do particular. Caso o administrado não realize o pagamento, será imprescindível o ajuizamento de ação judicial pelo Estado.

Considera-se ainda a coercibilidade como atributo do poder de polícia, designando este atributo o poder de que dispõe a Administração para impor ao particular, unilateralmente, as medidas que entender cabíveis para a defesa do interesse público, desde que respeitados os limites legais.

O uso de meios coercitivos pela Administração Pública no exercício do poder de polícia deve obedecer ao princípio da proporcionalidade, porquanto a medida adotada pelo Poder Público interfere diretamente na esfera de liberdade do indivíduo, aplicando-se, então, a proporcionalidade entre os meios e fins. Nas palavras de José Santos de Carvalho Filho (2007, p. 81): “Não havendo proporcionalidade entre a medida adotada e o fim a que se destina, incorrerá a autoridade administrativa em abuso de poder e ensejará a invalidação da medida na via judicial, inclusive através de mandado de segurança”.

Conclui-se, da análise dos atributos do poder de polícia a relevância de se distinguirem os atributos de executoriedade e coercibilidade, destacando que o primeiro dirige-se ao poder judiciário que não necessita ser acionado pela Administração Pública, quando do exercício do poder de polícia. Por sua vez, o atributo da coercibilidade dirige-se ao cidadão, cuja anuência para o exercício do ato torna-se desnecessária, ressalvando a possibilidade de impugnação do ato pelas vias administrativas ou judiciais.

2.4 Campos de atuação e manifestações do poder de polícia

O campo de incidência do poder de polícia ampliou-se nos dias atuais, não se restringindo à garantia da ordem pública como outrora no Estado Liberal, já que a Administração Pública participa dos mais diversos setores da vida social, como o controle do trânsito, condições sanitária dos alimentos, economia popular, saúde, construções municipais, exercício de profissões, preservação do patrimônio público, etc.

Tratando do campo de atuação do poder de polícia, Diógenes Gasparini (2006, p. 401-402) didaticamente divide em quatro áreas gerais de atuação do Estado no exercício do poder de polícia, a saber: “segurança, salubridade, decoro e estética”. Não obstante a classificação proposta pelo autor, para setores específicos de atuação administrativa são instituídas polícias

especiais visando a organizar determinadas atividades, a exemplo polícia de trânsito, polícia de aviação, polícia de comércio e indústria.

Manifesta-se a Administração Pública no exercício do poder de polícia mediante atos preventivos, fiscalizadores e repressivos, constituindo-se os primeiros por regulamentos administrativos expedidos com o objetivo de padronizar determinados ou mediante autorizações ou licenças às quais cabe ao Poder Público conceder. Os regulamentos podem ser classificados em atos normativos e concretos, sendo que os normativos apresentam conteúdo genérico, abstrato e impessoal, a exemplo das portarias, resoluções, instruções, etc. Por sua vez, os concretos preordenam-se a determinados indivíduos identificáveis. José dos Santos Carvalho Filho (2007, p. 75) apresenta o seguinte exemplo: “Se o Poder Público pretende regular, por exemplo, o desempenho de profissão, ou edificações, editará atos normativos. Quando, ao revés, interdita um estabelecimento ou concede autorização para porte de arma, pratica atos concretos”.

Na fiscalização o Poder Público inspeciona, vistoria e realiza exames com o objetivo de verificar o cumprimento das disposições regulamentares e normas pertinentes. Constatando a Administração qualquer irregularidade pelo particular, deve esta possuir formas para inibir a conduta violadora, bem como à retornar a situação de regularidade da atividade. Então, os atos repressivos constituem a terceira possibilidade de manifestação do exercício do poder de polícia, notadamente mediante a aplicação de sanções ao infrator para correção da irregularidade. Segundo Hely Lopes Meirelles (2004, p. 137): “O poder de polícia seria inane se não fosse coercitivo e não estivesse aparelhado de sanções para os casos de desobediência à ordem legal da autoridade competente”.

Não obstante a Administração possa impor sanção ao particular no exercício do poder de polícia, quando constatada irregularidade na atividade desenvolvida, o Estado deve respeitar as garantias constitucionais do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa, ambas insertas na Lei Maior. Os atos repressivos devem ser previamente fixados em lei e guardar proporcionalidade com a infração cometida. Como espécies de sanções aplicáveis, podem ser citados: De natureza pecuniária (multas); Restritivas de direito (interdição de estabelecimento); III – Extintivas do dano (destruição de imóvel construído irregularmente sobre praça pública).

2.5 Polícia administrativa x polícia de segurança

A doutrina usualmente distingue a polícia administrativa da chamada polícia judiciária com referência ao caráter preventivo da primeira e repressivo da segunda, todavia este critério adotado para distinção recebe inúmeras críticas, visto que também a polícia administrativa atua por meio de atos repressivos como no caso de apreensão de produtos farmacêuticos que causaram danos a saúde pública, quando do conhecimento da autoridade pública a partir da existência dos primeiros casos concretos.

O poder de polícia ou polícia administrativa, conforme terminologia usada no Direito Francês, direciona-se para o exercício regular de atividades lícitas, reconhecidas pelo ordenamento jurídico como direito do particular, contudo estes direitos devem ser usufruídos em respeito ao interesse público. Compreende-se a polícia judiciária como atividade estatal pela qual se procede à investigação de crimes e contravenções penais, visando à futura responsabilização criminal de seus autores e partícipes. Como espécie de polícia judiciária, destaca-se a polícia de manutenção da ordem pública ao patrulhar vias e locais públicos com o intuito de evitar a ocorrência de atos contrários à ordem pública. Sobre a distinção entre as polícias, Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 764) esclarece que: “O que efetivamente aparta polícia administrativa de polícia judiciária é que a primeira se predispõe unicamente a impedir ou paralisar atividades anti-sociais enquanto a segunda se preordena à responsabilização dos violadores da ordem pública. Abordando o tema, Hely Lopes Meireles (2004, p. 129) tece o seguinte comentário:

Convém distinguir a polícia administrativa, que nos interessa neste estudo, da polícia judiciária e da polícia de manutenção da ordem pública, estranhas às nossas cogitações. Advirta-se, porém, que a polícia administrativa incide sobre os bens, direitos e atividades, ao passo que outras atuam sobre pessoas, individualmente ou indiscriminadamente.

A polícia administrativa é inerente e se difunde por toda a Administração Pública, enquanto as demais são privativas de determinados órgãos (Polícia civil) ou corporações (Polícias militares).

Verifica-se, então, que a polícia judiciária é privativa de corporações especializadas (polícia civil e militar), enquanto a polícia administrativa se distribui entre diversos órgãos da Administração. A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições, com o objetivo de apurar as infrações penais e sua autoria

Por sua vez, Maria Zanella Silva Di Pietro (2005, p. 112) acrescenta como diferenciação entre as polícias: a ocorrência ou não do ilícito penal, afirmando que a polícia administrativa visa ao combate de ilícitos administrativos, enquanto a polícia judiciária e de manutenção da ordem pública insurgem-se contra a prática de delitos penais. Destarte, a diferenciação fundamental entre as duas atividades consiste na noção de que a atividade de polícia administrativa tem por objetivo essencial impedir ou paralisar atividades contrárias ao interesse público, já a atividade de polícia de judicial caracteriza-se em buscar a responsabilização dos infratores da ordem jurídica.

3 AGÊNCIAS REGULADORAS

A Revolução Francesa e a Revolução Industrial, movimentos do século XVIII iniciados na França e na Inglaterra respectivamente, originaram no campo político a concepção de Estado Liberal, caracterizado pelo não intervencionismo do Estado na economia. Adam Smith tornou-se o grande teórico deste modelo ao publicar a obra “Uma Investigação sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações”, justificando ainda o abstencionismo estatal na atividade econômica pela metáfora “mão invisível do Estado”.

O Estado Liberal propiciou a ascensão do regime capitalista como modelo econômico, porquanto permitiu o acúmulo de capital da burguesia industrial européia. Por outro lado, o crescimento da classe operária européia, as duas Segundas Guerras Mundiais e a crise financeira de 1929 expuseram as profundas desigualdades geradas pelo Estado Liberal Clássico. Então, surge, em resposta ao regime anterior, a idéia do Estado Social. Este se obrigava a participar ativamente no campo econômico, visando a reduzir as desigualdades oriundas da concepção clássica. Sob o novo modelo de estado, opina Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p. 20):

Consolida-se, após a Segunda Guerra Mundial, o Estado Social, também chamado Estado do Bem-Estar, Estado Providência, Estado do Desenvolvimento, Estado Social de Direito. Não mais se pressupõe a igualdade entre homens, conforme se afirmava no período anterior, quando a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, afirmava, logo no art. 1º, que ‘os homens nascem e são livres em direitos’; a aplicação dessa norma produziu profundas desigualdades sociais. Atribui-se então ao Estado, em sua nova concepção, a missão de buscar essa igualdade; para atingir essa finalidade, o Estado deve intervir na ordem econômica e social para ajudar os menos favorecidos; a preocupação maior desloca-se da liberdade para a igualdade.

Merecem reflexão os comentários sobre a evolução do Estado Liberal a Social realizados por Carlos Ari Sundfeld (2009, p. 54-55), visto que o autor delinea o arcabouço histórico deste novo estado sob o enfoque das mudanças constitucionais:

A questão foi posta neste século quando a crise econômica do primeiro pós-guerra levou o Estado a assumir – forçado, diga-se pelas exigências da própria sociedade –

um papel ativo, seja como agente econômico (instalando indústrias, ampliando serviços, gerando empregos, financiando atividades), seja como intermediário na disputa entre poder econômico e miséria (defendendo trabalhadores em face de patrões, consumidores em face de empresários).

As Constituições mais modernas, sobretudo após as de Weimar (1919) e do México (1917), cuidaram de incorporar estas novas preocupações: a de desenvolvimento da sociedade e de valorização dos indivíduos socialmente inferiorizados. O Estado deixa seu papel não intervencionista para assumir nova postura: a de agente do desenvolvimento e da justiça social.

Enquanto as clássicas declarações de direitos consagravam basicamente a proteção do indivíduo contra o Estado, reservando àqueles um espaço intangível de liberdade, as novas declarações passaram a se ocupar também da proteção dos indivíduos em face do poder econômico e em propiciar-lhes prestações estatais positivas.

O Estado torna-se um Estado Social, positivamente atuante para ensejar o desenvolvimento (não mero crescimento, mas a elevação do nível cultural e a mudança social) e a realização de justiça social (é dizer, a extinção das injustiças na divisão do produto econômico).

Sob a égide do Estado do Bem Estar Social, ampliou-se o campo de atuação dos governos na área econômica, notadamente se transformado o estado em prestador de serviços públicos ao criar empresas estatais nas áreas de infra-estrutura, a exemplo dos setores de telecomunicações, energia, ferroviário, ou seja, inserindo-se nas mais diversas atividades sociais.

A atuação estatal nos setores de infra-estrutura justificava-se em razão de estes setores propiciarem a integração econômica, porquanto as indústrias de base suportam o desenvolvimento dos demais setores econômicos. Por sua vez, os investimentos em infra-estrutura não são atrativos para o setor privado, uma vez que o retorno do capital ocorre em períodos longos, assim como os valores elevados para estes empreendimentos foram suportados tradicionalmente, nos processos de industrialização, pelos governos nacionais. Nestes termos, o Estado propiciou a integração dos demais setores econômicos ao construir a infra-estrutura necessária para o desenvolvimento industrial. Sobre a questão, Pires e Piccinini (1999, p.3) comentam:

Os setores de infra-estrutura possuíam, historicamente, uma série de características econômicas que os tornavam monopólios naturais.¹ Eles exigem investimentos, em linhas gerais, intensivos em capital e a execução dos projetos envolve longo prazo de maturação. Esses investimentos têm ainda elevadas especificidades e significativos custos irrecuperáveis. Além disso, os serviços de infra-estrutura estão sujeitos à obrigação jurídica de fornecimento, em razão de se constituírem como serviços públicos, e geram importantes externalidades.

No caso específico da infra-estrutura, em razão de os investimentos serem suporte para as demais atividades econômicas e permitirem a integração do espaço nacional, a relação custo-benefício privada tende a ser inferior à social, podendo gerar um volume de investimentos inferior ao socialmente desejável. Essa situação

justificou, historicamente, a intervenção governamental com o objetivo de procurar aproximar do social o retorno privado, garantindo, assim, uma oferta satisfatória desses serviços.

Em razão do acúmulo de serviços prestados pela Administração Pública, originou-se uma burocracia estatal ineficiente, incapaz de promover a propalada igualdade material dos cidadãos. Nos anos 1970, eclode a crise mundial do petróleo. Na década seguinte, a economia dos países latino americanos passam por sucessivas crises fiscais, inexistindo controle da inflação, conseqüentemente nestes países, o Estado perde a capacidade de investimentos, que fora importante na construção dos parques industriais nestas nações.

Na década de 1990, o mundo debate, principalmente sob a influência das instituições financeiras internacionais, tal como o Fundo Monetário Nacional - FMI, a nova concepção de Estado, que de interventor da atividade econômica, atuante na prestação de serviços diretamente por empresas públicas, tornava-se regulamentador da mesma, fixando as regras disciplinadoras da ordem econômica para ajustá-la aos ditames da justiça social e exercendo o papel de fiscalização dos serviços prestados por empresas de privadas.

O Brasil, como país subdesenvolvido, recebe a influência das idéias definidas no Consenso de Washington,¹ ao empreender uma série de reformas constitucionais com o objetivo de possibilitar a participação do setor privado em atividades originariamente definidas na Constituição Federal de 1988 como monopólios estatais, bem como ao se criar uma legislação infraconstitucional, que regulamenta a prestação de serviços públicos por particulares, a exemplo da Lei nº 8.978, de 13 fev. 1995 (Lei das Concessões), resultando na Reforma da Administração Pública Brasileira no Governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso.

Nesse contexto de reforma, surgem na Administração Pública Brasileira as agências reguladoras com o intuito de regular os serviços públicos prestados por particulares. A 'nova' figura no Direito Administrativo pátrio já pertencia ao Direito estadunidense, onde o modelo desenvolveu-se, conforme palavras de Alexandre Santos Aragão (2004, p. 226):

¹ **Consenso de Washington** é um conjunto de medidas - que se compõe de dez regras básicas - formulado em novembro de 1989 por economistas de instituições financeiras baseadas em Washington D.C., como o FMI, o Banco Mundial e o Departamento do Tesouro dos Estados Unidos, fundamentadas num texto do economista John Williamson, do *International Institute for Economy*, e que se tornou a política oficial do Fundo Monetário Internacional em 1990, quando passou a ser "receitado" para promover o "ajustamento macroeconômico" dos países em desenvolvimento que passavam por dificuldades.

O estudo das agências reguladoras no Direito norte-americano é de grande importância, uma vez que os EUA foram o primeiro país a adotar este modelo organizativo, apenas recentemente adotado em países de tradição francesa do Direito Administrativo, tais como a França, Itália, Espanha, Brasil e Argentina.

Com o objetivo de investigar a inserção do modelo de agências reguladoras no Brasil, este capítulo abordará as agências reguladoras nos EUA, pois este país constitui-se referência na criação e desenvolvimento deste ente administrativo. Também discutirá as reformas empreendidas pelo Estado brasileiro visando a constituição do modelo de agências na Administração Pública brasileira. Finalizando o capítulo, tratar-se-á das características das agências brasileiras.

3.1 Agências reguladoras nos EUA

No início do século passado, a economia norte-americana crescia substancialmente, proporcionada pela debilidade da economia européia, que fora dizimada durante os conflitos bélicos que se sucederam naquele continente. Como fator para o desenvolvimento da futura superpotência capitalista, adotava-se o liberalismo clássico (*laissez faire*), caracterizado pela intervenção mínima do estado na economia.

Entretanto, o liberalismo clássico (Estado mínimo) apresentava seus equívocos, notadamente diante das sucessivas crises do capitalismo no primeiro quarto do século XX e em 1929, deflagrou-se a crise da bolsa de valores de Nova York, demonstrando que somente as forças do mercado, sozinhas, eram incapazes de manter o equilíbrio do sistema. Então, sucede a mudança de paradigma da ação estatal no campo econômico, justificando-se pela necessidade de preservação do sistema, conforme palavras de Sérgio Varella Bruna (2003, p. 25):

Por outro lado, o mercado mostrou-se inapto a atender certas pretensões estranhas ao livre jogo das forças econômicas, que passaram a ser colocadas pela sociedade através de seus canais de expressão política. A partir das últimas décadas do século XIX, a tensão provocada pelos movimentos socialistas aliada às sucessivas crises de mercado exigiram que o Estado abandonasse sua posição passiva e voltasse a dirigir, ao menos em parte, o processo econômico, passando a desempenhar novas funções; as de integração, modernização e legitimação capitalista. Isto, porém, não representou a substituição do sistema capitalista por outro, mas sim um ato de verdadeira preservação desse sistema, que persistiu existindo, agora sob diverso regime.

Medidas concretas de intervenção estatal ocorreram principalmente nos Estados Unidos da América, modelo de Estado Liberal, pelo presidente Franklin Delano Roosevelt, que ao assumir o poder em 1930, recebera um país em plena crise econômica. Por isso, as medidas

implementadas, conhecidas pela política do *New Deal*, resultaram no fortalecimento das agências reguladoras norte-americanas, conforme se deduz das palavras de Pedro Saboya Martins (2008, p. 67):

Roosevelt propunha profundas reformas econômicas e sociais que implicavam, em síntese, o reconhecimento dos direitos sociais e maior controle do Estado sobre a economia, por meio de uma substancial reforma e fortalecimento da Administração Pública. Tal ocorreu por meio da criação de um grande número de agências reguladoras independentes, as *independent regulatory agencies*.

Ressalta-se que as agências reguladoras já pertenciam à estrutura administrativa estadunidense, uma vez que, em 1887, aquela nação já havia criado a *Interstate Commerce Comission* com o objetivo de regulamentar os serviços interestaduais de transporte ferroviário.

Por outro lado, o conjunto de ações propostas pelo *New Deal* acrescentava poderes às agências reguladoras ao reunir funções “quase” judiciais, legislativas e executivas no mesmo órgão em razão da especialidade técnica das agências norte-americanas e da necessidade de munir estes órgãos de maior flexibilidade administrativa, inexistente na separação clássica dos três poderes. Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p. 144-145):

As agências exercem funções quase-legislativas, porque editam normas; e funções quase-judiciais, porque resolvem determinados conflitos de interesses, determinando o direito aplicável para solucioná-los. [...] O crescimento do direito administrativo norte-americano, entendido como o direito das agências, ocorreu especialmente a partir do New Deal instaurado por Roosevelt na década de 30. As reformas então idealizadas, com ampla intervenção do poder público na ordem econômica e social, foram sendo feitas mediante a criação de agências independentes às quais foram delegadas competências regulatórias. Disso resultou uma quantidade imensa de regulamentos.

No EUA, a doutrina classifica as agências reguladoras em dois tipos: reguladoras (*regulatory agency*) e as não reguladoras (*non regulatory agency*) tendo em vista possuírem ou não poderes normativos, delegados pelo Congresso, para expedirem normas que repercutissem nos direitos, liberdades ou atividades econômicas dos cidadãos. Constitui-se, então, o direito administrativo americano como o direito das agências, visto que o *Common Law* proporcionou a difusão deste modelo na estrutura da Administração Pública daquele país. Segundo Conrado Hübner (2006, p. 119):

Nos Estados Unidos, ao contrário, as atividades econômicas sempre permaneceram em mãos de particulares. O que ocorreu, gradativamente, foi a necessidade de regulação de atividades que se mostraram de especial interesse da coletividade, os chamados *business affected with a public interest* (negócio afetado pelo interesse público). Aos poucos, então, cada atividade foi adquirindo um regime próprio da

regulação. Como o Direito Americano é casuístico, e não codificado, agências foram sendo criadas segundo as contingências econômicas e sociais. Por esse motivo, pode-se dizer que o Direito Administrativo Norte-Americano é o 'Direito das Agências', estudando, basicamente, a extensão de sua capacidade para incidir na esfera jurídica dos particulares.

Na década de 1960, inicia-se o processo de contestação do modelo das agências reguladoras nos EUA, já que se amplia o controle judicial das mesmas. Também o executivo inicia o processo de redução dos poderes das agências americanas, e especificamente, no governo do presidente Ronald Reagan (1981-1989), ordem executivas foram estabelecidas com o intuito de reduzir o poder das agências reguladoras, destacando-se as seguintes:

Ordem nº12.291, de 17-2-81: exigia uma demonstração de custos e benefícios a cada vez que a agência quisesse baixar uma norma com impacto econômico; sem prévia a prévia aprovação do Escritório de Informação e Regulação- OIRA não se iniciava o procedimento regulatório.

Ordem nº 12.498, de 4-1-85: obrigava as agências a remeter anualmente à OMB uma agenda sobre as regulações que pretendiam para demonstrar coerência com a política do presidente.

O relato histórico das agências reguladoras nos EUA demonstra que o desenvolvimento destes entes administrativos ocorreu em razão da necessidade de participação ativa do estado na economia, bem como o modelo se encontra sob críticas nos dias atuais, porque a ingerência maior do poder executivo sobre as agências e o incremento do controle judicial tem reduzido a independência das mesmas. Não obstante a mitigação dos poderes das agências americanas, este modelo foi aplicado em países que passaram por processos de reformas do aparelho do Estado na década de 90, inclusive o Brasil, razão pelo qual estudar-se-á os fundamentos da Reforma Administrativa do Aparelho do Estado com o intuito de compreender o modelo regulatório implantado no Brasil, para em seguida abordar as agências reguladoras brasileiras.

3.2 Plano diretor e reforma do aparelho do Estado

No governo do presidente Fernando Henrique Cardoso, propõe-se a reforma do Aparelho do Estado brasileiro, fundamentalmente, implementado-se as medidas postas no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (1995), que fora idealizado pelo Ministério da Administração e Reforma do Estado (Mare) sob a chefia do então Ministro Bresser Pereira. No dossiê sobre a situação da Administração Pública Brasileira, considerava-se a mesma burocrática ao mesmo tempo em que se propunha a alteração para um modelo de

administração gerencial que privilegiasse os resultados mais satisfatórios para a sociedade brasileira, conforme diagnóstico do citado plano (1995, p.14):

Considerando esta tendência, pretende-se reforçar a governança a capacidade de governo do Estado - através da transição programada de um tipo de administração pública burocrática, rígida e ineficiente, voltada para si própria e para o controle interno, para uma administração pública gerencial, flexível e eficiente, voltada para o atendimento do cidadão. O governo brasileiro não carece de 'governabilidade', ou seja, de poder para governar, dada sua legitimidade democrática e o apoio com que conta na sociedade civil. Enfrenta, entretanto, um problema de governança, na medida em que sua capacidade de implementar as políticas públicas é limitada pela rigidez e ineficiência da máquina administrativa.

Consoante análise do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, a atividade estatal divide-se em quatro áreas, a saber:

I. Núcleo estratégico: Corresponde ao governo, em sentido lato. O setor que define as leis e as políticas públicas, e, ainda, cobra o seu cumprimento.

II. Atividades exclusivas: O setor em que são prestados serviços que só o Estado pode realizar, tais como a cobrança e fiscalização dos impostos, a polícia.

III. Serviços não exclusivos: Corresponde ao setor onde o Estado atua simultaneamente com outras organizações públicas não-estatais, tais como educação.

IV. Produto de bens e serviços para o mercado: Corresponde à área de atuação das empresas estatais, a exemplo dos serviços de infra- estrutura: energia e telecomunicações.

O citado documento também propusera profundas alterações na gestão estatal em atividades de produto de bens e serviços para o mercado, considerando que a crise fiscal dos anos 80 a qual se demonstrava que estes setores deveriam ser repassados para a iniciativa privada, permanecendo a atuação do Estado como regulador, conforme se depreende dos objetivos globais para a área mencionada:

I. Dar continuidade ao processo de privatização através do Conselho de Desestatização;

II. Reorganizar e fortalecer os órgãos de regulação dos monopólios naturais que forem privatizados.;

III. Implantar contratos de gestão nas empresas que não puderem ser privatizadas.

Considerava também o relatório apresentado pelo Mare (1995) que a mudança para Administração Pública gerencial encontrava óbice no texto constitucional original de 1988, que segundo o diagnóstico do ministério representou um retrocesso, porquanto o constituinte manteve as estruturas da administração burocrática, inclusive aperfeiçoando mecanismos para manutenção do sistema, conforme se constata no documento citado:

Sem que houvesse maior debate público, o Congresso Constituinte promoveu um surpreendente engessamento do aparelho estatal, ao estender para os serviços do Estado e para as próprias empresas estatais praticamente as mesmas regras burocráticas rígidas adotadas no núcleo estratégico do Estado. A nova Constituição determinou a perda da autonomia do Poder Executivo para tratar da estruturação dos órgãos públicos, instituiu a obrigatoriedade de regime jurídico único para os servidores civis da União, dos Estados - membros e dos Municípios, e retirou da administração indireta a sua flexibilidade operacional, ao atribuir às fundações e autarquias públicas normas de funcionamento idênticas às que regem a administração direta.

Então, o governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, sob a *bandeira* da imprescindibilidade da modernização da máquina pública (implementação da administração gerencial), empreendeu uma série de reformas constitucionais, mediante a aprovação de cinco Emendas Constitucionais, que alteraram substancialmente os conteúdos basilares expressos na Carta de 1988. Apresenta-se, então, a cronologia desta Emendas Constitucionais, informando ainda as principais modificações introduzidas pelas mesmas na Carta de 1988:

Emenda Constitucional n.º 05, de 15/08/1995: Alterou o § 2º do art. 25 da Constituição Federal: Retirou a exclusividade de distribuição de gás canalizado por empresa estatal.

Emenda Constitucional n.º 06, de 15/08/1995: Alterou o inciso IX do art. 170, o art. 171 e o §1º do art. 176 da Constituição Federal. Permitiu a autorização ou concessão da União para “empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País”, na forma da lei.

A Emenda Constitucional n.º 07, de 15/08/1995: Alterou o art. 178 da Constituição Federal e dispõe sobre a adoção de Medidas Provisórias. Permitiu que na ordenação do transporte aquático, que “o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderiam ser feitos por embarcações estrangeiras”.

Emenda Constitucional n.º 09, de 15/08/1995: Dá nova redação ao art. 177 da Constituição Federal, alterando e inserindo parágrafos. Estabeleceu o regime legal dos serviços

de telecomunicações e previu a criação de um órgão regulador para o setor. Também esta EC possibilitou à União contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV do art. 177 da Constituição Federal de 1988.

Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/1998: Modificou o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências.

Instaurava-se no plano constitucional o *ambiente* propício para abertura de mercados antes explorados exclusivamente pelo setor público. Ressalte-se que, no diagnóstico do Mare, o constituinte de 1988 privilegiara uma administração pública burocrática, inclusive pela falta de debate com a sociedade, refletindo numa Constituição arcaica em muitos aspectos no plano econômico, entretanto o governo que propusera as Emendas Constitucionais citadas também não efetuou um debate social sobre alterações propostas, conforme se deduz da análise de Pedro Saboya (2004, p. 94 -95):

Basicamente foram cinco emendas constitucionais que proporcionaram a desestatização de atividades econômicas realizadas pelo Estado brasileiro. Tais atividades ora podem ser consideradas como prestação de serviços públicos essenciais, ora podem ser havidas como atividades econômicas em prol da soberania e da segurança nacionais. Essas emendas constitucionais foram aprovadas praticamente no mesmo período, sendo que quatro delas foram no mesmo dia e uma delas três meses depois. Isto pode evidenciar, do ponto de vista da Ciência Política, que a aprovação dessas emendas foi submetida àquilo que no jargão político se designa 'rolo compressor', mas o aprofundamento da análise desse processo político não comporta ao cerne deste estudo, cabendo investigar o conteúdo jurídico dessas alterações.

Em razão das alterações constitucionais apresentadas, a legislação infra constitucional deveria ser adaptada para os novos paradigmas constitucionais, citando-se como marcos legais as seguintes normas:

A) Lei n.º 8987, de 13/02/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no Art. 175 da Constituição Federal;

B) Lei n.º 9784, de 29/01/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

C) Lei n.º 9427, de 26/12/1996, que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e disciplinou o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica;

D) Lei n.º 9472, de 16/07/1997, que dispôs sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador, no caso, a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), tudo nos termos da Emenda Constitucional n.º 08, de 1995;

E) Lei n.º 9478, de 06/08/1997, que dispôs sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, instituiu o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) e a Agência Nacional do Petróleo (ANP), bem na esteira da Emenda Constitucional n.º 09, de 1998.

Com as normas mencionadas, o sistema jurídico adaptava-se para o novo papel do Estado na economia, que de protagonista, passa a intervir de forma regulatória nos setores privatizados. Não obstante, a titularidade dos serviços públicos permaneça com o Estado, a execução destes foi atribuída à iniciativa privada. *In continenti*, surgem na Administração Pública as agências reguladoras como órgãos essenciais na função regulatória das atividades executadas pelo setor privado. Nas palavras de Joyceane Bezerra de Menezes (2004, p. 168):

As agências reguladoras no Brasil como resultado do processo de privatização e desestatização. E em que pese a inspiração norte-americana na adoção do instituto, especialmente quanto à terminologia, a natureza de autarquia indica uma influência notadamente francesa. Integram-se a estrutura da administração pública indireta, na condição de autarquias especiais de reforçada autonomia, com as implicações que adiante se aduzirão.

Compreendida a Reforma do Aparelho do Estado como fundamental para instituição das agências reguladoras na Administração Pública pátria, analisa-se a seguir a inserção destes entes no Estado brasileiro.

3.3 Agências Reguladoras no Brasil

Constituiu-se a privatização de empresas públicas uma das medidas realizadas durante o processo de reforma estatal iniciada no governo Fernando Collor de Melo, mas também ampliada no governo Fernando Henrique Cardoso, porquanto a Administração Pública delegou a execução de serviços públicos para particulares, todavia a titularidade do serviço permaneceu com o Estado. Além da privatização de empresas, flexibilizaram-se monopólios estatais

nacionais para facilitar o ingresso de capital estrangeiro interessado em explorar setores econômicos rentáveis, por exemplo, dos serviços de telecomunicações e energia.

A necessidade de criar um ambiente adequado à captação de recursos privados constituiu a motivação fundamental para o desenho institucional das agências reguladoras brasileiras. Nesse contexto, previsibilidade e estabilidade das regras incentivariam o aporte de capitais. Por isso, o Estado Brasileiro criou as agências reguladoras com o intuito de garantir a prestação do serviço pelo setor privado dentro dos padrões definidos pela administração. Diógenes Gasparini (2006, p. 344-345) sintetiza a gênese das agências reguladoras no Brasil nos seguintes termos:

Com a implementação da política que transfere para o setor particular a execução dos serviços públicos e reserva para a Administração Pública a regulamentação, o controle e a fiscalização da prestação desses serviços aos usuários e a ela própria, o Governo Federal, dito por ele mesmo, teve a necessidade de criar entidades para promover, com eficiência, essa regulamentação, controle e fiscalização, pois não dispunha de condições para enfrentar a atuação dessas parcerias. Tais entidades, criadas com essa finalidade e poder, são as agências reguladoras. São criadas por lei como autarquia de regime especial recebendo os privilégios que a lei lhes outorga, indispensáveis ao atingimento de seus fins. São entidades, portanto, que integram a Administração Pública Indireta.

O modelo de Estado regulador adapta-se às medidas suscitadas no plano de Reforma do Aparelho do Estado, já que se considerava, na conjuntura da administração pública, que a intervenção direta do Estado produziria empresas ineficientes, enquanto a prestação dos serviços por particulares conduziria à eficiência do setor privado, garantindo-se ainda preceitos inerentes ao serviço público, tais como continuidade, modicidade das tarifas, etc. Caberia, então, aos órgãos reguladores manterem o equilíbrio do sistema. Sobre o novo papel do Estado, opina Tércio Sampaio Ferraz Junior (2004, p. 10):

O modelo do Estado Regulador tem a ver com este problema. Nele, a atuação do Estado deixa de ser estritamente a de mera proteção da liberdade (Estado de Direito e proteção da livre iniciativa), é também menos intervencionista isto é, menos assunção, pelo Estado, do dever de atuar diretamente no mercado, caso dos monopólios estatais, por exemplo (Estado Social), passando a um Estado em que a dimensão da Administração (empresarial) torna-se menor, com o conseqüente crescimento da participação da iniciativa privada na gestão de serviços públicos lato sensu, donde decorre a necessidade de maior flexibilização da Administração para exercer funções de controle normativo e regulador.

O termo agência reguladora foi inspirado especificamente no direito estadunidense, berço de sua criação, com a instituição, em 1887, da *Interstate Commerce Comission* – parâmetro para o surgimento de órgãos reguladores em outros países. Sobre o tema, Lélia Cuéllar (2001,

p. 68) destaca que: “[...] é importante acentuar a multiplicidade e heterogeneidade das agências norte-americanas, eis que, em princípio, por exemplo, cada agência possui um modelo estrutural próprio.”

O texto constitucional não menciona o termo agência reguladora, mas a órgão regulador, conforme se observa com a leitura do inciso XI, do art. 21, c/c inciso III, do § 2º, do art. 177 (fundamentos constitucionais, respectivamente, da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL – e da Agência Nacional do Petróleo – ANP), que dispõem:

Art. 21. Compete à União:

[...]

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

Art. 177. Constituem monopólio da União:

[...]

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

I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional;

II - as condições de contratação;

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

Não obstante, a Lei Maior aborde apenas de órgãos reguladores para o setor de telecomunicações e petróleo, utilizou-se este fundamento constitucional com o objetivo de criação as demais agências no plano federal, caracterizando-se estes entes, como unissetorias, porquanto regulam certo setor da atividade econômica, a exemplo da Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel. Tal procedimento de criação de agências sem o devido fundamento constitucional foi observado pela doutrina, conforme se deduz das palavras Tércio Sampaio Ferraz Junior (2004, p. 13):

No Brasil ao que parece, o modelo original é que vem sendo tomado para a criação de nossas agências. Sem muita reflexão teórica, mas na esteira de uma fundamentação constitucional não muito consciente, elas começam a proliferar. Com efeito, a CF, no art. 174, vê no Estado um ‘agente normativo e regulador da atividade econômica’. Trata-se, neste âmbito, do exercício das funções de ‘fiscalização, incentivo e planejamento’, esta última apenas indicativa para o setor privado. A noção de agente normativo e regulador parece dar supedâneo tanto à competência para baixar normas quanto para intervenções reguladoras no sentido de evitar distorções no comportamento do mercado por meio de imposições de ordem técnica (sobre a controvérsia a respeito da noção de regulação ver Vital Moreira: Auto – regulação profissional e administração pública, Coimbra, 1997, p. 34 e s.). No entanto, a criação de agências com atribuições técnicas, de suposta neutralidade política, mais voltadas para a eficiência das regulações e, necessariamente, independentes (com poderes quase legislativos: problema da reserva de lei, quase regulamentares: problema da competência privativa do Presidente da República, e quase judiciais: problema dos limites do contencioso

administrativo, esbarra em conhecidos óbices constitucionais, a começar do disposto no art. 25 do ADCT. Segue-se toda uma série de indicativos limitadores de uma atividade regulamentar autônoma, que pudesse ser atribuída às agências, mesmo quando criadas com base em sede constitucional, como é o caso da ANP e da ANATEL.

A propalada reforma administrativa citada visava, sobretudo, a implementar um novo paradigma de Administração Pública: de burocrática à gerencial. Consequentemente, instituem-se as agências reguladoras como autarquias especiais, em razão da especialidade técnica dos serviços regulados por estas agências, necessitando assim de maior autonomia, inexistentes nos entes tradicionais da Administração Pública Indireta. Entretanto, o termo autarquia especial já era usual na administração, conforme se verifica no art. 4, da Lei nº 5.540, de 28.11.1968, ao dispor sobre a autonomia universitária nos seguintes termos: “As universidades e os estabelecimentos de ensino superior isolados constituir-se-ão, quando oficiais, em autarquias de regime especial ou em fundações de direito público e, quando particulares, sob a forma de fundações ou associações”.

O modelo de regulação exercido pelas agências visa a cumprir as políticas governamentais para o setor regulado, porquanto o processo de privatização realiza mediante contratos de longo prazo entre a administração e os concessionários de serviços públicos. A ação regulatória do Estado segue os princípios norteadores do mesmo: intervencionista ou regulador. Contudo devem prevalecer os princípios da autonomia e especialidade, a transição dos monopólios, e principalmente o interesse público. Na opinião de Pires e Piccinini (2004, p. 4-5), os objetivos da missão regulatória são os seguintes:

- I - buscar a eficiência econômica, garantindo o serviço ao menor custo para o usuário;
- II - evitar o abuso do poder de monopólio, assegurando a menor diferença entre preços e custos, de forma compatível com os níveis desejados de qualidade do serviço;
- III - assegurar o serviço universal;
- IV - assegurar a qualidade do serviço prestado;
- V - estabelecer canais para atender a reclamações dos usuários ou consumidores sobre a prestação dos serviços;
- VI - estimular a inovação (identificar oportunidades de novos serviços, remover obstáculos e promover políticas de incentivo à inovação);
- VII - assegurar a padronização tecnológica e a compatibilidade entre equipamentos; e
- VIII - garantir a segurança e proteger o meio ambiente.

Nessa perspectiva, o Brasil instituiu na década de 1990 diversas agências reguladoras, criadas mediante lei como autarquias especiais como no caso da Lei nº 9427, de 26/12/1996,

que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e disciplinou o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica; Lei n.º 9472, de 16/07/1997, que dispôs sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador (Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL); Lei n.º 9478, de 06/08/1997, que dispôs sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, instituiu o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) e a Agência Nacional do Petróleo (ANP).

O fenômeno da agenciamento da Administração Pública brasileira, no plano federal, intensificou-se com a criação de outras agências a partir de 1999, citando como exemplos: Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), pela Lei n.º 9782/1999; Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) por meio da Lei n.º 9961/2000; Agência Nacional de Águas (ANA) através da Lei n.º 9984/2000; Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), ambas criadas pela Lei n.º 10233/2001; Agência Nacional do Cinema (ANCINE), criada pela Medida Provisória n.º 2228-1/2001. Ressalta-se que os Estados-membros também criaram suas agências reguladoras, que distintamente das federais, caracterizam-se pela atuação multissetorial. Segundo Alexandre Aragão (2005, p. 286-290):

O movimento da desestatização também se estendeu aos Estados-membros, pois estes delegaram muitos dos serviços públicos de sua titularidade criando agências para regular e explorar tais serviços pela iniciativa privada, a seguir algumas das agências reguladoras estaduais. A Região Nordeste tem agências reguladoras no Estado da Bahia, a Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transporte e Comunicações da Bahia – AGERBA; no Ceará, a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará – ARCE; no Rio Grande do Norte, a Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado do Rio Grande do Norte – ARSEP-RN; e no Sergipe a Agência Reguladora de Serviços Concedidos do Estado de Sergipe – ASES.

Compreendida a gênese da regulação no Brasil, a pesquisa abordará as características das agências instituídas no modelo regulatório pátrio, uma vez que se trata de questão imprescindível para este trabalho dissertativo.

3.4 Características das agências reguladoras brasileiras

De modo geral, a função essencial das agências reguladoras é compatibilizar a qualidade do serviço prestado com a tarifa a ser paga pelo usuário. O referido preço público há que ser

justo: módico para o consumidor e garantidor do adequado retorno ao capital aplicado. Assim dispõe a lei 8.987/1995:

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

[...]

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

[...].

As agências reguladoras, criadas normalmente sob a natureza de jurídica de autarquias especiais, apresentam relativa independência e autonomia quanto aos três poderes (autonomia política, financeira, normativa e de gestão), todavia considera-se que a “independência” deve ser compreendida de forma relativa, porquanto o uso do termo traduz somente a vontade de mitigar a ingerência do Poder executivo sobre as agências. Assim, pensa, Carlos Ari Sundfeld (2006, p. 23):

As agências vêm sendo dotadas de alguma ‘independência’, que a legislação menciona ser características importante de várias delas. Independência é uma expressão certamente exagerada. No mundo jurídico, preferimos falar em autonomia. Mas garantir a independência é fazer uma afirmação retórica com o objetivo de acentuar o desejo de que a agência seja ente autônomo em relação ao Poder Executivo, que atue de maneira imparcial e não flutue sua orientação de acordo com as oscilações que, por forças do sistema democrático são próprios desse Poder.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2003, p. 331), a independência relativa das agências reguladoras ocorre em razão de quatro aspectos, a saber:

- 1) Independência política dos gestores, nomeados por indicação do Chefe do Poder executivo após aprovação do Poder legislativo, investidos em seus cargos a termo fixo, com estabilidade durante o mandato. Tal importa a impossibilidade de sua exoneração ad nutum pelo Presidente.
- 2) Independência técnica decisional, predominando as motivações técnicas para seus atos, que não se sujeitam a recurso hierárquico impróprio. Tal importa a impossibilidade de revisão das decisões das agências pelos Ministérios e mesmo Pelo Presidente.
- 3) Independência normativa, necessária à disciplina dos serviços públicos e atividades econômicas, submetidos ao seu controle, e caracterizada, segunda parte da doutrina, pelo fenômeno da deslegalização. Para parte da literatura brasileira sobre regulação, por meio de deslegalização as agências passam a gozar de um amplo poder normativo, apto, inclusive, a revogar leis anteriores.
- 4) Independência gerencial orçamentária e financeira ampliada, por força de rubricas orçamentárias próprias e de receitas atribuídas pela lei às agências.

Por sua vez, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002) considera que inexistência das agências reguladoras com relação aos Poderes Legislativo e Judiciário, porquanto o princípio da legalidade e da inafastabilidade do poder judiciário impõem restrições destes poderes sobre a atuação das agências. A autora afirma ainda que em relação ao Poder Executivo, existe independência no aspecto dos dirigentes possuírem mandatos fixos, ou seja, estabilidade no exercício do cargo, vedada a exoneração *ad nutum*.

Não obstante, seja predominante na doutrina pátria o entendimento de que a independência constitui-se característica das agências reguladoras, tendo em vista a necessidade de dispor estes órgãos contra qualquer possibilidade de interferências políticas, eleitoreiras ou sujeição a fatores econômicos provenientes dos entes regulados, Carlos Ari Sundfield (2006, p. 25) opina sob o mito da “independência” nos seguintes termos:

É inevitável reconhecer que a defesa apaixonada de um modelo de agências independentes pode carregar, no mínimo, uma forte carga de ingenuidade. Protótipos abstratos costumam gerar mostrengos no mundo real, cujas complexidades com frequência se encarregam de distorcer, mesmo sem negá-los explicitamente, todos os belos princípios de que se partiu. Sonhar com autoridades equilibradas, imparciais, tecnicamente preparadas, democráticas, comprometidas com os interesses gerais, respeitadoras do Direito etc., em nada garante que a realidade vá se ajustar aos sonhos. Cada instituição comporta um lento e dolorido processo de criação e depuração.

Comprova-se, então, a diversidade de opinião sobre a independência destes órgãos na estrutura da Administração Pública brasileira. Questão também relevante para compreensão da autonomia das agências concerne ao mandato fixo dos diretores, resultando na possibilidade dos dirigentes das agências administrá-las em período superior aos governos que o nomearam para as funções mencionadas. Considera-se esta opção do modelo como uma mitigação ao princípio democrático, cujo conteúdo expresso está no art. 1º da Constituição Federal de 1988, nestes termos:

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

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Percebe-se no texto constitucional, que na Democracia, o poder emana do povo, sendo assim, a possibilidade de eleição de seus representantes nos cargos do Poder Executivo e Legislativo constitui-se uma das formas de se concretizar o Estado Democrático de Direito. Contudo, a participação democrática pode e deve manifestar-se, não somente, por intermédio das ações políticas e jurídicas, mas através do papel da sociedade civil e da esfera pública no cenário político, ou seja, por intermédio de um efetivo exercício da democracia no que concerne a tematização dos interesses difusos do cidadão. Ora, reduz-se a democracia, quando aquele imbuído de poder popular não poder retirar os assessores postos na Administração Pública por governos anteriores? Segundo, Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 140-141):

É da essência da República a temporariedade dos mandatos, para que o povo, se o desejar, possa eleger novos governantes com orientações políticas e administrativas diversas do Governo precedente [...] Em última instância, seria uma fraude contra o próprio povo [...] Com isto, mesmo derrotados no pleito eleitoral, persistiriam gerindo o Estado segundo os critérios rejeitados pelos eleitores e obstando à atuação de quem os sucedesse, em antítese absoluta com a idéia de Democracia e de República [...] o novo Governo poderá sempre expelir livremente os que os vinham exercendo.

Destacam-se dois julgados do STF sobre a questão. No primeiro julgamento (Mandado de Segurança n. 8693-RS), sob a égide da Constituição Federal de 1946, a Suprema Corte entendeu que o Presidente poderia exonerar livremente dirigente de autarquia, inclusive este julgado originou a Súmula nº 25 do STF que dispõe: “A nomeação a termo não impede a livre demissão pelo Presidente da República, de ocupante de cargo dirigente de autarquia”.

No ano de 1999, a exoneração de dirigentes de agências reguladoras (autarquias especiais) foi analisada pelo STF, sob a égide da Carta de 1988, na Ação Direta de Inconstitucionalidade com pedido de medida cautelar nº 1949-RS, proposta pelo governador do estado do Rio Grande do Sul, com pedido liminar, para suspender a eficácia de dois artigos de Lei Estadual, arts. 7º e 8º da Lei n. 10.931/97, com redação pela Lei n. 11.292/92. Os artigos apresentavam o seguinte teor:

Art. 7º - O Conselheiro terá mandato de 4 (quatro) anos, será nomeado e empossado somente após aprovação de seu nome pela Assembléia Legislativa, devendo satisfazer, simultaneamente as seguintes condições: (Redação dada pela Lei nº 11.292/98)

omissis

Art. 8º - O Conselheiro só poderá ser destituído, no curso de seu mandato, por decisão da Assembléia Legislativa. (Redação dada pela Lei nº 11.292/98)

A Suprema Corte ao julgar a ADIn mencionada, por decisão majoritária, suspendeu a eficácia da regra estadual que exigia que o Governador, ao destituir um membro da agência reguladora, ficasse subordinado à aprovação da Assembléia, mas, ao mesmo tempo, não concedeu a ele o poder de demissão *ad nutum* prevista na Súmula n. 25/STF, entendendo que, em se tratando de cargo com prazo pré-determinado, a demissão tem que ser motivada.

Percebe-se, portanto, que o entendimento do STF, através do julgamento de 1999 mudou em relação àquele de 1961. Enquanto o de 1961 assegurou ao Presidente da República poder irrestrito de demitir os ocupantes de cargo com prazo pré-determinado, o STF, mais modernamente, entendeu que os membros de agências reguladoras só podem ser demitidos, durante o prazo fixado para a ocupação do cargo, por motivos relevantes, ou seja, através de uma demissão motivada.

Considera-se também a chamada “**quarentena**”, período em que dirigentes das agências estariam impedidos de atuarem na iniciativa privada após deixarem seus cargos, com o intuito de impedir o repasse de informações importantes, uma garantia de autonomia das agências. Sobre o tema, Floriano Azevedo Antunes Marques Neto (2006, p. 85) argumenta:

Um dos principais elementos para a efetivação desta independência são os mecanismos de impedimento do recrutamento, pelos regulados, de quadros dirigentes do órgão regulador (a chamada quarentena). Com efeito, a possibilidade de o agente regulador passar, de inopino, a ocupar posição de relevo no regulado coloca seriamente em risco a independência do órgão.

Verifica-se que as agências reguladoras constituem autarquias destinadas ao desempenho da regulação em um setor econômico específico. Ressalta-se que não podem ser consideradas um novo modelo organizacional, já que se tratam apenas de autarquias com prerrogativas especiais. Portanto, fazem parte da Administração Pública Indireta. Deve o estudioso das ciências jurídicas atentar que, muitas vezes, o legislador cria autarquias sob a denominação de agências reguladoras, entretanto as mesmas não detém característica comuns destas agências. A lei de criação da agência deve balizar o entendimento de define a natureza jurídica do ente.

4 A NATUREZA JURÍDICAS DAS TAXAS REGULATÓRIAS

As agências reguladoras, como autarquias especiais, pertencentes a Administração Pública Indireta, possuem características específicas, tais como: autoridade administrativa independente, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes, autonomia financeira e orçamentária, além de personalidade jurídica e patrimônio próprios.

A autonomia econômico-financeira das agências reguladoras constitui um dos pressupostos imprescindíveis para o êxito na atividade regulatória. Por isso, as agências reguladoras criadas no plano federal, normalmente, possuem dotações orçamentárias consignadas diretamente no orçamento da União, assim como auferem receitas próprias, provenientes de “taxas de fiscalização”, ou ainda participações em contratos, acordos e convênios, como ocorre, por exemplo, nos setores de energia de acordo com o art. 11, Lei Federal nº 9.427, de 26 nov. 1996, que dispõe:

Art. 11. Constituem receitas da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL:

I - recursos oriundos da cobrança da taxa de fiscalização sobre serviços de energia elétrica, instituída por esta Lei;

II - recursos ordinários do Tesouro Nacional consignados no Orçamento Fiscal da União e em seus créditos adicionais, transferências e repasses que lhe forem conferidos;

III - produto da venda de publicações, material técnico, dados e informações, inclusive para fins de licitação pública, de emolumentos administrativos e de taxas de inscrição em concurso público;

IV - rendimentos de operações financeiras que realizar;

V - recursos provenientes de convênios, acordos ou contratos celebrados com entidades, organismos ou empresas, públicos ou privados, nacionais ou internacionais;

VI - doações, legados, subvenções e outros recursos que lhe forem destinados;

VII - valores apurados na venda ou aluguel de bens móveis e imóveis de sua propriedade.

Parágrafo único. O orçamento anual da ANEEL, que integra a Lei Orçamentária da União, nos termos do inciso I do §5º do art. 165 da Constituição Federal, deve considerar as receitas previstas neste artigo de forma a dispensar, no prazo máximo de três anos, os recursos ordinários do Tesouro Nacional.

Observa-se, então, a relevância da receita própria para a independência das agências reguladoras principalmente do setor de energia. No mesmo artigo transcrito, verifica-se pela redação conferida ao parágrafo único que a Aneel deve considerar as receitas previstas neste artigo de forma a dispensar, no prazo máximo de três anos, os recursos ordinários do Tesouro Nacional. Destarte, a lei instituidora da Aneel já prevê a autonomia financeira da agência. Sobre a questão, opina Alexandre Santos de Aragão (2004, p. 331): “A autonomia financeira é requisito essencial para que qualquer autonomia se efetive na prática”.

Marçal Justen Filho (2002, p. 473) considera a autonomia financeira como imprescindível para o exercício da atividade regulatória nestes termos:

Um dos temas mais relevantes a propósito das agências independentes consiste na autonomia econômico-financeira e orçamentária. O desempenho satisfatório das funções que se lhes reservam depende da disponibilidade de recursos materiais. Se não forem instituídos mecanismos que assegurem a obtenção desses recursos de modo automático, a agência acabará subordinada ao processo político usual.

Em relação às três primeiras agências criadas pela União: Agência Nacional de Energia Elétrica, Agência Nacional de Telecomunicações e Agência Nacional de Petróleo, Pires e Piccinini (2006, p. 231-232) analisam o seu custeio desta forma:

As condições para as três agências funcionarem com autonomia decisória e financeira formalmente estabelecidas com a sua criação na forma de autarquias especiais e com a previsão de que suas receitas sejam compostas, basicamente, por recursos próprios. Esses aspectos dispensam as agências, embora vinculadas aos ministérios setoriais, da subordinação hierárquica e lhe conferem agilidades nas iniciativas.

Percebe-se então, a relevância do custeio das agências reguladoras mediante recursos próprios para o cumprimento de suas atividades. Questão controversa na doutrina concerne à natureza jurídica das taxas de fiscalização cobradas por estes entes administrativos, já que muitos consideram de natureza contratual, em razão de serem estabelecidas mediante contrato de concessão, a exemplo de Eduardo Rodrigo Dias. No pensar de outros, a exemplo de Hugo de Brito Machado, entendem que as referidas taxas têm natureza tributária, porquanto são cobradas em razão do poder de polícia. Propõe-se este capítulo analisar a natureza tributária das taxas de fiscalização cobradas pelas agências reguladoras. Para tanto, este capítulo abordará a delegação de serviços públicos, investigando inicialmente a definição deste. Por fim, discutirá o fenômeno da regulação de serviços públicos delegados, cuja competência, após o processo de privatização, foi atribuída às agências reguladoras, investigando se as atividades

desenvolvidas por estes entes podem ser consideradas como o exercício do poder de polícia. Conclui-se o capítulo discutindo a natureza jurídica das taxas de fiscalização cobradas pelas agências reguladoras.

4.1 Conceito de serviço público

Considerando a relevância que o texto constitucional atribuiu aos serviços públicos, tendo em vista o interesse da coletividade, abordar-se-á, primeiramente, o desenvolvimento da questão na Carta Magna, para após discutir o conceito de serviço público exposto pela doutrina.

O Título VI, Capítulo I da Constituição Federal trata a atuação do Estado como agente explorador e normativo de atividade econômica, ao asseverar, no art. 170, que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, terá por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios da soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente; redução das desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego; tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

No mesmo capítulo, os artigos 173 e 174 abordam, especificamente, os modos de atuação do Estado na ordem econômica: explorador, normativo e regulador. Segundo José dos Santos Carvalho Filho (2007, p.796):

O art. 173, caput, da CF tem que ser interpretado conjugadamente com o art. 170, IV e parágrafo único. A exploração de atividades econômicas cabe, como regra, à iniciativa privada, um dos postulados fundamentais do regime capitalista. Desse modo, a possibilidade que a Constituição admitiu no art. 173 há de ser considerada como tendo caráter excepcional.

Consoante opinião do jurista mencionado, legitima-se a exploração direta por parte do Estado, nos termos do art. 173 da Lei Maior mediante entes da Administração Pública Indireta, a saber: empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, entidades com personalidade jurídica de direito privado.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2009, p. 825), os artigos 173 e 174 consagram, substancialmente, a intervenção do estado no domínio econômico ao comentar que:

O primeiro destes dispositivos permite que o Estado explore diretamente a atividade econômica quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definido em lei. O segundo outorga ao Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, o poder para exercer, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo esse determinante para o setor público e indicativo para o privado.

Eros Roberto Grau (1997, p. 289), define duas áreas de intervenção do Estado na economia: “atividade econômica e serviço público“. Sobre a prestação de serviços públicos, o caput do art. 175 da Constituição Federal dispõe que: “ Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.” Compreendida o tratamento constitucional para o tema, investiga-se o conceito de serviço público pela doutrina pátria.

Considera-se, assim, a busca pela definição de serviço público uma das tarefas mais complexas para os estudiosos do Direito Administrativo. Ademais, no ordenamento jurídico pátrio inexistente uma definição legal para o termo. Em relação ao problema exposto, a doutrina apresenta diversos conceitos de serviço público, dependendo da perspectiva de análise da questão. Ressalta-se que a conceituação proposta também divide opiniões na doutrina alienígena, conforme se deduz das palavras de Renato Alessi (1953, p. 344): “Uma das mais incertas de todas as nebulosas no campo do direito público ”. Também Hely Lopes Meireles (1993, p. 294) apresenta a dificuldade em conceituar serviço público:

O conceito de serviço público não é uniforme na doutrina, que nos oferece uma noção orgânica, só considerando como tal o que é prestado por órgãos públicos; ora nos apresenta uma conceituação formal, tendente a identificá-lo por características extrínsecas; ora nos expõe um conceito material, visando a defini-lo por seu objeto. Realmente o conceito de serviço público é variável e flutua ao sabor das necessidades e contingências políticas, econômicas, sociais e culturais de cada comunidade, em cada momento histórico, como acentuam os modernos publicistas.

A doutrina pátria apresenta três correntes de pensamento, que visam a conceituar serviço público, a saber: corrente essencialista ou materialista, subjetivista e a formalista. Para os adeptos da corrente essencialista ou materialista, serviço público caracteriza-se como sendo uma atividade de prestação de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, que o Estado assume como próprias por se tratarem de atividades necessárias ao interesse da coletividade. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 628):

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta

por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

Para o pensamento subjetivista, importa a pessoa jurídica prestadora da atividade, que no caso deve ser o Estado. Todavia, o Estado apresenta recursos financeiros limitados, sendo incapaz de prestar satisfatoriamente todas as atividades consideradas como serviços públicos, surgindo, então, a possibilidade de prestação de serviços públicos por entes privados mediante contratos de concessão. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p. 98) expõe a situação da seguinte forma:

Paralelamente, outro fenômeno se verificou; o Estado percebeu que não dispunha de organização adequada à realização desse tipo de atividade; em consequência, passou a delegar a sua execução a particulares, por meio dos contratos de concessão de serviços públicos e, posteriormente, por meio de pessoas jurídicas de direito privado criadas para esse fim (empresas públicas e sociedades de economia mista), para execução sob regime jurídico preeminente privado.

A partir daí, dois elementos foram afetados; o elemento subjetivo, porque não mais se pode considerar que as pessoas jurídicas públicas são as únicas que prestam serviço público; os particulares podem fazê-lo por delegação do Poder Público. E o elemento formal, uma vez que nem todo serviço público é prestado sob regime jurídico exclusivamente público.

Os formalistas consideram serviço público toda atividade definida pela Constituição ou pelas leis administrativas como tal, conseqüentemente se sujeitando ao regime de Direito Público. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p. 97) sintetiza as três idéias sobre serviço público nos seguintes termos:

I - O Material, que considera a atividade exercida: o serviço público seria a atividade que tem por objeto a satisfação de necessidades coletivas.

II - O Subjetivo, que considera a pessoa jurídica prestadora da atividade: o serviço público seria aquele prestado pelo Estado.

III - O Formal, que considera o regime jurídico: o serviço público seria aquele exercido sob regime de direito público derogatório e exorbitante do direito comum.

Celso Antônio Bandeira de Melo (2004, p. 627-629) classifica, de acordo com as características, os serviços públicos constantes na Constituição em:

a) Serviços de prestação obrigatória e exclusiva do Estado – serviços que só podem ser prestado pelo próprio Estado, nunca por concessão, permissão ou autorização (serviço postal e correio aéreo nacional – art. 21, X).

b) Serviços que o Estado tem obrigação de prestar e obrigação de conceder – são os serviços de radiofusão sonora (ruído) ou de sons e imagens (televisão), porque o art. 223 determina que seja observado o princípio da complementariedade dos sistemas privado, público e estatal.

- c) Serviços que o Estado tem a obrigação de prestar, mas sem exclusividade – educação, saúde, previdência social, assistência social, radiofusão sonora e de sons e imagens.
- d) Serviços que o Estado não é obrigado a prestar, mas, prestando, terá de promover-lhes a prestação, mediante concessão ou permissão – todos os demais serviços públicos, especialmente os constantes, no art. 21, XI, da Constituição.

Compreendidas as dificuldades em conceituar serviço público, convém destacar que os serviços considerados públicos devem atender o interesse público, já que esta é a finalidade essencial do Estado. Para Joyceanne Bezerra de Menezes (2004, p. 109):

De fato, o serviço público somente pode ser definido em função do interesse público, motor da atividade estatal. É da noção de interesse público, do interesse da coletividade, que o serviço público retira a sua razão de ser. Como os interesses da coletividade se modificam com o passar das épocas e em função de peculiaridades das diversas sociedades, não é possível enumerar e genérica e universalmente o que se considera por serviço público.

Em razão do interesse público, aos serviços públicos incidem princípios específicos do Direito Administrativo, citando-se como os basilares os seguintes: a) o princípio da continuidade do serviço público; b) generalidade (isonomia) c) eficiência, exigindo a atualização do serviço; d) modicidade tarifária; e) cortesia.

4.2 A Delegação dos serviços públicos na Constituição Federal de 1988

A competência para a prestação de serviços públicos é conferida pela Constituição aos entes políticos (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), encontrando-se também na Carta Magna a competência específica de cada ente para a prestação de cada serviço público. Nesta perspectiva, o art. 21 da Constituição Federal de 1988 define as competências da União, que não se restringem a este artigo. A possibilidade de prestação de serviços públicos por particulares constitui-se o conteúdo do art. 175 da Constituição Federal de 1988, que dispõe:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único – A lei disporá sobre:

- I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
- II – os direitos dos usuários;
- III – política tarifária;
- IV – a obrigação de manter serviço adequado.

Conforme se depreende do artigo transcrito, a prestação direta do serviço público verifica-se quando a atividade é desempenhada por um órgão da Administração Direta ou por uma entidade da Administração Indireta, e a prestação indireta, quando o serviço é prestado mediante delegação do Poder Público a pessoas físicas ou jurídicas não integrantes da Administração. Verifica-se também que a delegação mediante concessão deve preceder de procedimento licitatório.

Não obstante a titularidade do serviço permaneça com o Estado, o dispositivo constitucional possibilitou a prestação de serviços públicos por particulares. Nesta hipótese foram promulgadas as Leis nº 8.987/1995, de 13 fev. 1995 e Lei nº 9.074/1995, de 07 jul. 1995, alteradas pela Lei nº 9.648, de 27.mai.1998.

A Lei 8.987/1995 dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal. Já a Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, estabelece normas para outorga e prorrogação das concessões e permissões de serviços públicos. No Brasil, ocorrendo a delegação na prestação do serviço público, estar-se-á diante das hipóteses de concessão ou permissão, concebidas pela Lei 8.987/1995:

Art. 2º [...]

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

[...]

IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

Conclui-se do dispositivo legal, que a concessão de serviço público pressupõe a transferência da execução de serviço à pessoa jurídica, que o executará por sua responsabilidade e por prazo determinado. Entretanto, a titularidade do serviço permanece com o Estado, transferindo-se apenas a execução. Segundo a doutrina, o contrato de concessão impõe regras de direito administrativo, porquanto o serviço é público, entretanto também regula-se o instituto por regras de Direito privado, porquanto um particular executa o serviço. Sobre o tema, opina Diógenes Gasparini (2009, p.366):

É o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública transfere, sob condições, a execução e exploração de certo serviço público que lhe é privativo a um particular que para isso manifeste interesse e que será remunerado

adequadamente mediante a cobrança, dos usuários, de tarifa previamente por ela aprovada.

Na opinião de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p.277), a concessão de serviço público constitui um:

Contrato administrativo pelo qual a administração pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço.

Percebem-se, no conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 658), os aspectos relativos à garantia de equilíbrio econômico-financeiro do concessionário, já que esta condição torna atrativa para o setor privado a prestação de serviços públicos por meio de contrato de concessão, conforme se deduz das palavras do autor:

Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o *exercício* de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.

Torna-se imprescindível, então, para a configuração da concessão de serviço público, que o concessionário se remunere com a própria exploração do serviço, mediante cobrança de tarifas dos usuários do serviço. Por isso, os contratos de concessão devem estabelecer regras que mantenham o equilíbrio econômico financeiro da concessão. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p. 96): “O equilíbrio econômico-financeiro constitui a relação que se estabelece no momento da celebração do contrato, entre o encargo assumido pelo concessionário e a remuneração que lhes assegura a Administração por via de contrato”.

Por sua vez, Joyceane Bezerra de Menezes (2004, p. 85-86) ao definir contrato de concessão acrescenta a necessidade da função fiscalizadora por parte do Poder Público em relação ao serviço prestado pelos particulares, notadamente, esclarecendo que as agências reguladoras devam cumprir este papel, conforme se depreende das palavras da autora:

Os contratos de concessão e de permissão envolvem uma atividade fim do Estado – a prestação de serviços públicos. Concessão é contrato por meio do qual a Administração Pública delega a um particular a gestão e a execução, por sua conta e risco, sob controle do Estado, de uma atividade definida em lei como serviço público. Ao Estado, poder concedente, cabe fiscalizar a adequada execução do contrato e o atendimento do interesse público, podendo, a qualquer tempo, retomar

a atividade. No exercício da função fiscalizadora e reguladora, o Estado se utiliza das agências reguladoras.

Antes de analisar a regulação exercida pelas agências reguladoras, imprescindível o estudo de alguns aspectos legais definidos na Lei nº 8.987/1995 (Lei das Concessões), no que concerne as cláusulas fundamentais do contrato de concessão, ressaltando que se trata de lei nacional, aplicável a todos os entes da federação. Odete Medauar (2009, p.329-330) sintetizou as principais características a concessão de serviço público assim:

- 1) Há um poder público concedente – a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e outros ente estatais, em cuja competência se encontra o serviço;
- 2) A concessionária é a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que executa possua conta e risco, por prazo determinado. Tratando-se de empresas privadas, não se transformam, pela concessão, em órgãos da Administração, nem a integram. Mas alguns preceitos do direito público se aplicam a suas atividades, por exemplo, o mesmo regime de responsabilidade civil para os entes administrativos (art. 37, § 6º da CF/1988) e os princípios diretores do serviço público. [...]
- 3) A concessionária, de regra, recebe remuneração diretamente do usuário do serviço, pagando este uma tarifa.
- 4) O concedente fixa as normas de realização dos serviços, fiscaliza seu cumprimento e impõe sanções aos concessionários; além do mais, reajusta tarifas.
- 5) A concessão formaliza-se por instrumento contratual, sendo, portanto, um tipo de contrato administrativo, precedido de concorrência.

Sob o aspecto tarifário, a Lei nº 8.987/1995 consagra a modicidade da mesma, compreendendo-se o vocábulo no sentido de justiça no valor da tarifa, já deve ser módico para o consumidor e garantidor do adequado retorno ao capital aplicado, conforme parágrafo 1º, do art. 6º da Lei 8.987/1995:

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

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

Na relação entre poder concedente e concessionário, duas razões antagônicas decorrem, sendo estas: o serviço público, que deve funcionar para a coletividade dentro dos padrões de qualidade estabelecidos pela Administração com tarifas módicas, e o concessionário, empresa que visa o lucro. Deste antagonismo, surgem as agências reguladoras com o objetivo de equilibrar estas forças do sistema. Portanto, torna-se necessário investigar a regulação do

serviço público, mediante as agências reguladoras, esclarecendo ainda se trata do exercício do poder de polícia.

4.3 Regulação do serviço público e poder de polícia

A Lei nº 8.987/1995, em seu artº 29, I estabelece a incumbência estatal no tocante à regulamentação e à fiscalização permanente do serviço delegado, o que, a partir da década de 1990, no Brasil, fez erigir o paradigma das agências reguladoras. Segundo Carlos Ari Sundfeld (2006, p. 28-30):

O fato é que, para realizar os interesses gerais da atualidade no contexto de um Estado intervencionista, não basta editar uma lei abstrata, genérica e distante, dizendo por exemplo, que nenhuma exploração da atividade industrial pode ultrapassar certo limite de poluição, causando dano à saúde do vizinho. É preciso que o Estado vá trabalhando com a realidade todo o tempo, para definir, nas situações que se põem, o que é ou não a emissão de poluentes aceitável; assim se obterá a paulatina diminuição da emissão de poluentes.

[...] É por isso que surgiram as agências reguladoras. Elas nasceram porque a sociedade exigiu que o Estado regulasse certas realidades, fazendo sete ‘gerenciamento’ que referi. Não limitar-se à distante edição de normas abstratas capazes de cuidar da sociedade durante 80 anos sem transformação mais profunda (como o Código Civil), mas comprometer-se com normas que harmonizem a relação das indústrias com os moradores, que componham isto tudo com o interesse da cidade; quer dizer: normas que, embora sendo gerais, são muito específicas e instáveis do que foram no passado. Regular, é ao mesmo tempo ser capaz de dirimir os conflitos coletivos ou individualizados. É por isso que surgiram as agências reguladoras, porque o Estado tem de regular.

No Brasil, conforme análise pretérita, as agências normalmente possuem natureza de autárquica especial, sendo, pois, integrantes da administração indireta, criadas por lei, dotadas de personalidade jurídica de direito público e patrimônio próprios. Esta natureza é fundamental para que desempenhem efetivamente seu papel: intervir no domínio econômico e fiscalizar a prestação de serviços públicos. Abordando a regulação realizada pelas agências, Joyceane Bezerra de Menezes (2004, p.194) conclui:

No Brasil, as agências reguladoras têm a missão de fiscalizar a execução do serviço público por empresas privadas, no intuito de garantir aos usuários um serviço adequado caracterizado pela regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, universalidade e cortesia na sua prestação. Na medida em que zelam pelo cumprimento dos contratos de concessão ou pelas disposições relativas às permissões, diligenciam para a prestação do serviço. E como expressão do seu poder fiscalizatório e disciplinador, podem aplicar sanções às concessionárias ou permissionárias que inatendem às imposições legais, contratuais e administrativas do serviço adequado. Os direitos à participação e de reclamação, garantidos nas codificações de defesa do consumidor, também estão presentes na estrutura da função regulatória brasileira, como forma de legitimar do ente regulador, ampliar o controle sobre o serviço público prestado e garantir a satisfação do usuário.

Além dos processos de fiscalização típicos da função regulatória, cabe citar, ainda, como exemplos de processos administrativos aplicáveis a essas entidades, a licitação, o processo disciplinar, o processo de concurso público, instrumentos do cotidiano das ações dessas entidades. Especificamente sobre a atuação dos entes reguladores Pires e Piccinini (1999, p. 225) consideram os seguintes objetivos das agências:

- I - Buscar a eficiência econômica, garantindo o serviço ao menor custo para o usuário;
- II - Evitar o abuso do poder de monopólio, assegurando a menor diferença entre preços e custos, de forma compatível com os níveis desejados de qualidade de serviço;
- III - Assegurar serviço universal;
- IV - Assegurar a qualidade do serviço prestado.
- V - Estabelecer canais para atender às reclamações dos usuários ou consumidores sobre prestação dos serviços.
- VI - Estimular a inovação (identificar oportunidades de novos serviços, remover obstáculos e promover políticas de incentivo à inovação).
- VII - Assegurar a padronização tecnológica e a compatibilidade entre equipamentos.
- VIII - Garantir a segurança e proteger o meio ambiente.

A delegação de prestação de serviços públicos interessou aos grupos econômicos nacionais e estrangeiros, a partir do momento em que o Estado impôs regras bem definidas para o sistema: poder concedente, concessionários e usuários. Então, as agências reguladoras surgem com o objetivo de garantir segurança jurídica para os particulares, mitigando assim a influência de fatores políticos na concessão de serviços públicos. Segundo Gustavo Binenbojm (2005, p. 6):

O contexto político, ideológico e econômico em que se deu a implantação das agências reguladoras no Brasil, durante os anos de 1990, foi diametralmente oposto ao norte-americano. Com efeito, o modelo regulatório brasileiro foi adotado no bojo de um amplo processo de privatizações e desestatizações, para o qual a chamada reforma do Estado se constituía em requisito essencial. 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 desestatizações estava condicionada à garantia de estabilidade e previsibilidade das regras do jogo nas relações dos investidores com o Poder Público.

[...] Em última análise embora o modelo da agência reguladora independente norte-americana tenha servido ao legislador brasileiro, a sua introdução no Brasil serviu de propósitos substancialmente distintos, senão opostos. De fato, enquanto nos Estados Unidos as agências foram concebidas para propulsionar a mudança, aqui foram elas criadas para garantir a preservação do *status quo*; enquanto lá buscavam elas a relativização das liberdades econômicas básicas, como o direito de propriedade e a autonomia da vontade, aqui sua missão era a de assegurá-las em sua plenitude contra eventuais tentativas de mitigação por governos futuros.

Quanto às funções das agências, conclui-se, primordialmente que as agências ditam normas de conduta entre os principais atores envolvidos: o prestador e os usuários. Tudo com o objetivo de que sejam cumpridas as políticas públicas delineadas pelo Estado. Destarte, a noção de regulação se encontra eminentemente associada a uma forma de intervenção contínua do Poder Público, objetivando a promoção do interesse público, constituindo a fiscalização das agências sobre o concessionárioa uma das formas de intervenção.

Nesse contexto, a regulação deve ser considerada sob três aspectos: de monopólios - em que devem ser minimizadas as forças de mercado, por meio de controles sobre preços e qualidade dos serviços; para competição - no sentido de viabilizar a sua existência e continuidade; social - assegurando a prestação de serviços públicos de caráter universal e a proteção ambiental.

Portanto, com o objetivo de fazer cumprir o disposto na legislação, as agências reguladoras executam ações que, não raras vezes, acarretam restrições na liberdade empresarial em prol do interesse coletivo. Exercem atividades regulamentares ou fiscalizatórias delegadas pelo Estado-Administração, exercendo, assim, poder de polícia respectivo à área de atuação.

De acordo com Diógenes Gasparini (2009, p. 721): “[...] pode-se conceituar essa atribuição como sendo a que dispõe a Administração Pública para condicionar o uso, o gozo e a disposição da propriedade e restringir o exercício da liberdade dos administrados no interesse público ou social”.

Por sua vez, o Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966) define poder de polícia:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, **à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público**, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (Redação dada pelo Ato Complementar nº 31, de 28.12.1966)

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder. (grifos nossos)

Verifica-se que, no exercício do poder de polícia, a atuação estatal não é motivada pelo interesse do particular, muito embora nada impeça que haja harmonia entre os interesses público e particular. Sobre as atividades desenvolvidas no âmbito da regulação, destacam-se:

- a) a edição de atos normativos;
- b) a solução de conflitos administrativos decorrentes da aplicação das normas disciplinadoras do setor;

c) a fiscalização do cumprimento da legislação pertinente ao objeto regulador; d) aplicação de sanções aos infratores. Segundo Leila Cueéllar (2001, p. 65): “A agência é um organismo técnico, não político, que recebe competência para dispor sobre determinados assuntos e executar a fiscalização com autonomia.”

Analisando as atividades regulatórias, opina Pedro Henrique Poli Figueiredo (1999, p. 84): “A atividade de regulação é distinta da prestação do serviço público. Esta é delegável; aquela, por ser exercício de poder administrativo que se encaixa na noção de poder de polícia, exercível somente por pessoa jurídica de direito público, jamais.”

Comprova-se, então, que as agências reguladoras exercem poder de polícia, já que a fiscalização de serviços públicos deve ser permanente e privativa da Administração Pública, dada a natureza de serviço público e tendo em vista o interesse público. Desta forma, cumpre ao poder concedente não só regulamentar, mas fiscalizar e até intervir no serviço público concedido dentro dos limites legalmente estabelecidos.

4.4 As taxas regulatórias

Autonomia administrativo-financeira, independência, tecnicidade e transparência constituem pressupostos básicos da regulação. Sobre a autonomia financeira, pode-se afirmar que se refere à disponibilidade de recursos materiais, por meio de transferência patrimonial à agência, pela lei que a instituiu, e da previsão de diversas fontes de recursos próprios. Nesse sentido, Cuéllar (2001, p. 94), leciona:

No que tange à autonomia financeira dos entes reguladores, observa-se que o legislador buscou proporcionar-lhes, além das dotações orçamentárias gerais, outras fontes de receitas próprias, como os recursos oriundos de (a) arrecadação de taxas de fiscalização sobre os serviços ou atividades econômicas regulados, (b) produtos de multas, emolumentos e retribuição de serviços prestados a terceiros, (c) rendimento de operações financeiras, (d) recursos provenientes de convênios, acordos ou contratos celebrados, (e) doações, legados, dentre outros recursos que lhes forem destinados, (f) valores apurados na venda ou aluguel de bens móveis ou imóveis de propriedade das agências.

Sobre o assunto, Turolla (2007, p. 96) também comenta:

Capacidade da agência de fazer frente ao seu orçamento e obter pessoal sem depender de transferências ou nomeações controladas pelo processo político. A falta de autonomia pode comprometer a independência, na medida em que expõe o regulador à discricionariedade na liberação de verbas e composição do seu quadro.

Existe controvérsia entre os juristas quanto a questão da natureza jurídica das taxas de regulação, visto que as leis de criação das principais agências reguladoras federais (Aneel, Anatel) dispõem sobre possibilidade de cobrança de “taxas” em decorrência da fiscalização ultimada por entes reguladores. Por isso, alguns doutrinadores consideram que a referida exação é um tributo, definido no artigo 145, II, da Constituição Federal e no artigo 78, caput, do Código Tributário Nacional, conforme opina Hugo de Brito Machado (2004, p. 91):

[...] não existe nenhum amparo jurídico para a cobrança do denominado valor de outorga como 'encargo contratual'. A distinção entre atividade privada e atividade de prestação de serviço público mediante concessão não autoriza a conclusão de que a atividade pública de regulação desta última não caracteriza poder de polícia e por isto mesmo não ensejaria a cobrança de taxa. Na verdade a atividade a ela concedido é uma atividade privada que se submete ao controle do Estado e a atividade regulatória deste se caracteriza o exercício do poder de polícia. Não há impropriedade no art. 78 do Código Tributário nacional. Se é certo que o Estado não exerce o poder de polícia sobre ele mesmo, e por isto não seria adequado falar em poder de polícia em relação a atividades das quais o Estado é titular, não é incorreto falar-se de poder de polícia exercido sobre a execução dessas mesmas atividades quando atribuídas, mediante concessão, a um particular. Assim, a quantia a ser cobrada da concessionária de serviços públicos é taxa e portanto está submetida ao regime tributário, vale dizer, há de ser instituída por lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada, e não pode ter base de cálculo própria de imposto.

Por sua vez Eduardo Rodrigo Dias (2004, p. 59):

A característica da atividade desenvolvida por entes reguladores como atividade de polícia mostra-se como requisito que possibilita a cobrança de taxas dos sujeitos fiscalizados, por força do art. 145, II, da Constituição e 78 do Código Tributário nacional, submetendo-se ao regime jurídico específico. Tal caracterização mostra-se adequada para a fiscalização de atividades econômicas privadas, como a previdência complementar e a vigilância sanitária. Já não se mostra pertinente, porém para a regulação de atividades consideradas como serviço público, em que descabe falar de poder de polícia, por estar diante de tarefas de titularidade do próprio Estado, e não de particulares, que aquele conforma de maneira a atender o interesse público. Os valores cobrados, neste segundo caso, pelas instâncias de fiscalização e regulação, não podem ser consideradas taxas, mas sim encargos contratuais, muitas vezes previstos e autorizados em lei, destinados a custear as despesas com o controle da execução de tais serviços.

Em razão das taxas de fiscalização serem estabelecidas nos contratos de concessão, alguns consideram que as mesmas devem ser consideradas contratuais. Assim, pensa Alexandre Santos de Aragão (2004, p. 332) ao afirmar que:

No que diz respeito às agências reguladoras de serviços públicos ou da exploração privada de monopólios ou bens estatais entendemos, sinteticamente, que não se trata de taxa propriamente dita, uma vez que a agência não exerce poder de polícia sobre os concessionários, mas sim um dever de fiscalização, fulcrado no contrato de

concessão, inerente ao Poder Concedente ou titular do monopólio ou do bem (ex.: art. 4º, IX, Lei nº 9.984 e art. 11, Lei nº 9.427/96).

Nesta perspectiva, consideram-se as taxas de fiscalização como contratuais, devida pelo delegatário diretamente à agência competente, com base no proveito financeiro gerado pela atividade regulada, sob alegação de ser evitado um custo social elevado com a regulação do serviço. Não seria, pois, cobrada em função de um serviço público prestado pelo Estado às concessionárias e, tampouco, pelo exercício do poder de polícia. De acordo com Rosane Heineck Schmitt, Auditora do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, mediante parecer 66/2000:

[...] o contratado - concessionário - tem o dever, por previsão contratual, de custear as despesas para esta fiscalização e controle dos serviços executados, o que o faz mediante pagamento àquelas agências da '*taxa de regulação*' ou '*taxa de fiscalização dos serviços públicos*' que não é devida pelo exercício do poder de polícia nem em função de um serviço público prestado pelo Estado às concessionárias, o que configuraria o tributo [...].

certo que este não é um entendimento pacífico, ou seja, de que realmente não teria caráter tributário a *taxa de regulação* cobrada pelas agências reguladoras.

Caso as taxas “fiscalizatórias” fossem consideradas tributos, teriam que obedecer ao princípio fundamental do Direito Tributário, a legalidade, conforme se deduz das palavras de Bernardo Ribeiro de Moraes (1968, p. 57):

Princípio da legalidade tributária: a taxa só existe se criada por lei e na medida por ela criada. Nenhum tributo poderá existir sem lei anterior que o estabeleça. Em consequência: o Poder Legislativo é o único titular do poder fiscal; a lei fiscal deve conter os elementos essenciais da tributação, tais como o fato gerador da taxa, seu modo de cálculo, benefícios fiscais e penalidades; a lei fiscal que estabelece a taxa não pode ter efeito retroativo.

A natureza jurídica das “taxas” de fiscalização poderia ter sido analisada pelo Supremo Tribunal Federal, quando interposta pela Confederação Nacional do Transporte (ADIn nº 1.948-1), a respeito da TAFIC (taxa de regulação cobrada pela Agência Reguladora do Rio Grande do Sul - AGERGS). Eis a manifestação do STF:

ADI 1948 / RS - RIO GRANDE DO SUL
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Relator(a): Min. GILMAR MENDES
Julgamento: 04/09/2002 Órgão Julgador: Tribunal Pleno
Publicação: DJ 07-02-2003 PP-00020 EMENT VOL-02097-02 PP-00394
Parte(s)
REQTE. : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TRANSPORTE - CNT
ADVDS. : DARCI NORTE REBELO E OUTRA
REQDO. : GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
REQDA. : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA: (1) Ação Direta de Inconstitucionalidade. (2) Art. 1º, II, da Lei nº 11.073, de 30.12.1997, que acrescentou os §§ 7º e 8º ao art. 6º da Lei nº 8.109, de 1985, do Estado do Rio Grande do Sul; Art. 1º, VI, da Lei nº 11.073, de 1997, que inseriu o inciso IX na Tabela de Incidência da Lei nº 8.109, de 1985; Decreto estadual nº 39.228, de 29.12.1998, que regulamentou a incidência da taxa impugnada. (3) Alegada violação aos arts. 145, II e 145, § 2º, da Constituição. (4) Taxa de Fiscalização e Controle de Serviços Públicos Delegados, instituída em favor da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul - AGERGS, autarquia estadual. (5) O faturamento, no caso, é apenas critério para incidência da taxa, não havendo incidência sobre o faturamento. Precedente (RE 177.835, Rel. Min. Carlos Velloso) (6) Improcedência da ação direta quanto aos dispositivos legais e não conhecimento quanto ao Decreto nº 39.228, de 1988.

Verifica-se que o julgado é pela constitucionalidade da metodologia de cobrança da taxa inexistindo incidência sobre o faturamento. No entanto, não aprecia, explicitamente, a natureza jurídica dessa arrecadação. Ademais, revela que sua incidência não viola precipuamente o inciso II e o § 2º, do art. 145 da Carta Magna, ou seja, fundamenta a decisão em dispositivos constitucionais que tratam da taxa tributária.

Marçal Justen Filho (2003, p. 4448), ao tratar do dever do Estado em fiscalizar as concessionárias de serviço público assevera que

Como sempre destacado, a delegação para particular não transforma o serviço em privado. Nem retira da entidade delegante a titularidade do serviço. A delegação pressupõe a possibilidade de o serviço ser desempenhado por particulares em condições, no mínimo, de eficiência idêntica ao que se passaria se o serviço fosse prestado diretamente pelo próprio Estado. O Estado cessa a gestão direta do serviço, entregando-a a terceiro. Em contrapartida, passa a fiscalizar a atividade do concessionário. A omissão ou a falha no desempenho da fiscalização propiciarão enorme risco de sacrifício do interesse público.

Consoante a cizânia doutrinária, entende-se que mesmo que exista a previsão legal de exação mediante “taxas” fiscalizatórias nas leis de instituição das agências reguladoras federais sob os serviços concedidos, a concessionária obriga-se contratualmente a custear as despesas para o exercício da fiscalização, mediante o pagamento de “taxas” de fiscalização ou regulação, que na verdade, pode ser considerada uma taxa contratual. Na opinião de Hely Lopes Meireles (2004, p. 257): “É comum, ainda, nos contratos de concessão de serviços públicos a fixação de um preço, devido pelo concessionário ao concedente a título de remuneração dos serviços de supervisão, fiscalização e controle da execução do ajuste, a cargo deste último.”

Consoante pesquisa nos sites da Aneel, Anatel e ANP, destaca-se a estrutura arrecadatória destas agências nos seguintes termos:

a) Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) - disciplinada pela Lei 9.427, de 26.dez.1996. Tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica. Seu art. 12 institui a taxa de fiscalização sobre serviços de energia elétrica, cobrada anualmente, diferenciada em função da modalidade e proporcional ao porte do serviço delegado (incluída a produção independente de energia elétrica e a autoprodução energética). Equivale a 0,5% (cinco décimos por cento) do valor do benefício econômico anual auferido pelo delegatário, o que leva em consideração a tarifa contratualmente fixada. Conforme informação obtida no sítio da ANEEL (www.aneel.gov.br) em 10.jul.2010, depreende-se que a taxa de fiscalização de serviços de energia elétrica (TFSEE), na composição da receita tarifária, é caracterizada como custo não-gerenciável (independe de controle da delegatária). A autarquia esclarece:

[...] foi criada, por lei, com a finalidade de constituir receita da ANEEL para cobertura das suas despesas administrativas e operacionais. A TFSEE é fixada anualmente pela ANEEL e paga mensalmente, em duodécimos, por todos os agentes que atuam na geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica.

Verifica-se, então, que a TFSEE se encontra inserta na planilha tarifária da ANEEL com o objetivo de, simplesmente, atender ao equilíbrio econômico-financeiro da concessão, o que, inexoravelmente, onera a tarifa homologada.

A citada lei atribui à ANEEL competências genéricas, entre elas, as de regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica. Assim, a TFSEE possui todas as características de uma 'taxa' tributária decorrente do exercício regular do poder de polícia.

b) Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) - criada pela Lei 9.472, de 16.jul.1997, com o propósito de ser o órgão regulador das telecomunicações, nos termos do inciso XI, do art. 21, da Carta Magna. O art. 47 (Lei 9.472/1997) prescreve que o produto da arrecadação das taxas de fiscalização e de funcionamento (Lei nº 5.070, de 7.jul.1966) será destinado ao fundo de fiscalização das telecomunicações (FISTEL), o qual passou à administração exclusiva da agência a partir da data de sua instalação.

c) Agência Nacional do Petróleo (ANP) - surgiu após o advento da Lei 9.478, de 6 ago. 1997, que a institucionalizou como órgão regulador da indústria do petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis, nos termos do inciso III, do parágrafo 2º, do art. 177, da Lei Maior. O art. 15 (Lei 9.478/1997), elenca as receitas da entidade. Assim como a ANA, a lei não institucionaliza a taxa regulatória. Logo, tais agências encontram-se impossibilitadas de instituir a referida exação, haja vista que a Administração Pública está adstrita ao campo da legalidade.

Comprova-se, então, a distinção na criação das agências reguladoras federais quanto instituição das denominadas “taxas” de fiscalização ou regulatórias cobrada por estas entidades.

CONCLUSÃO

A natureza jurídica das “taxas” de fiscalização ou regulação cobradas pelas agências reguladoras constitui-se motivo de discussão no campo doutrinário, assim como o fato de o órgão máximo de interpretação constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, ainda não ter consolidado seu entendimento sobre a matéria.

Na década de 1990, diversos países, inclusive o Brasil, buscaram alternativas, sob a influência de organismos internacionais, para reduzir a presença do Estado em atividades econômicas, proporcionada pela ideia de Estado Social de Direito. Neste contexto, surge a Reforma Administrativa do Aparelho do Estado que pretendeu inserir um modelo de administração pública gerencial, resultando na perda do controle acionário por parte do Estado de diversas empresas públicas prestadoras de serviço público, mediante os contratos de concessão.

A despeito das concessões de serviços públicos não se trate de inovação no Direito Público, existem ainda muitos questionamentos sob a matéria, que ainda não foram pacificados pela jurisprudência, desta forma, exigindo do jurista uma análise da questão sob a perspectiva de que inovações no campo jurídico nem sempre estão adequadas a conceitos pré-estabelecidos.

Nos contratos de concessão, a titularidade do serviço público permanece sob a tutela do Estado, existindo um poder dever do Estado de zelar pela qualidade do serviço prestado pelo particular, diferenciando, então, do poder de polícia administrativa, ou poder ordenador, pois este disciplina o comportamento de atividades próprias dos particulares em prol do interesse público.

Na desestatização empreendida pelo estado brasileiro, optou-se pelo modelo de órgãos administrativos “independentes”, que pudessem regular os serviços prestados por particulares, sendo denominados de agências reguladoras. A inserção das agências reguladoras brasileiras inspirou-se no modelo norte-americano de agência, contrariando a evolução do Direito Administrativo brasileiro que sempre se inspirou no modelo europeu, notadamente o francês.

Ressalta-se ainda que no país de origem (EUA), as agências encontram-se sob contestação dos demais poderes do Estado.

A propalada “independência” das agências serviu de atrativo para os investidores estrangeiros e nacionais, visto que o “capital” necessita de segurança jurídica, minimizando-se a interferência política na gestão de seus negócios. No entanto, esta independência, de fato, inexistente, uma vez que a Constituição Federal de 1988 expressa categoricamente o princípio da inafastabilidade do poder judiciário. Destarte, no Brasil, o direito administrativo, em regra, não faz coisa julgada como ocorre no Conselho de Estado Francês.

As principais agências reguladoras federais constituem-se como autarquias especiais, ou seja, a lei de criação das mesmas impõe certas prerrogativas inexistentes nas autarquias tradicionais, a exemplo do mandato fixo de seus dirigentes. Com o objetivo de dotar as agências reguladoras de certa independência em relação ao poder concedente e concessionário, o legislador buscou reforçar a autonomia financeira das agências, reduzindo-se assim, possíveis interferências políticas na atividade técnica desenvolvida pelas agências.

No desempenho de suas funções, a lei de criação das principais agências federais, a exemplo da Aneel e ANATEL, institui a cobrança de 'taxas' em razão das atividades de fiscalização realizadas por estas agências sobre as empresas prestadoras de serviços públicos. Tal procedimento da criação das referidas exações atende ao princípio fundamental da Administração Pública: legalidade, uma vez que a atividade administrativa pressupõe a obrigatoriedade de atender o referido princípio.

Não obstante exista cizânia na doutrina em relação à natureza jurídica destas 'taxas', é sabido que no direito tributário o nome *iuris* dado ao instituto pode agravar ainda mais o equívoco do legislador. Na definição legal de tributo dado pelo Código Tributário Nacional, tributo é “toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”. Comprova-se que nas “taxas” mencionadas, inexistente o elemento da compulsoriedade da cobrança, já que esta se estabelece mediante contrato de concessão.

A análise superficial do Código Tributário Nacional, em seu art. 78, induz a racionar que a fiscalização de atividade dependente de concessão constitui-se o exercício do poder de

polícia, entretanto a fiscalização do Estado sobre a prestação do serviço público é uma obrigação imposta pelo art. 175 da Constituição Federal de 1988.

A lei das agências reguladoras federais incumbiu as mesmas de exercer o controle sobre os serviços concedidos, que permanecem como serviços públicos, prestados de forma descentralizada pelo particular, através da desestatização via concessão e permissão. Então, o concessionário tem o dever, por previsão nos contratos de concessão, de custear as despesas para esta fiscalização e controle dos serviços executados, o que o faz mediante pagamento àquelas agências da “taxa de regulação” ou “taxa de fiscalização dos serviços públicos” que não é devida pelo exercício do poder de polícia nem em função de um serviço público prestado pelo Estado às concessionárias, o que configuraria o tributo. Desta forma, sobre as referidas “taxas” não incidem as limitações constitucionais ao poder de tributar.

A complexidade de análise da natureza jurídica das “taxas” de fiscalização também reside na inadequação da exação ao entendimento do que seja preço público, uma vez que o contrato de concessão alberga regras exorbitantes próprias do Direito Público. Existe um dever contratual de pagamento de taxas de fiscalização por parte do concessionário ao poder concedente, todavia, em razão do princípio da legalidade, a exação foi prevista em lei.

REFERÊNCIAS

LIVROS:

ALESSI, Renato. **Instituições do direito administrativo**. Barcelona: Casa Editorial, 1970. t. II.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 3. ed. São Paulo: Lejus, 2002.

BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BRUNA, Sérgio Varella. **Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de direito administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988 sistema tributário**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. Tese publicada. São Paulo: Dialética, 2001. 159p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Parcerias na administração pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

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

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico.** São Paulo: Malheiros, 2006. p. 300-316.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo.** 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Direito administrativo econômico.** São Paulo: Malheiros, 2000. p. 99-139.

MORAES, Bernardo Ribeiro. **A taxa no sistema tributário brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo:** parte introdutória, parte geral e parte especial. 14. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PAULSEN, Leandro. **Direito tributário.** 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PIRES, José Cláudio Linhares; PICCININI, Maurício Serrão. **A regulação dos setores de infra-estrutura no Brasil. A economia brasileira nos anos 90.** Organizadores Fábio Giambiagi e Maurício Mesquita Moreira. Rio de Janeiro: BNDE, 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador.** São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. **Direito administrativo econômico.** São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico.** São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Fundamentos de direito público e privado.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

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

TESES E DISSERTAÇÕES

MENEZES, Joyceane Bezerra. **Reforma administrativa de 1995 e participação democrática: o papel das agências reguladoras do serviço público do usuário**. Recife, 2004.

SABOYA, Pedro. **Constituição Econômica e agências reguladoras: reflexão sobre as agências reguladoras e a interpretação do estado na economia**. Fortaleza: Unifor, 2004.

ARTIGOS NA INTERNET

CONSENSO DE WASHINGTON. Disponível em: <<http://www.cefetsp.br/edu/eso/globalizacao/consenso.html>>. Acesso em: 01 ago. 2010.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Do Estado patrimonial ao gerencial**. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/2000/00-73EstadoPatrimonial-Gerencial.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2010.

_____. Exposição de motivos para a Emenda Constitucional Administrativa. Brasília: GAB/MARE, 11 ago. 1995. Disponível em: <.....>. Acesso em: 25 jul. 2010.

LEGISLAÇÃO:

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição República Federativa do Brasil**. Brasília, Senado Federal, 1988.

_____. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.

_____. Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional.

_____. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Brasília: Congresso Nacional.

_____. Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional.

REVISTA

SAMPAIO JUNIOR, Tércio. Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade. **Revista tributária e finanças**, São Paulo, ano 8, n.º 35, p. 30-45, nov./dez. 2000.

TUROLLA, Frederico Araujo. **Participação social na definição de tarifas**. Revista de Regulação. Fortaleza: ABAR/ARCE, 2007, 256p.

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](#)