

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

FACULDADE DE DIREITO

**O CONTROLE JUDICIAL DA REGULAÇÃO – O CASO DO SETOR
ELÉTRICO**

Brasília, 2009

GUILHERME HENRIQUE DE LA ROCQUE ALMEIDA

O CONTROLE JUDICIAL DA REGULAÇÃO – O CASO DO SETOR ELÉTRICO

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do grau de MESTRE EM DIREITO.

Área de concentração: Direito, Estado e Constituição
Linha de Pesquisa 2: Direito, Estado e Economia

Orientador
Prof. Dr. Márcio Iorio Aranha

Brasília, 2009

GUILHERME HENRIQUE DE LA ROCQUE ALMEIDA

**O CONTROLE JUDICIAL DA REGULAÇÃO – O CASO DO SETOR
ELÉTRICO**

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Luiz Gustavo Kaercher Loureiro (Faculdade de Direito - UnB - titular)

.....

Prof. Dr. Paulo José Leite Farias (IDP - titular)

.....

Prof. Dr. Marcio Iorio Aranha (Faculdade de Direito - UnB - orientador)

.....

Prof. Dr. Marcus Faro de Castro (Faculdade de Direito - UnB - suplente)

.....

À minha esposa Patrícia, sem a qual nada disso teria sido possível.

Agradeço a todos que de alguma forma contribuíram para a conclusão dessa dissertação, em especial aos professores do Curso de Mestrado em Direito da Universidade de Brasília, cuja dedicação e preparo merecem ser destacados.

Agradeço também aos servidores da Secretaria do Mestrado da UnB pela forma atenciosa como sempre me atenderam.

Agradeço aos colegas de mestrado que contribuíram com sugestões e palavras de incentivo.

Finalmente, agradeço ao meu orientador, cuja inteligência e cultura serviram de inspiração para a realização deste trabalho.

“Os indivíduos têm direito à igual consideração e ao igual respeito no projeto e na administração das instituições políticas que os governam.”

(DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério)

RESUMO

Em decorrência de sérias restrições fiscais e de outros motivos expostos no curso da presente dissertação, o Estado brasileiro, a partir do final do século passado, implementou significativas modificações nos mecanismos utilizados para a prestação de serviços públicos. Houve um processo de desestatização, que englobou a privatização de ativos e a delegação em larga escala da prestação desses serviços.

Apesar de ter se afastado da prestação direta de serviços públicos, o Estado não abriu mão da titularidade desses serviços nem deixou de ser responsável, em última instância, pela prestação de serviços públicos adequados. Nesse contexto, a função regulatória adquiriu um vulto significativo dentre aquelas desempenhadas pelo Poder Público.

Por via de consequência, foi introduzida no ordenamento pátrio a figura da agência reguladora, dotada de competências e atribuições específicas. Ao mesmo tempo, foram desenvolvidos institutos jurídicos adequados à regulação, o que acabou por configurar o advento do chamado Estado Regulador.

Tendo em vista a previsão constitucional de livre e amplo acesso ao Poder Judiciário sempre que houver lesão ou ameaça de lesão a direito, surgiu uma nova e relevante questão, relacionada ao controle judicial dos entes reguladores. Note-se que essa questão deve ser analisada sob o paradigma do Estado Regulador, o que leva à necessidade de previamente analisar esse modelo estatal.

Para viabilizar o estudo do controle judicial da regulação, preliminarmente, são abordados alguns conceitos fundamentais, tais como, os de regulação, Estado Regulador e agência reguladora. Em seguida, é analisado o papel do Poder Judiciário no âmbito desse Estado, em especial no que concerne ao controle dos atos regulatórios.

Finalmente, desenvolve-se um estudo de caso e de temas, que versa sobre o setor elétrico brasileiro. Referido setor foi escolhido devido à sua importância econômica, social e política, bem como por haver uma significativa quantidade de decisões judiciais sobre ele.

Com fulcro nos estudos desenvolvidos nesta dissertação, constata-se que o Poder Judiciário tem sido bastante atuante no que concerne ao controle da regulação. Até porque tem prevalecido no Brasil a opção pelo denominado “*adversarial regulatory style*”, que favorece a judicialização da regulação, em detrimento da chamada “*meta-regulation*”, que privilegia a adoção de meios alternativos de solução de conflitos.

Têm sido proferidas decisões versando sobre a estrutura e o funcionamento das agências reguladoras, mas, principalmente, sobre a validade e a correção de atos regulatórios praticados pelos entes competentes.

Referidas decisões judiciais procuraram compatibilizar a preservação de direitos individuais com a necessidade de implementar medidas exequíveis e que tendessem a produzir resultados satisfatórios. Nesse sentido, verifica-se que os magistrados buscaram aferir as consequências práticas das decisões adotadas, quer para os usuários, quer para os agentes econômicos, quer para o próprio modelo de delegação e regulação de serviços públicos implementado no Brasil. Em seguida, os juizes realizaram uma análise levando em conta as consequências previstas para suas decisões, além de argumentos tanto principiológicos quanto de política, visando preservar os direitos dos consumidores sem afrontar os parâmetros sobre os quais se assentada o modelo de delegação de serviços públicos implantado no Brasil.

Por fim, conclui-se que o grau de legitimidade e aceitação das decisões judiciais que versem sobre regulação depende, em última análise, da consideração dos diversos interesses e direitos envolvidos e da capacidade dos magistrados de proferirem decisões que, ao mesmo tempo, privilegiem a segurança jurídica e o respeito aos direitos fundamentais.

Com esse desiderato, os magistrados se defrontam com o desafio de proferir decisões que sejam não só corretas do ponto de vista jurídico, mas também sejam adequadas sob o ponto de vista técnico. Além disso, o discurso de aplicação utilizado pelos magistrados deve explicitar, de forma consistente, como os fundamentos da decisão judicial sob análise observaram os pressupostos do modelo regulatório implantado no Brasil.

Palavras-chave: Regulação. Estado Regulador. Entes reguladores. Delegação de serviços públicos. Poder Judiciário. Controle. Setor elétrico. *Adversarial Regulatory Style*. Argumentos de princípio e de política.

ABSTRACT

As a result of serious fiscal constraints and other reasons, as stated in the course of this dissertation, the Brazilian state, from the end of last century, has implemented significant changes in the mechanisms used to provide public services. There was a systemic process of denationalization, which included the privatization of assets and delegation by the state of large-scale provision of such services.

Despite having been away from direct provision of public services, the State still gets the ownership of these services or is also responsible, ultimately, for the provision of adequate public services. In this context, the regulatory function arose as a significant figure among those performed by the government.

As a result, a new public institution was introduced in the Brazilian public service laws, the regulatory agency, with specific responsibilities and duties. At the same time, legal institutions were developed appropriate to the regulation, which finally set the advent of the so called regulatory state.

In order to predict broad constitutional and free access to the Judiciary when any injury or threat of injury to right, a new and important issue came up, related to the judicial control of regulatory entities. Note that this should be analyzed under the paradigm of the regulatory state, which leads to the need to examine, previously, characteristics of this new state model.

To facilitate the study of judicial control of regulation, preliminarily, some fundamental concepts are addressed such as those of regulation, regulatory state and regulatory agency. Then, the role of the judiciary within that State is analysed, in particular concerning the control of regulatory acts.

Finally, a case study is developed, which is about the Brazilian electricity sector. Such industry was chosen because of its economic social, and political importance, as well as its significant amount of judicial decisions on it.

Based in the studies developed in this dissertation, it is feasible to assert that the Judiciary has been very active with respect to control of the regulation. So why have prevailed in Brazil the option for the called "adversarial regulatory style", which favours judicialization of regulation rather than the "meta-regulation", which favours the adoption of alternative means of resolving disputes.

Relevant decisions have been made on the structure and functioning of regulatory agencies, but mainly on the correctness and validity of acts performed by the regulatory entities.

Those judgments sought to reconcile the preservation of individual rights with the need to implement workable measures and that tended to produce satisfactory results. Accordingly, it appears that the prosecutors sought to assess the practical consequences of decisions taken not only for economic agents and the users, but also for the own model of delegation and regulation of public services implemented in Brazil. Then it was identified that the judges perform an analysis taking into account the consequences referred to their decisions, in addition to arguments on both principle policy, to preserve the rights of consumers cope with the parameters on which the model of delegation of public services deployed in Brazil is based.

Finally, it is concluded that the degree of legitimacy and acceptance of judicial decisions that deal with regulation depends, ultimately, upon the consideration of diffuse interests and rights involved and the ability of judges to make decisions, while giving priority to both the legal security and the respect for fundamental rights.

With this goal, prosecutors are faced with the challenge to make decisions that are not only correct from a juridical perspective, but are appropriate under a more technical point of view. Moreover, the discourse of application used by judges must explain, consistently, the grounds for judicial review under the assumptions of the observed regulatory model implemented in Brazil.

Keywords: Regulation. Regulatory state. Regulatory entities. Delegation of public services. Judiciary. Control. Electricity sector. Adversarial Regulatory Style. Policy and principle argument.

SUMÁRIO

Introdução	14
Capítulo 1 – O Estado Regulador	
1.1 Considerações preliminares	25
1.2 O conceito de regulação	27
1.3 O Estado Regulador	
1.3.1 Antecedentes históricos	38
1.3.2 O advento do Estado Regulador	49
1.3.3 O conceito de Estado Regulador	55
1.4 A desregulação e a re-regulação	62
1.5 As agências reguladoras	
1.5.1 Histórico	67
1.5.2 Natureza jurídica	83
1.5.3 Competências	88
1.5.4 Organização	101
1.5.5 Desafios e problemas enfrentados	103
1.6 A outorga e a delegação da prestação de serviço público	
1.6.1 Considerações iniciais	120
1.6.2 A concessão de serviços públicos	123
1.6.3 A permissão de serviços públicos	125
1.6.4 A questão da autorização	126
1.6.5 Outras formas de delegação de serviços públicos	129
1.6.6 A relação jurídica entre usuários e prestadores de serviços públicos	131

Capítulo 2 – O Poder Judiciário no Estado Regulador

2.1 O papel do Judiciário para a concretização dos direitos fundamentais	135
2.2 A relação entre os entes reguladores e o Poder Judiciário no âmbito do Estado Regulador	
2.2.1 A experiência internacional	140
2.2.2 O caso brasileiro	146
2.2.3 O papel do Poder Judiciário na configuração dos entes reguladores	155

Capítulo 3 – O controle judicial da regulação – um estudo de caso e de temas no

setor elétrico brasileiro

3.1 O setor elétrico brasileiro	
3.1.1 Os agentes que atuam nesse setor	165
3.1.2 A estrutura do setor	172
3.2 A suspensão do fornecimento aos usuários inadimplentes	174
3.3 O caso do “apagão” - A Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 9	181
3.4 A revisão judicial das tarifas	188
3.5 Uma análise conjunta dessas decisões	196
Considerações finais	202
Referências bibliográficas	210

INTRODUÇÃO

Os serviços públicos¹ são prestações materiais essenciais à fruição dos direitos fundamentais² e indispensáveis à dignidade humana³. Diante disso, observa-se que, em um primeiro momento, o Estado assumiu a sua prestação.⁴

Posteriormente, premido por sua incapacidade para realizar os investimentos adequados no setor de infraestrutura, em decorrência principalmente da crise fiscal, o Estado

¹ Não se desconhece que, consoante apontado por COLSON, o conceito de serviço público é um dos mais controversos do Direito contemporâneo. (COLSON, Jean-Philippe. **Droit public économique**. 3ª ed. Paris: LGDJ, 2001.)

Contudo, considerando que o significado deste conceito não está no centro das discussões encetadas nesta dissertação, optou-se por utilizar um conceito de serviço público considerado adequado e não realizar maiores análises dessa questão. Assim, será utilizado o seguinte conceito de serviço público formulado por ARAGÃO: “*atividade de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocada pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhada diretamente ou por meio de seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade.*” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 156.)

A seguir, são indicadas algumas leituras para os interessados em uma análise mais detida desse conceito. Para um conceito clássico e com fundamento sociológico de serviço público, ver DUGUIT, Leon. **Las transformaciones generales del Derecho**. Trad. Adolfo G. Posada e Ramón Jaén. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2001. pp. 36 e ss.

Para um conceito fortemente calcado no de DUGUIT, pois ressalta o caráter material do serviço público, consistente no atendimento a uma necessidade considerada essencial pela sociedade, ver LIMA, Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 5ª ed. São Paulo: RT, 1982. p. 82. Em sentido semelhante, ver GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 130.

Para uma concepção fundada nos critérios funcional, subjetivo e relativo ao regime jurídico diferenciado, ver COUTO E SILVA, Almiro do. **Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público à brasileira?** Revista de Direito Administrativo. vol. 230. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 47.

Para uma concepção muito ampla, que praticamente equipara serviços públicos às atividades desenvolvidas pela Administração Pública, ver MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. pp. 284 e ss.

Finalmente, para um conceito que associa a essencialidade do serviço com o regime de direito público, ver JÈZE, Gaston. **Les principes généraux du Droit Administratif**. Paris: M. Giard & Brière Libraries-Éditeurs, 1914. pp. 241 e ss.

² Nesse sentido, ver, por exemplo, ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 531.

³ GRAU acentua que a dignidade humana é expressamente considerada pela Constituição Federal vigente como fundamento da República Federativa do Brasil, no seu art. 1º, III, e como fim da ordem econômica, uma vez que o *caput* do art. 170 estabelece que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna. Considerando que a ordem econômica constitucional rege não só as atividades econômicas em sentido estrito mas também os serviços públicos, percebe-se que, em consonância com a Constituição de 1988, os serviços públicos devem ser prestados visando garantir a dignidade humana. (GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 80 e ss.)

⁴ Conforme ressaltado por SARLET, compete ao Estado não só preservar a dignidade dos cidadãos, mas também promovê-la. Afinal, dificilmente o indivíduo isolado pode satisfazer suas próprias necessidades, necessitando para isso, via de regra, o concurso do Estado e da Sociedade. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. pp. 48 e 49)

brasileiro procurou, a partir do Programa Nacional de Desestatização, implantado pela Lei nº 8.031/1990⁵, implementar novos mecanismos de oferta de serviços públicos.

Afastando-se gradualmente da prestação direta desses serviços⁶, o Poder Público reservou para si as atividades de regulação e de fiscalização, que passaram a ser exercidas basicamente por agências criadas por lei. A prestação desses serviços, agora realizada, via de regra, por terceiros estranhos à Administração, concretizou-se mediante a celebração de contratos de concessão ou de permissão e da edição de atos de autorização⁷, em consonância com o disposto nos arts. 21, XI e XII, e 175 da Constituição Federal vigente.⁸

Nesse sentido, como frisou BARBOSA GOMES⁹:

O que é certo é que esse fenômeno de mutação constitucional, desencadeado pelas mudanças estruturais por que passou a sociedade, teve como consequência, no plano das instituições políticas, o surgimento do

⁵ Revogada pela Lei nº 9.491, de 09/09/1997.

⁶ É interessante notar que, em outro contexto histórico, DUGUIT já afirmava que os serviços públicos são organizados pelos governantes, funcionam sob sua intervenção e devem ter por eles assegurado seu funcionamento sem interrupção, ainda que sejam prestados por entidades descentralizadas da sua Administração Indireta ou delegados privados por meio do instituto da concessão. (DUGUIT, Leon. **Las transformaciones generales del Derecho**. Trad. Adolfo G. Posada e Ramón Jaén. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2001. pp. 36 e ss.)

⁷ A questão da “autorização de serviços públicos” será analisada no final deste capítulo.

⁸ “Art. 21. *Compete à União:*

(...)

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

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens;

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária;

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;”

“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.”

⁹ BARBOSA GOMES, Joaquim Benedito. **Agências Reguladoras: a metamorfose do Estado e da Democracia. Uma reflexão de Direito Constitucional e Comparado**. In BINENBOJM, Gustavo (coord.). **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Lúmen Júrís, 2006. pp. 21 e ss.

imperativo de mudança nas formas de exercício das funções estatais clássicas. O fenômeno da Regulação, tal como concebido nos dias atuais, nada mais representa, pois, do que uma espécie de corretivo indispensável a dois processos que se entrelaçam. De um lado, trata-se de um corretivo às mazelas e às deformações do regime capitalista. De outro, um corretivo ao modo de funcionamento do aparelho do Estado engendrado por esse mesmo capitalismo.

Com fulcro na experiência internacional¹⁰, constata-se que essa alteração na atuação estatal também decorreu de várias outras causas¹¹, as quais, posteriormente, serão analisadas em detalhes nesta dissertação. Neste momento, cabe destacar apenas a relevância do papel desempenhado pelos fatores políticos e ideológicos¹², pela adoção do chamado Princípio da Subsidiariedade¹³ e pela opção por um modelo centrado na concorrência, em detrimento do modelo monopolista que até então preponderava.

A introdução desse novo modelo de Estado, denominado Estado Regulador, acarretou mudanças significativas tanto no ordenamento jurídico quanto na estrutura funcional do aparelho estatal. As modificações na esfera jurídica estão relacionadas à implantação no Brasil de institutos do “direito global”, acarretando, no entendimento de SUNDFELD, gradativas e profundas alterações no nosso ordenamento¹⁴. Como exemplo desse processo, pode ser citada a implementação das agências reguladoras.

¹⁰ No âmbito desta dissertação, as referências internacionais serão sempre referidas ao Ocidente, especialmente à Europa e aos Estados Unidos.

¹¹ SOUTO lembra que também na Europa a desestatização teve várias causas. “*Na Inglaterra, a privatização foi uma opção mais filosófica, consistente em definir que não cabe ao Estado produzir riqueza, gerar lucros e exercer atividades econômicas. Este papel deveria caber à iniciativa privada, que o faria com maior eficiência. Buscou-se, ainda, libertar o Governo das pressões sindicalistas e corporativas.*” Na França, buscou-se “*democratizar o patrimônio público constituído pelas estatais, através de um sistema de venda pulverizada de suas ações, permitindo ao pequeno poupador particular influir na condução dos negócios do país. Tinha-se em mente, também, dar vida ao setor privado como força motriz do crescimento econômico, retirando o Estado do setor industrial competitivo.*” (SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 4)

¹² Segundo ARIÑO ORTIZ, a opção pela prestação direta de serviços públicos pelo Estado foi motivada, em larga medida, pela ideologia socialista latente na concepção de serviço público elaborada por Duguit. (ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **La Regulación Económica – Teoría y Práctica de la Regulación para la Competencia**. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma – Centro de Estudios sobre la Regulación Económica, 1996. pp. 22 e ss.)

¹³ Conforme exposto por SOUTO, referido Princípio estabelece que o Estado deve intervir apenas de forma subsidiária em relação à iniciativa privada, ou seja, somente quando os agentes privados não estiverem aptos ou interessados em desempenhar determinada atividade. (SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 34)

¹⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. **A administração pública na era do direito global**. In SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direito Global**. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 137.

No período compreendido entre a metade da década de 1990 e os dias de hoje¹⁵, como se verá a seguir, a desestatização¹⁶ empreendida no Brasil favoreceu a ampliação qualitativa e quantitativa dos serviços prestados por agentes econômicos delegados.¹⁷

No setor elétrico, os indicadores de continuidade¹⁸, que são um dos principais instrumentos para aferir a qualidade dos serviços prestados, têm apresentado considerável melhora nos últimos 12 anos.¹⁹

Simultaneamente, observa-se que o número de pessoas que dispõem de energia elétrica em suas residências tem aumentado nos últimos 12 anos²⁰, tendo passado de

¹⁵ Optou-se por trabalhar com dados a partir de 1995, quando disponíveis, tendo em vista que esse ano marca o início efetivo da desestatização no Brasil.

¹⁶ Por desestatização, compreende-se tanto a privatização (alienação de ativos) quanto a delegação da prestação de serviços (mediante concessão, permissão ou autorização).

¹⁷ Por fugir aos propósitos desta dissertação, não serão avaliados ganhos de eficiência possivelmente decorrentes da desestatização. Apenas serão fornecidos dados para demonstrar a ampliação do rol de consumidores, sem que haja a intenção de comparar com o que poderia ter ocorrido se não tivesse havido a desestatização.

¹⁸ Ao fixar os requisitos que devem ser observados pelos prestadores de serviços, concessionários ou permissionários, o art. 6º da Lei nº 8.987/1995, a seguir transcrito, definiu a continuidade como uma das condições que devem ser atendidas para que o serviço seja considerado adequado. Ademais, a continuidade do fornecimento de energia elétrica é vital, tanto para os consumidores residenciais, quanto para os comerciais, industriais ou prestadores de serviço, uma vez que as interrupções nesse fornecimento podem danificar equipamentos e ensejar a perda de bens perecíveis. Deve-se sopesar, ainda, o fato de que esse indicador permite uma avaliação objetiva do serviço prestado, ao contrário do que ocorre, por exemplo, com a cortesia na sua prestação. Finalmente, cabe ressaltar que esse dado é público, sendo informado nas contas recebidas pelos usuários. Com fulcro nessas considerações, entende-se que o índice de continuidade é um bom indicador da qualidade do serviço prestado.

“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.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

§ 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e,

II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.”

¹⁹ Segundo dados disponíveis no site da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, em 1996, os consumidores residenciais, industriais e comerciais ficavam, em média, 26,09 horas sem energia elétrica durante um mês. Na mesma época, havia, também em média, 21,91 interrupções no fornecimento de energia elétrica no período de um mês. Em 2007, o número médio de horas em que os consumidores ficaram sem energia elétrica caiu para 16,08, o que equivale a uma redução de 38,37 %. No mesmo ano, foram registradas, em média, 11,72 interrupções no fornecimento dessa energia, o que corresponde a uma redução de 46,51%.

²⁰ Segundo dispõe o art. 10 da Resolução nº 223/2003 da ANEEL, até 2015, os concessionários ou permissionários de distribuição de energia elétrica, assim considerados os titulares de concessão ou permissão federal para explorar a prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica, deverão atender a todos os pedidos de nova ligação para fornecimento de energia elétrica a unidades consumidoras com carga instalada menor ou igual a 50 kW, em tensão inferior a 2,3 kV, ainda que seja necessária a extensão de rede de tensão inferior ou igual a 138 kV, sem ônus para o solicitante. Caso essa meta seja atingida, terá sido universalizada a

158,9 milhões de pessoas em 1995 para 186,8 milhões em 2007. Nesse mesmo período, o consumo residencial de eletricidade passou de 63.581 GWh para 85.810 GWh.²¹

De forma similar, observou-se o crescimento da base de assinantes no setor de telefonia²². Em 1995, havia 13,3 milhões de telefones fixos²³ de uso individual²⁴ e 1,4 milhão de telefones celulares. Já em 2006, havia 38,8 milhões de telefones fixos de uso individual e 99,9 milhões de telefones celulares.²⁵

Contudo, observa-se que essa expansão foi acompanhada por um expressivo volume de demandas, judiciais e extrajudiciais, envolvendo entes reguladores, concessionárias, permissionárias e usuários.

Na esfera judicial, segundo o “Perfil das maiores demandas judiciais do TJERJ”, publicado em 2004, entre janeiro de 2002 e abril de 2004, tramitaram nos juizados especiais 714.081 ações, das quais 320.589 envolviam 16 empresas, entre concessionárias de serviços públicos e entidades do setor financeiro.²⁶

distribuição de energia elétrica a todas as residências brasileiras. Atualmente, segundo a ANEEL, mais de 99% dos municípios brasileiros dispõem de luz elétrica.

²¹ Dados constantes do site do Ministério das Minas e Energia – MME.

²² O Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (FUST) foi instituído pela Lei nº 9.998/2000, visando promover a universalização de serviços de telecomunicações. Entre suas fontes de receita, a mais significativa é a contribuição de 1% sobre a receita operacional bruta das operadoras decorrente da prestação de serviços de telecomunicações nos regimes público e privado. A segunda fonte de recursos em materialidade é proveniente da outorga dos serviços de telecomunicações.

Por meio do Decreto nº 6.039/2007, foi aprovado o Plano de Metas de Universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado para Instituições de Assistência às Pessoas com Deficiência Auditiva (PMU – I), cujo Termo de Obrigações somente foi assinado em 5/9/2007, tendo por signatários o Ministério das Comunicações, a Anatel e as Concessionárias de Telefonia Fixa.

Segundo o Tribunal de Contas da União, em 2007, o saldo do Fust já alcançava R\$ 5,39 bilhões. A Lei Orçamentária Anual relativa àquele ano, por seu turno, previu aplicações no Programa de Universalização dos Serviços de Comunicações no montante de R\$ 9.500.000,00. Do total programado, apenas R\$ 787.693,00 foram empenhados e liquidados, o que corresponde a 0,015% do saldo do fundo. Assim sendo, constata-se que o Programa de Universalização dos Serviços de Comunicações ainda não foi efetivamente implementado. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Relatório sobre as contas do Governo da República – Exercício de 2007**. Brasília: TCU, 2008.)

²³ O Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) é o serviço de telecomunicações que, por meio de transmissão de voz e de outros sinais, destina-se à comunicação entre pontos fixos determinados, utilizando processos de telefonia. São modalidades do Serviço Telefônico Fixo Comutado destinado ao uso do público em geral o serviço local, o serviço de longa distância nacional e o serviço de longa distância internacional. Dados disponíveis no site da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL.

²⁴ Foram considerados apenas os aparelhos em serviço, não tendo sido computados aqueles que, apesar de instalados, não estejam sendo efetivamente utilizados.

²⁵ Dados disponíveis no site da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL.

²⁶ FALCÃO, Joaquim. **Estratégias para a reforma do Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 21.

Note-se que esses processos não provocam impacto apenas nos juizados especiais, uma vez que, segundo PEREIRA JÚNIOR, nesse mesmo período, cada desembargador do TJERJ recebeu, mensalmente, cerca de 500 processos relativos a essas 16 empresas.²⁷

Esse quadro se manteve nos anos seguintes. Segundo dados coletados pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro²⁸, em 2005, as empresas mais acionadas nos juizados especiais daquele Estado foram Telemar, AMPLA, Vivo, LIGHT - Serviços de Eletricidades S/A, CLARO ATL - Algar Telecom Leste S. A. e Banco Itaú S.A., nessa ordem. Já em 2006, as empresas mais acionadas foram, respectivamente, Telemar, AMPLA, Vivo, LIGHT - Serviços de Eletricidades S/A, Banco Itaú S/A e CLARO ATL - Algar Telecom Leste S. A. Em 2007, as empresas mais acionadas foram Telemar, Ampla, Light, Banco Itaú, Vivo e Banco do Brasil. Nota-se que as empresas integrantes dessas listas são praticamente as mesmas, com predomínio das concessionárias de telefonia e de distribuição de energia elétrica.

Ademais, segundo estudo realizado pelo CEBEPEJ - Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, publicado na Revista dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul²⁹, predominam naqueles juizados as causas relativas às relações de consumo³⁰ e, dentre estas, as ações relativas às telecomunicações. Em segundo lugar, estão as transações comerciais, expressas em compra e venda de bens móveis e imóveis, bem como na prestação de serviços dos mais diversos.

²⁷ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Controle judicial da Administração Pública: da legalidade estrita à lógica do razoável**. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 33.

²⁸ Consoante informações disponíveis no *site* do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: www.tj.rj.gov.br.

²⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Revista dos Juizados Especiais**. Edição nº 45/46. dez/2005- abr/2006.

³⁰ Não se desconhece a existência de divergências doutrinárias a respeito da natureza jurídica da relação jurídica existente entre o usuário e o prestador de serviços públicos. No entanto, neste momento, será adotada a conceituação escolhida pelo autor da pesquisa em tela. As divergências citadas serão analisadas no primeiro capítulo desta dissertação.

A existência de grande número de demandas judiciais também é verificada no Distrito Federal. Segundo informações disponibilizadas pelo respectivo Tribunal de Justiça, entre janeiro de 2007 e maio de 2008, foram julgadas 301 ações relativas apenas à cobrança de tarifas pelas concessionárias de telefonia.³¹

No âmbito administrativo, no Estado de São Paulo, a Telefônica S.A. foi a empresa com maior número de reclamações fundamentadas registradas no Procon nos anos de 1998, 1999, 2000, 2001, 2004, 2006 e 2007³². Já no Distrito Federal, em 2007, as empresas com maior número de processos instaurados pelo Procon/DF³³ foram concessionárias de telefonia, a saber: Tele Centro-Oeste Celular S.A. - Vivo, Americel S.A., Brasil Telecom S. A. e Tim Celular.

Aduz-se que, segundo consta do Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor³⁴, as reclamações contra concessionários de serviços públicos respondem por aproximadamente 20% a 40% do total de reclamações registradas nos diversos Procons, dependendo da unidade federativa considerada.

A existência dessas demandas, além de indicar um elevado grau de insatisfação dos usuários desses serviços, parece apontar para o insucesso das agências reguladoras no desempenho de uma de suas atribuições básicas: a busca de solução para eventuais conflitos entre usuários e prestadores de serviços.³⁵ Esse possível fracasso contribuiria para a judicialização das relações jurídicas estabelecidas entre os prestadores de serviços e os usuários desses serviços.

Esse processo de judicialização apresenta dificuldades de várias ordens, desde questões práticas como a falta de varas especializadas e de uma estrutura de apoio

³¹ Pesquisa realizada na jurisprudência do TJDF por meio do *site*: www.tjdf.gov.br.

³² Dados disponíveis no *site* do Procon do Estado de São Paulo: www.procon.sp.gov.br.

³³ Segundo consta do *site* do Procon do Distrito Federal: www.procon.df.gov.br.

³⁴ As informações relativas a esse sistema estão disponíveis no *site* do Ministério da Justiça: www.mj.gov.br.

³⁵ Por exemplo, o art. 3º, V, da Lei nº 9.427/1996, atribui competência à ANEEL para dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores.

adequada até questões de cunho eminentemente teórico e jurídico, como a relativa aos limites do controle judicial dos atos discricionários praticados pelas agências reguladoras no exercício de suas competências.

Diante disso, torna-se relevante analisar o controle da regulação dos serviços públicos pelo Poder Judiciário, levando em consideração os parâmetros definidos pelo modelo do Estado Regulador. Com esse intuito, o trabalho foi desenvolvido em quatro etapas, a primeira das quais consiste na explicitação do paradigma desse Estado. Na segunda, aborda-se a relação teórica existente entre as agências reguladoras e o Poder Judiciário, em conformidade com o modelo estatal acima citado. Em seguida, é efetuado um estudo de caso e de temas, visando averiguar de que forma essa relação se manifesta na prática. Finalmente, é feito um estudo comparativo do modelo teórico com aquele que foi empiricamente verificado.

A assunção de que a análise empreendida nesta dissertação deveria observar essas etapas teve implicações diretas na estrutura deste trabalho, que foi dividido em três capítulos. No primeiro, é analisado o Estado Regulador, o qual constitui a âncora conceitual desta dissertação, o paradigma sob o qual será avaliada a relação teórica entre os entes reguladores e o Judiciário.

Para possibilitar a compreensão desse modelo de Estado, o primeiro capítulo foi dividido em seis partes. Na primeira, busca-se traçar o contexto no qual esse modelo foi implementado em nosso país. Tendo em vista que a caracterização de um Estado como Regulador depende diretamente do conceito de regulação utilizado, a segunda parte desse capítulo será dedicada ao estudo desse conceito.³⁶ Uma vez esclarecida essa relevante questão conceitual, são estudados o conceito, os antecedentes e o advento do Estado Regulador. Em seguida, são analisados dois movimentos aptos a produzir um considerável impacto na estrutura desse modelo estatal, quais sejam, a desregulação e a re-regulação.

³⁶ Como se verá nesse capítulo, o conceito de regulação é plurívoco.

Finalizando esse primeiro capítulo, são abordados dois temas fundamentais para o desenvolvimento desta dissertação: os entes reguladores, que, no caso brasileiro, adotaram a forma das agências reguladoras, e a delegação da prestação de serviços públicos, que é objeto da regulação e do controle judicial.

A abordagem das agências reguladoras leva em conta as origens históricas desses entes. No Brasil, consoante será analisado em detalhes posteriormente, esses entes tiveram nítida inspiração no modelo norte-americano. Procura-se, ainda, abordar as características e a natureza jurídica dessas agências, além dos problemas e desafios com os quais elas se defrontam.

Avalia-se que uma caracterização adequada das agências reguladoras, do ponto de vista jurídico, é essencial para o estudo da relação existente entre elas e o Poder Judiciário.

Finalmente, são submetidos a exame os mecanismos utilizados para viabilizar a delegação da prestação de serviços públicos e para permitir a regulação de atividades privadas, como as autorizações, e a relação jurídica existente entre os prestadores de serviços públicos e os usuários desses serviços.

O segundo capítulo será dedicado ao estudo do Poder Judiciário no contexto do Estado Regulador. Preliminarmente, são tecidas considerações tidas como essenciais sobre o papel desse Poder para a concretização dos direitos fundamentais, com base nas teses desenvolvidas por Ronald Dworkin.

Em seguida, é discutida a relação existente, no plano teórico, entre esse Poder e os entes reguladores. Para tanto, tendo em vista que as agências norte-americanas serviram de inspiração para os entes reguladores brasileiros, preliminarmente é analisada a experiência norte-americana de controle judicial da regulação. Em seguida, são abordadas algumas questões consideradas fulcrais, como a inafastabilidade do controle judicial no

Direito brasileiro e seus impactos na atuação do Judiciário no que concerne à regulação. Finalmente, são abordados os critérios que devem ser adotados e os limites que devem ser observados por esse controle.

O terceiro capítulo versa sobre um estudo de caso e de temas, realizado com o fito de estabelecer qual é a relação desenvolvida pelos entes reguladores e pelo Poder Judiciário na prática cotidiana.

Optou-se por analisar as decisões judiciais relativas ao setor elétrico, tendo em vista sua importância econômica e social, a quantidade de decisões judiciais relevantes já proferidas³⁷ e os vários direitos fundamentais envolvidos na prestação dos serviços a ele relacionados.³⁸

A importância econômica do setor elétrico pode ser constatada pela correlação existente entre o crescimento do Produto Interno Bruto – PIB e a expansão do consumo de energia elétrica. Consoante explicitado no Plano Decenal de Expansão de Energia³⁹ relativo ao período 2008-2017, para sustentar um crescimento anual médio do PIB de 5% será necessário viabilizar um aumento anual médio do consumo de energia elétrica de 5,5%. Dito de outra forma, a cada 1% de crescimento do PIB corresponde um acréscimo de 1,1% na demanda por energia elétrica.

Cabe destacar que, mantida essa previsão de incremento do PIB, o crescimento anual médio do consumo de energia elétrica em residências deverá ser de 5,3%, o

³⁷ O Poder Judiciário já proferiu decisões sobre questões fulcrais relativas ao setor elétrico, tais como:

a) suspensão de fornecimento de energia elétrica a consumidores inadimplentes: STJ - Resp nº 1.040.147/RS, nº 829.892/RS, nº 845.296/RS e nº 1.026.639/SP, entre outros;

b) estabelecimento de limites compulsórios de consumo: STF – ADC - MC nº 9/DF - Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade.

³⁸ Por exemplo, a geração de energia produz impactos variados sobre o meio ambiente e, por via de consequência, afeta o direito ao meio ambiente saudável previsto no art. 225 da Constituição Federal, **verbis**:

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

³⁹ O Plano Decenal de Expansão de Energia – PDE é formulado anualmente pela Empresa de Pesquisa Energética – EPE, visando orientar ações e decisões voltadas para equilibrar as projeções de crescimento econômico do país, a demanda estimada de energia e a necessária expansão da oferta, de forma técnica, econômica e ambientalmente sustentável. Ele está disponível para consulta no *site* da EPE: www.epe.gov.br.

que é explicado pela maior disponibilidade de renda para gastos com a energia necessária para pôr em funcionamento os diversos aparelhos existentes nessas residências.

Tendo em vista que essa dissertação não se destina a especialistas no setor elétrico, a primeira parte desse capítulo está dedicada a uma sucinta apresentação desse setor. Em seguida, são analisados um caso e dois temas considerados emblemáticos: o caso do racionamento de energia (popularizado pela mídia com o nome de “apagão”) e os temas do corte de fornecimento de energia elétrica aos usuários inadimplentes e da avaliação judicial da revisão tarifária.

Posteriormente, são elaborados comentários sobre os resultados desse estudo.

Encerrando esta dissertação, são tecidas considerações finais sobre as questões abordadas ao longo deste trabalho e indicadas possíveis oportunidades para novos estudos acadêmicos.

São adotadas as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Saliente-se que a pesquisa documental versará principalmente sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF e do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Cabe salientar, em relação às decisões analisadas no último capítulo desta dissertação, que a suspensão do fornecimento de energia elétrica aos usuários inadimplentes já foi objeto de reiteradas decisões do STJ, as quais abordaram diversos ângulos dessa questão⁴⁰. Já a decisão fundamental do caso do “apagão” foi adotada pelo STF quando do julgamento da ADC nº 9 – DF. Por fim, em relação à revisão judicial das tarifas, serão pesquisadas decisões proferidas nas várias instâncias, sendo conferida especial ênfase aos julgados do STJ, tendo em vista o seu papel de uniformizador do entendimento a ser adotado em relação às leis federais.

⁴⁰ Algumas dessas decisões já foram citadas anteriormente. Outras serão mencionadas no capítulo 3 desta dissertação, quando os Acórdãos serão estudados de forma sistemática.

CAPÍTULO 1 – O ESTADO REGULADOR

1.1 Considerações preliminares

Conforme mencionado anteriormente, a partir da década de 1990, buscou-se implementar no Brasil um novo arranjo político-institucional, no âmbito do qual deveriam ser estabelecidos novos padrões de relacionamento entre o Estado, a sociedade civil e os agentes econômicos⁴¹. Em consonância com esse arranjo, o papel empreendedor do Estado foi reduzido e, ao mesmo tempo, foram gradativamente ampliadas suas funções reguladoras⁴².

O papel regulador do Estado foi ressaltado pela atual Constituição Federal, cujo art. 174 estabelece que *“como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”*

Segundo PEREIRA⁴³, a reforma que estava sendo promovida visava à consecução de quatro objetivos principais: reduzir o papel executor do Estado; redefinir o papel regulador estatal; recuperar a governança e aumentar a governabilidade.

Para reduzir o papel executor do Estado, recorreu-se à privatização^{44,45}, à

⁴¹ Nesse sentido, ver, por exemplo, JUSTEN FILHO, Marçal. **10 anos de Constituição: Uma análise**. São Paulo: IBDC, 1998. p. 130.

⁴² Note-se que o Estado brasileiro sempre deteve competências regulatórias, que eram exercidas em maior ou menor grau em conformidade com a orientação político-ideológica adotada pelos governantes. Esse entendimento é esposado, entre outros, por SALOMÃO FILHO, Calixto **Regulação da Atividade Econômica: Princípios e Fundamentos Jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2001. pp. 13 e 14.

⁴³ Entre outras, podem ser consultadas PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A Reforma do Estado nos anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle**. In **Cadernos MARE**. Brasília: Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1997. n° 1; **A Crise do Estado**. São Paulo: Nobel, 1991, e **Crise Econômica e Reforma do Estado no Brasil**. São Paulo: Editora 34, 1996.

⁴⁴ No âmbito desta dissertação, entende-se por privatização a alienação pelo Poder Público de direitos que assegurem, diretamente ou por meio de entidades controladas, preponderância nas deliberações sociais e poder para eleger a maioria dos administradores da sociedade privatizada. Note-se que, após a privatização, o Estado pode passar a possuir “golden shares”, que são ações que dão direito a vetar determinadas decisões adotadas pelo novo controlador. Esse conceito restrito de privatização é utilizado, entre outros, por DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. pp. 25 e 26.

Referida autora leciona que, em sentido amplo, privatização significa o conjunto de medidas adotadas visando reduzir o tamanho do Estado.

⁴⁵ Com o sentido restrito, a privatização está regulada pela Lei n° 9.491/1997.

publicização⁴⁶ e à terceirização⁴⁷. A redefinição do papel regulador estatal⁴⁸ objetivava permitir a substituição do Estado por entidades privadas ou públicas não estatais na prestação direta de serviços públicos.

A governança era entendida como a capacidade de o Estado implementar as políticas públicas julgadas convenientes e oportunas⁴⁹, a qual é diretamente proporcional às condições financeiras e administrativas do aparelho estatal.⁵⁰ Consequentemente, a recuperação da governança era compreendida como a retomada da capacidade estatal de tornar efetivas suas decisões. Com esse desiderato, deveria ser realizado um rigoroso ajuste fiscal e implementado um modelo gerencial de Administração Pública, em substituição ao modelo burocrático weberiano.

Note-se que o art. 174 de nossa Lei Maior, acima transcrito, prevê expressamente que o Estado planejará, fiscalizará e incentivará as atividades econômicas⁵¹.

⁴⁶ A publicização consiste na transferência de serviços sociais e científicos para o setor público não estatal. Nesse sentido, foram instituídas as Organizações Sociais (OS).

⁴⁷ A substituição de servidores e empregados públicos por terceirizados é considerada uma burla à exigência de concurso público para ingresso nos quadros da Administração, que está expressa no inciso II do art. 37 da Constituição Federal, o qual possui a seguinte redação:

“II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

O parágrafo único do art. 64 da Lei nº 9.995/2000 (Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2001) estabelece que:

“Parágrafo único. Não se considera como substituição de servidores e empregados públicos, para efeito do caput, os contratos de terceirização relativos a execução indireta de atividades que, simultaneamente:

I – sejam acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade;

II – não sejam inerentes a categorias funcionais abrangidas por plano de cargos do quadro de pessoal do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário, ou quando se tratar de cargo ou categoria extinto, total ou parcialmente.”

⁴⁸ Em um contexto de crise fiscal e aumento de demandas por parte da sociedade civil, a opção pela regulação observa a lógica exposta por MAJONE. Segundo esse autor, as restrições fiscais têm um impacto reduzido sobre a elaboração de normas reguladoras, pois o custo da regulação é absorvido por quem deve obedecê-la, não pelos entes reguladores estatais. Assim sendo, o Estado pode, em tese, prestar serviços adequados à população sem desembolsar recursos de que não dispõe. (MAJONE, Giandomenico. **Do Estado Positivo ao Regulador: Causas e Consequências de Mudanças no Modo de Governança**. Revista do Serviço Público. Brasília, nº 1, jan-mar de 1999. p. 10)

⁴⁹ A governança está relacionada com a eficácia da ação pública, uma vez que depende da efetiva implementação das políticas propostas.

⁵⁰ Nesse sentido, por exemplo, manifestou-se PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A Reforma do Estado nos anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle**. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Cadernos MARE, nº 1, 1997. pp. 40 e ss.

⁵¹ Avalia-se que a Constituição se refere à atividade econômica em sentido amplo, ou seja, englobando a atividade econômica em sentido estrito e os serviços públicos. Até porque faz referência aos setores público e

Infere que, ao assim atuar, o Estado estará simultaneamente observando o comando constitucional e aumentando a governança.

Finalmente, o aumento da governabilidade⁵², visualizada em sentido amplo como a compatibilidade entre as demandas sociais apresentadas ao Governo e a capacidade do Estado de processá-las, administrá-las e atendê-las, mediante a adoção das políticas públicas pertinentes.⁵³ Considerada em um sentido estrito, a governabilidade, segundo PEREIRA, relaciona-se à capacidade política para governar, a qual depende, em grande parte, da legitimidade angariada pelo Governo perante a sociedade.⁵⁴ Em suma, a governabilidade pode ser entendida como a capacidade de o Governo adotar as políticas públicas adequadas. Com fulcro nessas considerações, deduz-se que a baixa governabilidade decorre tanto da deficiência dos canais de comunicação estabelecidos entre a Sociedade Civil e o Estado quanto da falta de autoridade do Governo para obter a aquiescência às suas determinações.⁵⁵ Logo, o aumento da governabilidade depende de uma melhor intermediação de interesses, a qual decorre do aperfeiçoamento da democracia representativa e participativa, bem como do incremento da legitimidade dos governantes, o qual pode ser obtido por meio de um efetivo controle social das ações estatais.

O modelo estatal então proposto para o Brasil seria o do Estado Regulador, que será analisado a seguir.

1.2 O conceito de regulação

Antes de analisar o conceito de Estado Regulador, entende-se necessário explicitar o conceito de regulação que será utilizado nesta dissertação.

privado. Nesse sentido, ver GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 126 e ss.

⁵² A governabilidade está relacionada com a efetividade, uma vez que diz respeito à adequação dos resultados obtidos aos anseios da população.

⁵³ Em conformidade com DINIZ, Eli et al. (Org.). **Reforma do Estado no Brasil: Dilemas e Perspectivas**. Brasília: UnB, 1997. p. 25.

⁵⁴ Op. cit., p. 45.

⁵⁵ Ver DINIZ, Eli, op. cit., p. 31.

Segundo MOTTA, a origem do termo “regulação” remonta ao direito anglo-saxônico medieval, estando relacionada com o estabelecimento de padrões de comportamento que deveriam ser observados por algumas categorias profissionais, como as dos médicos, dentistas e veterinários. Posteriormente, esse termo foi apropriado por estudiosos da economia que buscavam reduzir os problemas causados pela existência de monopólios privados.⁵⁶ Nesse mesmo sentido, JUSTEN FILHO ressalta que, na doutrina econômica, pelo menos desde o final do Séc. XIX, a regulação era vista como a atividade estatal que visava suprir as falhas de mercado.⁵⁷

A partir dessas origens, a acepção do termo regulação foi sendo ampliada, a tal ponto que seu significado atual é bastante controverso. Na tradição norte-americana, a regulação consiste na utilização do poder estatal visando restringir ou controlar as decisões dos agentes econômicos visando à consecução do bem-comum.⁵⁸ Ressalte-se que, nos EUA, a regulação surge em um contexto de serviços essenciais (*public utilities*) prestados por entidades monopolistas⁵⁹. Assim sendo, havia a necessidade de uma atividade estatal que buscasse evitar ou, na pior das hipóteses, minimizar os abusos que poderiam ser cometidos por essas entidades.

Em conformidade com essa idéia, a Suprema Corte Norte-Americana, em 1877, quando do julgamento do caso *Munn x Illinois*, decidiu que o Estado de Illinois poderia

⁵⁶ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **A Regulação como Instituto Jurídico**. Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte: Fórum, ano I, nº 4, out./dez. 2003. pp. 183 e ss.

⁵⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 31.

⁵⁸ Nesse sentido, ver VISCUSI, W. Kip; VERNON, John M. e HARRINGTON JR., Joseph E. **Economics of regulation and antitrust**. 3ª ed. Massachusetts: The MIT Press, 2000. p. 297.

⁵⁹ Mesmo economistas liberais entendem que o Estado pode regular um determinado setor visando corrigir falhas de mercado, dentre as quais aquelas que decorrem da concentração econômica (oligopólio, monopólio ou monopólio). Nessas hipóteses, o ente regulador substituirá o livre mercado, na medida estritamente necessária, no que concerne à definição dos critérios de atuação dos agentes econômicos, à transmissão de sinais que facilitem a tomada de decisões por esses agentes, o estabelecimento de padrões de qualidade e segurança e a fixação de preços. Nesse sentido, ver ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Princípios de derecho público econômico**. 3ª ed. Granada: Comares Editorial, 2004. p. 603.

Para uma análise dessas falhas, ver NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2001. p. 138.

fixar o preço de armazenagem de grãos. Naquela ocasião, a Corte entendeu que o exercício de uma atividade privada que afete interesses gerais pode ser controlado.⁶⁰

Já na tradição anglo-saxã européia, PROSSER⁶¹ considera a regulação:

um conjunto de atos de controle e direção, de acordo com uma regra, princípio ou sistema, que se desenvolve por meio de normas legais e outras medidas de comando e controle, caracterizadores da intervenção pública que afeta a operação dos mercados e as decisões econômicas das empresas, normalmente pela restrição dos mercados.

Os também ingleses BALDWIN e CAVE esclarecem que:⁶²

a regulação econômica, em sentido amplo, significa uma influência deliberada do Estado sobre a atividade privada, de modo a alcançar determinados objetivos de caráter industrial ou social. A regulação pode pretender prevenir a ocorrência de resultados econômicos indesejáveis ou possibilitar a realização ordenada de certos empreendimentos.

No Brasil, a origem anglo-saxônica do termo “*regulation*” introduz um novo complicador, uma vez que ele é traduzido para o português como regulação ou regulamentação, cujos significados são distintos.⁶³

As diferenças entre regular e regulamentar foram apontadas por diversos autores. Para DI PIETRO⁶⁴, a regulação é o conjunto de regras de condução e controle da atividade econômica pública e privada e das atividades sociais não exclusivas do Estado, com a finalidade de proteger o interesse público. Já regulamentar equivaleria a editar regras jurídicas como competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo⁶⁵.

⁶⁰ Para VISCUSI *et alli*, esse julgamento serviu de fulcro para a regulação econômica de setores monopolistas, que visa proteger os consumidores. Obra citada. p. 301.

⁶¹ PROSSER, Tony. **Law and the Regulators**. Oxford: Clarendon Press, 1997. pp. 3 a 7.

⁶² BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. **Understanding regulation: theory, strategy and practice**. Oxford: University Press, 1999. pp. 1 e 2.

⁶³ Contudo, como lembra MEDAUAR, *regulation* não significa a edição de regulamentos, que é designada por *rulemaking*. MEDAUAR, Odete. **Regulação e auto-regulação**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, nº 228, abr/jun 2002. p. 124.

⁶⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 206.

⁶⁵ O art. 84, IV, da Constituição Federal estabelece que:

“Art. 84. *Compete privativamente ao Presidente da República:*

(...)

IV - *sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;*”

JUSTEN FILHO, por seu turno, considera que regulamentar é desempenhar função normativa infra-ordenada, detalhando as condições de aplicação de norma de cunho abstrato e geral.⁶⁶ Já o termo regulação teria a seguinte acepção⁶⁷:

A regulação econômico-social consiste na atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e realizar os direitos fundamentais.

Já AZEVEDO MARQUES defende que a regulação é uma atividade estatal de intervenção direta ou indireta, condicionadora, restritiva, normatizadora ou incentivadora da atividade econômica, que visa preservar a existência dessa atividade ao mesmo tempo em que busca assegurar o seu equilíbrio interno ou atingir determinados objetivos públicos como a proteção dos hipossuficientes ou a materialização das políticas públicas.⁶⁸

ARAGÃO⁶⁹, por sua vez, apresenta o seguinte conceito de regulação⁷⁰:

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

Finalmente, SUNDFELD entende que regulação é uma opção de política econômica, não um instituto jurídico. Assim sendo:⁷¹

enquanto espécie de intervenção estatal, manifesta-se tanto por poderes e ações com objetivos declaradamente econômicos (o controle de concentrações empresariais, a repressão a infrações à ordem econômica, o controle de preços e tarifas, a admissão de novos agentes no mercado) como por outros com justificativas diversas, mas efeitos econômicos inevitáveis (medidas ambientais, urbanísticas, de normalização, de disciplina das

⁶⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 15.

⁶⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

⁶⁸ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **A nova regulação dos serviços públicos**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, nº 228. p. 14.

⁶⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **As concessões e autorizações petrolíferas e o poder normativo da ANP**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, nº 282. p. 262.

⁷⁰ Note-se que ARAGÃO admite a existência de uma regulação direta da economia, a qual se vale de instrumentos jurídicos coercitivos, e de uma regulação indireta, que utiliza incentivos ou outros mecanismos não coercitivos. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. pp. 36 e 37)

⁷¹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Serviços públicos e regulação estatal**. In SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 23.

profissões etc). Fazem regulação autoridades cuja missão seja cuidar de um específico campo de atividades considerado em seu conjunto (o mercado de ações, as telecomunicações, a energia, os seguros de saúde, o petróleo), mas também aquelas com poderes sobre a generalidade dos agentes da economia (exemplo: os órgãos ambientais). A regulação atinge tanto os agentes atuantes em setores ditos privados (comércio, indústria, serviços comuns, enfim as “atividades econômicas em sentido estrito”), como os que, estando especialmente habilitados, operam em áreas de reserva estatal (prestação de “serviços públicos”, exploração de bens públicos” e de “monopólios” estatais).

Por entender que o conceito de regulação proposto por JUSTEN FILHO é o que melhor atende aos objetivos deste trabalho, ele será adotado nesta dissertação. Esse conceito, ao excluir a atuação estatal direta, ou seja, a produção e o fornecimento de bens e serviços diretamente pelo Estado, vai ao encontro daquele proposto por MOREIRA. Para esse último autor, a regulação é a intervenção estatal na economia por outras formas que não a participação direta na atividade econômica, equivalendo, portanto, ao condicionamento, coordenação e disciplina da atividade econômica privada.⁷²

Com fulcro nesse conceito, MOREIRA põe em relevo:

*duas idéias que se ligam no conceito etimológico de regulação: primeiro, a idéia de estabelecimento e implementação de regras, de normas; em segundo lugar, a idéia de manter ou restabelecer o funcionamento equilibrado de um sistema.*⁷³

A regulação pode ser setorial ou geral⁷⁴, sendo que essa última inclui as ações de proteção à concorrência⁷⁵ e ao consumidor.⁷⁶ Dito de outra forma, ela compreende

⁷² MOREIRA, Vital. **Autoregulamentação profissional e Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1997. pp. 34 e ss.

⁷³ Idem. Ibidem.

⁷⁴ Nesse sentido, pode-se citar, por exemplo, MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação Setorial e Autoridade Antitruste: a importância da independência do regulador**. In CAMPILONGO, Celso Fernandes; VEIGA DA ROCHA, Jean Cabral e LESSA MATTOS, Paulo Todescan (orgs.). **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002. pp. 96 e ss.

⁷⁵ Entre os autores que consideram a defesa da concorrência como uma forma de regulação econômica, pode-se citar DI PIETRO. Nesse sentido, ver DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 205.

⁷⁶ Entre os quais discordam desse entendimento, pode-se citar SALOMÃO FILHO, para quem existe uma diferença básica entre direito antitruste e regulação, a qual reside na forma de intervenção. Para esse autor, o direito antitruste seria essencialmente passivo, controlando a formação de estruturas e sancionando condutas, praticando atos tipicamente de fiscalização e controle. Já a regulação não se limita a isso, mas pode configurar uma intervenção ativa, preocupada com a criação da utilidade pública. (SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica – princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 31)

tanto as atividades de direção como as de indução, em conformidade com a classificação proposta por GRAU.⁷⁷

Ressalte-se, ainda, que o objetivo primordial da regulação deve ser a preservação de forma equilibrada dos interesses dos três atores envolvidos na prestação de serviços públicos: o prestador dos serviços (seja ele público ou privado), o Estado e o usuário desses serviços.

Entende-se que uma regulação eficiente contribui para melhorar a chamada “eficiência alocativa”, uma vez que, ao minimizar as falhas de mercado, ela reduz incertezas, riscos ou custos de transação⁷⁸. Contudo, isso não é o bastante. A regulação deve também visar a objetivos sociais.^{79,80}

Ademais, como acentua PROSSER, com fulcro no Direito Comunitário, os objetivos econômicos e sociais da regulação estão associados e não podem ser atendidos apenas com a observância da lógica econômica. Referido autor acrescenta que a regulação possui três objetivos distintos. O primeiro se refere às hipóteses de monopólio, quando o regulador emula o mercado, fixando preços e padrões de qualidade do serviço. O segundo, relacionado com situações diversas daquelas em que há concentração econômica, consiste no estímulo à concorrência e na sua defesa⁸¹. Já o terceiro objetivo está relacionado com a universalização dos serviços essenciais e a proteção do meio-ambiente.⁸²

⁷⁷ Segundo GRAU, o Estado intervém por direção quando exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório. Já a atuação por indução é marcada pela manipulação de instrumentos de intervenção em consonância com as leis de mercado. (GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 148 e ss)

⁷⁸ A transação é um evento que ocorre quando um bem ou serviço é transferido. Para realizar uma transação, incorre-se em custos anteriores (relativos a negociações prévias e definições das características do objeto transacionado) e posteriores (referentes ao monitoramento e à gestão do cumprimento do acordado pelas partes, além daqueles relativos a eventuais renegociações). Nesse sentido, ver WILLIAMSON, Oliver. **The economic institutions of capitalism**. New York: The Free Press, 1985. pp. 1 e ss.

⁷⁹ Nesse sentido, por exemplo, ver SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda e MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito econômico**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

⁸⁰ A universalização do acesso a serviços essenciais pode ser considerada como um objetivo social.

⁸¹ ARIÑO ORTIZ assevera que a regulação é o instrumento necessário para criar e preservar um ambiente de livre concorrência. (ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Princípios de derecho público econômico**. 3ª ed. Granada: Comares Editorial, 2004. p. 606)

⁸² PROSSER, Tony. **Theorising utility regulation**. Modern Law Review. vol. 62, mar. 1999. pp. 196 a 217.

Uma parcela da doutrina brasileira acolhe esse entendimento, especialmente quando se trata da regulação exercida em países em desenvolvimento. Essa é a posição, por exemplo, de COUTINHO⁸³ e de MARQUES NETO⁸⁴.

Retornando ao plano internacional, verifica-se que a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico - OCDE classifica a regulação em três grandes categorias.⁸⁵

A primeira categoria se refere à regulação econômica, a qual consiste na intervenção do governo nas decisões de mercado, tais como condições de entrada e saída, preços e grau de concorrência. MOREIRA sintetiza bem o conceito de regulação econômica quando assevera que ela corresponde *“ao estabelecimento e à implementação de regras para a atividade econômica destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado, de acordo com determinados objetivos públicos”*.⁸⁶

Já a segunda categoria corresponde à regulação social, que visa proteger interesses públicos relevantes, como, por exemplo, saúde, segurança e meio ambiente. Essa forma de regulação é também denominada de regulação mediata da economia, em contraposição à regulação econômica, acima exposta, que seria a regulação imediata;⁸⁷

Finalmente, a regulação administrativa, a qual engloba as exigências governamentais e as formalidades administrativas necessárias para assegurar a aplicação das normas.

⁸³ COUTINHO, Diogo Rosenthal. **A universalização do serviço público para o desenvolvimento como uma tarefa da regulação.** In SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.) **Regulação e desenvolvimento.** São Paulo: Malheiros, 2002. pp. 68 e 69.

⁸⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras: instrumentos do fortalecimento do Estado.** São Paulo: ABAR, 2003. p. 14.

⁸⁵ **The OECD Report on Regulatory Reform – Synthesis.** Paris: 1997. p. 6. Disponível em <http://www.oecd.org/dataoecd>.

⁸⁶ Obra citada. pp. 34 a 37.

⁸⁷ Nesse sentido, por exemplo, manifestou-se MONCADA, para quem na regulação social o Estado intervém sobre a economia, ao contrário do que ocorre na regulação econômica onde a intervenção ocorre na economia. (MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Econômico.** 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. p. 33)

A regulação utiliza diversos mecanismos⁸⁸, dentre os quais cabe destacar a criação ou a eliminação de barreiras à entrada e saída de mercados, visando estabelecer e preservar o grau de competitividade almejado. Uma das formas mais utilizadas para controlar o acesso aos mercados é vincular à prestação do serviço regulado às concessões, permissões ou autorizações, que são outorgadas por um prazo determinado e devem observar determinadas condições.

Também cumpre ressaltar o estabelecimento de tarifas, tendo em vista que o preço dos serviços influencia o comportamento dos agentes econômicos e serve de sinalização para a tomada de decisões. Esse instrumento, para ser eficiente, depende de uma correta estimativa do custo atual do serviço a ser prestado e do custo marginal de longo prazo do sistema. Já foi largamente utilizado no setor elétrico brasileiro, todavia, atualmente, são utilizados outros instrumentos, tais como a regulação por incentivo⁸⁹ com base na fixação de preços (tarifas) e receitas máximas, denominados *price and revenue cap*.⁹⁰ Esse último modelo é adotado, por exemplo, no caso das concessionárias de distribuição de energia elétrica em nosso país;

Outro mecanismo importante consiste na comparação de desempenho (*yardstick competition*), por meio da qual procura-se reproduzir um ambiente competitivo num cenário de monopólio natural. A remuneração do concessionário é definida por meio da comparação do desempenho dela com o de outras empresas. No Brasil, a ANEEL utiliza esse método no caso das distribuidoras de energia elétrica, utilizando como parâmetros empresas

⁸⁸ Para maiores detalhes, ver SALGADO, Lucia Helena. **Agências Regulatórias na experiência brasileira: um panorama do atual desenho institucional**. Texto para discussão. Rio de Janeiro: IPEA, 2003. pp. 19 e ss.

⁸⁹ No âmbito da regulação por incentivos, avalia-se que a definição de um preço teto para os preços médios da empresa, corrigidos por um índice do qual é subtraído um percentual equivalente a um fator X de produtividade, estimula a eficiência. Afinal, os ganhos de eficiência dos agentes econômicos são compartilhados com os usuários e, conseqüentemente, esses agentes se sentem estimulados a buscar um grau cada vez maior de eficiência. Esse modelo apresenta um grande desafio para os entes reguladores, qual seja, o de garantir o nível de qualidade desejado, cuja manutenção pode ser ameaçada pela tentativa dos concessionários de reduzir os respectivos custos para incrementar seus lucros.

⁹⁰ Essa sistemática teve origem no modelo RPI-X (*Retail Price Index*), introduzido inicialmente no setor de telecomunicação inglês.

fictícias, denominadas “empresas de referência”, cujo desempenho vai sendo otimizado ao longo do tempo.

É utilizada ainda a desverticalização das atividades, visando separar as que admitem um ambiente competitivo daquelas que são caracterizadas por um monopólio natural.⁹¹ No caso brasileiro, a tendência à desverticalização foi marcante durante a década de 1990, consoante apontado por PINHEIRO.⁹² Note-se que a desverticalização é um importante instrumento para inibir a práticas de condutas anti-concorrenciais por parte de agentes monopolistas ou oligopolistas que atuem de forma verticalizada. Essa importância é ainda maior no setor elétrico, tendo em vista que empresas verticalizadas podem, por meio de condutas consideradas abusivas, excluir do mercado aqueles agentes que atuam somente na geração ou na comercialização.⁹³

Importa, agora, estabelecer a relação existente entre regulação e poder de polícia. Afinal, um traço comum das definições de regulação acima citadas é a restrição ao exercício de direitos individuais, que é também o traço característico do poder de polícia.

O conceito de poder de polícia deve ser revisto e atualizado, consoante defendido por ARAGÃO⁹⁴, visando adequá-lo ao paradigma⁹⁵ do Estado Democrático de

⁹¹ Para POSNER, um monopólio natural ocorre quando os custos fixos são muito elevados em relação à demanda. Assim, se esses custos puderem ser diluídos por toda a produção do mercado, uma única firma fornecendo todo aquele produto poderá ter um custo médio de produção menor que o de duas firmas igualmente eficientes, cada uma das quais terá de incorrer nos mesmos custos fixos, mas terá de diluí-los por apenas metade da produção total. (POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. Boston: Little, Brown and Company, 1988. pp. 343 e 344)

⁹² PINHEIRO, Armando Castelar. **Reforma regulatória na infraestrutura brasileira: em que pé estamos**. In SALGADO, Lúcia Helena e MOTTA, Ronaldo Seroa da. **Marcos regulatórios no Brasil, o que foi feito e o que falta fazer**. Rio de Janeiro: IPEA, 2005. p. 45.

⁹³ Para maiores detalhes, ver ARAÚJO JR., José Tavares de. **A regulação econômica nos setores de infraestrutura no Brasil**. In SALGADO, Lúcia Helena e MOTTA, Ronaldo Seroa da. **Marcos regulatórios no Brasil, o que foi feito e o que falta fazer**. Rio de Janeiro: IPEA, 2005. p. 105.

⁹⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. pp. 33 e ss.

⁹⁵ Adota-se o seguinte conceito formulado por KUHN: em sua acepção sociológica, paradigma é um conjunto de crenças, valores e técnicas partilhadas pelos membros de uma dada comunidade. (KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 9ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2006. p. 220)

Ao apresentar os elementos fundamentais para a construção da nossa visão de mundo e de nós mesmos, inclusive no que concerne aos problemas a cuja solução devemos nos dedicar, o paradigma possibilita a comunicação intersubjetiva e delimita a nossa atuação concreta. Por via de consequência, o conceito de

Direito⁹⁶. Afinal, esse conceito remonta aos paradigmas anteriores⁹⁷, quando se admitia que a Administração possuía competência para conformar os direitos individuais em prol da consecução do interesse público.

paradigma é de suma importância não só para a compreensão das mudanças ocorridas na ciência, mas também para a análise da vida social e da política contemporâneas.

⁹⁶ Segundo o art. 1º da Constituição Federal de 1988, “*a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito*”.

⁹⁷ Segundo CARVALHO NETTO, com fulcro em uma visão simplificada do processo histórico, pode-se dizer que, durante toda a Antiguidade e a Idade Média, houve apenas um grande paradigma de Direito e de organização política. Já na Era Moderna, houve três grandes paradigmas: o Estado de Direito, o Estado do Bem-Estar Social e o Estado Democrático de Direito, os quais se sucedem, mediante um processo de superação. Cabe ressaltar que essa superação não é integral, no sentido de que remanesce no novo paradigma traços dos anteriores.

No âmbito do primeiro paradigma, o direito e a organização política encontravam fundamento em um amálgama normativo indiferenciado de religião, direito, moral, tradição e costumes transcendentalmente justificados, que essencialmente não se discerniam. O Direito era visto como a coisa devida a alguém, em razão de sua posição na hierarquia social, tida como absoluta e divinizada nas sociedades de castas. A justiça se realizava, sobretudo, pela sabedoria e sensibilidade do aplicador, que devia observar o princípio da equidade. Referido princípio significava a harmonia requerida pelo tratamento desigual que deveria reconhecer e reproduzir as diferenças, as desigualdades, absolutizadas da tessitura social. O Direito, portanto, se apresentava como ordenamentos sucessivos, consagradores dos privilégios de cada casta e facção de casta, reciprocamente excludentes, de normas oriundas da barafunda legislativa imemorial, das tradições, dos usos e costumes locais, aplicadas casuisticamente como normas concretas e individuais, não como um único ordenamento jurídico integrado por normas gerais e abstratas válidas para todos.

O advento do capitalismo, o desenvolvimento das práticas de investigação policial, a substituição da cosmologia feudal (fechada e hierarquizada) pela isonômica estrutura matemática dos átomos componentes do infinito universo da física de Galileu, as lutas de libertação religiosa e a separação entre religião, moral e direito conduziram à ruptura com o paradigma pré-moderno. (CARVALHO NETTO, Menelick de. **A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito**. In Cattoni, Marcelo (coord.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. pp. 34 e ss.)

No paradigma do Estado Liberal, o direito passa a ser compreendido como um sistema de normas gerais e abstratas a todos aplicáveis. Ademais, consoante CATTONI DE OLIVEIRA, ocorre a divisão em sociedade civil e sociedade política, representadas, respectivamente, pelas esferas privada (vida individual, família e mercado) e pública (cidadania política, representação política e negócios de Estado). (CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002)

O Estado deveria intervir o menos possível na esfera privada do indivíduo, compreendida como o espaço do direito privado. Assim, o cidadão poderia fazer tudo que não fosse proibido por lei. Já a sociedade política, composta por aqueles que podiam votar e ser votados (em conformidade com critérios censitários), formulava leis de caráter genérico e abstrato.

Verifica-se que esse paradigma se apoiava na separação dos poderes; em um sistema de freios e contrapesos, por meio do qual, cada poder limita os demais, e na instituição de direitos fundamentais de caráter individual, que limitavam a atuação estatal. Referidos direitos foram denominados de “primeira geração”. Para uma análise dessa questão, ver BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 525.

O paradigma do Estado Liberal garantia apenas formalmente a igualdade. Consequentemente, ele viabilizou um período de exploração dos trabalhadores nunca antes presenciado e não foi capaz de responder adequadamente às demandas por direitos sociais oriundas da sociedade. Essas foram as principais causas de seu desaparecimento.

CARVALHO NETTO esclarece que o paradigma do Estado do Bem-Estar Social definiu os direitos de segunda geração (direitos sociais e coletivos) e redefiniu os direitos de primeira geração. A liberdade deixou de ser o direito de fazer tudo o que não é proibido por leis mínimas, que são substituídas por uma plêiade de leis sociais e coletivas que possibilitam, no mínimo, o reconhecimento das diferenças materiais e o tratamento privilegiado do lado social ou economicamente mais fraco da relação. A legislação passou a tratar da igualdade tendencialmente material. (Obra e páginas citadas.)

Dessa competência, derivavam poderes não previstos em lei, cuja existência era legitimada pelo fim maior almejado, qual seja, a preservação da ordem e do interesse público.⁹⁸

Em um Estado Democrático de Direito, ao contrário, as leis atribuem competências à Administração Pública para exercer o poder de polícia, ao mesmo tempo em que permitem sua regulamentação nos limites fixados pelo legislador⁹⁹.

Nesse novo contexto, consoante exposto por ARIÑO ORTIZ, a diferenciação entre poder de polícia e regulação econômica residiria no fato de que esse poder possuiria um caráter externo, uma vez que visaria evitar que a atividade econômica provocasse danos ao meio-ambiente, à saúde pública, ao patrimônio cultural ou urbanístico ou à segurança pública. Já a regulação teria um caráter interno, uma vez que estaria centrada:

*fundamentalmente na entrada e na saída da atividade (muitas vezes, mediante concessão) e afeta as condições econômicas em que a atividade se desenvolve: o **quantum** de produção, as zonas ou mercado em que atua cada empresa, os preços ou retribuições que recebem em decorrência da atividade e o negócio mesmo em que consiste a atividade.*¹⁰⁰

Além disso, observa-se que o conceito de regulação utilizado nesta dissertação é mais amplo que o de poder de polícia, uma vez que a regulação incide sobre os serviços públicos e os entes reguladores detêm competência para dirimir conflitos.¹⁰¹

Também o papel do Estado sofre uma profunda modificação, pois desaparece o Estado Liberal 'neutro', distante dos conflitos sociais, e surge um Estado que se assume como agente conformador da realidade social e que busca, inclusive, estabelecer formas de vida concretas, impondo pautas públicas de vida boa. Nesse sentido, ver (CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Obra citada. p. 59)

⁹⁸ Para uma discussão mais aprofundada desse tema ver SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 1997. pp. 11 e ss.

⁹⁹ Como observa ARAGÃO, o legislador, com relativa frequência, utiliza conceitos jurídicos abertos, o que confere uma margem de discricionariedade a quem vai regulamentar as leis. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. pp. 33 e ss.)

¹⁰⁰ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Economia y Estado: crisis y reforma del sector público**. Madri: Marcial Pons, 1993. p. 50.

¹⁰¹ Sobre a maior amplitude da regulação, ver MENDES, Conrado Hubner. **Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão**. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 116.

1.3 O Estado Regulador

1.3.1 *Antecedentes históricos*

O Estado¹⁰² exerce atividades regulatórias há séculos, pelo menos desde a constituição dos primeiros Estados modernos¹⁰³.

No período absolutista, marcado pela centralização do poder no monarca, observa-se a existência de um sistema de autorizações reais¹⁰⁴, que eram essenciais para o exercício das atividades econômicas, o que restringia a livre iniciativa. Nessa fase, a regulação era marcada pelo patrimonialismo e pelo exercício pessoal do poder de ordenação social.¹⁰⁵

A concentração de poder nas mãos do monarca era apoiada por várias teorias, dentre as quais merece destaque a formulada por HOBBS, que elaborou uma doutrina do contratualismo ainda com base teológica. Segundo ele, os homens inicialmente viviam no “estado da natureza”, onde todos lutavam contra todos. Progressivamente, eles passam a ter suas ações reprimidas pela voz da razão ou pela presença de instituições políticas eficientes. Assim, o Estado nasce para evitar que a sociedade se desagregue e a humanidade retorne ao estado da natureza. Considerando que tal retorno é uma ameaça permanente, que pode se tornar realidade se a paixão predominar sobre a razão ou se a autoridade pública

¹⁰² Por Estado, entende-se uma sociedade política, que visa à consecução de fins próprios, por meio de manifestações coletivas ordenadas e do exercício do poder político. Note-se que, por hipótese, o fim próprio dos Estados é a concretização do bem comum.

Considera-se sociedade política aquela cujos fins são gerais, pois se dedica ao atingimento de um objetivo indefinido e genérico, qual seja, criar as condições necessárias para que os indivíduos e as demais sociedades que nela se integram consigam atingir seus fins particulares. Aduz-se que a participação nessa sociedade independe de um ato de vontade, o que distingue a sociedade política das sociedades de fins particulares, cujos objetivos são definidos autonomamente por seus membros, que a ela aderiram de forma voluntária.

¹⁰³ Adota-se como marco do surgimento do Estado moderno a celebração da Paz da Westphalia, ocorrida em 1648, que pôs fim às guerras religiosas e permitiu a constituição de sociedades políticas dotadas dos atributos que definem essa forma de Estado. Afinal, a partir dessa data, foi reconhecida a soberania estatal no respectivo território, o que pôs fim à pluralidade de poderes exercidos sobre uma mesma região (poderes dos senhores feudais, das autoridades comunais e das corporações e da Igreja que competia com o poder secular). O que caracteriza o modelo político da Idade Média é a íntima relação do poder secular com o religioso, existindo, inclusive, a nomeação de reis cristãos pelo papa.

¹⁰⁴ Essas autorizações reais constituem antecedentes remotos das concessões. Note-se que, mesmo antes do Estado Moderno, os monarcas concediam autorizações para a realização de atividades econômicas, como é o caso das grandes navegações em Portugal.

¹⁰⁵ Consoante exposto por DUVERGER, Maurice. **Sociologia da Política**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 35.

fracassar, os indivíduos abrem mão de parcela de seus direitos em favor do Estado, a quem cabe garantir a estabilidade social.¹⁰⁶

Para fundamentar sua teoria, Hobbes alega que os homens são egoístas, luxuriosos, insaciáveis e, conseqüentemente, tendem a se agredir mutuamente¹⁰⁷. Essa agressão recíproca ocasiona uma vida solitária, pobre, repulsiva, animalesca e breve. Apesar de possuir todos esses defeitos, o homem é racional, logo, ele consegue compreender a necessidade de superar suas limitações naturais para atingir um padrão superior de coexistência. Com esse desiderato, os homens constroem o Estado, que vem a ser:

*“uma pessoa de cujos atos se constitui em autora uma grande multidão, mediante pactos recíprocos de seus membros, com o fim de que essa pessoa possa empregar a força e os meios de todos, como julgar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comuns.”*¹⁰⁸

O pensamento de Hobbes pode ser sintetizado por duas leis por ele formuladas¹⁰⁹. A primeira estabelece que cada homem deve se esforçar pela paz, enquanto tiver a esperança de obtê-la. Quando não puder alcançá-la, deve buscar e utilizar todas as ajudas e vantagens na guerra. Já a segunda dispõe que cada um deve consentir, se os demais também concordarem, enquanto for necessário para a manutenção da paz e a defesa própria, em renunciar ao seu direito a todas as coisas e a satisfazer-se, em relação aos demais homens, com a mesma liberdade que lhe for concedida com respeito a si mesmo.

Com fulcro nessas leis, os homens celebram o contrato social, que configura a mútua transferência de direitos.

Contudo, apesar da concentração do poder nas mãos dos reis, cabe destacar que os monarcas tiveram necessidade de constituir corpos administrativos capazes de organizar a vida nas cidades, possibilitar a realização de obras de infraestrutura, zelar pela

¹⁰⁶ HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Parte I. Capítulo 18.

¹⁰⁷ É a famosa a sua idéia de que o homem é o lobo do homem.

¹⁰⁸ Idem. Parte II. Capítulo 17.

¹⁰⁹ Idem.

segurança e cobrar tributos. Nesse contexto, as corporações de ofício também desempenharam uma importante função regulatória.¹¹⁰

Cabe salientar que, durante a maior parte do período absolutista, o mercantilismo foi a doutrina econômica dominante. Em conformidade com essa doutrina, o desenvolvimento econômico e o poder de um país derivavam do acúmulo de riquezas. Com esse desiderato, o Estado deveria acumular ouro e prata, seja por meio do comércio externo, que trazia moedas para a economia interna do país, seja pela exploração de territórios conquistados.

Além disso, os reis estimulavam o desenvolvimento de indústrias em seus domínios, uma vez que o produto industrializado era mais caro do que matérias-primas ou gêneros agrícolas. Adicionalmente, foram instituídos tributos visando reduzir ao máximo a entrada de produtos vindos do exterior. Era uma forma de estimular a indústria nacional e também evitar a saída de moedas para outros países.

Foram estabelecidos, ainda, os pactos coloniais, em conformidade com os quais, as colônias européias apenas poderiam comerciar com suas metrópoles.

Finalmente, o Estado regulava a produção interna, tendo regulamentado e fiscalizado as técnicas produtivas e implantado um controle de qualidade. Na Inglaterra, o Estado se encarregava do treinamento da mão-de-obra e da posterior alocação desses trabalhadores.

No caso específico de Portugal, a escassez de recursos ensejou a transferência para particulares de terras e da exploração de serviços monopolizados¹¹¹ pela

¹¹⁰ Para uma análise mais aprofundada dessa questão, ver ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. pp. 43 e ss.

¹¹¹ Uma das características do mercantilismo era a formação de monopólios. Para uma análise do impacto dessa doutrina econômica no Brasil no que concerne ao estabelecimento dos monopólios, ver AVELLAR, H. de A. **História Administrativa do Brasil - Administração Pombalina**. Brasília: Editora da UnB, 1983. p. 17.

Coroa, inclusive no Brasil. Alguns autores apontam esses acontecimentos como os precursores das concessões em nosso país.¹¹²

O advento das grandes revoluções liberais acarretou significativas mudanças nesse quadro. Em primeiro lugar, ocorreu o declínio dos monarcas absolutos, tendo sido preservada, em alguns casos, uma monarquia não mais dotada de poderes absolutos.

A crise da monarquia absoluta foi fortemente influenciada por acontecimentos ocorridos na Europa, nos séculos XVI e XVII, que provocaram, entre outros fenômenos, a crise da legitimidade divina¹¹³, a qual abalou profundamente os alicerces do poder político até então vigente.

Paralelamente, ocorreu um processo de laicização do direito¹¹⁴, representado pela diferenciação entre as normas jurídicas e as religiosas e pela formação de juristas leigos. Tanto essa mudança na forma de enxergar o Estado como essa alteração no direito foram fundamentais para o estabelecimento da primazia burguesa. Afinal, nem a Monarquia Absoluta¹¹⁵ nem o Direito Canônico¹¹⁶ eram adequados ao desenvolvimento pleno do

¹¹² Conforme apontado por AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999. pp. 164 e ss.

¹¹³ Além da legitimação divina, nessa fase histórica, o governante era legitimado pela tradição e pelo carisma, conforme expôs WEBER, Max. **Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Brasília: Universidade de Brasília, 2004.

¹¹⁴ Mais uma vez, fica evidente a íntima relação entre a Política e o Direito. Afinal, como acentua Luhmann, o Direito legitima o exercício do poder político, que deve ser exercido em conformidade com os dispositivos jurídicos, enquanto esse poder confere eficácia ao Direito, por meio da possibilidade de sanção. Nesse sentido, ver LUHMANN, Niklas. **A Constituição como uma aquisição evolutiva**. Trad. de Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele De Giorgi. De LUHMANN, Niklas. **La costituzione come acquisizione evolutiva**. In ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg. **Il Futuro della Costituzione**. Torino: Einaudi, 1996.

¹¹⁵ Em um primeiro momento, a monarquia absoluta contribuiu para o desenvolvimento do capitalismo, uma vez que viabilizou o renascimento da indústria, do comércio e das cidades. Nesse sentido, ver DUVERGER, Maurice. **Sociologia da Política**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 35.

A proteção do rei aos negociantes e artesões contra eventuais abusos de quem detinha o poder local também desempenhou um papel relevante no processo de formação do capitalismo. Contudo, a criação de um sistema complexo de privilégios reais inibia o desenvolvimento pleno do capitalismo, que se assenta no direito de propriedade, na livre iniciativa e na liberdade para contratar. Até porque, como acentuou KRIELE, o monarca absoluto conseguiu amearhar tanto poder que pode gerir o Estado ignorando as bases jurídicas de seu poder. (KRIELE, Martin. **Introducción a la Teoría del Estado – Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional Democrático**. Buenos Aires: De Palma, 1980. pp. 66 e 67)

Nesse momento, o soberano intervém nas atividades econômicas de forma patrimonialista, como se o próprio Estado fosse sua propriedade. Afinal, no dizer de Luís XIV, “*l’État c’est moi*”.

¹¹⁶ Nesse sentido, foram fundamentais o desenvolvimento do direito comercial e o ressurgimento do direito romano. A relevância do Direito Romano foi ressaltada, entre outros, por WEBER, para quem, “*para um Direito*

capitalismo.

Consoante exposto por ARAGÃO¹¹⁷, após as revoluções liberais, a organização política do Estado passou a se assentar em três pilares: a preponderância do Parlamento; a observância do Princípio da Legalidade, uma vez que os Poderes Executivo e Legislativo estavam adstritos ao cumprimento das leis aprovadas pelo Poder Legislativo, e a preservação dos direitos individuais¹¹⁸ em face do Estado.

Em relação a esses pilares, cabe destacar que, tendo em vista a eleição censitária para o Parlamento, esse modelo garantia o domínio político da burguesia. Até porque o contrato social proposto por LOCKE¹¹⁹, celebrado por homens livres e iguais, visando proteger a propriedade privada¹²⁰ e a liberdade individual, assim considerados apenas os que fossem proprietários.

Foi a consagração da “liberdade dos modernos”¹²¹, entendida como a limitação das restrições às ações individuais ou a existência de uma esfera de atuação privada

racional, apesar das antecipações na Índia (Escola de Mimamsa), das extensas codificações, especialmente no Oriente Próximo, e de todas as coletâneas de leis indianas e de outras, faltava o que é essencial a uma jurisprudência racional: o rígido esquema jurídico de pensamento dos romanos e do Direito ocidental por ele influenciado”. (obra citada.)

¹¹⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. pp. 47 e ss.

¹¹⁸ Nota-se a preocupação de garantir a liberdade de atuação na esfera privada, a qual procura-se proteger de interferências estatais julgadas indevidas. Para uma análise detalhada do processo de implantação de um sistema de garantias contra a ação arbitrária do Estado, ver ARANHA, Márcio Iorio. **Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2006. pp. 83 e ss.

¹¹⁹ Sobre o pacto social firmado por pessoas livres, independentes e iguais, com o intuito de constituírem uma comunidade para viverem confortável, segura e pacificamente uns com os outros, ver LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. pp. 468 e ss.

¹²⁰ Não raras vezes, Locke faz referência ao direito à propriedade privada englobando também o direito à vida e à liberdade individual. Cabe salientar, ainda, que ele considera que a propriedade privada é legitimada na medida em que representa o resultado do trabalho.

Quanto à proteção da propriedade privada, LOCKE afirmou que “o poder supremo não pode tomar de homem algum nenhuma parte de sua propriedade sem o seu próprio consentimento. Pois, sendo a preservação da propriedade o fim do governo e a razão por que os homens entram em sociedade, isso pressupõe e necessariamente exige que o povo tenha propriedade, sem o que será forçoso supor que todos percam, ao entrarem em sociedade, aquilo que constituía o objetivo pelo qual nela ingressaram.” (Idem. pp. 509 e ss.)

¹²¹ A liberdade dos modernos para CONSTANT:

“É para cada um o direito de não se submeter senão às leis, de não poder ser preso, nem detido, nem condenado, nem maltratado de nenhuma maneira, pelo efeito da vontade arbitrária de um ou de vários indivíduos. É para cada um o direito de dizer sua opinião, de escolher seu trabalho e de exercê-lo; de dispor de sua propriedade, até de abusar dela; de ir e vir, sem necessitar de permissão e sem ter que prestar conta de seus motivos ou de seus passos. É para cada um o direito de reunir-se a outros indivíduos, seja para discutir sobre seus interesses, seja para professar o culto que ele e seus associados preferem, seja simplesmente para

no âmbito da qual a ação individual não seria tolhida, em detrimento da “liberdade dos antigos”¹²², compreendida como sinônimo de participação política, como a possibilidade de participar da elaboração das leis que iriam reger o comportamento individual e social.

Com o intuito de preservar ao máximo a liberdade individual e a propriedade privada, LOCKE condenou a monarquia absoluta, considerada como incompatível com o governo e com a sociedade civil¹²³. Em substituição ao poder absoluto do monarca, ele propôs que o governo fosse colegiado, com supremacia do Parlamento.^{124, 125}

Adicionalmente, deveriam ser preservados os direitos fundamentais dos cidadãos, sob pena de estes últimos exercerem seu direito à desobediência civil e se revoltarem de forma legítima contra o governante, na forma defendida, entre outros, por LOCKE.¹²⁶

A preservação dos direitos individuais pelo Estado garantia fundamentalmente a propriedade privada e a liberdade para contratar e exercer atividades profissionais, sem depender da obtenção prévia de licenças. Ao Estado passou a competir a

preencher seus dias e suas horas de maneira mais condizente com suas inclinações, com suas fantasias. Enfim, é o direito, para cada um, de influir sobre a administração do governo, seja pela nomeação de todos ou de certos funcionários, seja por representações, petições, reivindicações, às quais a autoridade é mais ou menos obrigada a levar em consideração.” (CONSTANT, Benjamin. **De la liberté chez les modernes. Écrits politiques.** Paris: Hachete, 1980. p. 495).

¹²² Segundo CONSTANT, a liberdade dos antigos:

“Consistia em exercer coletiva, mas diretamente, várias partes da soberania inteira, em deliberar na praça pública sobre a guerra e a paz, em concluir com os estrangeiros tratados de aliança, em votar as leis, em pronunciar julgamentos, em examinar as contas, os atos, a gestão dos magistrados; em fazê-los comparecer diante de todo um povo, em acusá-los de delitos, em condená-los ou em absolvê-los; mas, ao mesmo tempo em que consistia nisso o que os antigos chamavam liberdade, eles admitiam, como compatível com ela, a submissão completa do indivíduo à autoridade do todo. Não encontrareis entre eles quase nenhum dos privilégios que vemos fazer parte da liberdade entre os modernos. Todas as ações privadas estão sujeitas a severa vigilância.” (obra e página citadas.)

¹²³ Idem. p. 508.

¹²⁴ Idem. pp. 451 e ss.

¹²⁵ A teoria de Locke foi certamente influenciada pela experiência da Inglaterra, onde ocorreram vários conflitos entre o Parlamento (poder colegiado) e o Rei (poder autocrático), que culminaram com a vitória do primeiro. Afinal, apenas três anos antes do lançamento do segundo volume do seu Tratado sobre o Governo Civil, a Revolução Gloriosa limitou os poderes do rei inglês em favor do Parlamento e inaugurou um Estado em que o poder do monarca é limitado. Frise-se que essa revolução ocorreu cem anos antes da sua congênere francesa, que acabou com a monarquia absoluta na França.

¹²⁶ Idem.

manutenção da segurança interna e externa e a preservação da vida, da liberdade e da propriedade privada.^{127,128}

Em conformidade com essa ampliação da liberdade para negociar e exercer atividades profissionais, uma das primeiras providências adotadas pelos revolucionários franceses foi a dissolução das corporações de ofício e a proibição da criação de novas instituições profissionais. Nesse sentido, MOREIRA lembrou que:

é certo que o sentido originário da proibição de associações profissionais tivera por objetivo evitar o renascimento das ordens profissionais medievais, depois da sua dissolução; como também é certo que as associações patronais eram igualmente proibidas; porém, na prática, somente as associações operárias eram reprimidas.¹²⁹

Simultaneamente às mudanças políticas, inspiradas no liberalismo político, houve a substituição do mercantilismo pelo liberalismo econômico como doutrina preponderante, o que implicava uma redução extremamente significativa da interferência do Estado no domínio econômico.

Os liberais afirmavam que o homem é egoísta e visa exclusivamente melhorar seu padrão de vida. Porém, agindo em coletividade, mesmo que pensando somente em seu próprio interesse, os homens conseguem maximizar o bem-estar coletivo. Afinal, segundo Adam Smith, um dos precursores dessa linha de pensamento, *“não é pela benevolência do açougueiro, cervejeiro ou padeiro que nós devemos esperar nosso almoço, mas em atendimento aos seus próprios interesses.”*¹³⁰

Dito de outra forma, *“cada indivíduo ao tentar satisfazer o seu próprio interesse promove, frequentemente, de uma maneira mais eficaz, o interesse da sociedade, do*

¹²⁷ Esse entendimento foi expresso, entre outros, por LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 499.

¹²⁸ Nesse sentido, a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, refletindo o ideário liberal, estabeleceu que os governos são instituídos visando garantir aos cidadãos o gozo de determinados direitos inalienáveis, dentre os quais o de buscar a própria felicidade.

¹²⁹ MOREIRA, Vital. **Autoregulamentação profissional e Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 68.

¹³⁰ Para uma análise dessa idéia e de outras que serviram de fundamento para o desenvolvimento da Economia Clássica e do Liberalismo, ver SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

que quando realmente o pretende fazer.”¹³¹

Essas idéias de SMITH foram inspiradas nas de MANDEVILLE¹³², para quem vícios privados podem se transformar em virtudes públicas, uma vez que, em conformidade com essa linha de pensamento, os resultados decorrentes das ações motivadas pelo denominado “egoísmo moral” podem ser benéficos para a sociedade.

Não se desconhece que SMITH também tinha preocupações sociais. Contudo, nesta dissertação, confere-se destaque ao ponto que foi apropriado com mais relevo pelos liberais.^{133,134}

Nesse contexto e com respaldo na doutrina liberal, a atuação do Estado no domínio econômico, além de ter sido muito limitada, não foi orientada por qualquer ideal de redistribuição de renda.

Aduz-se que o Estado liberal, considerado em seu tipo ideal, também não pretendeu planejar, dirigir ou coordenar as atividades econômicas¹³⁵. Afinal, o livre mercado é

¹³¹ SMITH, Adam. Obra citada.

¹³² MANDEVILLE, Bernard de. **The Fable of the Bees or Private Vices, Public Benefits**. Indianapolis: Liberty Fund, 1988.

¹³³ Para consultar leituras seletivas que reduzem a abrangência dos textos de SMITH e conferem especial ênfase às teses que fundamentaram o *laissez faire, laissez passer*, ver SAMUELSON, Paul. **A modern theorist's vindication of Adam Smith**. American economic review. 1977, v. 67. pp. 42 a 49. e SAMUELSON, Paul. **The canonical classical model of political economy**. Journal of economic literature. 1978, v. 16. pp. 1.415 a 1.434.

¹³⁴ Para uma visão da contrapartida proposta por SMITH ao “egoísmo moral”, ver SMITH, Adam. **Teoria dos Sentimentos Morais**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Nessa obra, o autor defende que a solidariedade humana é gerada pela convivência e pela busca da aprovação da conduta pessoal pelas demais pessoas. Assim, “*ainda que seja verdadeiro, portanto, que todo indivíduo, em seu próprio peito, naturalmente prefere a si mesmo a todos os outros homens, ninguém ousa olhar os outros de frente e declarar que age segundo esse princípio.*” (obra citada. p. 103)

A possibilidade de compatibilizar as idéias contidas nas duas principais obras de SMITH gerou relevantes debates. Entende-se que essa compatibilização pode ser feita partindo-se do pressuposto de que SMITH escreveu em um contexto em que não havia uma separação nítida entre ética, economia e política. Assim, ele teria partido do pressuposto que um de seus livros deveria ser lido em conjunto com o outro, até porque, como lembrou POCOCK, os autores do século XVIII não viam a política e a economia como pólos independentes e opostos. (POCOCK, John. **Authority and property: the question of liberal origins**. In POCOCK, John. **Virtue, commerce and history**. Cambridge: Cambridge University Press, 1985. p. 70)

Esse entendimento é corroborado por SEN, o qual asseverou que: “*o apoio que os crentes e defensores do comportamento auto-interessado buscaram em Adam Smith é na verdade difícil de encontrar quando se faz uma leitura mais ampla e menos tendenciosa da obra smithiana. Na verdade, o professor de filosofia moral e economista pioneiro não teve uma vida de impressionante esquizofrenia. De fato, é precisamente o estreitamento, na economia moderna, da ampla visão smithiana dos seres humanos que pode ser apontado como uma das principais deficiências da teoria econômica contemporânea. Esse empobrecimento relaciona-se de perto com o distanciamento entre economia e ética*” (SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 44)

considerado pelos liberais o mecanismo ideal de regulamentação social, pois, entre outros motivos, seria o mais eficiente.¹³⁶

Ademais, consoante expôs FRIEDMAN¹³⁷, só duas hipóteses: ou o Estado atua no domínio econômico de forma coercitiva ou a sociedade se organiza de forma voluntária em consonância com as regras de mercado. Note-se que, para esse autor, a atuação do Estado na economia acaba por reduzir o grau de liberdade política de uma sociedade, uma vez que haverá a utilização de mecanismos estatais cogentes.

Consequentemente, o Estado deve atuar como um juiz esportivo que está preocupado apenas em preservar as regras do jogo e zelar pela sua observância, sem se preocupar se elas são justas ou não.

Se, por um lado, o modelo liberal garantia os chamados direitos negativos, direitos à liberdade, por outro lado, esse modelo viabilizou o surgimento de enormes desigualdades econômicas e sociais. Nesse caldo de cultura, surgiram idéias socialistas, comunistas e anarquistas, que “*animaram movimentos coletivos de massa cada vez mais significativos e neles reforçaram a luta pelos direitos coletivos e sociais*”.¹³⁸

Cumprido ressaltar, ainda, a implantação das democracias de massas, que geraram a necessidade de legitimação dos governantes junto às camadas populares.

Nesse quadro de dificuldades, que foi agravado pela ocorrência da Primeira Guerra Mundial, costuma-se apontar o surgimento do Estado do Bem-Estar Social.

Segundo WILENSKI¹³⁹, “*a essência do Estado do Bem-Estar Social reside na proteção oferecida pelo governo na forma de padrões mínimos de renda, alimentação,*

¹³⁵ Não se ignora que, na prática, sempre houve algum grau de intervenção estatal no domínio econômico.

¹³⁶ Para COASE, a sujeição das regulamentações governamentais às pressões políticas as tornam menos eficientes que a auto-regulamentação do mercado. (COASE, Ronald. **The problem of social cost**. The Journal of Law and Economics, v. 3, out. 1960. pp. 1 a 44)

¹³⁷ FRIEDMAN, Milton. **Capitalism and freedom**. Chicago: University of Chicago Press, 1982. pp. 9 e ss.

¹³⁸ CARVALHO NETTO, Menelick de. **Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito**. Revista de Direito Comparado. Belo Horizonte, nº 3, maio 1999. p. 478.

¹³⁹ WILENSKI, Harold L. **The Welfare State and Equatality**. Berkeley: University of California Press, 1975. pp. XIII e ss.

saúde, habitação e educação, assegurados a todos os cidadãos como um direito político, não como caridade.”

Aduz esse autor que o *Welfare State* seria a institucionalização dos direitos sociais. Essa definição tem o mérito de ressaltar que os serviços prestados pelo governo correspondem a um direito dos cidadãos, não podendo ser classificados como caridade ou favores dos governantes. Contudo, ela foi criticada por não incluir o pleno emprego no seu núcleo central e concentrar-se excessivamente na garantia de renda mínima. Afinal, consoante salientado por MISHRA¹⁴⁰, os princípios que estruturam o *welfare state* são aqueles apontados no Plano Beveridge¹⁴¹, quais sejam:

a) responsabilidade estatal na manutenção das condições de vida dos cidadãos, por meio de um conjunto de ações em três direções: regulação da economia de mercado a fim de manter elevado nível de emprego; prestação pública de serviços sociais universais, como educação, segurança social, assistência médica e habitação; e um conjunto de serviços sociais pessoais;

b) universalidade dos serviços sociais;

c) implantação de uma “rede de segurança” de serviços de assistência.

MISHRA aduz que o modelo de *welfare state* tem por base “*princípios e instituições subjacentes ao Estado-Providência*¹⁴² inglês do pós-guerra, influenciado pelas idéias de J. M. Keynes e W. Beveridge”. Finalmente, ressalta a distinção entre um Estado que

¹⁴⁰ MISHRA, Ramesh. **O Estado-Providência na sociedade capitalista**. Trad. Ana Barradas. Oeiras: Celta Editora, 1995. pp. 113 e ss.

¹⁴¹ O Plano Beveridge, originalmente, foi publicado na Inglaterra em 1942. No Brasil, ele foi publicado no ano seguinte, com o seguinte título: “*O Plano Beveridge: relatório sobre o seguro social e serviços afins*”. Esse Plano consistiu na ampliação e na consolidação de vários planos de seguro social, na padronização dos benefícios e na inclusão de novos benefícios: seguro acidente de trabalho, salário família, seguro desemprego, auxílio funeral, auxílio maternidade, abono nupcial, benefícios para esposas abandonadas, assistência às donas de casa enfermas e auxílio-treinamento para os que trabalhavam por conta própria.

Na realidade, o Plano Beveridge foi um dos tripés nos quais se construiu o estado do bem-estar social na Inglaterra. Os outros dois foram os Planos para a Educação e para a Saúde.

¹⁴² Na tradição francesa, utiliza a expressão “*État providence*” ou Estado Providência. Note-se que essa expressão contém uma crítica a esse modelo estatal, uma vez que, consoante ressaltado por ROSANVALLON, ela foi criada por pensadores liberais que propunham sua substituição por associações de previdência. (ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado Providência**. Goiânia: Editora UFG, 1997. p. 121)

implemente políticas sociais e o Estado do Bem-Estar Social¹⁴³, ao afirmar que:

é de certo modo enganador, na minha opinião, utilizar o termo 'política social' como quase equivalente a 'Estado-providência'. A 'política social', parece-me, é um conceito genérico, enquanto o Estado-Providência tem uma conotação histórica (pós-guerra) e normativa ('institucional') bastante específica, que não podemos ignorar.¹⁴⁴

Há grandes controvérsias sobre as causas do surgimento do Welfare State. Entretanto, todos os autores concordam que houve pelo menos três elementos essenciais. O primeiro é a existência de excedentes econômicos passíveis de serem realocados pelo Estado para atender às necessidades sociais. Referidos excedentes foram produzidos, em grande parte, pela continuidade da política de pleno emprego e produção que vigorou durante a 2ª Guerra Mundial. Além disso, são destacados o surgimento do Keynesianismo, que forneceu a base teórica e a experiência de centralização governamental durante a 2ª Guerra Mundial, que propiciou o crescimento da capacidade administrativa do Estado.

A análise do Estado do Bem-Estar Social, empreendida neste item, é importante para o desenvolvimento do tema desta dissertação, uma vez que vários objetivos desse Estado continuaram a ser perseguidos no Estado Regulador¹⁴⁵, que será estudado a seguir. Por outro lado, houve uma significativa modificação no *modus operandi* estatal, que implicou uma alteração do aparelho estatal. Até porque, conforme destacado por

¹⁴³ Há autores que consideram como Estado do Bem-Estar Social aquele que implemente políticas sociais. Nesse sentido, ver, por exemplo, MARQUES, Rosa Maria. **A Proteção social e o mundo do trabalho**. São Paulo: Bial, 1997.

¹⁴⁴ Obra e páginas citadas.

¹⁴⁵ Nesse sentido, CANOTILHO se reporta a um Estado Social de regulação. Para ele, o fato de o Estado, no atual momento histórico, ter reduzido de forma muito significativa sua atuação direta no domínio econômico não afastou o dever estatal de implementar políticas públicas ou prestar serviços de cunho social. (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002. pp. 351 e 352)

Em nosso país, esse entendimento é corroborado pela Constituição Federal vigente, que, no seu artigo 174, ressaltou o papel que o Estado desempenha como regulador da atividade econômica. Ao mesmo tempo, em seu artigo 175 atribuiu a titularidade dos serviços públicos ao Estado, com o fito de marcar a responsabilidade estatal por sua prestação, ainda que delegada à iniciativa privada.

Ademais, deve-se ter em mente que o art. 170 de nossa Lei Maior fixou diversos objetivos de cunho social que devem nortear o exercício das atividades econômicas, o que demonstra que a preocupação social não foi eliminada em função do advento do Estado Regulador.

ARANHA¹⁴⁶:

*a política pública tem de acompanhar a evolução de setores e de subsistemas jurídicos, ajudando-os a produzir bem-estar social. Deve-se incrementar, ao invés de sufocar, o **government by policies** revelado no Século XX. Se o Estado se fechar em seu casulo de imutabilidade e regras absolutas atemporais, verá sua estrutura degradada a discussões judiciais de procedimentos. A ilusão de que o isolamento do Estado atrás de cortinas de regras desatualizadas o imuniza dos resultados sociais desta ação apenas o fará visualizar passivamente a **mercantilização** da realidade setorial sem implementar seu dever de **politização** dos rumos do país, de **moralização da economia**. Por isso o conhecimento é tão relevante: **conhecimento de setores e de subsistemas jurídicos** apropriados pelas instituições estatais e privadas para a ponderação das fronteiras da **regulação** voltado à otimização da **eficiência** dos setores representativos da economia nacional dentro de patamares éticos de desenvolvimento.*

1.3.2 O advento do Estado Regulador

O Estado Regulador surgiu por motivos diferentes nos Estados Unidos e na Europa/América Latina.

Na Europa e na América Latina, a crise fiscal ocorrida no final da década de 1970, que impediu a realização das vultosas despesas necessárias ao desempenho das tarefas assumidas pelo Estado do Bem-Estar Social, acentuou os questionamentos a esse modelo estatal.

Referidos questionamentos versavam, fundamentalmente, sobre três temas. O primeiro era a desconfiança na racionalidade dos tecnocratas, em virtude dos sérios problemas econômicos então vivenciados e dos danos ambientais que começavam a ser constatados. Ademais, a tecnocracia era vista por muitos como uma ameaça à preservação da democracia no Estado Moderno. Nesse sentido, BONAVIDES¹⁴⁷ asseverou que:

A decisão com escolhas de opções fundamentais se transferiu em larga parte dos governantes tradicionais para o círculo menor e restrito de técnicos, cuja

¹⁴⁶ ARANHA, Márcio Iorio. **Agências: sua introdução no Modelo Jurídico-Administrativo Brasileiro**. In Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira (org.). **O novo direito administrativo brasileiro**. Belo Horizonte: Forum, 2003. p. 146.

¹⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 1999. pp. 443 e 444.

participação privilegiada acaba monopolizando o processo decisório do mesmo passo que lhes confere o título adequado de tecnocratas (...)

Daí a crise recentíssima que resultou na formação da nova elite dos tecnocratas. Sua intervenção silenciosa ou ostensiva será sempre perturbadora do princípio democrático, que parece impelido a um retrocesso insuportável e aos olhos de muitos já irremediável. A tecnocracia descamba no monopólio da decisão política sonegada ao povo e a seus representantes. Na melhor das hipóteses, lhes concede somente a possibilidade de uma participação plebiscitária, ilustrativa do novo cesarismo – o tecnológico.

O segundo tema questionado era relativo aos abusos praticados por burocratas que se apropriavam corporativamente de parcelas do Estado. Como se verá a seguir, o corporativismo foi considerado uma marca do modelo estatal que deveria ser substituído no Brasil pelo Estado Regulador.

Finalmente, questionou-se a inadequação desse modelo estatal a uma sociedade hipercomplexa, como é a contemporânea, caracterizada pela fluidez e pela multiplicidade dos relacionamentos. Conforme explicado por CARVALHO NETTO¹⁴⁸, “*a relação entre o público e o privado é novamente questionada. Associações da sociedade civil passam a representar o interesse público contra o Estado privatizado ou omissivo.*” Na prática, isso significa uma crítica à redução, promovida pelo Estado do Bem-Estar, do conceito de público ao de estatal. Ademais, questiona-se o fato de esse último paradigma não incentivar o incremento da cidadania ativa, o que dificultava a permanente construção dos direitos fundamentais.¹⁴⁹

Também merece destaque o advento do neo-liberalismo, que serviu de motor ideológico para o processo de desestatização empreendido nesses países e, por via de consequência, para o advento do Estado Regulador.

Nesse contexto, foi colocada em primeiro plano a questão da reforma do Estado e de suas relações com a sociedade, o mercado e a política. Em contraposição ao modelo anterior que pregava a industrialização e a intervenção do Estado centralizado, o

¹⁴⁸ Idem. p. 37.

¹⁴⁹ Consoante BOBBIO, os direitos são historicamente construídos, sendo o resultado de lutas e do amadurecimento de idéias. (BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 4ª re-impressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 25)

modelo proposto na década de 1980 visou construir um Estado mais racional e eficiente, dentro de um contexto democrático.

Para tanto, o Estado se afasta da prestação direta de serviços públicos e da exploração de atividades econômicas em sentido estrito, passando a se dedicar precipuamente à regulação desses serviços e atividades.

O próprio conceito de serviço público é questionado, havendo quem¹⁵⁰ defenda que, na União Européia¹⁵¹, ele foi substituído pelo conceito de serviço de interesse econômico geral¹⁵², que não seria de titularidade exclusiva do Estado, apesar de se referir a prestações concretas, de caráter básico e universal.

Os autores que decretaram a morte do serviço público alegam que a União Européia estabeleceu a concorrência como regra. Nesse sentido, o art. 86 do Tratado Constitutivo dessa União¹⁵³ estabelece que as atividades de grande interesse econômico desempenhadas por empresas estatais ou por concessionárias nacionais sob regime de exclusividade devem se sujeitar às normas relativas à concorrência. Assim sendo, as reservas de mercado que os Estados nacionais haviam estabelecido em favor de empresas públicas ou

¹⁵⁰ Nesse sentido, ver ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Princípios de derecho público econômico**. 3ª ed. Granada: Comares Editorial, 2004. pp. 599 a 712.

¹⁵¹ Note-se que na Europa há muito coexistem serviços públicos (na França), *public utilities* (no Reino Unido), serviços sociais (na Escandinávia) e *Daseinsvorsorge* (na Alemanha). Para uma análise das várias figuras utilizadas na Europa para assegurar a prestação de serviços considerados essenciais pela coletividade, ver MODERNE, Frank e MARCOU, Gerard. **L’Idée de service public dans le droit des États de L’Union Européenne**. Paris: L’Harmattan, 2001.

¹⁵² Para uma posição no sentido de que os serviços públicos subsistem na Europa atual, ver MEDAUAR, Odete. **Serviços públicos e serviços de interesse geral**. In **Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo – Anais do Seminário de Direito Administrativo Brasil-Espanha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 120.

¹⁵³ “Art. 86.1. *No que respeita às empresas públicas e às empresas a que concedam direitos especiais ou exclusivos, os Estados-membros não tomarão nem manterão qualquer medida contrária ao disposto no presente Tratado, designadamente ao disposto nos artigos 12º e 81º a 89º, inclusive.*

2. *As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse econômico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto no presente Tratado, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de fato, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afetado de maneira que contrarie os interesses da Comunidade.*

3. *A Comissão velará pela aplicação do disposto no presente artigo e dirigirá aos Estados-membros, quando necessário, as diretivas ou decisões adequadas.”*

privadas foram consideradas ilegítimas, independentemente dos motivos que ensejaram a constituição dessas reservas.¹⁵⁴

Ao considerar ilegítima a reserva de mercado, o Direito Comunitário Europeu teria aberto ao mercado a prestação de atividades antes retidas pelo Estado, que poderia exercitá-las diretamente ou mediante concessões. Dito de outra forma, os Estados-membros teriam perdido a titularidade dessas atividades.¹⁵⁵

Contudo, em sintonia com o entendimento de ARAGÃO¹⁵⁶ e JUSTEN¹⁵⁷, considera-se que a União Europeia não extinguiu a figura jurídica do serviço público, mas também não a impôs.

Afinal, como bem ressaltado por esses autores, a União Europeia buscou adotar um vocabulário independente de conotações nacionais e forjar conceitos que não se identificam necessariamente com as noções tradicionalmente utilizadas na cultura jurídica dos diferentes Estados-membros. Consequentemente, foi promovida uma síntese da noção tradicional, de matriz francesa, de serviço público com a idéia anglo-saxã de *public utilities*.

Além disso, em mais de uma ocasião, a Corte de Luxemburgo reconheceu que condições especiais podem legitimar a imposição de restrições à livre concorrência, ou seja, a manutenção das reservas que, via de regra, são vedadas pelo Tratado de Constituição da União Europeia.

Note-se que a análise deverá ser feita sempre à luz do caso concreto e utilizando-se o Princípio da Proporcionalidade, para averiguar se violação às normas concorrenciais é justificada pela necessidade de prestar serviços essenciais de forma

¹⁵⁴ Avalia-se que a eliminação dessas reservas visou evitar discriminações por parte de Estados-membros contra empresas de outros Estados-membros.

¹⁵⁵ Nesse sentido, ver REBOLLO, Luis Martín. **Servicios públicos y servicios de interés general: la nueva concepción y operatividad del servicio público em el Derecho Administrativo Español.** In *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo – Anais do Seminário de Direito Administrativo Brasil-Espanha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pp. 102 e 103.

¹⁵⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico.** Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 112.

¹⁵⁷ JUSTEN, Mônica Spezia. **A noção de serviço público no Direito Europeu.** São Paulo: Dialética, 2003. p. 177.

universal, nas quantidades necessárias, com a qualidade adequada e mediante a cobrança de tarifas módicas e uniformes (salvo no que concerne a critérios objetivos de distinção entre os usuários).

Depreende-se que a União Européia optou pela violação mínima indispensável à livre concorrência em face da outra opção, que seria a criação de subsídios aos prestadores de serviços.

No Brasil, entende-se aceitável o conceito de serviço público proposto por ARAGÃO¹⁵⁸, **verbis**:

Serviços públicos são as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da comunidade.

Avalia-se que esse conceito é adequado pelos seguintes motivos:

- a) exclui os serviços *uti universi*, cuja inclusão tornaria o conceito excessivamente amplo e, por via de consequência, de pouca utilidade;
- b) exclui as atividades de fomento, que efetivamente não constituem serviços públicos;
- c) ao falar em prestações de utilidades econômicas a indivíduos determinados, exclui o exercício do poder de polícia, o qual implica em restrições ao exercício de direitos;
- d) faz referência a atividades econômicas. Considera-se, em consonância com a definição clássica de GRAU, que as atividades econômicas em sentido amplo abrangem as atividades econômicas em sentido estrito e os serviços públicos;
- e) permite que atividades econômicas sejam consideradas serviços públicos por força de lei, não apenas em virtude de disposições constitucionais;

¹⁵⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 157.

f) ao estabelecer que, nem sempre, o Estado terá a reserva da titularidade, elimina a controvérsia sobre a classificação dos serviços ligados à Educação e à Saúde como serviços públicos;

g) inclui tanto os serviços remunerados pelo Estado quanto os pagos diretamente pelo usuário;

h) fixa o objetivo maior dos serviços públicos: o bem-estar da comunidade.

Se na Europa e na América Latina, o surgimento do Estado Regulador decorreu da crise do Estado do Bem-Estar Social, que era o prestador direto dos serviços públicos, além de ser empresário, nos Estados Unidos, a regulação estatal surgiu e se fortaleceu em um contexto muito diferente.

Os Estados Unidos utilizam o conceito de *public utilities*¹⁵⁹, o qual difere do conceito de serviço público, que tem origem francesa e é adotado no Brasil. A produção e a oferta das *public utilities* sempre esteve, majoritariamente, a cargo da iniciativa privada, ao contrário do que ocorria até há pouco com os serviços públicos no Brasil.

Em 1876, a Suprema Corte adotou uma decisão¹⁶⁰ que foi um marco no desenvolvimento da regulação naquele país, pois permitiu ao Estado regular atividades privadas revestidas de "interesse público". Naquela oportunidade, o então Presidente da Suprema Corte salientou que¹⁶¹:

*Uma propriedade qualquer reveste-se de interesse público quando utilizada de forma a tornar-se de necessidade pública e afetar a coletividade toda. Portanto, quando um indivíduo destina sua propriedade a um uso no qual o público tem interesse, ele associa o público nesse uso, e tem que submetê-la ao controle do público para o bem comum, proporcionalmente ao interesse criado.*¹⁶²

¹⁵⁹ Atividades afetadas a interesses públicos.

¹⁶⁰ Munn versus Illinois (94 US 113 – 1876).

¹⁶¹ Uma análise detalhada dessa decisão consta de VISCUSI, W. Kip; VERNON, John M. e HARRINGTON JR., Joseph E. **Economics of Regulation and Antitrust**. 3ª ed. Cambridge (Mass.): The MIT Press, 2000.

¹⁶² Daí deriva a teoria da “essential facilities”, que fundamenta a regulação da utilização de bens considerados essenciais para o exercício de atividades de interesse público.

1.3.3 O conceito de Estado Regulador

Considera-se Estado Regulador aquele cuja identidade deriva da ênfase conferida às suas competências regulatórias¹⁶³, em detrimento da prestação direta de utilidades à população. Nesse modelo estatal, a regulação deixa de ser uma atividade secundária e eventual para constituir o instrumento fundamental para o atingimento dos fins públicos buscados no âmbito da atividade econômica em sentido amplo.¹⁶⁴

Assim, conforme exposto por CANOTILHO¹⁶⁵:

o Estado não tem de construir e manter infraestruturas rodoviárias, de energia, de telecomunicações, de tratamento de resíduos, mas deve assumir a responsabilidade reguladora dos serviços públicos de interesse geral. Neste sentido, se diz que o Estado Social assume hoje a forma moderna de Estado regulador de serviços públicos essenciais.

Importa salientar que a opção pela regulação em substituição à prestação direta de serviços¹⁶⁶ decorre não só das restrições fiscais ou de questões ideológicas, mas também do reconhecimento de que faltam ao Estado saberes, competências, experiências técnicas e profissionais no grau em que podem ser disponibilizados pelo setor privado.¹⁶⁷

Note-se que o Estado não apenas abre mão da prestação direta de serviços públicos, como também se afasta da exploração de atividades econômicas, salvo em caso de imperativo interesse nacional ou relevante interesse coletivo, na forma do que dispõe o art.

¹⁶³ Nesse sentido, ver MAJONE, Giandomenico. **La Communauté Européene: un État Régulateur**. Paris: Montchrestien, 1996.

¹⁶⁴ Consoante exposto anteriormente, as atividades econômicas em sentido amplo incluem as atividades econômicas em sentido estrito e os serviços públicos ou serviços econômicos de interesse geral, conforme o caso.

¹⁶⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002. pp. 351 e ss.

¹⁶⁶ O predomínio da intervenção direta era a marca registrada do chamado Primeiro Direito Econômico, que imperou durante o Estado do Bem Estar Social. Para GRAU, o Estado atuava, fundamentalmente, por meio de absorção (quando prestava serviços ou produzia bens em regime de monopólio), participação (caracterizada pela concorrência do Estado com entes privados), direção (quando o Estado impunha a observância compulsória de regras pelos agentes privados) e incentivo (o Estado fomentava determinadas atividades privadas, por meio da concessão de benefícios fiscais ou creditícios). (GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 148 e ss.)

¹⁶⁷ Idem.

173 da Constituição Federal.¹⁶⁸ Fica patente que esse afastamento do Estado pode ensejar, inclusive, a “perda” da renda que poderia ser obtida na exploração de atividades econômicas lucrativas.

Como salienta JUSTEN FILHO¹⁶⁹, o Estado Regulador, ao restringir drasticamente sua atuação direta no domínio econômico, não abandona a busca pela concretização dos valores preconizados na respectiva constituição, apenas altera os instrumentos utilizados nessa empreitada. Até porque a regulação também pode ser entendida como um conjunto de políticas públicas que visa realizar valores econômicos e não-econômicos¹⁷⁰ considerados fundamentais por uma dada sociedade em uma época determinada. Essas políticas incluem a implementação de medidas legislativas e administrativas, destinadas a incentivar práticas consideradas desejáveis e a reprimir aquelas que forem entendidas como sendo incompatíveis com os valores defendidos nessa sociedade.¹⁷¹

Cumprir frisar que a permanência da atuação estatal decorreu, em grande parte, da necessidade de os governantes se legitimarem nas democracias de massa contemporâneas, nas quais um número expressivo de eleitores espera que o Estado adote providências que assegurem a preservação ou a melhoria do padrão de vida da população.

Isso ocorre tanto em sociedades onde o nível de consciência política é considerado alto, como na maior parte da Europa ocidental, quanto em países emergentes, onde a cultura política não está tão desenvolvida. Assim, por exemplo, na França a população cobra a manutenção das políticas sociais. Já no Brasil, a desestatização foi “vendida” à

¹⁶⁸ “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

¹⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 23.

¹⁷⁰ Conforme exposto acima, a regulação não é só econômica, mas também social.

¹⁷¹ Idem. p. 43.

população com o atrativo de, supostamente, ampliar a disponibilidade e a qualidade dos serviços prestados pelas empresas privatizadas ou concessionárias.

Enfim, concorda-se com VAZ, quando esse autor afirma que está totalmente afastada uma possível opção dos governantes contemporâneos por uma não intervenção estatal no domínio econômico.¹⁷² Ainda mais tendo em vista o duplo movimento apontado por POLANYI como o responsável pela evolução das regras que regem o mercado e as atividades econômicas, que consiste na relação dialética entre dois princípios fundamentais para a estruturação das economias e das sociedades de mercado. Enquanto, o Princípio do Liberalismo Econômico propõe a auto-regulação dos mercados e a existência de regras coercitivas mínimas, o Princípio da Autoproteção Social prevê que uma reação defensiva dos interesses coletivos é articulada ao longo da História.¹⁷³

A opção pela regulação, em detrimento da produção direta de utilidades pelo Estado¹⁷⁴, ao mesmo tempo em que viabiliza a participação dos agentes privados na produção e oferta de bens e serviços¹⁷⁵, implica uma limitação da liberdade de iniciativa e do direito de propriedade desses agentes, caracterizada pelo estabelecimento de normas de conduta que devem ser compulsoriamente observadas¹⁷⁶. Por via de consequência, o regulador deve observar três requisitos do Estado de Direito, quais sejam, a supremacia da constituição, a generalização do princípio da legalidade e a universalização da jurisdição, sob pena de ocorrerem violações inaceitáveis dos direitos fundamentais dos indivíduos.

¹⁷² VAZ, Manuel Afonso. **Direito Econômico**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 63.

¹⁷³ POLANYI, Karl. **A Grande Transformação – as origens de nossa época**. Rio de Janeiro: Campus, 1980. p. 164.

¹⁷⁴ Nos países em que esse fenômeno ocorreu dessa forma, a exemplo da maior parte da Europa Continental e da América Latina, o que não foi o caso dos Estados Unidos.

¹⁷⁵ Com frequência, a regulação é introduzida concomitantemente à quebra de monopólios estatais.

¹⁷⁶ São exemplos dessas limitações: obrigação de assinar determinados contratos (como no caso da interconexão e da liberação de acesso a redes), afetação de bens, limitação à participação em sociedades empresárias e prestação de serviços em condições deficitárias (como no caso da universalização de serviços).

Depreende-se que o regulador deve observar os limites fixados nas Constituições e nas leis locais¹⁷⁷, que poderão restringir as atividades econômicas passíveis de regulação, com base no Princípio da Subsidiariedade¹⁷⁸, e limitar a intensidade da regulação, com fulcro no Princípio da Proporcionalidade¹⁷⁹. Até porque, como acentuou JUSTEN FILHO¹⁸⁰:

o Estado Regulador é, antes de tudo, uma organização institucional que se relaciona às concepções do Estado de Direito. Essa figura pressupõe não apenas o monopólio do Direito por parte do Estado, mas também a submissão deste àquele. Para compreender o Estado Regulador, é necessário reconhecer a supremacia da ordem jurídica sobre a atuação política.

A mencionada supremacia da ordem jurídica sobre a atuação política, que se traduz na necessidade de serem observados os ditames legais acima das políticas eventualmente adotadas pelo Poder Executivo¹⁸¹, implica a existência de entes reguladores independentes¹⁸². Referidos entes constituem uma espécie de medida cautelar contra a concentração de poderes nas mãos do Estado¹⁸³, que tende a ser inevitável nos contextos intervencionistas¹⁸⁴.

¹⁷⁷ Uma análise desses limites, no caso brasileiro, pode ser encontrada no seguinte artigo: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador (BA), nº 4, nov/2005 a jan/2006.

¹⁷⁸ Segundo esse Princípio, o Estado só deve assumir atribuições que outras entidades não possam assumir e exercer de forma eficaz. Nesse sentido, ver MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo III. 4ª ed. Coimbra: Coimbra, 1998.

¹⁷⁹ CANOTILHO acentua que o princípio da proporcionalidade proíbe as restrições desnecessárias, inaptas ou excessivas de direitos fundamentais. Aduz que esses direitos só podem ser restringidos quando isso for necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. (CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 134)

¹⁸⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 16.

¹⁸¹ Nesse sentido, os entes reguladores são de Estado, não de Governo.

¹⁸² Essa independência deve-se manifestar em relação ao Estado, aos agentes privados e aos usuários, uma vez que a maior parte das relações contratuais envolvidas na regulação são triangulares, envolvendo os atores mencionados.

¹⁸³ Nesse sentido, ver SUNDFELD, Carlos Ari. *Serviços Públicos e Regulação Estatal*. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 25.

¹⁸⁴ Não se desconhece que o grau de autonomia dos entes reguladores varia de um país para outro e, até, de um setor econômico para outro. Por exemplo, na Itália, o ente que regula o setor de telecomunicações é autônomo, ao contrário do que ocorre com aquele que regula o setor de transportes ferroviários.

Ademais, esses entes devem ser dotados de elevada capacidade técnica, pois são demandados a mediar e arbitrar conflitos de interesse relevantes e complexos, sempre ponderando os interesses envolvidos.¹⁸⁵

Não se pode esquecer, também, que os reguladores modernos lançam mão do denominado *soft law*¹⁸⁶, constituído por recomendações cuja eficácia está diretamente relacionada com a respeitabilidade de quem a profere. Por via de consequência, a eficácia de sua ação depende, em larga medida, da respeitabilidade auferida junto aos agentes econômicos e aos usuários de serviços públicos. Nesse sentido, MARQUES NETO afirma que o Estado Regulador abandona o perfil autoritário em prol de uma maior interlocução¹⁸⁷ do Poder Público com a sociedade.¹⁸⁸

O abandono da imposição, pura e simples, em prol da negociação, não foi uma decisão totalmente voluntária do Estado contemporâneo. Afinal, não se pode olvidar o impacto da globalização¹⁸⁹ sobre o direito e a política nacionais. Ao mesmo tempo em que os países sentem a necessidade de adequar suas normas internas ao chamado “direito global”¹⁹⁰,

¹⁸⁵ A complexidade desses conflitos deriva da necessidade de compatibilizar interesses em princípio conflitantes. Assim, deve-se harmonizar universalização (que aumenta custos), modicidade tarifária (que tende a reduzir receitas) e remuneração atrativa de investimentos.

¹⁸⁶ Um dos pilares da regulação é a fidedignidade, a boa-fé, que deve reger as relações jurídicas estabelecidas entre usuários, prestadores de serviços e Estado. A importância da fidedignidade na regulação é ressaltada, entre outros, por CASTRO, Marcus Faro de. **Direitos Sociais, Econômicos e Culturais: uma abordagem pós-neo-clássica.** Disponível em www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_74/artigos/Marcus_rev74.htm. pp. 5 e ss.

¹⁸⁷ O modelo regulador prevê diversos mecanismos que pretendem facilitar essa interlocução. Como exemplo desses mecanismos, pode-se citar a realização de audiências públicas versando sobre temas que serão objeto de deliberação dos entes reguladores. Não se analisará nesta dissertação, os efetivos resultados alcançados por essas audiências, tendo em vista que essa análise fugiria ao escopo deste trabalho. Porém, não se desconhece a existência de controvérsias sobre a eficácia desses instrumentos.

¹⁸⁸ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **A nova regulação dos serviços públicos.** Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, nº 228, abr./jun 2002. pp. 13 a 29.

¹⁸⁹ Consoante exposto por BECK, a globalização implica “*o desmanche da unidade do Estado e da sociedade nacional, novas relações de poder e de concorrência, novos conflitos e incompatibilidades entre atores e unidades do Estado nacional por um lado e, pelo outro, atores, identidades, espaços sociais e processos sociais transnacionais.*” (BECK, Ulrich. **O que é globalização.** São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 49)

¹⁹⁰ Sobre essa questão, ver SUNDFELD, Carlos Ari. **A administração pública na era do direito global.** In SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direito Global.** São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 137.

Ver também PACHECO, para quem um mercado global demanda um direito uniforme. (PACHECO, Pedro Mercado. **El Estado comercial abierto. La forma de Gobierno em una Economía desterritorializada.** In **Transformaciones del derecho em la mundialización.** Madrid: Escuela judicial, 1999. p. 131)

no plano da política econômica¹⁹¹, torna-se perceptível que os Estados nacionais tendem a perder uma parcela significativa de sua capacidade de controlar o mercado, quando confrontados por entes privados que concentram grande poder econômico¹⁹².

CHEVALLIER explicou com acuidade esse fenômeno¹⁹³:

A instauração de uma economia aberta priva o Estado dos seus meios clássicos de ação e o impede de definir qualquer projeto voluntarista de desenvolvimento, igualmente, a lógica concorrencial que comanda o funcionamento das atividades produtivas leva ao dismantelamento de um setor público cuja justificação não é mais evidente. Mas, mesmo nessa conjuntura, a intervenção reguladora do Estado é indispensável: a crescente complexidade dos circuitos econômicos, as mutações tecnológicas, a sofisticação dos produtos financeiros, a mundialização das trocas, mas também a crescente pressão dos poderes econômicos, cujo poderio é reforçado pela mundialização, impõem a criação de instâncias capazes de fixar determinadas regras do jogo, de fazer prevalecer certas disciplinas, de proteger determinados interesses. O Estado mantém, por outro lado, as funções de auxiliar do mercado, ajudando empresas em dificuldades ou setores de ponta, bem como corrigindo os desequilíbrios territoriais causados pela lógica puramente mercantil.

Esse poder econômico transnacional não decorre de tratados internacionais celebrados por Estados soberanos, nem está subordinado a regras debatidas nos diversos parlamentos. Ao contrário, o titular desse poder é privado, sendo de mesma natureza as regras que ele observa.

Consoante exposto por KOSKENNIEMI¹⁹⁴, as políticas econômicas nacionais ou locais têm sido fortemente influenciadas por regimes internacionais¹⁹⁵, elaborados em encontros internacionais de especialistas. Isso tende a gerar um grave déficit de legitimidade democrática, pois, frequentemente, esses regimes não encontram respaldo em tratados internacionais aprovados pelos Congressos nacionais. Aduz-se existir um outro

¹⁹¹ A política econômica é entendida como sendo um conjunto de regras, instituídas politicamente, que regem as atividades econômicas. Nesse sentido, ver CASTRO, Marcus Faro de. *Instituições econômicas: evolução de seus elementos constitucionais na sociedade de mercado*. Revista de Direito Empresarial. Curitiba, nº 6, julho a dezembro de 2006. p. 42.

¹⁹² BECK, ao longo da obra acima citada, mostra que, no contexto da globalização, ocorre uma participação decisiva dos agentes econômicos na esfera política. Afinal, esses agentes têm cada vez mais o poder de privar o Estado de suas fontes materiais de sustentação, tais como, rendas oriundas de impostos, postos de trabalho e capital, bastando para isso redirecionar seus investimentos produtivos.

¹⁹³ CHEVALLIER, Jacques. *L'État Post-moderne*. Paris: LGDJ, 2003. p. 55.

¹⁹⁴ KOSKENNIEMI, Martti. *The fate of Public International Law: between technique and politics*. Modern Law Review. vol. 70. jan. 2007.

¹⁹⁵ Regimes internacionais são conjuntos de regras e princípios.

perigo: esses encontros podem ser capturados por grupos de interesse, o que contribuiria para perpetuar a situação de inferioridade econômica dos que hoje são mais pobres¹⁹⁶. Esse perigo aumenta devido à falta de transparência e de publicidade desses encontros, nos quais as decisões são adotadas com base em critérios supostamente técnicos e neutros.

Aduz-se que, consoante demonstrado por HERNANDEZ, com frequência, os grupos econômicos internacionais privados utilizam organismos internacionais para defender seus interesses, como o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional.¹⁹⁷

Exemplo da influência normativa desses órgãos foi a criação da Agência Estadual Reguladora dos Serviços Públicos Concedidos do Rio Grande do Sul – AGERGS, que estava prevista no Contrato de Empréstimo celebrado entre aquele Estado e o Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento – BIRD, o qual visou ao financiamento de projeto de melhoria da malha rodoviária.

A interferência normativa dos organismos internacionais nem sempre acarreta a edição de leis. Com frequência, as normas em tela são previstas apenas em contratos que condicionam o repasse de recursos à sua observância. Assim, independentemente, da existência de leis, o modelo de regulação internacional é internalizado.¹⁹⁸

Além disso, como se verá em detalhes no capítulo seguinte desta dissertação, o modelo de agências reguladoras implantado em nosso país observou um modelo conhecido do grande capital, qual seja o norte-americano. Foram também estabelecidas

¹⁹⁶ Conforme observou CHANG, os países desenvolvidos e os organismos internacionais propõem aos países em desenvolvimento a adoção de “boas práticas”, de instituições e de políticas públicas que os países atualmente ricos não adotaram quando eram subdesenvolvidos. Aduz esse autor que essas propostas atendem mais ao interesse dos países desenvolvidos que às necessidades dos países emergentes. (CHANG, Há-Joon. **Chutando a escada – a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica**. São Paulo: UNESP, 2004)

¹⁹⁷ HERNANDEZ, Juan Ramón Capella. **Estado y derecho ante la mundialización: aspectos y problemáticas generales**. In **Transformaciones del derecho em la mundialización**. Madrid: Escuela judicial, 1999. pp. 107 e 108.

¹⁹⁸ Nesse sentido, ver COPELLO, Maria Mercedes Maldonado. **Privatización de los servicios públicos domiciliários y transformación del derecho estatal en Colômbia**. Anuário 2001 GEDIM – Dez anos de Mercosul. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 321.

determinadas diretrizes que deveriam ser observadas em nosso país, as quais têm clara origem na *práxis* regulatória internacional. Esses diretrizes, em síntese, são as seguintes: desestatização (para viabilizar o acesso dos empreendedores privados aos mercados antes monopolizados pelo Estado), desverticalização das atividades e busca da maior eficiência possível.¹⁹⁹

Do acima exposto, conclui-se que a intervenção do Estado contemporâneo no domínio econômico depende, mais do que nunca, de uma permanente negociação com os grandes grupos empresariais e financeiros²⁰⁰. Até por isso, ganha muito destaque a chamada “regulação por incentivos”, por meio da qual o Estado tenta induzir as empresas a investir na forma desejada por ele.

Finalmente, deve-se salientar a existência de vários modelos de Estado Regulador, o que decorre, fundamentalmente, do processo histórico vivenciado por cada país. Logo, não é correto falar do advento de uma configuração padronizada desse tipo de Estado.

1.4 A desregulação e a re-regulação

A desregulação, nas suas variadas formas, está sendo implementada em decorrência de problemas concretos detectados nos diversos países. Diante disso, DI PLINIO considera que ela não é uma opção política mas um *kit* de sobrevivência dos Estados.²⁰¹

O conteúdo e a forma da desregulação variam de um país para outro, dependendo do modelo de regulação ali adotado. Assim, por exemplo, a desregulação nos Estados Unidos está diretamente ligada à quebra dos monopólios privados, à desverticalização das atividades consideradas de interesse público e ao incremento da concorrência. Já nos países europeus, a desregulação está relacionada com a formação da União Européia, que

¹⁹⁹ Em relação à implementação dessas diretrizes no setor elétrico, ver LANDAU, Elena e SAMPAIO, Patrícia. **O setor elétrico em uma visão introdutória.** In LANDAU, Elena (org.). **Regulação jurídica do setor elétrico.** Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2006. pp. 1 e ss.

²⁰⁰ Nesse sentido, ver GUERRA, Jorge Rodriguez. **Capitalismo flexible y Estado de Bienestar.** Granada: Comares, 2001. p. 191 e ss.

²⁰¹ DI PLINIO, Giampiero. **Il common core della deregulation, Dallo Stato regolatore alla costituzione economica sovranazionale.** Milano: Giuffrè, 2005.

adotou como objetivos a liberalização, a concorrência ampla²⁰², a desverticalização e a quebra dos monopólios, além de um modelo de regulação supranacional.²⁰³

Uma das principais causas do processo de desregulação ocorrido nos Estados Unidos foi a constatação de que havia um excesso de normas regendo as atividades públicas e privadas. Além disso, muitas dessas normas haviam perdido totalmente o caráter racional.²⁰⁴ Nesse contexto, formou-se um consenso sobre a necessidade de reduzir o chamado custo da regulação, entendido como aquele decorrente do cumprimento das normas emanadas dos reguladores.

Já o modelo europeu de desregulação caminha na direção que foi apontada pelas alterações promovidas pelo Governo Inglês, em 1990, no seu próprio modelo de regulação. Na Inglaterra, até então, as privatizações haviam privilegiado a redução do déficit público e, por via de consequência, buscava-se obter o maior preço possível pelas empresas a serem privatizadas. Com esse desiderato, o monopólio estatal não era quebrado antes da privatização, o que acarretava a substituição desse monopólio por outro de natureza privada.²⁰⁵

Na prática, a manutenção desses monopólios gerou a insatisfação dos consumidores, que passaram a pagar mais por serviços sem a devida qualidade. Isso ocasionou a mudança do processo de privatização, que passou a ser precedido pela quebra do monopólio estatal e pela desverticalização das empresas. Onde não foi possível romper o

²⁰² O modelo regulatório proposto pela União Européia pode ser descrito como a Regulação para a Concorrência.

²⁰³ As atividades das entidades reguladoras nacionais são coordenadas pela Comissão Européia. Assim, apesar de inexistir um regulador europeu, há uma tentativa de uniformizar os procedimentos regulatórios no âmbito da Comunidade Européia.

²⁰⁴ Esse entendimento é defendido, por exemplo, em HOWARD, Philip K. **The Death of Common Sense: how Law is suffocating America**. New York: Warner Books, 1994.

²⁰⁵ Devido às vantagens de que dispõe o agente monopolista, a quebra do monopólio antes da privatização reduz o valor das empresas a serem privatizadas.

monopólio, por exemplo, no caso da transmissão de energia elétrica²⁰⁶, buscou-se garantir o livre acesso das outras empresas do setor e manteve-se o controle dos preços de acesso²⁰⁷.

Cabe destacar que a regulação econômica inglesa, na hipótese de setores monopolistas, baseia-se no sistema conhecido como "price-cap"²⁰⁸, que fixa um preço máximo para o serviço e permite a repartição de ganhos de produtividade entre o prestador do serviço e os usuários, sempre visando à modicidade tarifária.

Apesar das diferenças acima citadas, pode-se dizer que, via de regra, o processo de desregulação pretende reduzir a intensidade da regulação²⁰⁹ e, simultaneamente, aumentar sua qualidade, em termos de desempenho e racionalidade econômica. Adicionalmente, verifica-se a adoção de dois modelos distintos (o "adversarial regulatory style" e a "meta-regulation"), que têm em comum a proposta de encerrar o domínio da política sobre a economia.²¹⁰

O "*adversarial regulatory style*", adotado fundamentalmente nos Estados Unidos²¹¹, apoia-se em um grande número de regras claras e detalhadas, em processos de decisão transparentes e na elevada *accountability*. O caráter normativo desse sistema acarreta o crescimento do papel desempenhado pelo Poder Judiciário, o que pode levar a uma judicialização das escolhas públicas em matéria econômica.

Já a "*meta-regulation*" baseia-se no controle dos regulados por organismos independentes e na adoção de métodos alternativos de solução de conflitos, supostamente

²⁰⁶ Apesar de a transmissão e a distribuição de energia elétrica serem monopólios naturais, a geração e a comercialização permitem ampla concorrência. Na Inglaterra, os consumidores são livres para escolher de quem desejam adquirir essa energia.

²⁰⁷ ORTIZ esclarece que a competição depende da existência de quatro liberdades: de entrada, de acesso aos mercados, de contratação e formação competitiva de preços e de investimentos. (ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Princípios de Derecho Público Económico**. 3ª ed. Granada: Comares Editorial, 2004. pp. 613 a 617)

²⁰⁸ No setor elétrico brasileiro, está sendo utilizado o sistema do *price cap*. Assim, o licitante vencedor é aquele que oferece a menor tarifa, observado o valor limite. No modelo anterior, o vencedor seria aquele que oferecesse o pagamento do maior valor pela outorga.

²⁰⁹ Segundo ORTIZ, a regulação sempre será necessária, mas ela deve ser mínima, subsidiária e complementar ao mercado. ORTIZ, Gaspar Arino. Obra citada. 2004. p. 606.

²¹⁰ Nesse sentido, ver DI PLINIO, Giampiero. Obra citada.

²¹¹ Verifica-se, na prática, a co-existência dos dois modelos, sendo que um deles prepondera de acordo com as características de cada país.

mais econômicos, eficazes e eficientes. Ademais, esse segundo modelo propugna pela adoção de um direito regulatório fundamentado em princípios compartilhados, que aumentaria a certeza jurídica necessária a um capitalismo eficiente. Esse modelo inspirou o modelo britânico de desregulação, que é marcadamente flexível e informal, encorajando a auto-regulação e a cooperação entre o público e o privado, por meio de procedimentos de acentuada discricionariedade.

Note-se que a adoção da *meta-regulation* significa a aplicação do Princípio da Subsidiariedade ao modelo regulatório, uma vez que ressalta o caráter subsidiário do papel do Estado-Juiz.

Ainda segundo DI PLINIO²¹², no âmbito da União Européia, percebe-se o advento de elementos típicos de liberalização econômica e fragmentação política, tais como a postura *adversarial* da Comissão européia na formação da política comunitária, que se fortificou em 1997, com a possibilidade de se penalizar Estados recalcitrantes.

Observa-se, também, a re-regulação em nível comunitário, o que implicou a fragmentação de poderes públicos, a perda de legitimidade das burocracias e a intensificação do dinamismo da atividade judicial. Aduz esse autor que o sistema de governo europeu, caracterizado por fragmentações horizontais e verticais das sedes de decisão, dificulta a abordagem informal e cooperativa.²¹³

Inobstante sua diversidade, os modelos de desregulação vêm sendo questionados, por diferentes motivos. Assim, por exemplo, nos Estados Unidos, ocorreram experiências negativas nas áreas da aviação civil²¹⁴ e da energia elétrica²¹⁵, as quais ensejaram

²¹² DI PLINIO, Giampiero. Obra citada.

²¹³ Conforme DI PLINIO, Giampiero. Obra citada.

²¹⁴ Nos Estados Unidos, após a desregulação da indústria aérea, as perdas financeiras cresceram progressivamente. Em 1981 e 1982, duas grandes companhias aéreas faliram e uma foi liquidada e, entre 1990 e 1994, cinco grandes empresas aéreas entraram em falência e duas em liquidação.

²¹⁵ No início da década de 90, o Governo Federal aprovou uma lei para tornar a área de geração de eletricidade mais competitiva. Em 1996, a Comissão Reguladora de Energia liberou a venda de energia elétrica no atacado para geradores, visando criar uma concorrência entre vendedores e compradores de energia que precisariam de um sistema de transmissão para levar o que estava sendo vendido aos grandes consumidores (mercado de

muitos questionamentos e a adoção de medidas tendentes à re-regulação. Na Europa, há frequentes atritos e discordâncias entre os entes reguladores nacionais e a Comissão Europeia encarregada de coordenar a ação desses entes. Dessa forma, vislumbra-se que a desregulação deverá passar por um processo de ajustes e, quiçá, de reformas, com vistas a se adequar às necessidades e desejos dos cidadãos e das empresas.

Especificamente no caso brasileiro, como se verá no estudo de casos a seguir exposto, tem sido adotado preferencialmente o “*adversarial regulatory style*”. Isso se deve a diversas causas, a primeira das quais é a expressa previsão constitucional de que quem quer que tenha direitos lesados ou ameaçados de lesão por recorrer ao Poder Judiciário. Além disso, deve ser sopesado o fato de que os meios alternativos de solução de conflitos²¹⁶, dentre os quais se destaca a arbitragem²¹⁷, só recentemente passaram a ser adotados em nosso país.

Consoante exposto anteriormente, no Brasil, a regulação foi introduzida quando a prestação direta de serviços públicos pelo Estado foi substituída pela delegação dessa prestação. No modelo anterior, as decisões sobre a prestação desses serviços eram fundamentalmente adotadas com base em critérios políticos. Já no modelo atual, esses critérios ainda são observados, mas agora há critérios técnicos e jurídicos que também devem ser levados na devida conta.

Como será analisado no estudo de casos, o Poder Judiciário brasileiro tem adotado exatamente essa postura, de julgar combinando argumentos de política com argumentos jurídicos, de princípios.

atacado). Nessa mesma época, o governo estadual da Califórnia quis ampliar essa concorrência para o consumidor individual (mercado de varejo). A combinação da liberalização desordenada com uma oferta de energia menor que a planejada e um verão muito quente (que provocou o aumento do consumo) levou ao apagão, que gerou prejuízos da ordem de bilhões de dólares. Atualmente, foram implantados mecanismos de controle da oferta e da demanda (por meio de aumentos de tarifas), além de leilões públicos de energia.

²¹⁶ Consoante exposto por OLIVEIRA, os chamados meios alternativos de resolução de conflitos visam resolver disputas fora do Poder Judiciário. (OLIVEIRA, Artur Coimbra de. **O papel do órgão regulador na resolução de disputas entre operadoras de telecomunicações: a arbitragem e a mediação à luz das experiências japonesa, inglesa e americana**. Brasília: UnB, Revista de Direito, Estado e Telecomunicações. vol. 1, nº 1, 2009. p. 113)

²¹⁷ Conforme dispõe o art. 1º da Lei nº 9.307/1996, a arbitragem visa dirimir conflitos que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis.

A análise do Estado Regulador, iniciada pelo estudo de seus antecedentes históricos, origens, objetivos e características, está sendo empreendida tendo em vista que esse modelo estatal é a âncora conceitual desta dissertação. Dando continuidade a essa análise, cabe agora abordar os entes reguladores, cuja atuação poderá ser submetida ao controle judicial, o que será feito no próximo item.

Em seguida, serão avaliados os institutos jurídicos relacionados com a delegação da prestação dos serviços públicos. Essa avaliação é importante para os propósitos deste trabalho, uma vez que essa delegação é um dos traços característicos do Estado Regulador.

Ademais, especificamente no caso das agências reguladoras, serão acentuadas características do modelo norte-americano, que serviu de inspiração àquele implementado no Brasil. Será também destacada a atuação do Poder Judiciário norte-americano, que se defrontou com problemas e questões que muito provavelmente estão sendo ou virão a ser enfrentados pelos magistrados brasileiros.

Importa salientar, ainda, que, como se verá a seguir nesta dissertação, os tribunais brasileiros têm atribuído grande peso em suas decisões aos pressupostos da implementação da delegação de serviços públicos e da instituição das agências reguladoras brasileiras.

1.5 Agências reguladoras

1.5.1 Histórico

1.5.1.1 No plano internacional

A introdução das agências reguladoras se deu de forma totalmente diversa na Europa e nos Estados Unidos.

No Velho Continente, consoante salientado por QUERMONNE²¹⁸, a criação desses entes decorreu da necessidade de articular a atuação do Estado com as demandas da sociedade civil em setores estratégicos, em especial no contexto da desestatização. Com esse desiderato, tornou-se necessário criar entidades autônomas, competentes tecnicamente e capazes de atuar de forma imparcial.

Note-se que a atuação dos entes reguladores europeus não ficou limitada ao campo dos serviços públicos, das *public utilities* ou dos serviços de interesse geral. Assim, por exemplo, aponta-se o Banco Central da Alemanha (*Deutsche Bundesbank*) como pioneiro entre as autoridades administrativas independentes e modelo para a estruturação do Banco Central Europeu.²¹⁹

Referidas entidades devem estar aptas a influenciar os agentes econômicos e os usuários dos serviços prestados por esses agentes, utilizando a legitimidade decorrente do reconhecimento público da capacidade técnica e da imparcialidade desses entes.²²⁰ Afinal, consoante exposto anteriormente, no Estado Regulador verifica-se a necessidade de existirem entes estatais que atuem com base na negociação²²¹, no incentivo e na fidúcia, uma vez que o Estado perdeu uma larga parcela de sua capacidade de impor sua vontade aos agentes econômicos.

Ademais, consoante lecionado por MOREIRA NETO²²², a adoção de instrumentos consensuais apresenta diversas vantagens, tais como, o aprimoramento da governabilidade devido ao incremento da eficiência, a redução do abuso de poder e a

²¹⁸ QUERMONNE, Jean-Louis. *L'Appareil Administratif de l'État*. Paris : Éditions du Seuil, 1991. p. 256.

²¹⁹ Consoante exposto por LOMBARTE, Artemi Rallo. *La constitucionalidad de las Administraciones Independientes*. Madri: Technos, 2002. pp. 74 e 75.

²²⁰ Nesse sentido, ver DEVOLVÉ, Joaquin. *Droit Public de l'Économie*. Paris: Dalloz, 1998. p. 264.

²²¹ A importância da negociação é ressaltada, entre outros, por MARQUES NETO. Contudo, esse autor ressalta que as bases dessa negociação serão afetadas pelo poderio econômico, político e social dos interlocutores. (MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *A nova regulação dos serviços públicos*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, nº 228, abr./jun 2002. p. 79)

²²² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 110.

ampliação do controle e a facilitação do acatamento às decisões adotadas que ganham em legitimidade.

Esse entendimento é assim sintetizado por MAS²²³:

O que se exige ao regular setores sensíveis é uma intervenção que garanta o pluralismo e o equilíbrio entre valores contrapostos e entre os interesses do mercados e os fins de serviços públicos. Essa maneira de atuar, no marco de um ordenamento em grande parte indefinido, não é próprio da Administração. Requer outra legitimação e outra *expertise*.

Apesar de a necessidade de criar entidades reguladoras com as qualidades acima expostas ter se difundido na Europa, observa-se que nos vários países europeus essas entidades assumiram características diferenciadas, em virtude das diferenças existentes entre as respectivas cultura, história e tradição jurídicas. Até porque o próprio processo de desestatização teve objetivos diferenciados, como se observa comparando os casos inglês e francês.

Na Inglaterra, como acentuou VILLELA SOUTO²²⁴:

A privatização foi uma opção mais filosófica, consistente em definir que não cabe ao Estado produzir riqueza, gerar lucro e exercer atividades econômicas. Este papel deveria caber à iniciativa privada, que o faria com mais eficiência. Buscou-se ainda libertar o Governo das pressões sindicalistas e corporativas.

Do ponto de vista organizacional, naquele país, as agências reguladoras independentes podem ser consideradas como um desenvolvimento natural de uma Administração Pública marcada pelo policentrismo e pela autonomia dos seus entes desde o seu nascedouro.²²⁵

²²³ MAS, Joaquín Tornos. **Las Autoridades de Regulación de lo Audiovisual**. Madrid: Martins Pons, 1999. p. 69.

²²⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela **Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. pp. 4 e ss.

²²⁵ PROSSER considera que o espírito auto-regulador e juridicamente pluralista das pequenas comunidades inglesas influenciou a formação das agências reguladoras, possibilitando a atribuição de um alto grau de independência para essas entidades. (PROSSER, Tony. **Law and the regulators**. Oxford: Clarendon Press, 1997. pp. 34 e ss.)

Como acentua ARAGÃO²²⁶, o embrião das agências reguladoras começou a surgir na Inglaterra no século XIX. Quando era editada uma lei para atender a determinado interesse público, era concomitantemente criado um órgão para implementar os comandos dessa lei. Assim, foram criados aproximadamente 1.500 *Quasi Autonomus Governmental Organization - Quangos* com as mais diversas finalidades.

Num primeiro momento, os temas regulados foram o comércio exterior, a qualidade dos produtos, o emprego, a agricultura e o uso do solo. Posteriormente, houve a regulação das *public utilities*, com destaque para a criação da *Board of Trade*, promovida pelo *The Electric Lighting Act* de 1882.²²⁷

Esses entes ingleses assumem variados perfis institucionais e apresentam portes os mais distintos, em decorrência tanto de sua criação ter ocorrido em momentos históricos diversos como das disparidades existentes entre os objetivos de cada um deles. Em comum, possuem a significativa autonomia.

Durante o Governo Thatcher, buscou-se aumentar o controle sobre os *quangos* e reduzir o seu número, tendo sido extintos mais de 500. Contudo, foram criados mais 60 *quangos* para regular as atividades desestatizadas, os quais assumiram a denominação de *agencies* ou *commissions*.²²⁸

PROSSER²²⁹ salienta que, apesar de a denominação adotada na Inglaterra ter nítida origem norte-americana, as *agencies* inglesas não copiaram integralmente o modelo adotado nos EUA, uma vez que se buscou evitar formalismos, reduzir o controle jurisdicional e aumentar a direção pelos Ministérios.

²²⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 223.

²²⁷ Nesse sentido, ver PROSSER, Tony. Obra citada e páginas citadas.

²²⁸ Esse é o entendimento esposado por ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 225.

²²⁹ PROSSER, Tony. Obra citada. p. 57.

Ademais, houve uma divisão de competências entre esses entes e os Ministérios setoriais, segundo a qual estes traçam as políticas públicas, elaboram o modelo inicial do setor e expedem as *licenses*, enquanto as *agencies* sancionam, alteram as *licenses* e adotam medidas visando proteger os consumidores.²³⁰

Já na França, o processo de privatização conferiu ênfase à democratização do patrimônio público constituído pelas estatais, por meio de um sistema de venda pulverizada de suas ações, o que permitiu ao pequeno poupador participar dos negócios do país. Adicionalmente, pretendeu-se conferir ao setor privado o papel de força motriz do crescimento econômico, por intermédio da retirada do Estado do setor industrial competitivo.²³¹

No que concerne aos aspectos organizacionais, as autoridades administrativas independentes²³², que poderiam supostamente ser consideradas similares às agências reguladoras, são mais vocacionadas para proteger as liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos contra ações indevidas do Governo ou de agentes econômicos poderosos do que para ampliar a eficiência econômica ou promover a realização de valores sociais, o que as distingue dos entes reguladores ingleses ou americanos.²³³

Ademais, elas não possuem personalidade jurídica, o que ajuda a garantir a esses entes uma maior autonomia, uma vez que, consoante exposto por ARAGÃO²³⁴, em um país marcado por uma Administração fortemente centralizada, uma pessoa jurídica da Administração Indireta não teria como deixar de se submeter a um controle ministerial amplo.

²³⁰ Idem. p. 48.

²³¹ Conforme explicitado por SOUTO, obra citada.

²³² O Conselho de Estado Francês, em 1983, decidiu considerar como “autoridade administrativa independente” certas entidades integrantes do Poder Executivo, não exercentes de função jurisdicional e dotadas de autonomia em relação às entidades públicas e privadas. Nesse sentido, ver JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 179.

²³³ Idem. p. 189.

²³⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 237.

As principais características dessas autoridades francesas são o exercício de capacidades decisórias, a proposta de regular no sentido de estabelecer as “regras do jogo” que deverão ser observadas pelos agentes econômicos e pelos usuários de serviços públicos e a ampla autonomia.²³⁵

Via de regra, os únicos limites à autonomia dessas entidades²³⁶ decorrem da obrigação de publicar relatórios anuais de suas atividades e do controle exercido pelo Poder Judiciário ou, com maior frequência, pelos membros do contencioso administrativo.²³⁷ Contudo, há exceções como o caso da *Commission des Opérations de Bourse – COB*, que tem algumas de suas decisões submetidas à apreciação do Ministro.²³⁸

Vistos, de forma extremamente sumária e exemplificativa, dois modelos de entes reguladores europeus bastante diferentes, cabe agora analisar o modelo norte-americano de entidades reguladoras, o qual influenciou a formulação do modelo adotado no Brasil.

As agências²³⁹, em sentido amplo, não só as reguladoras, nasceram e se desenvolveram inicialmente nos Estados Unidos, tendo alcançado tal importância que, com frequência, a expressão “*administrative law*” indica o conjunto de normas relativas às atividades desses entes.²⁴⁰

Cabe ressaltar que as agências norte-americanas podem ser reguladoras, as quais primordialmente, dispõem de competência normativa, podendo regular a prestação de serviços públicos por particulares ou o desempenho de atividades econômicas privadas desde que dotadas de interesse econômico. Podem possuir competências executivas em caráter

²³⁵ Para maiores detalhes, ver MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de droit administratif**. 6ª ed. Paris: Montchrestien, 1996. pp. 107 e ss.

²³⁶ MOREIRA considera que as autoridades administrativas independentes são caracterizadas pelas independências funcional, orgânica e em face dos interesses envolvidos na sua atividade específica. (MOREIRA, Vital. **Administração autônoma e associações públicas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. pp. 127 e 128)

²³⁷ Conforme QUERMONNE, Jean-Louis. Obra citada. p. 253.

²³⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 238.

²³⁹ Segundo o *Administrative Procedural Act*, toda autoridade governamental distinta dos Poderes Legislativo e Judiciário é uma agência.

²⁴⁰ Cabe destacar que neste parágrafo faz-se referência ao conjunto de agências norte-americanas, sejam reguladoras sejam executivas.

acessório. Mas, as agências também podem ser executivas, que, essencialmente, possuem competência para o desempenho direto de atividades administrativas, inclusive no que concerne a tarefas materiais, especialmente no que concerne ao que os europeus continentais denominam serviços e funções públicas. Podem possuir competências normativas acessórias.

No contexto norte-americano, as agências reguladoras, denominadas *independent regulatory agency* ou *regulatory commissions*, foram criadas,²⁴¹ fundamentalmente, para regular a existência e o funcionamento dos monopólios privados²⁴², o que constitui uma diferença fundamental em relação à experiência brasileira.

Entre a criação da primeira agência federal e a crise de 1929, não foram criadas muitas agências, tendo os Estados Unidos optado por uma disciplina legislativa abstrata. Assim, por exemplo, o *Sherman Anti-Trust Act* não previu a instituição de nenhuma entidade reguladora, mas delegou o controle do cumprimento da lei ao Poder Judiciário.

Com o advento do *New Deal*, as funções das agências foram significativamente ampliadas e, simultaneamente, houve a criação de numerosos entes reguladores. É a chamada primeira onda reguladora norte-americana, marcada pela forte intervenção no domínio econômico e pela busca da superação das falhas de mercado, a qual pode-se dizer que marcou o surgimento do *Regulatory State*. O Governo Federal passou a

²⁴¹ Para um relato desse processo ver HUBER, Peter W.; KELLOGG, Michael K. e THORNE, John. **Federal Telecommunications Law**. Second Edition. New York: Aspen Law & Business, 1999. Também merece ser citado MENDES, Conrado Hubner. **Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão**. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

²⁴² Em 1886, verificou-se a necessidade de regular disputas entre empresas de transporte ferroviário e empresários rurais. Essas empresas procuravam obter o lucro máximo e cobravam tarifas que livremente estipulavam. Provocada pelos fazendeiros, a Suprema Corte admitiu a atuação do poder público na disciplina de negócios privados, o que viabilizou a fixação de tarifas.

Em seguida, os fazendeiros, organizados no movimento conhecido como *National Grange*, atuaram como grupo de pressão sobre as Assembléias estaduais e obtiveram a regulação legislativa das tarifas ferroviárias e do preço de armazenagem de cereais.

Em 1887, foi criada a primeira agência federal: a ICC (*Interstate Commerce Commission*). Alguns anos depois, foi a vez da FTC (*Federal Trade Commission*), destinada a controlar condutas anticompetitivas de empresas e corporações monopolistas. Note-se que essas agências já nasceram dotadas de autonomia e que seus dirigentes possuíam mandatos fixos, só podiam perder os respectivos cargos em decorrência da prática de delitos tipificados em lei.

incentivar determinadas atividades e a desempenhar diretamente outras, tais como aquelas ligadas ao setor de infraestruturas essenciais.²⁴³

Em 1945, foi editada a lei geral de procedimento administrativo (*Administrative Procedural Act*), visando conferir maior legitimidade ao processo de tomada de decisões pelas agências, por meio do respeito ao *due process of law*.

A partir do início da década de 1960, ocorreu a segunda onda regulatória norte-americana, caracterizada pelo reconhecimento da incapacidade do mercado para produzir eficazmente resultados não-econômicos. Nessa fase, durante o Governo Lyndon Johnson, foram criadas entidades encarregadas da defesa dos trabalhadores, dos consumidores e do meio-ambiente.

Entre os anos de 1965 e 1985, defrontou-se o sistema regulatório americano com um problema que desvirtuou as finalidades da regulação desvinculada do poder político: a captura das agências reguladoras pelos agentes econômicos regulados. Os agentes privados, com seu colossal poder econômico e grande poder de influência, diante de entes reguladores que dispunham de completa autonomia perante o poder político, não encontraram dificuldades para implantar um mecanismo de pressão que acabou por quase determinar o conteúdo da regulação que iriam sofrer. Os maiores prejudicados, por consequência, foram os consumidores.²⁴⁴

A constatação desse problema ensejou o incremento dos mecanismos de controle da atuação das agências e justificou as restrições que o Governo Reagan impôs à autonomia desses entes. Por meio da *Executive Order* nº 12.291, de 1981, foi determinado que os regulamentos propostos pelas agências deveriam ser submetidos ao crivo do *Office of Management and Budget - OMB*, órgão integrante da estrutura da Presidência da República, a

²⁴³ Merece destaque a criação da *Tennessee Valley Authority*, que construiu represas, regularizou a navegação nesse rio e interveio sobre as atividades econômicas desenvolvidas em suas margens.

²⁴⁴ Para uma análise das medidas adotadas visando minimizar o risco da captura das agências reguladoras norte-americanas, ver, entre outros, SUNSTEIN, C. **Constitucionalismo após o New Deal. In Regulação econômica e democracia.** São Paulo: Editora 34, 2004. pp. 156 e ss.

quem compete coordenar os orçamentos e o funcionamento das agências reguladoras federais. O OMB ficou responsável pela verificação das relações custo-benefício e custo-efetividade envolvidas nos regulamentos editados pelos entes reguladores. Já por intermédio da *Executive Order* nº 12.498, de 1985 foi estabelecido que as agências deveriam submeter ao OMB um plano anual de regulação.

Posteriormente, a *Executive Order* nº 12.866, de 1993, e o *Unfunded Mandate Reform Act* - UMRA, de 22/03/2005, ampliaram o controle exercido sobre as agências reguladoras federais norte-americanas pelo Poder Executivo. Essas normas impuseram às agências reguladoras federais dos Estados Unidos diversas obrigações.²⁴⁵

Esse conjunto de normas e procedimentos foi estabelecido com o intuito de permitir que o Poder Executivo coordene as atividades das diversas agências reguladoras federais, com o fito de otimizar a aplicação de recursos orçamentários e evitar a sobreposição de normas conflitantes. Aduz-se que, em tese, o Poder Executivo também pode avaliar a possibilidade de fundir ou extinguir agências consideradas desnecessárias.

Nesse mesmo diapasão, o Congresso, por meio do *Congressional Review Act*, de 1996, restabeleceu a possibilidade de uma Resolução aprovada em suas duas Casas, por maioria simples, e sancionada pelo Presidente da República sustar a eficácia de normas editadas pelas agências reguladoras²⁴⁶.

Verifica-se que, ao contrário do que ocorre no Brasil, a regulação de atividades desenvolvidas por entidades privatizadas é um tema insignificante para os norte-

²⁴⁵ Tais como: elaborar um planejamento anual e submetê-lo ao *Office of Information and Regulatory Activities* - OIRA, um órgão que integra a estrutura do OMB; revisar um determinado número de regulamentos emitidos pela agência no passado, averiguando a necessidade de adequá-los ou, até mesmo, revogá-los, visando atualizar o marco regulatório e observar regras procedimentais severas quando da edição de normas de cunho abstrato. Em conformidade com essas regras deve ser previamente elaborado um projeto básico da ação regulatória, que será submetido ao OIRA para aprovação. Em seguida, será preparado um Relatório de Impacto Regulatório (*Regulatory Impact Analysis* - RIA), que contém uma análise de custos e benefícios do regulamento, o qual também será submetido à apreciação do OIRA. Finalmente, a agência deverá publicar no órgão oficial de imprensa (*Federal Register*) um Aviso de Proposta de Regulação (*Notice of Proposed Rulemaking* - NPRM).

²⁴⁶ A sustação pelo Congresso de uma norma editada por uma agência norte-americana, com fulcro no *Congressional Review Act*, ocorreu pela primeira vez em 2001.

americanos. Nos Estados Unidos, a regulação por intermédio de agências independentes constituiu o rompimento não com o modelo do Estado do Bem Estar Social, como ocorreu em nosso país, mas com uma concepção de Estado mínimo, mero garantidor da ordem pública e da segurança externa, alheio ao bem-estar econômico da população e, sobretudo, proibido de fixar preços, disseminar informações úteis aos usuários, impor, consolidar e monitorar práticas concorrenciais justas, em suma, de regular mercados.

Procurando garantir a transparência e a legitimidade de suas decisões, bem como permitir a interposição de recursos pelas partes atingidas por essas determinações, as agências norte-americanas desenvolveram um conjunto de procedimentos que são seguidos de forma rigorosa. Foi adotada uma conduta assemelhada ao *due process*, a qual permite o exercício do contraditório e da ampla defesa e limita, de forma significativa, a competência discricionária dos dirigentes das agências.

CUÉLLAR²⁴⁷ esclarece que, a partir da decisão prolatada no caso *United States v. Curtiss-Wright Export Co.*, de 1936, os tribunais passaram a considerar válida a delegação de poderes pelo Congresso Norte-Americano, desde que fossem fixados *standards* com significado determinável (*meaningful standards*) para guiar os administradores. Referida autora acrescenta que, ao julgar o caso *United States v. Southwestern Cable Co.*, a Suprema Corte determinou os *standards* a serem seguidos, asseverando que a agência deveria regular de forma consistente com o direito e com a conveniência pública.

Dessa forma, procurou-se diferenciar o poder administrativo das agências do poder burocrático estatal típico e garantir o respeito aos direitos dos usuários e dos prestadores de serviços públicos.

Após essa breve explanação sobre as origens das entidades reguladoras no plano internacional, cabe agora analisar a introdução das agências reguladoras no Brasil.

²⁴⁷ CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001. p. 73.

1.5.1.2 No Brasil

O advento das agências reguladoras em nosso país decorreu, principalmente, de um processo de desestatização²⁴⁸ implementado no Brasil a partir da primeira metade da década de 1990.²⁴⁹ Além da desestatização, a globalização²⁵⁰ e a necessidade de conferir credibilidade internacional ao marco regulatório²⁵¹ a ser implantado em nosso país²⁵² foram fundamentais para a adoção do modelo de agências.

Contudo, não se pode olvidar que, antes do processo de desestatização e da Reforma do Estado proposta pelo Governo Fernando Henrique Cardoso, havia algumas entidades no Brasil que se assemelhavam às agências reguladoras, tais como o Banco Central e a Comissão de Valores Mobiliários.

Por outro lado, não se pode deixar de reconhecer que as agências reguladoras possuem características que as diferenciam dos demais entes públicos, tais como o exercício de mandatos pelos seus dirigentes e a impossibilidade de impetração de recursos

²⁴⁸ Por desestatização, entende-se a transferência para a iniciativa privada de participações societárias e da execução dos serviços públicos até então explorados pelas entidades da Administração Pública. Essa definição está em consonância com aquela oferecida no art. 5º do Decreto nº 2.594/1998, que regulamentou a Lei nº 9.491/1997.

²⁴⁹ BEMERGUY ressaltou que, em virtude das privatizações e das delegações, os serviços públicos passaram a ser providos por empreendedores privados e pelos agentes públicos remanescentes, quase todos eles atuando como monopolistas ou oligopolistas em seus setores de mercado. Para dar conta de regular esse novo ambiente, foi necessário construir todo um aparato institucional e normativo, visto que não havia uma distinção clara entre *poder concedente* e *concessionário* num cenário até então dominado pelo setor público. (BEMERGUY, Marcelo. **O Controle das Agências Reguladoras**. Palestra proferida no III Congresso Brasileiro de Regulação de Serviços Públicos, promovido pela ABAR – Associação Brasileira de Agências Reguladoras em 2003)

²⁵⁰ Consoante ARANHA, o fenômeno da globalização tende a produzir uma uniformização internacional dos diversos ordenamentos jurídicos, chegando mesmo a induzir a superação das fronteiras nacionais e a cogitação de um direito global (ARANHA, Márcio Iorio. **Agências: sua introdução no Modelo Jurídico-Administrativo Brasileiro**. In OLIVEIRA PEREIRA, Cláudia Fernanda (org.). **O novo direito administrativo brasileiro**. Belo Horizonte: Forum, 2003. p. 166)

²⁵¹ O Banco Mundial condicionou a liberação de empréstimos para empreendimentos no setor elétrico ao estabelecimento de um quadro jurídico e de processos licitatórios considerados satisfatórios pelo Banco. O BIRD acrescentou que passaria a exigir dos países que estabelecessem marcos regulatórios transparentes, que fossem independentes tanto dos fornecedores de energia quanto dos governos locais. (WORLD BANK. **The World Bank's role in the Electric Power Sector**. Washington: The World Bank, 1993. p. 14)

²⁵² Segundo ARANHA, há vários indícios de que a instituição das agências em nosso país visou gerar um maior grau de confiança internacional nas instituições brasileiras. (Obra citada.)

Nesse sentido, foi sintomático o fato de a apresentação do Projeto de lei relativo às agências ter sido feita pelo Ministro da Fazenda, que, por dever de ofício, deve zelar pela conquista e pela manutenção dessa confiança.

hierárquicos contra as decisões proferidas por essas agências²⁵³. Anteriormente, houve tentativas legislativas de criar autarquias cujos dirigentes não pudessem ser demitidos *ad nutum* pelo Presidente da República. Tais tentativas foram inviabilizadas pelo Supremo Tribunal Federal, que, em sua Súmula nº 25, estabeleceu que “*a nomeação a termo não impede a livre demissão, pelo Presidente da República, de ocupante de cargo dirigente de autarquia.*” Esse entendimento somente foi revisto quando do julgamento da ADIN nº 1.979/RS, quando o STF, por maioria, passou a admitir a constitucionalidade do estabelecimento, por meio de lei, de restrições à livre exoneração, pelo Presidente da República, dos dirigentes das agências reguladoras²⁵⁴.

Quanto ao propósito que levou a criação das agências reguladoras brasileiras, BRESSER PEREIRA²⁵⁵, principal ideólogo da reforma do Estado brasileiro empreendida no Governo Fernando Henrique Cardoso, no âmbito da qual foram criadas as agências reguladoras brasileiras, entendia ser necessário substituir o Estado clientelista, que sempre foi ativo no campo da economia, não para regulá-la eficazmente, mas para servir aos interesses dos diversos estamentos superiores. Nesse sentido, esse autor considerava que, nas

²⁵³ Como ressaltou ARIÑO ORTIZ, a impossibilidade de utilização do recurso hierárquico decorre do fato de que o Ministro de Estado não é superior hierárquico da agência reguladora. (ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Princípios de Derecho Público Económico**. 3ª ed. Granada: Comares Editorial, 2004. p. 593)

²⁵⁴ “*Controle Concentrado e Vácuo Legislativo: Concluído o julgamento de medida liminar em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul contra os artigos 7º e 8º da Lei estadual 10.931/97, que criou a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul - AGERGS (v. Informativo STF 144). Por aparente ofensa ao princípio da separação dos Poderes (CF, art. 2º), o Tribunal deferiu o pedido de medida liminar para suspender, até decisão final da ação, a eficácia do art. 8º da Lei estadual 10.931/97 (“O conselheiro só poderá ser destituído, no curso de seu mandato, por decisão da Assembléia Legislativa.”), na redação que lhe deu o art. 1º da Lei estadual 11.292/98, assim como na sua redação original. Ademais, o Tribunal, considerando que o vazio legislativo decorrente da suspensão desta norma, que é a única forma de demissão prevista na referida Lei, seria mais inconstitucional do que a própria norma impugnada, declarou, por maioria, que a suspensão cautelar do art. 8º se dava sem prejuízo das restrições à demissibilidade, pelo Governador do Estado, sem justo motivo, consequentes da investidura a termo dos conselheiros da AGERGS, conforme o art. 7º da Lei 10.931/97 - que condiciona a posse dos conselheiros à prévia aprovação de seus nomes pela Assembléia Legislativa, cujo pedido de suspensão liminar fora indeferido na assentada anterior -, e também sem prejuízo da superveniência de legislação válida. Vencido em parte o Min. Marco Aurélio, que se limitava à suspensão de eficácia do mencionado art. 8º, por entender que o STF estaria atuando como legislador positivo ao declarar que o conselheiro não seria demissível ad nutum, ou seja, que o seu afastamento só poderia ocorrer mediante justa motivação.*”

ADInMC nº 1.949-RS, Relator Min. Sepúlveda Pertence.

²⁵⁵ Ver BRASIL. Presidência da República. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: Câmara da Reforma do Estado, 1995. p. 15.

décadas de 1980 e 1990, o nosso modelo de Estado mostrou-se superado, vítima de distorções decorrentes da tendência observada em grupos de empresários e de funcionários²⁵⁶, que buscavam utilizar o Estado em seu próprio benefício.²⁵⁷

Ainda segundo BRESSER PEREIRA, a crise do Estado brasileiro apresentava três aspectos: a crise fiscal, caracterizada pela crescente perda do crédito por parte do Estado e pela poupança pública negativa; o esgotamento da estratégia estatizante de intervenção do Estado, a qual se manifestou com clareza no fracasso da política de substituição de importações, e a superação da administração pública “burocrática”.

Nesse contexto, a instituição das agências reguladoras fez parte de um processo de transferência para atores privados das atividades executivas até então exercidas pelo Estado, a título de monopólio²⁵⁸ ou quase-monopólio. A partir desse momento, passaria a caber ao Poder Público precipuamente o papel de regulador. Dessa forma, esperava-se alcançar três objetivos: maior eficiência econômica, distribuição social dos resultados auferidos mais equitativa e uma administração mais transparente para a sociedade.²⁵⁹

Entende-se que esse entendimento é apenas parcialmente correto, uma vez que, consoante exposto anteriormente, a implementação do Estado Regulador demandava a criação de entidades capazes de influenciar o comportamento dos agentes econômicos, por

²⁵⁶ STIGLER denominou “captura do Estado” o estreitamento dos vínculos existentes entre elites estatais e empresariais, em certos contextos históricos, que ensejou o entrelaçamento de interesses e, em casos extremos, a subordinação do público ao privado. Esse fenômeno acarretou a perda da eficiência da ação estatal, em especial devido à prevalência dos interesses privados. No caso brasileiro, se o Estado era considerado forte por deter significativo poder decisório, ao mesmo tempo, ele poderia ser tido como débil devido à sua pequena capacidade para obter conformidade e aquiescência às duas decisões. (STIGLER, George. **The citizen and the state: essays on regulation**. Chicago: University of Chicago Press, 1975)

²⁵⁷ Em relação à nossa experiência histórica recente, O’DONNELL ressaltou o caráter “bifronte e segmentário” do corporativismo latino-americano sob o regime militar ou burocrático-autoritário. Ele é bifronte por possuir dois componentes distintos: o estatizante (subordinação ao Estado das organizações da sociedade civil, visando basicamente controlar a classe trabalhadora) e o privatista (abertura de áreas do Estado à representação de interesses organizados da sociedade civil, principalmente aqueles da classe economicamente dominante). Ele é segmentário pois o funcionamento e o impacto das estruturas corporativas são distintos em relação às classes sociais. Ressalte-se que essa caracterização se adequa perfeitamente ao regime militar brasileiro, vigente entre 1964 e 1985. (O’DONNELL, Guillermo. **Corporatism and the question of the State**. In MALLOY, James (ed.). **Authoritarianism in Latin America**. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 1979. pp. 47 a 53)

²⁵⁸ A prestação de vários serviços públicos baseia-se em onerosas redes de infraestrutura. Esse fato representa grande barreira à entrada de novos competidores e constitui um incentivo à formação de monopólios naturais.

²⁵⁹ Para maiores informações, ver PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A reforma do Estado dos anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle**. In **Cadernos do MARE**. Brasília: MARE, nº 1, 1997.

meio de negociação e persuasão, utilizando mais a legitimidade do que a coerção.

Nesse sentido, TIMSIT²⁶⁰ defendeu a necessidade da adoção de uma nova lógica do direito, alegando que:

as instâncias de emissão de normas não podem ser reduzidas apenas àquelas investidas de um poder de edição de normas obrigatórias, isto é, cujo desrespeito acarreta uma sanção no sentido clássico do termo. As autoridades administrativas independentes contribuem tanto para a elaboração de um Direito quanto as autoridades administrativas clássicas, utilizando meios que não são necessariamente de constrição e imposição mas que, geralmente, não são menos eficazes: informação, investigação, proposição e recomendação.

Em 31/05/1996, o Conselho de Reforma do Estado recomendou a construção de um marco legal para os entes reguladores, o qual deveria possibilitar a formulação de uma política regulatória que desse consistência e coerência às propostas de Governo. Referido marco deveria adotar os seguintes princípios: autonomia e independência decisória²⁶¹; ampla publicidade de normas, procedimentos e ações; celeridade processual e simplificação das relações entre consumidores e investidores; participação de todas as partes interessadas no processo de elaboração de normas regulamentares, a qual seria concretizada por meio de audiências públicas; limitação da intervenção estatal na prestação de serviços públicos aos níveis indispensáveis à sua execução.

Naquela oportunidade, foi sugerido que esses entes adotassem a forma autárquica, visando garantir sua autonomia financeira. Adicionalmente, com o intuito de assegurar sua autonomia decisória, recomendou-se nomear os dirigentes dessas entidades somente após a aprovação de seus nomes pelo Senado Federal; adotar decisões colegiadas²⁶²; vedar a representação corporativa; permitir a perda de mandato somente em virtude de decisão do Senado, por provocação do Presidente da República.

²⁶⁰ TIMSIT, Gérard. **Les Autorités Administratives Indépendantes**. COLLIARD, Claude-Albert e TIMSIT, Gérard (org.) Paris : PUF, 1988. p. 316.

²⁶¹ A valorização dessas autonomia e liberdade decorria, em larga medida, do fato de que, conforme exposto por ARIÑO ORTIZ, um dos maiores receios dos investidores internacionais era que o Governo manipulasse o valor das tarifas dos serviços públicos desestatizados. (ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Princípios de Derecho Público Económico**. 3ª ed. Granada: Comares Editorial, 2004. pp. 582 e 583)

²⁶² A adoção de decisões colegiadas visa privilegiar o controle e diminuir o risco de captura. Nesse sentido, ver ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 410.

Ademais, os entes reguladores deveriam promover e assegurar a competitividade do respectivo mercado; garantir o direito de prestadores e usuários dos serviços públicos; estimular o investimento privado; buscar o máximo de qualidade e de segurança desses serviços aos menores custos possíveis; garantir remuneração adequada dos investimentos realizados; dirimir conflitos entre prestadores de serviços públicos e consumidores; prevenir abusos de poder econômico por parte dos prestadores de serviços públicos.

Cabe destacar que, como se verá no estudo de casos constante desta dissertação, o Poder Judiciário efetivamente tem procurado respeitar os princípios da política regulatória e a autonomia decisória das agências reguladoras. Além disso, o controle judicial das decisões das agências tem sido feito, via de regra, de forma consentânea com os objetivos institucionais desses entes. Assim, por exemplo, tem sido confirmada pelos tribunais a competência das agências reguladoras para estipular os índices de revisão tarifária, os quais devem ser fixados de forma a, entre outros objetivos, proteger os direitos dos consumidores de energia elétrica e estimular a realização de investimentos privados no setor elétrico.

Com o fito de introduzir efetivamente esses entes no ordenamento jurídico brasileiro e sob o impacto da globalização, procurou-se adotar aqui o modelo norte-americano²⁶³ de agências reguladoras (*Independent Regulatory Commission*).

A adoção desse modelo exemplificou a aplicação daquilo que SUNDFELD²⁶⁴ denominou “direito global”, o qual se opõe ao direito doméstico. Segundo esse autor, o direito global extrapola largamente as fronteiras do Estado Nacional para buscar suas fontes também fora dele. Entretanto, cumpre ressaltar que a simples existência de órgãos

²⁶³ Segundo DI PIETRO, a adoção no Brasil do termo “agência”, provavelmente, pretendeu ressaltar que a idéia era a de realmente copiar o modelo norte-americano. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 144)

²⁶⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. **A administração pública na era do direito global**. In SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direito Global**. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 137.

e de fontes normativas internacionais nem constitui novidade nem basta para caracterizar uma nova Era.

Pode-se questionar a origem norte-americana do modelo de agências implantado no Brasil com base na existência de fortes semelhanças entre o nosso modelo e o britânico. Essas semelhanças teriam sido fortalecidas pela adoção de princípios propostos por uma empresa de consultoria, que, por sua vez, fundamentou seu trabalho no modelo adotado na Grã-Bretanha.

Efetivamente, verifica-se que, em 1995, o Ministério das Minas e Energia contratou, com recursos do Banco Mundial, a empresa de consultoria *Coopers and Librand* para auxiliar na formulação do modelo elétrico brasileiro. Esse trabalho, concluído em 1997 e que serviu de base para o modelo adotado no Brasil até o mês de março de 2004, observou alguns princípios básicos oriundos do modelo britânico. Todavia, não se pode afirmar que os idealizadores da ANEEL, agência vinculada ao setor de energia elétrica, cuja criação ocorreu em Dezembro de 1996, por intermédio da Lei nº 9.427, tenham adotado o modelo britânico de agências reguladoras.²⁶⁵

Aduz-se que o modelo do Setor Elétrico acima citado foi profundamente alterado por intermédio das Leis nº 10.847/2004, que autoriza a criação da Empresa de Pesquisa Energética – EPE, empresa pública vinculada ao Ministério das Minas e Energia, e nº 10.848/2004, que dispõe sobre a comercialização de energia elétrica e altera as Leis nº 5.655/1971, nº 8.631/1993, nº 9.074/1995, nº 9.427/1996, nº 9.478/1997, nº 9.648/1998, nº 9.991/2000 e nº 10.438/2002. Em virtude dessas alterações, esse modelo afastou-se dos princípios que orientam o seu congênere britânico.

²⁶⁵ Até porque o trabalho de consultoria foi finalizado após a criação da ANEEL.

A adoção de modelos estrangeiros pode ocasionar determinadas dificuldades. Afinal, consoante exposto por WALD e MORAES²⁶⁶, a importação de inovações institucionais não traz consigo o contexto cultural e jurídico originário, o que implica profundas adaptações na sua transposição. Essas adaptações tornam-se mais necessárias quando se observa que em nosso país, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos e na Inglaterra, a observância dos princípios da legalidade e da unicidade da jurisdição²⁶⁷ tende a conduzir a disputas judiciais visando estabelecer os limites das competências normativas e sancionatórias das agências.²⁶⁸

1.5.2 Natureza Jurídica

Como acentua CUÉLLAR²⁶⁹, no Brasil, não há nenhuma lei que defina de forma genérica o que seja agência reguladora²⁷⁰. A Constituição Federal utiliza a expressão agência somente quando se refere às agências financeiras oficiais de fomento (art. 165, § 2º)²⁷¹ e às agências de instituições financeiras (art. 52, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias)²⁷². Aliás, a Carta Magna apenas faz referência a órgão

²⁶⁶ WALD, Arnold e MORAES, Luiza. **Agências Reguladoras**. Revista de Informação Legislativa. Ano 36. nº 141. jan/mar 1999. p. 153.

²⁶⁷ Referidos princípios possuem importância basilar no que concerne aos mecanismos de estabilização das decisões e aos limites recursais.

²⁶⁸ Pode-se citar, como exemplo, a multa aplicada pela ANEEL quando do apagão ocorrido no Rio de Janeiro. Naquela oportunidade, a concessionária de energia elétrica, a *Light*, insinuou que poderia ingressar em juízo contra essa multa, alegando que a agência estaria extrapolando sua competência.

²⁶⁹ CUÉLLAR, Leila. Obra citada. p. 75.

²⁷⁰ RIVERO registra que, também na França, o termo agência não possui significado jurídico bem definido. (RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981. p. 529)

²⁷¹ “Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

I - o plano plurianual;

II - as diretrizes orçamentárias;

III - os orçamentos anuais.

§ 1º - A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.

§ 2º - A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.”

²⁷² “Art. 52. Até que sejam fixadas as condições do art. 192, são vedados: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 40, de 2003)

I - a instalação, no País, de novas agências de instituições financeiras domiciliadas no exterior;”

regulador²⁷³, não à agência reguladora. Ressalte-se, finalmente, que a Constituição de 1988 somente faz referência aos entes reguladores das áreas de telecomunicações e petróleo (arts. 21, XI, e 177, § 2º, III)²⁷⁴.

Cumpra salientar, ainda, que a Lei nº 9.649, de 27/05/1998, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, ao abordar os órgãos reguladores, fez referência à ANP e à ANEEL na qualidade de agências reguladoras.²⁷⁵

²⁷³ Considera-se ter havido uma imprecisão terminológica do constituinte, o qual estaria se referindo a entidade e não a órgão.

²⁷⁴ “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;” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95)

“Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados.

§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

II - as condições de contratação; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)”

²⁷⁵ “Art. 35. A Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL e a Agência Nacional do Petróleo - ANP poderão requisitar, com ônus para as Agências, servidores ou empregados de órgãos e entidades integrantes da Administração Pública Federal direta, indireta ou fundacional, quaisquer que sejam as atividades a serem exercidas.

§ 1º Durante os primeiros trinta e seis meses subsequentes à instalação da ANEEL e da ANP, as requisições de que trata este artigo serão irrecusáveis e desde que aprovadas pelos Ministros de Estado de Minas e Energia e da Administração Federal e Reforma do Estado.

§ 2º A ANEEL e a ANP poderão solicitar, nas mesmas condições do caput”, a cessão de servidores ou empregados de órgãos e entidades integrantes da administração pública do Distrito Federal, dos Estados ou dos Municípios, mediante prévio consentimento do órgão ou entidade de origem.

§ 3º Quando a requisição ou cessão implicar redução de remuneração do servidor requisitado, ficam a ANEEL e a ANP autorizadas a complementá-la até o limite da remuneração percebida no órgão de origem.

§ 4º Os empregados requisitados pela ANP de órgãos e entidades integrantes da Administração Pública Federal indireta ou fundacional ligados à indústria do petróleo, de acordo com o estabelecido no caput deste artigo, não poderão ser alocados em processos organizacionais relativos às atividades do monopólio da União.

§ 5º Após o período indicado no § 1º, a requisição para a ANP somente poderá ser feita para o exercício de cargo do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores, vedada, também, a utilização de pessoal de entidades vinculadas à indústria do petróleo.”

Aduz-se que o projeto de lei encaminhado ao Congresso Nacional, versando sobre as agências reguladoras brasileiras, relaciona essas agências²⁷⁶.

MOREIRA²⁷⁷ salienta que o termo agência é plurívoco²⁷⁸, possuindo um significado vulgar (agência telefônica, dos correios ou das capitânias dos portos etc), um sentido específico (Anatel, ANP, Anvisa etc) e um sentido técnico indefinido (Agência Espacial Brasileira, Agência Brasileira de Informações, etc).

No que concerne às agências reguladoras, cumpre destacar que as leis específicas que as criaram atribuíram a elas a natureza jurídica de autarquias, conferindo-lhes algumas características específicas. Assim, elas são pessoas jurídicas de direito público, criadas por lei e que somente por lei podem ser extintas. Elas exercem atividades e serviços administrativos, possuem autonomia patrimonial e administrativa e permanecem sob o controle e a tutela do Estado quanto à sua organização, administração e fiscalização.

Sopesada sua significativa autonomia, as agências reguladoras são classificadas como autarquias especiais, dotadas de competência para regulamentar, contratar, fiscalizar, dirimir conflitos, aplicar sanções e zelar pelos direitos dos usuários de serviços públicos ou atividades econômicas relevantes. A fundamentação de seu caráter especial é ressaltada em alguns normativos²⁷⁹, como se constata no § 2º do art. 8º da Lei nº 9.472/1997²⁸⁰, o qual estabeleceu que “*a natureza de autarquia especial conferida à Agência*

²⁷⁶ Referido projeto de lei lista as seguintes agências reguladoras: Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, Agência Nacional do Petróleo – ANP, Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, Agência Nacional de Águas – ANA, Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT e Agência Nacional do Cinema - ANCINE.

²⁷⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. **Agências Administrativas. Poder Regulamentar e Sistema Financeiro Nacional**. Revista de Direito Administrativo. nº 218. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 95.

²⁷⁸ Em face dessa pluralidade de acepções atribuídas ao termo agência, cumpre enfatizar as diferenças existentes entre as agências reguladoras e as executivas, que foram introduzidas em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto nº 2.487, de 02/02/1998.

Uma agência executiva é uma autarquia ou fundação que celebrou contrato de gestão com o respectivo Ministério supervisor e elaborou plano estratégico de reestruturação e desenvolvimento institucional. Ressalte-se que essa qualificação não altera a natureza jurídica dessas autarquias ou fundações.

²⁷⁹ Especificamente nas leis de criação da Anatel, da Anvisa e da ANS. Os demais diplomas legais apenas reiteram que as agências são autarquias especiais, sem detalhar as causas dessa especialidade.

²⁸⁰ Esse dispositivo legal criou a Anatel.

é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo²⁸¹ e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira”.

Parcela da doutrina ressalta esse regime especial das agências reguladoras.

Nesse sentido, DI PIETRO²⁸² assinala que o referido regime decorre:

da maior autonomia em relação à Administração Direta; da estabilidade de seus dirigentes, que é garantida pelo exercício de mandatos fixos, que eles somente podem perder nas hipóteses expressamente previstas, o que afasta a possibilidade de demissão **ad nutum**, e do caráter final de suas decisões, que não são passíveis de apreciação por outros órgãos da Administração Pública.

É importante ressaltar que as agências foram concebidas como organismos autônomos em relação aos três poderes estatais clássicos, pelos motivos expostos anteriormente. Foram delegadas a elas funções de cunho legislativo (edição de normas²⁸³), judicial (solução de conflitos) e administrativo (fiscalização e aplicação de sanções). A

²⁸¹ As implicações do mandato fixo foram discutidas quando o Presidente da República determinou a substituição do então Presidente da Anatel Luís Guilherme Schymura pelo recém-nomeado conselheiro Pedro Jaime Ziller. Naquela oportunidade, prevaleceu a tese, defendida pelo Palácio do Planalto, no sentido de que o mandato fixo se refere ao cargo de Conselheiro, não ao de Presidente da Agência. Referida tese não é pacífica, pois a forma como foi redigido o art. 5º da Lei nº 9.986/2000, que rege a nomeação do Presidente e dos demais Conselheiros das agências reguladoras, é dúbia, **verbis**:

“LEI Nº 9.986, DE 18 DE JULHO DE 2000.

Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências.

(...)

Art. 5º O Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente (CD I) e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria (CD II) serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal.

Parágrafo único. O Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente será nomeado pelo Presidente da República dentre os integrantes do Conselho Diretor ou da Diretoria, respectivamente, e investido na função pelo prazo fixado no ato de nomeação.”

Durante um Fórum sobre agências reguladoras, Luiz Alberto dos Santos, Subchefe de Coordenação da Ação Governamental da Casa Civil da Presidência da República, afirmou que os mandatos dos Presidentes das agências são meramente indicativos e, conseqüentemente, eles podem ser substituídos, a qualquer tempo, por determinação do Presidente da República. Posteriormente, durante a cerimônia de assinatura da mensagem presidencial que encaminhou ao Congresso Nacional o multicitado projeto de lei sobre a organização e o funcionamento das agências, Luiz Alberto aduziu que, em conformidade com esse projeto, os presidentes das agências terão estabilidade no cargo por quatro anos, podendo ser substituídos no primeiro semestre do segundo ano de mandato do presidente da República. Ressalte-se que todos os diretores e conselheiros terão mandato de quatro anos, podendo ser reconduzidos por igual período. Os mandatos terão início e fim em datas diferentes e não coincidirão com o do presidente da República.

²⁸² DI PIETRO, obra citada. p. 194.

²⁸³ Cumpre destacar dois conceitos: *rulemaking* e *adjudication*. O primeiro consiste na elaboração de normas pelas agências, já o segundo se refere à adoção dos precedentes como indicadores das decisões a serem adotadas. MONCADA salienta que as entidades reguladoras, via de regra, dão preferência ao *rulemaking*, visando evitar a indeterminação e a insegurança que poderiam advir da adoção maciça do *adjudication*. (MONCADA, Cabral. **Estudos de Direito Público**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 131)

atribuição dessas funções foi motivada pela crença de que as agências, por possuírem conhecimento técnico especializado, estariam melhor aparelhadas para regular o funcionamento de determinados e importantes setores da economia nacional, o que favoreceria o fornecimento de serviços públicos de qualidade a preços módicos.

Deve-se sopesar, ainda, que, em consonância com o modelo adotado no Brasil, elas seriam entidades do Estado e não de um determinado Governo. Conseqüentemente, elas contariam com um grau significativamente elevado de autonomia em relação ao Chefe do Poder Executivo. Constata-se que a implementação integral desse modelo seria a concretização da idéia de uma burocracia relativamente autônoma e capaz de influir de forma relevante na formulação e na implementação das políticas públicas.

Contudo, esse caráter especial e inovador das agências não é unanimemente aceito pela doutrina. BANDEIRA DE MELLO²⁸⁴, por exemplo, discorda desse suposto caráter, por considerar que “*independência administrativa*”, “*ausência de subordinação hierárquica*” e “*autonomia administrativa*” são elementos característicos de todas as autarquias²⁸⁵. Para ele, o que pode ocorrer é a maior ou menor intensidade dessas características básicas. Acrescenta o referido autor que a atribuição às agências da natureza de autarquia especial não representa uma novidade no Direito brasileiro, pois tal natureza já foi, anteriormente, atribuída às Universidades, tendo em vista o maior grau de autonomia desfrutado por essas últimas.

Frise-se que a maior autonomia conferida às agências, em relação àquela atribuída às autarquias em geral, altera o relacionamento dos entes reguladores com os

²⁸⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 139.

²⁸⁵ Ressalte-se que, etimologicamente, o termo autarquia indica autonomia, pois “autos” é próprio e “arquia” é comando, direção, logo, autarquia é direção própria.

Ministros de Estado responsáveis pelas áreas de atuação dessas entidades. Nesse sentido, já foi destacado que²⁸⁶:

Discussão que se impõe, decorrente do maior nível de autonomia conferido às agências reguladoras, diz respeito à aplicação das normas relativas à supervisão ministerial, na forma disciplinada pelo Decreto-lei nº 200/1967. A característica fundamental dos entes estatais autárquicos é sua maior independência em relação à Administração Direta. Contudo, as entidades submetidas a regime autárquico comum apresentam nível de interação com o ente superior mais estreito, quando comparadas às de regime especial. O controle sobre aquelas é exercido pelo Ministério respectivo, sob a forma de supervisão ministerial, nos termos dos arts. 19 a 29 do citado Diploma Legal. Evidente que, em relação às dotadas de regime especial, não há falar em sujeição às mesmas limitações das demais autarquias. Por conseguinte, impõe-se afastar as normas do Decreto-lei nº 200/1967 que tratam da supervisão ministerial no que for incompatível com o novo regramento conferido às agências reguladoras.

1.5.3 Competências

Preliminarmente, cabe salientar que, embora a criação das agências reguladoras brasileiras tenha visado precipuamente à regulação dos serviços públicos que passaram a ser prestados por agentes delegados, o âmbito de sua atuação não se restringe a esses serviços. A Lei nº 9.782/1999, que criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa, inaugurou um movimento de expansão das agências, que passaram a intervir nos mais diversos setores em que se faz necessária a presença reguladora e disciplinadora do Estado²⁸⁷ e não apenas nas áreas de atividade econômica outrora monopolizadas pelo poder público.²⁸⁸

Consoante exposto por WALD e MORAES²⁸⁹, as agências reguladoras são:

organismos constituídos pelo Poder Público, para normatizar, aplicar as normas legais, regulamentares e contratuais da atividade sob sua tutela, outorgar e rescindir os contratos de concessão, bem como fiscalizar os

²⁸⁶ ZYMLER, Benjamin. **O papel do Tribunal de Contas da União no controle das agências reguladoras**. Palestra proferida no II Congresso Brasiliense de Direito Constitucional. Brasília: 2003. p. 4.

²⁸⁷ MENDES observou que, em conformidade com o disposto no Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, as agências reguladoras foram criadas para assumir as vezes de poder concedente e suas correspondentes atribuições em relação à prestação de serviços. Contudo, elas assumiram também o papel de ordenar certas atividades em que há apenas um vínculo genérico do Estado com o administrado, as chamadas atividades econômicas em sentido estrito. Consequentemente, elas também desempenham papel de polícia administrativa. (MENDES, Conrado Hubner. Obra citada. p. 108)

²⁸⁸ É interessante notar que, há décadas, as agências norte-americanas, que serviram de inspiração para suas congêneres brasileiras, atuam nos mais variados setores. Assim, por exemplo, a *Equal Employment Opportunity Commission* foi criada nos anos 60 com a incumbência de implementar as normas de promoção da igualdade no mercado de trabalho em favor das minorias raciais e sexuais.

²⁸⁹ WALD e MORAES. Obra citada. pp. 143 a 171.

serviços concedidos, além de funcionar, em muitos casos, como instância decisória dos conflitos entre as empresas concessionárias e os usuários.

A pluralidade de funções atribuídas às agências reguladoras é explicada por DI PLINIO²⁹⁰, para quem essa pluralidade é:

consequência da crise de racionalidade da legislação e do consequente dinamismo interpretativo da magistratura. A incerteza da primeira leva a segunda a uma posição de “senhora das fontes” e aumenta desmesuradamente a discricionariedade e a soberania de regulação das relações econômicas e do mercado, que estruturalmente não tolera a incerteza jurídica. A presença de organismos independentes, unida à tendência à deslegalização, preenche o lapso de racionalidade. Isso explica a atribuição a esses organismos de poderes normativos setoriais e de poderes de resolução de conflitos, ainda que para prevenir o surgimento das incógnitas ínsitas no controle jurisdicional da economia. Observa-se a lógica amplamente verificada no sistema norte-americano, onde as autoridades independentes se apresentam como uma alternativa científica à influência do Poder Judiciário sobre os processos decisórios públicos. As autoridades independentes constituem a fonte das regras que disciplinam o funcionamento do mercado e de suas frações. Sua qualificação técnica, associada à sua neutralidade e independência, constitui uma barreira lógica, sistemática e especial em face dos poderes tradicionais do Estado.²⁹¹

Em conformidade com o modelo originalmente implantado no Brasil, as agências possuíam cinco funções básicas, a primeira das quais consiste em regular as respectivas áreas de atuação. Para tanto, elas possuem competência para estabelecer e aplicar regras específicas para cada área.

A segunda função básica das agências consistia na outorga do exercício de atividades a terceiros, os quais podem integrar ou não a Administração Pública. Com esse desiderato, o modelo original previa que os entes reguladores deteriam competência para promover licitações e celebrar contratos. Contudo, essa função vem sendo paulatinamente atribuída ao Poder Concedente.

Nesse sentido, a Lei nº 10.848/2004 redistribuiu as competências no setor elétrico. Em conformidade com esse normativo, compete ao Poder Concedente²⁹² elaborar o

²⁹⁰ DI PLINIO, Giampiero. **Diritto Pubblico dell'Economia**. Milão: Giuffrè, 1998. p. 345.

²⁹¹ Consoante exposto anteriormente, um dos maiores receios dos investidores internacionais é a utilização das regras regulatórias com fins políticos, em especial, no que concerne à fixação de tarifas.

²⁹² Várias competências do Poder Concedente, no que concerne ao setor elétrico, são exercidas pelo Ministério de Minas e Energia. Afinal, em conformidade com o disposto nos incisos II e IV do parágrafo único do art. 87 da

plano de outorgas, definir as diretrizes para os procedimentos licitatórios e promover as licitações destinadas à contratação de concessionários de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e à outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos, ouvida previamente a ANEEL. O Poder Concedente delegará à ANEEL a operacionalização dos procedimentos licitatórios.

O Poder Concedente também possui competência para celebrar os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica ou de concessão de uso de bem público e expedir atos autorizativos, ouvida previamente a ANEEL. A celebração de contratos e a expedição dos atos mencionados poderão ser delegadas à ANEEL.

Referido o concedente pode, ainda, extinguir a concessão, nos casos previstos na Lei nº 8.987/1995 e na forma prevista no respectivo contrato, ouvida previamente a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL.

Aduz-se que esse Poder possui competência para declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública e promover as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis. Poderá haver delegação expressa à ANEEL. Finalmente, ele pode declarar de necessidade ou utilidade pública, para fins de instituição de servidão administrativa, os bens necessários à execução de serviço ou obra pública, promovendo-a diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis. Poderá haver delegação expressa à ANEEL.

Cabe destacar que o projeto de lei das agências, que tramita no Congresso Nacional desde 2003, retira a competência dessas entidades para licitar e celebrar contratos de concessão ou permissão. Caso esse projeto seja aprovado sem alterações nesse particular, às

Constituição Federal de 1988, compete ao Ministro de Estado, na sua área de atuação, expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos, bem como praticar os atos pertinentes às atribuições que lhe forem outorgadas ou delegadas pelo Presidente da República.

agências competirá gerir esses contratos, após a respectiva assinatura, expedir as autorizações e fiscalizar, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, as concessões, as permissões e a prestação dos serviços públicos delegados.

Especificamente no que concerne ao poder de outorga de concessões, permissões e autorizações, o Poder Executivo utilizou como fulcro para sua proposta a premissa constitucional de que o Estado é o titular do direito de explorar, diretamente ou mediante concessão ou permissão, os serviços públicos. Assim, a faculdade de celebrar contratos de outorgas, que foi atribuída às agências em suas leis específicas, deve ser percebida como uma liberalidade do legislador. Por via de consequência, seria legítima a transferência de tais atribuições para os respectivos Ministérios, ressalvada a possibilidade de delegação às agências. Ressalte-se que as modificações concernentes à redefinição de competências foram inseridas nas leis específicas de criação das agências;

A terceira função das agências diz respeito à fiscalização do cumprimento dos contratos administrativos celebrados e da execução dos serviços públicos e das atividades econômicas reguladas. As agências podem, ainda, aplicar sanções àqueles que descumprirem as normas relativas aos serviços públicos ou às atividades econômicas sob enfoque. A imposição de sanções, além do seu caráter punitivo, visa recompor o equilíbrio do mercado regulado.²⁹³ Note-se que essas sanções podem ser substituídas por termos de compromisso²⁹⁴ ou acordos substitutivos.²⁹⁵

A quarta função se refere à solução de conflitos entre os agentes econômicos e os usuários dos serviços prestados por esses agentes. Com esse desiderato, as agências exercem competências quase judiciais, que serão analisadas a seguir.

²⁹³ Conforme ressaltado por SOUTO, Marcos Juruena Villela **Direito Administrativo Regulatório**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 32.

²⁹⁴ A Lei nº 9.656/1998, que criou a ANS, previu a celebração de termo de compromisso de ajuste de conduta.

²⁹⁵ MOREIRA NETO explica que “os acordos substitutivos” são termos firmados pela Administração Pública, de ofício ou mediante provocação do interessado, quando uma composição ou ajuste oferecer mais vantagens para o interesse público do que um ato proferido em decorrência de um processo administrativo. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novos institutos consensuais da ação administrativa**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar. vol. 231. jan./mar. 2003. pp. 153)

Finalmente, as agências devem manter contato direto com os usuários dos serviços e atividades econômicas reguladas, exercer o papel de ouvidor e possibilitar a participação desses usuários em audiências públicas, nas quais devem ser discutidas as principais decisões das agências.²⁹⁶

Com o fito de desempenhar essas funções, as agências brasileiras, a exemplo das norte-americanas, exercem atividades assemelhadas àquelas tradicionalmente conferidas aos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo.²⁹⁷ O exercício das atividades típicas do Poder Executivo não causa espécie, visto que as agências integram a Administração Pública indireta. Os questionamentos se dirigem ao exercício de atividades características dos demais Poderes.

BARBOSA GOMES²⁹⁸ lembra que o cerne das atribuições das agências independentes americanas reside na função reguladora (“*rulemaking*”), no exercício da qual elas ora agem como um típico Poder Regulamentar, no qual se inclui o poder normativo, ora adotam procedimentos usuais do Poder Judiciário. Em princípio, as agências editam “*prescriptive formulations*” ou “*legislative rules*”, regulando as atividades incluídas no respectivo campo de especialidade. Tais normas passam a ter força de lei tanto para os agentes econômicos envolvidos quanto para os usuários dos respectivos serviços. Esse autor acrescenta que a eficácia de tais normas é, em geral, confirmada pelos tribunais norte-americanos, os quais levam em conta a capacidade técnica das agências.

Ainda visando legitimar suas decisões, por meio da transparência e da interação com a sociedade, as agências norte-americanas adotam o denominado “*notice-and-*

²⁹⁶ A participação da sociedade civil no processo decisório das agências e nos processos de elaboração de normas por essas entidades será discutida a seguir nesta dissertação.

²⁹⁷ BARBOSA GOMES cita como exemplo desse amplo leque de competências das agências norte-americanas o caso da Federal Trade Commission (FTC), a qual edita normas de validade nacional definindo quais condutas constituem prática empresarial violadora do princípio da livre concorrência (função “legislativa”), instaura procedimento investigativo destinado a verificar se as empresas estão cumprindo fielmente as normas por ela baixadas (função “executiva”) e julga as acusações de violação das regras de concorrência que emergem da sua própria investigação (função “judicial”). Assim, a FTC faz as vezes de legislador, polícia judiciária, Ministério Público e juiz. Texto citado, nota de rodapé nº 24.

²⁹⁸ Conforme BARBOSA GOMES, Joaquim Benedito. Texto citado.

comment rulemaking”, que consiste na promoção de estudos preliminares, cujos resultados, após serem devidamente publicados, servirão de base para audiências públicas e para a coleta de sugestões ou críticas de toda a sociedade. Registre-se que procedimento similar já é adotado no Brasil e deverá ser incrementado caso o projeto de lei anteriormente citado seja efetivamente aprovado pelo Congresso.²⁹⁹

No Brasil, questiona-se a constitucionalidade da edição de normas pelas agências reguladoras, tendo em vista que o art. 84, IV, da Constituição Federal de 1988 estabeleceu que o poder regulamentar é exclusivo do Chefe do Poder Executivo. Referido poder não poderia ser delegado por não ter sido incluído entre as competências delegáveis, as quais foram previstas no parágrafo único desse dispositivo constitucional. Ademais, o art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias revogou, a partir de 180 dias da promulgação da Constituição, sujeito esse prazo à prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuem ou delegam a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange à ação normativa.

Essa questão é polêmica, havendo muitos autores que defendem a competência normativa das agências reguladoras.³⁰⁰ A uma, porque o art. 87 da Constituição Federal de 1988³⁰¹ confere aos Ministros de Estado competência para expedirem instruções

²⁹⁹ Por exemplo, o art. 42 da Lei nº 9.472/1997 estipula que as minutas de atos normativos serão submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na Biblioteca. Já o artigo 44 dessa mesma Lei, visando fomentar a participação da sociedade no processo decisório da Anatel, estabelece que qualquer pessoa terá o direito de peticionar ou de recorrer contra ato da Agência no prazo máximo de trinta dias, devendo a decisão da entidade reguladora ser conhecida em até noventa dias.

³⁰⁰ ARAGÃO chega a afirmar que um ente regulador que perca a competência para editar normas deixa de ser regulador e se torna adjudicatário. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 316)

³⁰¹ “Art. 87. Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos.

Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:

(...)

II - expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos;”

visando ao fiel cumprimento de leis e decretos. Ademais, consoante TÁCITO³⁰², a norma de competência do Presidente da República acima citada é apenas enumerativa, logo, ela não impede que a lei habilite outras autoridades ao exercício do poder normativo. Assim, não procede a afirmação de que somente o Chefe do Poder Executivo pode exercer o Poder Regulamentar.

A duas, porque se os órgãos e entidades públicos não puderem editar normas regulamentares, nas respectivas áreas de atuação, restará inviabilizada a atividade administrativa cotidiana, devido à impossibilidade prática de dar concretude às normas legais, as quais, por definição, são genéricas e abstratas. Deve-se ter em mente que, consoante salientado por TÁCITO³⁰³, *“regulamentar não é só reproduzir analiticamente a lei, mas ampliá-la e complementá-la, segundo o seu espírito e conteúdo, sobretudo nos aspectos que a própria lei, explícita ou implicitamente, outorga à esfera regulamentadora.”*³⁰⁴

A três, porque está em curso no Brasil e no exterior³⁰⁵ um processo denominado de deslegalização, o qual consiste na retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias do domínio da lei, passando-as ao domínio do regulamento.³⁰⁶ Note-se que esse processo deve respeitar os limites impostos pela reserva de lei formal para o tratamento de determinadas matérias.³⁰⁷

A quatro, porque o art. 13, I, da Lei nº 9.784³⁰⁸, de 29/1/1999, a qual estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração

³⁰² TÁCITO, Caio. **Comissão de Valores Mobiliários. Poder regulamentar.** In **Temas de Direito Público.** Rio de Janeiro: Renovar, tomo 2, 1997. p. 1.079.

³⁰³ Idem.

³⁰⁴ Esse entendimento, no caso específico das agências reguladoras, tem sido acolhido pelo STF, que considera constitucional a atribuição de poder normativo às entidades reguladoras, desde que sejam respeitados os *standards* e as finalidades genéricas estabelecidas em lei. Nesse sentido, ver o RE nº 77.899/PE.

³⁰⁵ Na literatura estrangeira, ver DE ENTERRÍA, Eduardo Garcia. **Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial.** 3ª ed. Madri: Civitas, 1998. pp. 220 e ss.

³⁰⁶ Nesse sentido, ver MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 166.

³⁰⁷ No direito brasileiro, essa reserva atinge, por exemplo, a tipificação de crimes, a criação de entidades da Administração Indireta e matérias tributárias.

³⁰⁸ “Art. 13. Não podem ser objeto de delegação:
I - a edição de atos de caráter normativo;”

Federal direta e indireta, veda a delegação da competência para editar atos normativos. Ora, tendo em vista que a referida lei está dirigida a todos os órgãos e entidades federais, observa-se que essa competência foi reconhecidamente atribuída a entes ou a agentes públicos neles lotados. Assim sendo, ela não está limitada ao Chefe do Poder Executivo ou aos Ministros de Estados.

Tendo em vista que esse conjunto de argumentos indica a existência do poder normativo das entidades reguladoras, caberia analisar qual é a posição ocupada pelas normas editadas por esses entes entre as diversas fontes do direito. Contudo, tal análise escapa ao escopo desta dissertação.

Além dessas considerações de caráter geral, deve-se levar em conta que a competência normativa atribuída às agências reguladoras visa possibilitar o atendimento às demandas do mercado e da sociedade por uma atuação técnica, neutra, tempestiva e eficaz, as quais, consoante exposto anteriormente, ensejaram a criação dessas entidades.

Nesse sentido, SUNDFELD³⁰⁹ pondera que:

nos novos tempos, o Poder Legislativo faz o que sempre fez: edita leis, frequentemente com alto grau de abstração e generalidade. Só que, segundo os novos padrões da sociedade, agora essas normas não bastam, sendo preciso editar normas mais diretas para tratar das especificidades, realizar o planejamento dos setores, viabilizar a intervenção do Estado em garantia do cumprimento ou da realização daqueles valores: proteção do meio ambiente e do consumidor, busca do desenvolvimento nacional, expansão das telecomunicações nacionais, controle sobre o poder econômico – enfim, todos esses que hoje consideramos fundamentais e cuja persecução exigimos do Estado. Isso justificou a atribuição de poder normativo para as agências, o qual não exclui o poder de legislar que conhecemos, mas significa, sim, o aprofundamento da atuação normativa do Estado (...) A constitucionalidade da lei atributiva depende de o legislador haver estabelecido **standards** suficientes, pois, do contrário, haveria delegação pura e simples de função legislativa. Saber qual é o conteúdo mínimo que, nessas circunstâncias, a lei deve ter é uma das mais clássicas e tormentosas questões constitucionais, como se vê na jurisprudência comparada, em países tão diferentes quanto os Estados Unidos, a Alemanha e a França.

³⁰⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Introdução às agências reguladoras**. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. pp. 27 e 28.

Reforçando seus argumentos, SUNDFELD³¹⁰ salienta que o processo legislativo brasileiro não parece estar apto a acompanhar a velocidade das mudanças sociais. Até porque a institucionalização de comportamentos humanos já sedimentados não satisfaz os requisitos de uma sociedade em constante mutação, que exige do direito a regulamentação de condutas humanas ainda não submetidas ao processo de experimentação prévia.

Aliás, essa preocupação não está adstrita aos juristas pátrios, como demonstram as seguintes considerações de CAPPELLETTI³¹¹:

Em razão do enorme aumento dos encargos da intervenção legislativa, verificou-se o fenômeno da obstrução (**overload**) da função legislativa, e este **overload**, que representa tema central da ciência política atual, tornou-se típica característica, na verdade típica praga, dos Estados modernos, pelo menos daqueles com regime não autoritário e pluralístico liberal. Nesses Estados, os parlamentos amiúde são excessivamente abundantes e por demais empenhados em questões de política geral e partidária para estarem em condições de responder, com a rapidez necessária, à demanda desmedidamente aumentada de legislação. Paradoxalmente, os parlamentos atribuíram-se tarefas tão numerosas e diversas que, para evitar a paralisia, encontraram-se ante a necessidade de transferir a outrem grande parte de sua atividade, de maneira que suas atribuições terminaram em abdicação.”

Efetivamente, como observou ARANHA³¹², existe a necessidade de normas jurídicas que permitam implementar políticas públicas adequadas a uma realidade em permanente mutação. Tais normas se identificam melhor com aquelas editadas pelas agências, em face de casos concretos, do que com leis abstratas, genéricas e supostamente perenes.

No Brasil, tais afirmações são confirmadas pelo fato de que diversos órgãos e entidades da Administração Pública há muito tempo editam atos normativos, sob a forma de Resoluções, Instruções Normativas e Portarias, com fulcro em delegação legal ou nos *standards* e objetivos genéricos definidos em lei. Aduz-se que os entes da Administração Pública também podem editar normas que produzam apenas efeitos *interna corporis*, não criando, modificando, transferindo ou extinguindo direitos de terceiros.

³¹⁰ Obra citada. 2002. p. 328.

³¹¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Fabris, 1993. p. 43.

³¹² ARANHA, Márcio Iorio. **Agências: sua introdução no Modelo Jurídico-Administrativo Brasileiro.** In Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira (org.). **O novo direito administrativo brasileiro.** Belo Horizonte: Forum, 2003. p. 168.

Cumpra frisar que, no caso de delegação, a competência deve ser exercida nos estritos limites estabelecidos na lei que a delegou, sob pena de esse exercício tornar-se inconstitucional.

Há, ainda, outro relevante aspecto dessa questão. Frequentemente, alega-se existir uma dicotomia entre as leis, cujo conteúdo foi decidido por representantes eleitos pelo Povo, e as normas editadas pelas agências, que foram elaboradas por dirigentes indicados pelo Presidente da República. Essa dicotomia não é de todo verdadeira, pois nem todas as leis têm seu conteúdo elaborado e decidido pela maioria dos congressistas. Afinal, a rápida evolução tecnológica e o amplo leque de matérias submetidas à apreciação do Congresso tornam impossível para os parlamentares analisar em profundidade todas as questões ali colocadas. Assim, as decisões de caráter técnico são adotadas pelo Parlamento com base em estudos elaborados por assessores, que não foram eleitos, mas cujas opiniões, não raras vezes, são adotadas pelos congressistas. Com fulcro no exposto, entende-se que a criação das entidades reguladoras pode, na realidade, ajudar a suprir deficiências manifestas do Poder Legislativo.³¹³

Cabe lembrar que essas deficiências atingiram tal magnitude que ensejaram o surgimento do fenômeno denominado “*judicialização da política*” ou “*politização do judiciário*”, que consiste na utilização do Judiciário como uma nova arena para as disputas antes encetadas na esfera estritamente política.³¹⁴ Constata-se que, cada vez com maior frequência, os atores sociais batem as portas do Ministério Público e do Poder Judiciário, conclamando sua participação na definição e na implementação das políticas públicas.³¹⁵

³¹³ Nesse sentido, ver CUÉLLAR, Leila. Obra citada. pp. 130 e ss.

³¹⁴ Um exemplo recente da atuação do Poder Judiciário na seara das agências reguladoras foi a concessão de liminar reduzindo provisoriamente o índice de reajuste das tarifas dos serviços de telefonia.

³¹⁵ Uma análise interessante desse fenômeno pode ser encontrada em VIANNA, Luiz Werneck *et alli*. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. Em relação especificamente à questão mencionada nesta dissertação, devem ser consultadas as páginas 22 e 23.

Por fim, cabe destacar que o poder normativo dos entes reguladores encontra defensores também na doutrina estrangeira. Segundo ARIÑO ORTIZ³¹⁶:

todas as normas reguladoras dos serviços públicos reconhecem à Administração não apenas um poder regulamentar de caráter policial (polícia administrativa naturalmente), mas também um poder interno de direção mediante instruções, circulares e ordens concretas, de natureza análoga à que pratica em relação aos seus próprios órgãos e serviços.

Referido autor acrescenta que se trata de um poder administrativo de conteúdo amplíssimo e que o único direito adquirido pelo agente regulado é aquele concernente à preservação do equilíbrio econômico-financeiro.^{317,318}

Quanto às competências “quase judiciais” das agências reguladoras brasileiras, cabe destacar, preliminarmente, que ela permite o exame de questões envolvendo interesses e direitos privados relacionados com a área regulada. Conforme expõe JUSTEN FILHO³¹⁹:

o conflito de interesses trazidos à análise das agências não envolve, necessariamente, uma contraposição imediata entre um particular e o Estado, podendo ser um disputa entre particulares acerca de interesses exclusivamente privados. A disputa envolverá a solução a ser dada pelo Estado a propósito da disciplina de atividades econômicas, quer caracterizadoras de serviço público, quer relativas a atividades de interesse público ou econômicas propriamente ditas.

Aduz-se que a competência para ilidir conflitos está prevista em várias leis de criação de agências reguladoras, como se observa, por exemplo, na Lei nº 9.478/1997, que criou a Agência Nacional do Petróleo, e na Lei nº 9.472/1997, que criou a Agência Nacional de Telecomunicações.

Esclarecido o âmbito da competência para dirimir conflitos que é atribuída às agências reguladoras, cumpre iniciar sua análise, com fulcro na experiência internacional.

³¹⁶ Obra citada. p. 521.

³¹⁷ Idem.

³¹⁸ Entre nós, esse direito está expressamente previsto no art. 9º, § 4º, da Lei Geral de Concessões (Lei nº 8.987/1995), **verbis**:

“Art. 9º (...)

§ 4º *Havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.*”

³¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 544.

BARBOSA GOMES³²⁰ esclarece que as agências reguladoras americanas, ao exercê-las, adotam um procedimento decisório distinto do clássico exame burocrático efetuado por diversos e sucessivos órgãos e agentes hierarquizados de forma mais ou menos lógica. Ao contrário, ao atuar nessa área específica, aquelas entidades submetem-se a um procedimento muito parecido com o que antecede às decisões judiciais, envolvendo audiências públicas, colheitas de depoimentos, intervenção de advogados representantes das partes envolvidas e decisão final por parte de um órgão colegiado.^{321, 322}

BARBOSA GOMES³²³ aduz que o exercício da função quase judicial foi facilitada pelo surpreendente advento nas agências norte-americanas do “juiz administrativo”, o qual simboliza uma radical mudança na tradição do direito anglo-saxão. Sua criação foi uma resposta às críticas ao acúmulo em um mesmo ente das três funções governamentais básicas e às preocupações com o caráter justo e razoável das decisões proferidas pelas agências. O “juiz administrativo” é um agente estatal qualificado ao qual a lei atribui função jurisdicional no âmbito das agências. Atualmente, ele goza de grande independência funcional, possui estabilidade no emprego, remuneração superior à dos demais servidores das agências e sólidas garantias estatutárias asseguradas em lei, o que lhe atribui um *status* diferenciado em relação aos servidores ordinários dessas entidades.

Voltando ao caso brasileiro, deve-se ter em mente que podem e devem ser utilizados instrumentos alternativos para a solução dos conflitos apreciados pelas agências reguladoras. Afinal, como defendido por VILLELA SOUTO³²⁴:

³²⁰ Conforme BARBOSA GOMES, Joaquim Benedito. Texto citado.

³²¹ Essas considerações são particularmente verdadeiras nos Estados Unidos, onde o julgamento por um júri ocorre com muito maior frequência que no Brasil. Assim, ao contrário do que ocorre no nosso país, as decisões colegiadas proferidas desde a primeira instância fazem parte da cultura jurídica e social dos EUA.

³²² O projeto de lei encaminhado ao Congresso Nacional prevê que, via de regra, as decisões atinentes à regulação setorial terão caráter colegiado, sendo facultada a adoção de decisão monocrática, assegurado, nesse caso, o direito de reexame pela Diretoria Colegiada ou pelo Conselho Diretor.

³²³ Idem. Ibidem. pp. 9 e 10.

³²⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 32.

O processo deve ser precedido por uma tentativa de conciliação e mediação, antes de entrar na fase arbitral. Antes da decisão, pode ser substituído por um acordo (acordo substitutivo) e, depois, resultar numa extensão normativa do julgado a todos os demais agentes que se encontrem na mesma situação e que operem a retro-alimentação do sistema regulatório.

Esse entendimento foi acolhido pela Lei Geral de Concessões, cujo art. 23, XV, estabelece ser cláusula essencial do contrato de concessão a que explicita o modo amigável de solução das divergências contratuais. No mesmo sentido, o art. 43, X, da Lei nº 9.478/1997, acima citada, prevê a conciliação e a arbitragem.

Uma vez realizada a arbitragem regulatória, a decisão proferida pela agência, contra a qual não caiba recurso com efeito suspensivo, possui caráter vinculante para as partes.³²⁵ Em caso de descumprimento dessa decisão, a agência poderá aplicar sanções³²⁶, intervir na concessão para fazer com a decisão em tela seja cumprida, com fulcro no art. 32 da Lei Geral de Concessões ou, em último caso, decretar a caducidade da concessão, com espeque no disposto no art. 38 da citada Lei. Aduz-se que, em homenagem ao princípio segundo o qual a regulação deve ser o mais possível contratual, a agência pode substituir a aplicação da sanção pela celebração de um acordo substitutivo que satisfaça às partes envolvidas.

Finalmente, deve-se ter em mente que o acesso ao Poder Judiciário constitui um direito fundamental, consoante dispõe o art. 5º, XXXV, de nossa Constituição Federal.³²⁷ Por via de consequência, a análise de uma determinada questão controversa por uma agência reguladora não impede, em princípio, que essa questão seja apresentada ao Poder

³²⁵ Consoante exposto por CARMONA, em princípio, a sentença arbitral não estaria sujeita a qualquer recurso. Contudo, as partes podem estabelecer que a sentença arbitral pode ser submetida a reexame por outro órgão arbitral ou por outros árbitros, ou ainda que, na hipótese de não ser a decisão unânime, possa o vencido interpor recurso semelhante aos embargos infringentes previstos no Código de Processo Civil. Cabe destacar que tais recursos são sempre internos, nunca dirigidos a órgãos da justiça estatal. (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2004. p. 44).

³²⁶ Poderão ser cominadas multas, cuja cobrança será obrigatoriamente realizada no âmbito judicial.

³²⁷ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

Judiciário.³²⁸ Até porque não haveria o compromisso arbitral prévio que legitima as restrições de acesso àquele Poder impostas pela Lei de Arbitragem aos que celebraram tal compromisso de forma voluntária.³²⁹

Aduz-se que os Tribunais, ao julgar ações coletivas, vêm adotando decisões, inclusive liminares, que implicam na assunção de atividades regulatórias.³³⁰ Porém, como acentuado por SALLES³³¹, a atuação judicial, ao contrário daquela das agências, não é orgânica nem constante, pois depende de provocação de uma das partes.

1.5.4 Organização

As agências reguladoras podem ser criadas nas esferas federal, estadual ou municipal, pois a competência para criá-las deriva da titularidade do serviço público ou da previsão constitucional³³². Note-se que, consoante AFONSO DA SILVA³³³, a Constituição de

³²⁸ Nesse sentido, ver ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 319.

³²⁹ Para uma posição contrária, ver GUERRA, Sérgio. **Controle judicial dos atos regulatórios**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. pp. 134 e ss. Referido autor defende que a participação voluntária no certame licitatório que antecede e legitima a celebração do contrato de concessão acarreta a aceitação de uma eventual arbitragem por parte da agência reguladora. Note-se que a previsão da conciliação e da arbitragem está contida em uma cláusula essencial desse contrato, consoante exposto anteriormente.

³³⁰ Esse é um dos aspectos do processo de “judicialização da política” anteriormente mencionado neste trabalho.

³³¹ SALLES, Carlos Alberto. **Processo civil de interesse público – Uma nova perspectiva metodológica**. In SUNDFELD, Carlos Ari e BUENO, Cássio Scarpinella (coord.) **Direito Processual Público – A Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público/Malheiros, 2000. pp. 45 e ss.

³³² Somente a Anatel e a ANP foram instituídas com fulcro em disposições constitucionais expressas, quais sejam os artigos 21, XI, e 177, § 2º, III, respectivamente, **verbis**:

“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:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos, resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados.

1988 estruturou um sistema que combina competências exclusivas, privativas e principiológicas com competências comuns e concorrentes, buscando reconstruir o sistema federativo segundo critérios de equilíbrio ditados pela experiência histórica³³⁴. Assim, cada ente da Federação pode regular as atividades abarcadas por sua competência originária. A título de exemplo de agência reguladora municipal, pode-se citar a Agersa, instituída em Itapemirim (ES), por intermédio da Lei Municipal nº 4.798, de 14/07/1999.

Cabe destacar, ainda, que os estados, o Distrito Federal e os municípios podem receber, por meio de lei federal, delegação para regular setores que não se encontram no âmbito de suas competências originárias. Isso acontece, por exemplo, nas hipóteses previstas no art. 20 da Lei nº 9.427/1996, relativo à descentralização das atividades da ANEEL.³³⁵

As agências podem adotar dois modelos: o “setorial especializado”, são criadas diversas agências, uma para cada setor, e o “multissetorial”, cria-se apenas uma agência, que regula todos os serviços públicos prestados por particulares. Enquanto o Governo Federal optou pelo primeiro modelo, o segundo foi adotado pela maioria dos Estados. Segundo CUÉLLAR³³⁶, a opção estadual se deveu ao número reduzido de concessões de serviço público objeto de regulação, à limitação da área de atuação do ente, ao

§ 1º - A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo, observadas as condições estabelecidas em lei. (Redação conferida pela Emenda Constitucional nº 9/1995);

*§ 2º - A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: (Acrescentado pela Emenda Constitucional nº 9/1995)
I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo território nacional;
II - as condições de contratação;*

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

³³³ AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Positivo**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 477.

³³⁴ O art. 22 da Constituição Federal estabeleceu a competência privativa da União, enquanto o art. 30, I, de nossa Lei Maior estatuiu a competência municipal, a qual está vinculada aos assuntos de natureza local. Finalmente, o art. 25, § 1º, da Carta Magna atribuiu competência residual aos Estados.

³³⁵ A ANEEL descentraliza uma parte de suas atividades, por meio da celebração de convênios de cooperação com as agências reguladoras estaduais credenciadas, em conformidade com a legislação pertinente. A delegação de competências da ANEEL aos estados e Distrito Federal, que é facultativa, visa agilizar as ações das agências, além de aproximar as atividades desenvolvidas pelos entes reguladores dos consumidores de energia elétrica, agentes setoriais e demais segmentos da sociedade, com respeito às peculiaridades locais e regionais.

São descentralizadas, fundamentalmente, a fiscalização e a mediação de problemas. Essas atividades são custeadas por recursos financeiros provenientes da Taxa de Fiscalização recolhida pelos agentes setoriais. Atualmente, a ANEEL firmou convênios com 13 agências estaduais.

³³⁶ Obra citada. p. 86.

elevado custo de implantação de várias agências estaduais e à adoção de um enfoque global de regulação, que evitaria contradições e conflitos de competências.

Entretanto, em alguns Estados, verifica-se um movimento pela criação de agências especializadas,³³⁷ tendo em vista que a instituição de uma agência única prejudica a especialização e o aprimoramento técnico de seus dirigentes e funcionários, o que vai de encontro aos pressupostos do modelo regulatório adotado no Brasil. Pode-se até questionar se a instituição dessa agência única, por tender a diminuir a eficiência da regulação, não desnatura as entidades reguladoras e duplica indevidamente o modelo de Estado que se pretende supplantar. Enfim, essa discussão promete se estender por mais alguns anos, até que o modelo se estabilize em nosso país.

1.5.5 Desafios e problemas enfrentados

O modelo de agências reguladoras autônomas oferece várias vantagens, dentre as quais destaca-se a possibilidade de essas entidades possuírem as condições técnicas e a autonomia necessárias para adotar medidas tempestivas, adequadas e isentas de injunções políticas indevidas. Porém, existem riscos ponderáveis, dentre os quais avulta o perigo de captura dessas agências por grupos econômicos.³³⁸

Visando à consecução de seus objetivos, as agências reguladoras foram concebidas como entes altamente especializados do ponto de vista técnico e imunes às

³³⁷ A existência desse processo foi apontada, entre outros, por MOREIRA NETO. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 180.

³³⁸ A captura das agências reguladoras por entidades do mercado há muito vem sendo objeto de estudo nos Estados Unidos. Galbraith chegou a afirmar que “muitos têm observado que organismos regulatórios tendem a se tornar instrumentos ou mesmo fantoches das indústrias que devem fiscalizar.” (GALBRAITH, John Kenneth. **A Economia e o Interesse Público**. Trad. Antônio Zoratto Sanvicente. São Paulo: Pioneira, 1988. p. 220)

injunções políticas ou oriundas do mercado.³³⁹ Tendo em vista a consecução desse desiderato, elas devem possuir as seguintes autonomias, que foram apontadas por MOREIRA NETO³⁴⁰: política dos gestores, decorrente da nomeação para o exercício de mandatos fixos³⁴¹; técnica decisional, devendo predominar a discricionariedade técnica e a negociação sobre a conveniência política; normativa; gerencial, financeira e orçamentária.

Entretanto, não basta conferir estabilidade aos dirigentes de uma agência para que ela automaticamente passe a ser “independente”. Mesmo nos EUA, onde o controle da Administração Pública pelo Congresso está institucionalizado há gerações e o sistema de “*checks and balances*” funciona com razoável eficiência, não são raras as críticas no sentido de que as agências, ao invés de atuarem em busca do atendimento ao interesse público, defendem preferencialmente seus próprios interesses e os de *lobbies* eficazmente incrustados e com atuação concertada tanto nos comitês do Congresso incumbido de supervisioná-las quanto no âmbito das atividades privadas que lhes incumbe regulamentar e fiscalizar.

Assim sendo, corre-se o risco de retirar as agências do âmbito de influência da Política e submetê-las ao jugo de forças econômicas poderosas, o que inviabilizaria o pleno exercício da regulação. Afinal, como observou MACEDO JÚNIOR³⁴², é imprescindível que as agências reguladoras efetivamente tenham a independência necessária, tanto do Poder

³³⁹ A constatação da necessidade de uma administração pública isenta de influências políticas indevidas, sejam elas oriundas de partidos políticos ou do mercado, é antiga. Nesse sentido, KELSEN já considerava de fundamental importância para a Democracia eliminar influências políticas indevidamente exercidas sobre quem aplica as leis, processo que ele denominou “despolíticação” da Administração Pública, aduzindo que a esfera de atuação dos partidos políticos deve ser o Legislativo, não o Executivo. Referido autor acrescentou que o Princípio da Legalidade é um importante instrumento para impedir qualquer pressão indevida dos partidos políticos sobre o Executivo (KELSEN, Hans. **A Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 1993. pp. 84 e 85).

³⁴⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **A Independência das Agências Reguladoras**. *Boletim de Direito administrativo*. junho de 2000. pp. 416 a 418.

³⁴¹ O projeto de lei encaminhado ao Congresso Nacional uniformiza a duração dos mandatos em quatro anos, permitida uma única recondução, modificando, com esse desiderato, a Lei nº 9.986/2000. Essa proposta assegurar aos Presidentes ou Diretores-Gerais de agências reguladoras estabilidade nos respectivos cargos, admitida a perda do mandato somente em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar. Determina, ainda, que os mandatos dos Presidentes e dos Diretores-Gerais deverão encerrar-se entre o décimo terceiro e o décimo oitavo mês do mandato do Presidente da República. Dessa forma, respeitada a duração dos atuais mandatos, os futuros Presidentes e Diretores-Gerais de agências, designados a partir da vigência da nova regra, poderão, em caráter excepcional, exercer mandatos por prazo inferior a quatro anos.

³⁴² MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **A proteção dos usuários do serviço público**. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 253.

Executivo quanto dos interesses privados das prestadoras dos serviços públicos. Só assim será possível garantir os direitos dos usuários.

Os juristas também se dedicam ao estudo desse tema e alertam para as consequências funestas da captura de entidades públicas por organizações privadas. Nesse sentido, HABERMAS acentuou que:

As instâncias estatais que instrumentalizam direitos para realizar fins coletivos tornam-se autônomas, entrando numa parceria com seus clientes mais poderosos e formando uma administração de bens coletivos, sem subordinar a escolha dos fins ao projeto de realização de direitos inalienáveis.³⁴³

Avalia-se que uma das alternativas para minorar esse risco de captura consiste no incremento da eficácia dos controles externo e social exercidos sobre as atividades das agências³⁴⁴. Entretanto, se o controle social não dispuser de suficiente apoio institucional, corre-se o risco de ele ser utilizado como um mero instrumento para legitimar decisões administrativas. Nessa hipótese, competiria ao controle social apenas “representar uma peça sem enredo”³⁴⁵, a qual serviria somente para inibir conflitos e gerar mecanismos de absorção de decepções.

Nesse sentido, deve-se pugnar pela concessão à sociedade civil dos meios necessários à constituição de uma instância deliberativa e legitimadora do poder político, onde os cidadãos sejam efetivamente capazes de exercer seus direitos subjetivos públicos.³⁴⁶

Outros problemas relevantes se referem ao *déficit* de legitimidade³⁴⁷ desses entes³⁴⁸ e à quebra do equilíbrio entre os poderes estatais. No Brasil, esse último problema é

³⁴³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Vol. II. p. 173.

³⁴⁴ A importância do estabelecimento de novos mecanismos de controle é ressaltada por diversos autores estrangeiros. Nesse sentido, ver, por exemplo, TIMSIT, Gerard. Obra citada, pp. 311 e ss.

³⁴⁵ ZYMLER, Benjamin. **Política e Direito – Uma Visão Autopoiética**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 117.

³⁴⁶ Trata-se de desenvolver a esfera pública, que, para HABERMAS, é o local onde os atores da sociedade civil interagem mediante discussões públicas, produzindo um poder comunicacional. Desde que sejam asseguradas as condições procedimentais, os atores sociais atuarão no espaço público, gerando a opinião pública e a vontade política, as quais legitimarão o processo legislativo e a tomada de decisões político-administrativas. Cumpre ressaltar que o espaço público possui caráter não-governamental e é composto por esferas autônomas, que não são criadas e mantidas pelo sistema político para fins de criação e legitimação. Ademais, na esfera pública devem ser discutidas as questões relevantes para a vida na sociedade, gerando um poder de influir, detectar problemas e estabelecer diretrizes. (**O Discurso Filosófico da Modernidade**. Lisboa: Dom Quixote, 1990)

agravado pela manifesta preponderância do Poder Executivo sobre os demais Poderes. Ressalte-se que, consoante observado por BARBOSA GOMES³⁴⁹, se a nomeação pelo Chefe do Poder Executivo dos dirigentes máximos das agências não tiver como contrapartida um controle efetivo por parte do Poder Legislativo, que representa a soberania popular, as agências consagrarão, provavelmente, um processo ainda mais intenso de fortalecimento do Presidente da República em detrimento do Congresso³⁵⁰. Aduz-se que, além desse incremento no controle, é necessário maior rigor na delimitação dos poderes atribuídos a essas entidades e na compatibilização deles com os princípios constitucionais.

Essas questões serão analisadas, a seguir, a luz do direito comparado, especialmente do norte-americano, tendo em vista que o modelo implantado nos Estados Unidos serviu de inspiração maior para o legislador brasileiro.

Após sofrerem várias críticas, a principal das quais se referia a uma suposta usurpação do poder que o Povo delega aos órgãos que o representam, as agências norte-americanas procuraram se adaptar às exigências democráticas. Com essa finalidade, foram adotadas diversas medidas, dentre as quais se destaca a exigência de um consenso partidário como condição para a nomeação dos dirigentes das entidades reguladoras.

Em face do mesmo problema, os legisladores franceses dividiram equitativamente entre os Presidentes da República, da Assembléia Nacional e do Senado a competência para nomear os dirigentes das agências reguladoras daquele país. Esse dispositivo configura um mecanismo de “*checks-and-balances*” e preserva de forma explícita

³⁴⁷ Segundo alguns autores, como BINENBOJM, o *déficit* de legitimidade decorreria da alocação de uma parcela do poder do Estado em reguladores que não foram eleitos e não estão sujeitos aos mecanismos tradicionais de aferição da responsabilidade. (BINENBOJM, Gustavo. **Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil**. In **Agências reguladoras e democracia**. BINENBOJM, Gustavo (org.). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. pp. 104 e 105)

³⁴⁸ Note-se que o *déficit* de legitimidade é um sério problema para qualquer ente público, pois, todo poder político busca alcançar consenso e, por via de consequência, legitimidade, de maneira a transformar obediência em adesão. Aduz-se que, em consonância com as lições de HABERMAS, a própria soberania do Estado é solapada quando corporações social e economicamente poderosas se associam aos que exercem publicamente o poder, sem serem legitimadas para tanto (Obra citada. 1997. p. 177).

³⁴⁹ BARBOSA GOMES, Joaquim Benedito. Texto citado.

³⁵⁰ A preocupação com o controle dessas agências, seja pelo Congresso, seja pelos Tribunais de Contas, seja pela Sociedade Civil organizada, está patente no projeto de lei anteriormente citado.

o equilíbrio entre os Poderes da República. Ressalte-se, ainda, que o Primeiro-Ministro francês, que chefia a Administração Pública, não nomeia nenhum dos dirigentes das agências, o que acentua ainda mais o equilíbrio existente entre os supremos mandatários políticos.³⁵¹

Até hoje, o ordenamento brasileiro não prevê nenhum desses mecanismos. O legislador pátrio previu apenas a instituição de Conselhos Consultivos, os quais permitiriam a participação da sociedade civil nas tomadas de decisões ocorridas nessas entidades. Entretanto, tais conselhos, cujos membros são indicados pelo Senado Federal, pela Câmara dos Deputados, pelo Poder Executivo e por entidades representativas de prestadores de serviços, de usuários e da sociedade civil, são órgãos meramente consultivos, pois suas recomendações não vinculam a direção das entidades reguladoras. Assim sendo, a eficácia de sua ação é reduzida.

Entende-se que os conselhos consultivos necessitam de independência, autonomia, amplo acesso às informações relevantes e, principalmente, competência para influenciar significativamente na tomada de decisões. Caso contrário, eles continuarão sendo pouco mais do que meros canais de divulgação de reclamações.

A legitimidade dos entes reguladores é condição indispensável para a inserção das agências no cenário político-institucional de um Estado Democrático de Direito. Esse tema ganha relevância ainda maior face à amplitude das competências atribuídas às agências, que lhes permite interferir em setores vitais tanto para a sociedade quanto para o cidadão, com base em normas gerais e abstratas.³⁵²

Visando esclarecer esse ponto, BARBOSA GOMES³⁵³ indaga em que repousaria a legitimidade dessas entidades? Quais “fatores reais de poder” estariam por trás

³⁵¹ Ademais, cumpre frisar que, na França, não raras vezes o Primeiro-Ministro representa um determinado partido político, que detém a maioria na Assembléia, e o Presidente da República integra outro, que é rival do primeiro. Tal situação, denominada de “coabitação”, ocorreu, por exemplo, com François Mitterrand (Presidente) e Jacques Chirac (Primeiro-Ministro). Nesse contexto, os dirigentes das agências reguladoras representam interesses políticos e ideologias diversificadas, reforçando o caráter democrático da atuação dessas entidades.

³⁵² Para uma análise mais detalhada dessa questão ver BINENBOJM, Gustavo. Obra citada. pp. 106 e ss.

³⁵³ BARBOSA GOMES, Joaquim Benedito. Texto citado.

das agências, impulsionando-lhes as decisões? Em que medida fica assegurado, no seu processo decisório, o interesse maior do povo, titular da soberania? Que mecanismos de controle seriam aptos a impedir-lhes de descambar para o arbítrio e para o desvio de poder?

Essas questões não foram respondidas de forma convincente e definitiva nem mesmo no berço histórico dessas entidades, os EUA, onde problemas dessa natureza são objeto de escrutínio cerrado no âmbito da jurisdição constitucional. Não obstante o reconhecimento pela Suprema Corte da validade constitucional de um número significativo de entidades regulatórias independentes, críticas acerbas a esse modelo ainda subsistem naquele país.

Cumpre salientar que, nos EUA, a legitimidade das agências deriva também da utilização de procedimentos democráticos para sua criação, dos quais participam de maneira efetiva os titulares dos dois poderes representativos da soberania popular. Contribuiu ainda a fixação pelo Congresso americano dos limites estritos de suas competências. Finalmente, não se pode olvidar que as agências dos EUA observam as garantias constitucionais do devido processo legal, da isonomia e das imposições e limitações constantes da Primeira Emenda³⁵⁴, o que confere a esse entes maior legitimidade.³⁵⁵

Aduz-se que, nos Estados Unidos, foram estabelecidos diversos mecanismos de controle sobre a atuação das agências, especialmente aquelas relativas à edição de normas³⁵⁶. Até a edição do *Administrative Procedure Act*, ocorrido em 1946, os projetos de norma apresentados pelos entes reguladores deveriam ser aprovados por uma autoridade

³⁵⁴ Referida Emenda determina que o Congresso não deve editar leis que estabeleçam condições para o estabelecimento de uma religião ou proíbam seu livre exercício, diminuam a liberdade de expressão ou da imprensa ou restrinjam o direito de as pessoas de se reunirem pacificamente ou fazerem pedidos ao governo para obter reparações por ofensas. A jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana sinaliza que essa proibição é extensiva tanto ao Poder Executivo quanto ao Judiciário. Aduz-se que, com base na 14ª Emenda, essa vedação foi estendida também aos Estados.

³⁵⁵ Nesse sentido, ver STRAUSS, Peter L. **The place of agencies in Government: separation of powers and the fourth branch.** Columbia Law Review, 1984. nº 573.

³⁵⁶ A explanação a seguir teve por base a pesquisa realizada por RUBIRA. (RUBIRA, Juan Jose Lavilla. **La participacion publica en el procedimiento de elaboracion de los reglamentos en los Estados Unidos de America.** Madri: Civitas, 1991. pp. 62 e ss.)

superior ou pelo Congresso. No início dessa primeira fase, não havia um procedimento sistematizado de consultas ou audiências públicas. Os interessados se dirigiam diretamente às agências ou ao Congresso, visando obter normas adequadas aos respectivos interesses.

Posteriormente, passaram a ser realizadas audiências (*hearings*) semelhantes às que eram realizadas no Congresso, além de audiências públicas nos moldes das adotadas pelo Poder Judiciário.³⁵⁷

O *Administrative Procedure Act* - APA sistematizou os procedimentos utilizados para a edição de normas pelas agências, além de tornar obrigatória a publicação desses atos no *Federal Register* e conferir à participação da sociedade o *status* de objetivo fundamental do procedimento regulamentador.

O APA previu a existência de dois procedimentos para a elaboração das normas em tela: o informal e o formal. Em conformidade com o primeiro, a agência publica um aviso especificando de que forma será viabilizada a participação da sociedade. Após receber as manifestações dos interessados, a agência elabora a norma e a publica.

Já no caso do procedimento formal, que é utilizado quando houver previsão legal, há uma fase de produção de provas e de análises periciais. Essa modalidade é criticada por ser muito morosa, o que acabou por deixá-la praticamente em desuso.

A partir da década de 1970, o Congresso Norte-Americano editou leis setoriais, as quais, por um lado, ensejam o incremento da participação da sociedade³⁵⁸, por outro, buscam restringir a quantidade de normas editadas pelas entidades reguladoras.

³⁵⁷ Inclusive com garantia de exercício do direito ao contraditório.

³⁵⁸ Referidas leis estabelecem a necessidade de audiências públicas ou até mesmo de assembleias públicas abertas a todos que residirem na área afetada pela norma em questão. Também foi conferido destaque à publicidade tempestiva que deve ser conferida não só à norma editada, mas aos atos que foram adotados visando à sua edição. Nesse sentido, quando se tratar de matérias mais relevantes, deve haver uma divulgação prévia da intenção de editar uma norma. Foi prevista, ainda, a produção de provas e contra-provas, o que tornou o procedimento informal mais próximo do formal. Finalmente, foi explicitada a obrigação de as agências responderem aos questionamentos e às críticas formuladas durante as audiências públicas.

No Brasil, o questionamento da legitimidade das agências se coloca de forma ainda mais aguda. HUBNER MENDES³⁵⁹, examinando a questão sob a ótica do destinatário final de toda e qualquer regulamentação (o usuário)³⁶⁰, registrou:

Identificamos no interior do processo decisório das agências ao menos três tipos de interesses em jogo: o do próprio Estado, o das empresas concessionárias e o dos usuários. Desvelar qual deles é atendido numa decisão concreta da agência é de fundamental importância para não nos curvamos à enunciação de um interesse público genérico. Terá legitimidade democrática, portanto, a agência que der canais de representação a cada um desses interesses. A alegação da doutrina norte-americana, que justifica a legitimidade democrática pela simples nomeação dos dirigentes das agências pelo Presidente da República, é por demais simplificadora. Pretendemos mostrar que tal conceito de legitimidade democrática é muito mais amplo que a simples nomeação dos dirigentes. Ele passa, efetivamente, pela procedimentalização do agir do ente regulador. Não há o regime democrático. Há aqueles que se aproximam em maior ou menor grau da hipótese ideal de Democracia. As agências reguladoras se aproximam ou se distanciam desse modelo ideal? Até onde a retórica não tem manipulado nossa já limitada consciência? Existe algum mecanismo de participação popular (no sentido de efetivamente ter peso na decisão e não de dar meras opiniões providas dos portadores de boa vontade cívica)? Notamos que a esfera da relação com maior carência de representatividade é, definitivamente, a parcela dos usuários. A participação deles, ressalte-se, é extremamente dificultada, eis que são leigos nos assuntos eminentemente técnicos postos na pauta decisória da agência. Para que emitam sua opinião, ao contrário dos concessionários, que possuem toda a capacitação técnica e o poder de barganha econômico para discutir, são necessárias traduções que demonstrem a essência dos problemas postos na mesa.

Do acima exposto, depreende-se o elevado grau de complexidade da atuação das agências reguladoras, que deve ser pautada pela necessidade de preservar os interesses dos usuários (que buscam receber serviços contínuos, universais e de boa qualidade, a preços módicos) e dos agentes delegados (que visam auferir uma justa remuneração pelo capital investido). Para mitigar incertezas e oportunismos³⁶¹, a relação entre a Administração Pública

³⁵⁹ MENDES, Conrado Hubner. Obra citada. pp. 131 e 132.

³⁶⁰ É interessante observar que os efeitos dos contratos de concessão ou permissão e das autorizações para a prestação de serviços públicos atingem o Poder concedente, o agente delegado e o usuário desses serviços. Segundo DI PIETRO, esses contratos produzem efeitos trilaterais, pois o usuário, por força das normas regulamentares da delegação ou das cláusulas contratuais (contrato de adesão), assume direitos e obrigações perante a Administração Pública e o agente delegado. Consequentemente, o usuário está sujeito aos efeitos da delegação e deve observar suas regras, apesar de não ter participado diretamente da assinatura dos respectivos atos de delegação. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. pp. 111 e ss.)

³⁶¹ Segundo MELO, “*sob incerteza e oportunismo, as promessas dão lugar a contratos cuja validade e cumprimento (enforcement) são assegurados por regras*”. Esclarece o autor que “*o oportunismo descreve a*

e os agentes delegados públicos e privados passou por um processo de *contratualização* que resultou num conjunto de direitos e obrigações recíprocas.

Aduz-se ser igualmente importante a adoção pelas agências reguladoras de procedimentos que, simultaneamente, facilitem a plena participação comunicativa dos cidadãos³⁶² e dificultem sua captura pelos agentes econômicos. Afinal, consoante exposto por HABERMAS³⁶³, esses procedimentos:

aumentam a chance de que todos os pontos de vista relevantes venham à tona e de que a ordem temporal e objetiva de prioridades seja discutida da melhor maneira; e, por isso, eles aumentam a chance de uma justificação racional da decisão. A institucionalização continuada de processos aumenta as chances de que as decisões do poder do Estado tenham sido justificadas no passado e venham a ser justificadas no futuro.

A tarefa das agências torna-se mais difícil pelo fato de a participação popular no processo de tomada de decisões ser restringida tanto pela desorganização dos usuários quanto pela limitação de seus conhecimentos técnicos. Aduz-se que, consoante ressaltado por BEMERGUY,³⁶⁴ o hermetismo das informações necessárias ao acompanhamento, por parte dos consumidores, dos instrumentos de regulação econômica, principalmente no que concerne aos reajustes e às revisões tarifárias,³⁶⁵ e a dependência de informações detidas em caráter exclusivo pelos provedores privados de serviços públicos provocam grande assimetria de informação.³⁶⁶

discrepância entre o comportamento ex-ante e o ex-post?. (MELO, Marcus A. **Governance e reforma do Estado: o paradigma agente x principal**. Revista do Serviço Público. ano 47, vol. 120, nº 1, 1996)

³⁶² No âmbito legal, estão previstas quatro formas de participação popular no processo de elaboração de normas pelas agências reguladoras: audiência pública, consulta pública, escolha de representantes da sociedade para compor os conselhos consultivos das agências e publicação dos atos considerados relevantes.

Assim, por exemplo, o art. 42 da Lei nº 9.472/1997 prevê que a Anatel deverá submeter à consulta pública as minutas de seus atos normativos. De forma mais ampla, o art. 4º, § 3º, da Lei nº 9.427/1996 prevê que a ANEEL consultará os agentes econômicos do setor elétrico e os consumidores quando o processo decisório da agência afetar seus direitos. Disposição semelhante, em relação à ANP, está expressa no art. 19 da Lei nº 0.478/1997.

³⁶³ Obra citada. 1997. p. 228.

³⁶⁴ Ver texto da palestra anteriormente citada.

³⁶⁵ Reajustes tarifários visam recompor o valor real das tarifas, que teria sido corroído pela inflação. Já as revisões tarifárias visam restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, tendo em vista que nem sempre os reajustes tarifários refletem as mudanças ocorridas no ambiente operacional da entidade regulada.

³⁶⁶ Para que a agência reguladora consiga atingir seus objetivos, ela deve dispor de um significativo volume de informações detalhadas sobre o mercado regulado. As melhores fontes para obtenção dessas informações são os agentes econômicos do setor em questão, os quais têm interesse manter em sigilo suas estruturas de custos,

Esse quadro fica ainda mais complexo quando se considera o grau de pluralismo existente nas sociedades contemporâneas, que torna os interesses ainda mais difusos. Afinal, conforme leciona BOBBIO³⁶⁷, nessas sociedades:

o povo não é um somatório abstrato de indivíduos, cada qual participando diretamente com igual fatia de poder no controle do Governo e no processo de elaboração de decisões políticas. As relações sociais não subsistem entre indivíduos totalmente autônomos, mas entre indivíduos inseridos num contexto, que desempenham um papel definido pela divisão social do trabalho.

De qualquer forma, considera-se que a efetiva participação da sociedade civil no processo de tomada de decisões governamentais é fundamental para legitimar essas deliberações. Afinal, a melhor forma de garantir a legitimidade de uma política pública é fazer com que a sociedade civil perceba que os fundamentos e os fins dessa política estão em conformidade com o sistema de crenças e valores prevalecentes nessa sociedade. Se a atuação governamental estiver nitidamente direcionada para a manutenção desse sistema, haverá um claro processo de legitimação das decisões políticas adotadas. Por via de consequência, avalia-se que as agências devem adotar procedimentos que privilegiem a transparência e facilitem a expressão da vontade da maioria dos cidadãos.

projetos relacionados com pesquisa e desenvolvimento, capacidades financeiras e outros aspectos considerados relevantes para obter sucesso no mercado em face da concorrência.

Aduz-se que o processo de obtenção de informações com os agentes econômicos pode facilitar a captura do regulador por esses agentes, uma vez que a agência atuará com base em informações possivelmente tendenciosas. Além disso, a busca pela informação é um processo oneroso para o órgão regulador.

Uma solução para esse problema pode ser a implementação de um sistema que induza os agentes econômicos a revelar as informações de que o regulador necessita e que, simultaneamente, permita a conferência dessas informações com outras fontes eventualmente disponíveis.

Uma solução alternativa é a adoção de modelos que sejam menos onerosos para os reguladores, no que concerne à obtenção de informações. Assim, por exemplo, no setor elétrico brasileiro, a remuneração anteriormente fixada com base no custo do serviço passou a ser estabelecida por meio da fixação de preços máximos (*price cap*). Esse último mecanismo permite que o regulador atue com fulcro em um número menor de informações, uma vez que os reajustes tarifários ocorrem com base nos índices de inflação e as revisões plurianuais levam em conta os ganhos de eficiência dos agentes econômicos, os quais são mais facilmente estimados pelos entes reguladores.

Adicionalmente, foi estabelecido nos contratos de concessão, que os agentes econômicos devem prestar todas as informações demandadas pelo regulador, tão logo elas sejam solicitadas. Se esses mecanismos não eliminam a assimetria de informações, pelo menos, reduzem de forma significativa os malefícios que ela causa.

³⁶⁷ BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 12ª ed. Brasília: UnB, 1999. pp. 677.

Ressalte-se que a própria Constituição Federal estabeleceu mecanismos jurídicos que visam possibilitar uma participação mais ativa da sociedade na gestão pública, dentre os quais se destaca o direito de petição. Nesse mesmo sentido, a Emenda Constitucional nº 19, de 1998, inseriu no art. 37, § 3º, de nossa Lei Maior a previsão da participação do usuário na Administração Pública direta e indireta.³⁶⁸

Ademais, ao dispor sobre o regime de concessão e de permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da Constituição Federal,³⁶⁹ o art. 3º da Lei nº 8.987/1995³⁷⁰ estabeleceu o direito de o usuário desses serviços fiscalizar sua prestação, em colaboração com o Poder concedente. Com o intuito de exercer essa fiscalização, os usuários poderão comunicar a prática pelo concessionário de atos irregulares ou ilícitos, com fulcro no art. 7º, IV e V, dessa Lei.³⁷¹ Finalmente, o art. 7º, II, desse dispositivo legal³⁷² previu o direito à informação para a defesa de interesses individuais ou coletivos.

³⁶⁸ “§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.”

³⁶⁹ 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.”

³⁷⁰ Art. 3º As concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários.

³⁷¹ “Art. 7º Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:

(...)

IV - levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado;

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

³⁷² “Art. 7º Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:

(...)

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

Com o fito de defender seus direitos, o usuário pode optar entre a via administrativa e a judicial. No caso de ocorrência de danos ao patrimônio público, ao meio ambiente ou ao consumidor, ele poderá representar ao Ministério Público, visando à propositura de ação civil pública, com fulcro na Lei nº 7.347/1985 com as alterações introduzidas pelo Código de Defesa do Consumidor. Poderá, ainda, optar pela ação popular, observadas as regras estipuladas pelo art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal³⁷³ e pela Lei nº 4.717/1965. É também cabível a impetração de mandado de segurança contra ato do Poder concedente ou do concessionário, tendo em vista que esse último é uma pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, em consonância com o disposto no art. 5º, LXIX, de nossa Lei Maior³⁷⁴. Finalmente, os usuários poderão pleitear indenização por eventuais danos causados pelo concessionário durante a prestação do serviço. Nesse caso, a responsabilidade do concessionário será objetiva, em conformidade com o disposto no art. 37, § 6º, da Carta Magna.³⁷⁵

Por outro lado, face às dificuldades práticas atualmente existentes para tornar essa participação eficaz, considera-se que devem ser incrementados os mecanismos de controle previstos no nosso ordenamento jurídico. Aliás, esse entendimento está implícito no citado projeto de lei relativo ao funcionamento das agências reguladoras, que prevê, entre outras medidas, a criação da ouvidoria nas agências.

³⁷³ “Art. 5º (...)

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;”

³⁷⁴ “LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas-corpus ou habeas-data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público;”

³⁷⁵ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Finalmente, destaque-se que o grau de eficácia da ação das entidades reguladoras também contribui de forma significativa para a sua maior ou menor legitimidade. Afinal, quando o poder político consegue desempenhar de forma satisfatória suas funções essenciais (defesa, segurança interna e desenvolvimento econômico e social), propiciando períodos de crescimento econômico e estabilidade política, uma parcela significativa da sociedade tende a aderir ao grupo político dominante, gerando o consenso necessário a sua legitimação. Ao contrário, quando a ação governamental é ineficaz, o que acaba por permitir a instauração de uma conjuntura econômico-social crítica, rompe-se o consenso e a legitimidade do governo tende a declinar rapidamente.³⁷⁶ Conclui-se que, caso as agências utilizem de forma profícua o seu cabedal de conhecimento técnico especializado e adotem medidas que melhorem o nível de vida da população³⁷⁷, o grau de legitimidade dessas entidades tenderá a crescer de forma substancial.

Todavia, cumpre ressaltar que a eficiência gerencial nunca poderá justificar a inobservância do Princípio Fundamental da Soberania Popular. Assim, é indispensável que as agências estejam inseridas em um ambiente democrático e sujeitas aos controles previstos para todos os centros de poder. Aduz-se que a atuação das agências só será legítima enquanto contribuir para a realização dos valores aceitos consensualmente pela sociedade civil. Sobre esse tema, JUSTEN FILHO³⁷⁸ acrescenta que *“o argumento da eficiência gerencial não poderá afastar os controles democráticos sobre órgão estatal algum. E a necessidade de*

³⁷⁶ A eficiência da ação governamental é tão importante que a Emenda Constitucional nº 19 a incluiu entre os princípios gestores da Administração Pública.

³⁷⁷ Quando se fala em melhoria do nível de vida da população, considera-se fundamental que as agências zelem pelos interesses dos “excluídos” ou “sem serviços”, os quais ainda não usufruem dos serviços de telefonia ou de energia. Assim, o comprometimento com a implementação efetiva das metas de universalização dos serviços públicos é um dos requisitos para a legitimação das entidades reguladoras. Aduz-se que, atuando nesse sentido, as agências estarão colaborando para o atingimento de um dos objetivos da República Federativa do Brasil, consoante disposto no art. 3º, III, da Constituição Federal de 1988, qual seja, a redução das desigualdades sociais.

³⁷⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 380.

controle será tanto maior quanto mais relevantes forem as competências atribuídas a determinado órgão.”

Para finalizar, importa ressaltar que a Casa Civil da Presidência da República publicou dois anteprojetos de lei cujo conteúdo é relevante para o estudo do objeto desta dissertação. O primeiro deles dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, altera a Lei nº 9.986/2000³⁷⁹ e dá outras providências. O segundo acresce e altera dispositivos das Leis nº 9.427/1996³⁸⁰, 9.472/1997³⁸¹, 9.478/1997³⁸² e 10.233/2001³⁸³ e dá outras providências.

Referidos anteprojetos foram posteriormente consolidados em um único projeto de lei, encaminhado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional no dia 12/04/2004, o qual prevê importantes alterações no modelo regulatório brasileiro. O projeto sob exame pretende estabelecer regras relativas à gestão, organização e mecanismos de controle social das agências reguladoras federais. Entre outras disposições, a proposta trata da redefinição de atribuições no âmbito das agências e dos Ministérios a que se vinculam, em especial nos setores de telecomunicações, petróleo e seus derivados e gás natural, saúde e transportes. Em outras palavras, pretende-se estabelecer um novo arranjo institucional regulatório no âmbito federal.

Segundo a Exposição de Motivos que acompanhou esse projeto de lei, por meio dele se almeja:

estabelecer um conjunto homogêneo e estável de regras para orientar a gestão e a atuação das Agências Reguladoras, constituindo-se, de certa maneira, numa ‘Lei Geral’ das Agências Reguladoras que, ao superar

³⁷⁹ Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências.

³⁸⁰ Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências.

³⁸¹ Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e o funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8/1995.

³⁸² 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.

³⁸³ Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes e dá outras providências.

diferenciações entre elas, ora existentes, e que não se justificam, apesar das evidentes especificidades tratadas em suas leis de criação, permitem, ainda, tornar mais transparente, eficiente, socialmente controlado e legítimo o exercício da função reguladora por essas entidades.

As matérias abordadas nesse projeto, consideradas mais relevantes, serão abordadas a seguir.

Antes da tomada de decisão sobre alguma questão relevante, as Agências Reguladoras deverão realizar consulta ou audiência pública³⁸⁴ sobre as minutas e propostas de alterações de normas legais, atos normativos e decisões da Diretoria Colegiada e dos Conselhos Diretores, que sejam de interesse geral dos agentes econômicos e dos usuários dos serviços prestados.

Nessa oportunidade, serão colhidos elementos relevantes para a formação de juízo de valor pelas autoridades envolvidas no processo. Entretanto, essa não é a única função relevante da audiência pública. Afinal, como ressaltou DI PIETRO³⁸⁵, a Administração Pública, quando impuser limitações ao exercício de direitos individuais, deve assegurar ao interessado o direito de ser previamente ouvido, relacionando-se essa garantia com o direito de defesa, o princípio do contraditório e com o devido processo legal. Imbuído desse espírito, o projeto em questão determina que as agências respondam às críticas e sugestões formuladas na consulta dentro de, no máximo, trinta dias. Essas respostas deverão ser divulgadas amplamente, inclusive por meio da *Internet*.

Assim sendo, essa modalidade de audiência possui uma dupla função pública, como observa GORDILLO³⁸⁶. A primeira consiste na implementação da publicidade

³⁸⁴ Segundo MOREIRA NETO, audiência pública é "*um instituto de participação administrativa aberta a indivíduos e a grupos sociais determinados, visando à legitimação administrativa, formalmente disciplinada em lei, pela qual se exerce o direito de expor tendências, preferências e opções que possam conduzir o Poder Público a uma decisão de maior aceitação conceitual*". (MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Direito da Participação Política. Legislativa – Administrativa – Judicial**, Rio de Janeiro: Renovar, 1992.)

³⁸⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Participação Popular na Administração Pública**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, nº 191. jan-mar/1993. pp. 33 e 34.

³⁸⁶ GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. 4ª ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000. Tomo 2. pp. XI-2 e ss.

e da transparência que devem ser conferidas a um processo como o de que ora se cuida. Já a segunda está relacionada com a participação processual de todos os segmentos sociais.

Nesse contexto, a participação oral e efetiva dos interessados em um procedimento ordenado, na qualidade de parte no sentido jurídico, qualifica a audiência pública. Até porque, se não for observado um procedimento formal e previamente estabelecido, não se estará diante de uma audiência pública, mas de uma mera reunião popular, com livre troca de opiniões entre o administrador e os particulares acerca de um determinado tema.

Considerando que a audiência pública serve à função administrativa, inclusive quando for destinada à regulação dos serviços concedidos, salienta GORDILLO³⁸⁷ que ela deve observar os princípios jurídicos de caráter geral, tais como, devido processo legal, publicidade, oralidade, simplicidade das formas, contraditório, participação do público, instrução, impulso oficial, economia processual e gratuidade.

Fica patente, portanto, que os participantes dessas audiências devem estar munidos das informações e da *expertise* necessárias, caso contrário, essas reuniões se transformarão em mero jogo de cena, que visam apenas legitimar a conduta da agência reguladora. Nesse sentido, o projeto de lei sob comento estabelece que, quando da realização da consulta, será assegurado às associações constituídas há pelo menos três anos, nos termos da lei civil, e que incluam, entre suas finalidades, a proteção ao consumidor, à ordem econômica ou à livre concorrência, o direito de indicar à Agência Reguladora até três representantes com notória especialização na matéria objeto da consulta pública, para acompanhar o processo e dar assessoramento qualificado às entidades e seus associados,

³⁸⁷ Obra e páginas citadas.

cabendo à agência reguladora arcar com as despesas daí decorrentes, dentro de suas disponibilidades orçamentárias.³⁸⁸

Com o intuito de viabilizar o controle, tanto social quanto institucionalizado de suas atividades, as agências deverão apresentar relatório anual circunstanciado de suas atividades, no qual deverá ser destacado o cumprimento da política do setor definida pelos Poderes Legislativo e Executivo. Referido relatório deverá ser encaminhado ao titular do Ministério a que a agência estiver vinculada, ao Senado Federal e à Câmara dos Deputados, bem como disponibilizado na sede e nas unidades descentralizadas da agência e na sua *home page* na Internet.

Ainda visando facilitar o controle de suas decisões, as agências deverão dar publicidade ao que foi discutido em suas reuniões, salvo quando se tratar de matéria sigilosa.

Com o intuito de incrementar a eficiência e a eficácia da Administração Pública como um todo, as agências deverão instituir mecanismos que permitam a articulação de suas ações com aquelas empreendidas pelos órgãos de defesa do consumidor e pelos órgãos de proteção do meio-ambiente.

Finalmente, o multicitado projeto de lei explicita a competência dos Ministros supervisores para elaborar os editais, promover as licitações e celebrar os contratos relativos às concessões, sempre ouvida previamente a agência reguladora respectiva. Os autores desse projeto entenderam ser oportuno e conveniente separar a entidade pública que regula do agente político que concede. Dito de outra forma, a decisão sobre o que, como e quando conceder deve ser tomada por quem é responsável pela formulação das políticas públicas setoriais.

Realizada essa breve análise dos entes reguladores no Brasil, cabe agora analisar os instrumentos jurídicos utilizados em nosso país para delegar a prestação de

³⁸⁸ Já existem registros de audiências públicas que produziram resultados relevantes. Por exemplo, a audiência realizada pela Anatel visando discutir a implantação da TV Digital no Brasil possibilitou que a questão passasse a ser analisada também sob o ponto de vista político.

serviços públicos, os quais serão analisados pelo Poder Judiciário quando esse Poder exercer o controle sobre a regulação.

1.6 A outorga e a delegação da prestação de serviços públicos

1.6.1 Considerações iniciais

Os serviços públicos podem ser prestados de forma centralizada³⁸⁹ ou descentralizada. Na primeira hipótese, o ente da Federação acumula a titularidade e a prestação do serviço público em questão. Contudo, se entre o ente da Federação titular do serviço público e o usuário desse serviço houver a interposição de uma pessoa jurídica, que estará encarregada de prestar o serviço em tela, estar-se-á diante da prestação descentralizada.³⁹⁰

A prestação de serviços públicos centralizada apresenta uma série de desvantagens, dentre as quais se destacam a falta de agilidade e autonomia de gestão desses órgãos.³⁹¹ Adicionalmente, pode-se citar como desvantagem desse modelo a ingerência política na fixação de tarifas³⁹² e nas regras de prestação de serviços.

³⁸⁹ Há dois significados distintos de centralização e descentralização. O primeiro se refere ao aspecto político, à forma de organização do Estado, que pode ser centralizado (unitário) ou descentralizado (federal). Já o segundo se relaciona ao aspecto administrativo. Nesse segundo sentido, haverá centralização administrativa quando a atividade da Administração Pública for exercida por meio de seus próprio órgãos, que compõem a Administração Direta. Por outro lado, haverá descentralização administrativa quando ocorrer a transferência de atribuições da Administração Pública para pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado. Para uma análise mais ampla dessa questão, ver DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. pp. 60 e ss.

³⁹⁰ Nesse sentido, ver ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. pp. 559 e ss.

³⁹¹ Conforme exposto por CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1996. pp. 235 e ss.

³⁹² No Brasil, a utilização dos reajustes tarifários como instrumentos de combate à inflação foi demonstrada, entre outros, por WERNECK. Referido autor apontou que os únicos preços públicos que apresentaram aumento real entre 1979 e 1984 foram aqueles dos derivados de petróleo, cujo índice de preços por atacado, quando deflacionado pelo IGP-DI, cresceu 60%. No mesmo período, as tarifas de energia elétrica caíram 40% e as telefônicas, 60% em média. (WERNECK, R. **Poupança estatal, dívida externa e crise financeira do setor público**. Pesquisa e Planejamento Econômico. nº 16. Rio de Janeiro: Ipea, 1986. pp. 551 a 574.)

Esse percepção motivou a decisão de expandir a prestação descentralizada de serviços públicos em nosso país³⁹³. Afinal, consoante explicitado por BERTERO, ao se referir à intensa criação de empresas estatais durante o Regime Militar implantado em 1964:³⁹⁴

subjacente à decisão de expandir a administração pública através da administração indireta, está o reconhecimento de que a administração direta não havia sido capaz de responder com agilidade, flexibilidade, presteza e criatividade às demandas e pressões de um Estado que se decidira desenvolvimentista.

Consoante exposto anteriormente nesta dissertação, a prestação de serviços públicos até meados da década de 1990 se dava de forma descentralizada por meio de entidades estatais. Com esse desiderato, eram editadas leis que transferiam a prestação dos serviços públicos³⁹⁵ para autarquias, fundações, empresas públicas ou sociedades de economia mista. Esse processo é denominado outorga ou delegação legal. Podia ocorrer também a delegação da prestação desses serviços a entes da Administração Indireta, por meio da celebração de contratos.

Posteriormente, a partir do processo de desestatização, foi privilegiada a delegação a entes de direito privado, integrantes da Administração Indireta ou agentes privados, da prestação dos serviços públicos. Essa delegação ocorre por meio da celebração de contratos relativos às concessões e permissões³⁹⁶ desses serviços ou pela expedição de autorizações. Mais recentemente, têm sido utilizadas a franquia e o arrendamento para descentralizar a prestação de serviços públicos.

A delegação sob comento tem fulcro constitucional, estando expressamente prevista no *caput* do art. 175 da Carta Política vigente, *verbis*:

³⁹³ No Brasil, por meio do Decreto-Lei nº 200/1967, foi conferida ênfase à descentralização administrativa, tendo sido iniciado um processo de criação de entidades da Administração Indireta.

³⁹⁴ BERTERO, Carlos Osmar. **Administração Pública e Administradores**. Brasília: FUNCEP, 1985. pp. 17 e ss.

³⁹⁵ A eventual transferência da titularidade será abordada em outro item deste capítulo.

³⁹⁶ A natureza contratual das permissões de serviços públicos, defendida por vários doutrinadores e pelo autor desta dissertação, será analisada em item específico deste capítulo.

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.

O art. 21 da Constituição Federal de 1988 também faz expressa menção à prestação descentralizada de serviços públicos, *verbis*:

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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/1995)

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8/1995)

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária;

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres.

Importa destacar que não podem ser delegadas atividades diretamente relacionadas com o poder de império do Estado, as quais devem, obrigatoriamente, ser exercidas por pessoas jurídicas de direito público.³⁹⁷ Contudo, caso o exercício do poder de polícia seja incidental e instrumental, a atividade poderá ser delegada.

Também não poderão ser delegadas a particulares aquelas atividades que, por força de dispositivos constitucionais, sejam abertas à livre concorrência.³⁹⁸

Tendo em vista os fins desta dissertação, não será analisada em profundidade a outorga de serviços públicos, mas apenas os instrumentos que permitem a delegação da prestação desses serviços.

³⁹⁷ O STF, quando do julgamento da ADIN nº 1.717-6, decidiu que “a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados.”

³⁹⁸ Conforme exposto por GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 140 e ss.

1.6.2 A concessão de serviços públicos

O art. 2º, II, da Lei nº 8.987/1996³⁹⁹ assim define concessão de serviço público: “*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.*”

Avalia-se que essa definição não confere o devido destaque a alguns pontos que são fundamentais para a apreensão do que seja a concessão de serviços públicos. Inicialmente, cabe destacar que, apesar de haver divergências doutrinárias sobre a natureza jurídica da concessão, segundo a doutrina majoritária ela é um contrato administrativo.⁴⁰⁰

Esse entendimento encontra respaldo na doutrina francesa, pois, como salientou LOUREIRO⁴⁰¹, naquele país:

a feição clássica da concessão de serviço público – o contrato administrativo por excelência – forjou-se doutrinamente nos primeiros anos do Século XX, como ponto culminante de longa reflexão jurídica sobre os diversos acordos que o Estado celebra com os particulares, construídos em bases empíricas (não legislativas) e casuísticas.

Posteriormente, o Conselho de Estado Francês classificou a concessão como um contrato *sui generis*, uma vez que a Administração pode alterar as cláusulas pactuadas visando adequar essa avença ao atendimento de novas necessidades.⁴⁰² Além disso, em conformidade com o disposto na Lei nº 8.987/1995, a Administração pode, em determinadas circunstâncias, intervir na concessão, promover sua encampação e controlar as tarifas cobradas pelo concessionário.

³⁹⁹ A Lei nº 8.987/1996, também conhecida como Lei Geral das Concessões, dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal.

⁴⁰⁰ Nesse ver, por exemplo, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. pp. 92 e 93.

⁴⁰¹ LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **A indústria elétrica e o Código de Águas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007. p. 95.

⁴⁰² Nesse sentido, ver LOUREIRO, obra citada, p. 98.

Segundo ARAGÃO⁴⁰³, esses poderes exorbitantes concedidos à Administração indicam a natureza jurídica de contrato administrativo da concessão. Afinal, a existência desses poderes seria inadmissível em um contrato regido pelo Direito Privado.

A definição da natureza jurídica da concessão como a de um contrato administrativo é relevante para os objetivos desta dissertação, uma vez que, como se verá a seguir, o Poder Judiciário tem afirmado a existência desses poderes exorbitantes, especialmente no que concerne à competência dos entes reguladores para fixar tarifas e do Poder Concedente para promover alterações unilaterais no objeto da concessão. Cabe ressaltar, ainda, que o concessionário é remunerado fundamentalmente pelas tarifas pagas pelos usuários em decorrência da fruição dos serviços prestados pelo concessionário. Em caráter adicional, ele pode auferir receitas acessórias, alternativas ou complementares, consoante dispõe o art. 11 da Lei Geral de Concessões.⁴⁰⁴ Ademais, a Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/2004), por meio de seu art. 2º, § 1º, introduziu em nosso ordenamento jurídico a concessão patrocinada, no âmbito da qual, haverá, ainda, uma contraprestação pecuniária do parceiro público.

No que concerne à remuneração do concessionário, cumpre lembrar que, embora a Administração Pública possa alterar as cláusulas pactuadas relativas à prestação do serviço, tanto sob o aspecto qualitativo quanto sob o aspecto quantitativo, deverá ser preservado o equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Nesse sentido, o art. 9º, § 4º, da Lei Geral de Concessões prevê que *“em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.”*

⁴⁰³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. pp. 566 e ss.

⁴⁰⁴ “Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

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

Cumprе ressaltar que a necessidade de preservar o equilíbrio econômico-financeiro da concessão tem sido observada pelo Poder Judiciário, como se verá posteriormente nesta dissertação.

Diante do acima exposto, optou-se no âmbito desta dissertação pelo seguinte conceito formulado por BANDEIRA DE MELO:⁴⁰⁵

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 um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.

1.6.3 A permissão de serviços públicos

O art. 2º, IV, da Lei nº 8.987/1995 define permissão de serviço público como “*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.*”

Posteriormente, o art. 40 dessa Lei estabelece que:

Art. 40. A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.

Parágrafo único. Aplica-se às permissões o disposto nesta Lei.

A partir da análise desses dois dispositivos, depreende-se que, ao contrário do que ocorre com a concessão de serviços públicos, pode haver permissão para pessoas físicas, a licitação prévia não será necessariamente realizada na modalidade concorrência⁴⁰⁶,

⁴⁰⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 643.

⁴⁰⁶ Deverá ser observado o disposto no art. 23 da Lei nº 8.666/1993. Também poderá ser realizado um leilão, em conformidade com o estabelecido na Lei nº 9.491/997, que instituiu o Programa Nacional de Desestatização. Não poderá ser utilizada pregão, tendo em vista que a Lei nº 10.520/2002 prevê que essa modalidade será utilizada para a contratação de bens ou serviços comuns, o que não seria o caso das permissões.

não há menção ao prazo de vigência das permissões nem previsão de permissões de obras públicas⁴⁰⁷. Aduz-se que, segundo a Lei acima citada, as permissões são formalizadas por meio de contratos de adesão, além de serem precárias e revogáveis unilateralmente.⁴⁰⁸

A utilização de contrato de adesão para formalizar a permissão de serviço público, o que confere natureza contratual a esta última, gerou polêmica. BANDEIRA DE MELLO⁴⁰⁹, por exemplo, define permissão como:

o ato unilateral pelo qual a Administração faculta precariamente a alguém a prestação de um serviço público, por exemplo, a permissão para desempenho de serviço de transporte coletivo, facultada precariamente por esta via ao invés de outorgada pelo ato convencional denominado concessão ou defere a utilização especial de um bem público, por exemplo, o ato de facultar a instalação de banca de jornais em logradouro público.

Observa-se que, para esse autor, a permissão seria concretizada por meio de um ato unilateral da Administração⁴¹⁰, não por intermédio de um contrato.

Para os fins desta dissertação, é importante estabelecer a natureza contratual da permissão, uma vez que essa natureza vem sendo utilizada como um dos fundamentos das decisões judiciais que versam sobre permissões de serviços públicos.

1.6.4 A questão da autorização

Preliminarmente, cabe esclarecer que o ordenamento jurídico brasileiro prevê três tipos de autorização⁴¹¹. O primeiro, que está relacionado ao exercício pela Administração do poder de polícia, consiste em ato unilateral e discricionário por meio do qual permite-se ao particular que exercite alguma atividade material ou pratique determinado

⁴⁰⁷ A realização de obras públicas demanda vultosos investimentos, o que contraria a lógica da permissão, como se verá a seguir.

⁴⁰⁸ A importância da natureza contratual da permissão como elemento que incrementa a segurança jurídica do permissionário e, por via de consequência, torna mais favoráveis as condições econômico-financeiras da permissão é ressaltada, entre outros, por FREITAS, Juarez. **Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Princípio da Segurança Jurídica. Exigência da menor precariedade possível nas relações de Administração. Terminais portuários de uso privativo: contratos de adesão. Princípio da irretroatividade dos atos normativos.** Revista Interesse Público. vol. 20, 2003. p. 93.

⁴⁰⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2002. p. 671.

⁴¹⁰ Nesse mesmo sentido, ver DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública.** 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. pp. 146 e 147.

⁴¹¹ Nesse sentido, ver DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada acima. pp. 150 e ss.

ato.⁴¹² Note-se que a falta dessa autorização acarreta a ilegalidade da atividade ou do ato em questão.⁴¹³

Uma segunda acepção do termo autorização se refere àquela concedida para que alguém faça uso de um bem público, em caráter privativo e precário.

Por fim, existe a autorização de serviço público, por intermédio da qual o Poder Público delega a particulares o exercício de atividades privadas de interesse público⁴¹⁴, a título precário ou não. A autorização não é precária quando é qualificada. Nessa hipótese, ela só pode ser revogada mediante o pagamento de indenização. Afinal, como MARQUES NETO⁴¹⁵ esclarece, se a autorização for concedida com prazo certo, houver a previsão de investimentos e de obrigações para o particular, além de cláusulas de reversão e indenização, não há porque falar em precariedade.

Observa-se que a existência de autorização não precária decorre da necessidade de conferir maior segurança aos investimentos privados realizados com fulcro nessa modalidade de delegação.⁴¹⁶ Essa preocupação com a segurança jurídica atinge tamanha

⁴¹² Segundo CASSAGNE, essas autorizações, denominadas de operação, não geram via de regra um vínculo posterior entre a Administração e o autorizatário. (CASSAGNE, Juan Carlos. **La intervencion administrativa**. 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994. p. 81)

⁴¹³ CRETELLA JÚNIOR defende que essa autorização é um ato unilateral do Poder Público, mediante o qual, por provocação do interessado, a administração remove o obstáculo legal para facultar-lhe o exercício de uma atividade, de outro modo, proibida. É unilateral, porque o ato se perfaz unicamente pela manifestação da vontade da Administração, já que embora supondo uma solicitação do interessado, esta não se incorpora à medida emanada, da qual participa como simples antecedente. Por provocação porque, na quase totalidade dos casos, a Administração não procede de ofício, mas mediante requerimento do interessado. Remoção de obstáculo porque a norma penal proibitiva funciona como ‘obstáculo, barreira ou limite’, ao referido exercício. A autorização derroga a norma penal, removendo-a. Faculdade porque o interessado tem a possibilidade do exercício, que se transforma em direito após a anuência da Administração. Exercício porque o interessado passa a desenvolver atividades materiais até então proibidas. Proibida porque o exercício não autorizado configura atividade ilícita, à qual o direito positivo comina sanções. Discricionário porque a Administração ao editar o ato administrativo unilateral consulta apenas a oportunidade e a conveniência da medida. (CRETELLA JÚNIOR, José. **Dos Contratos Administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. pp. 221 e 222.)

⁴¹⁴ Na linha da doutrina espanhola, CASSAGNE considera que esse tipo de autorização, denominada de funcionamento, é um dos principais instrumentos da regulação das atividades privadas de interesse público. Afinal, dela decorre o estabelecimento de um vínculo do autorizatário com a Administração que permite que essa última atue em prol do interesse público, por meio da alteração e da atualização do conteúdo da autorização em tela. (obra e página citadas)

⁴¹⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regime jurídico dos bens públicos empregados na geração de energia**. Revista de Direito Administrativo. Vol. 232. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 345.

⁴¹⁶ Consoante exposto por FREITAS, Juarez. **Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Princípio da Segurança Jurídica. Exigência da menor precariedade possível nas relações de Administração. Terminais**

proporção que, segundo leciona ARAGÃO⁴¹⁷, existem autorizações que materialmente são verdadeiros contratos, como ocorre com alguns setores das telecomunicações e com o setor de refino de petróleo. Importa ressaltar que essa modalidade de autorização visa permitir a regulação do mercado, no que concerne às atividades privadas de interesse coletivo, com o fito de orientar e induzir a execução dessas atividades em consonância com os objetivos almejados pelo Poder Público.⁴¹⁸

A autorização de serviço público encontra fulcro no art. 21, XI e XII, da Constituição Federal de 1988, anteriormente transcritos. A Lei nº 8.987/1995 não a menciona, porém, o art. 7º da Lei nº 9.074/1995⁴¹⁹ prevê as hipóteses em que ela pode ser utilizada no âmbito do Setor Elétrico.

Como acentua DI PIETRO⁴²⁰, concessionários e permissionários devem observar os princípios inerentes à prestação de serviços públicos, tais como continuidade, mutabilidade e igualdade entre os usuários, o que não ocorre com os agentes autorizados. Aduz-se que os primeiros também podem fazer valer suas prerrogativas que lhes foram conferidas por lei ou pelo contrato de concessão ou permissão.

O agente autorizado deve observar os regulamentos que regem o exercício de sua atividade específica.⁴²¹ Cabe destacar, ainda, que os agentes autorizados não recebem

portuários de uso privativo: contratos de adesão. Princípio da irretroatividade dos atos normativos. Revista Interesse Público. vol. 20. 2003. p. 89.

⁴¹⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 220.

⁴¹⁸ Nesse sentido, ver DE ENTERRÍA, Eduardo Garcia e FÉRNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. 6ª ed. Tomo II. Madri: Civitas, 1999. pp. 133 e ss. Ver também ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. pp. 167 e 168.

⁴¹⁹ “Art. 7º São objeto de autorização:

I - a implantação de usinas termelétricas, de potência superior a 5.000 kW, destinada a uso exclusivo do autoprodutor;

II - o aproveitamento de potenciais hidráulicos, de potência superior a 1.000 kW e igual ou inferior a 10.000 kW, destinados a uso exclusivo do autoprodutor.

Parágrafo único. As usinas termelétricas referidas neste e nos arts. 5º e 6º não compreendem aquelas cuja fonte primária de energia é a nuclear.”

⁴²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada. pp. 152 e 153.

⁴²¹ Nesse sentido e ressaltando a competência para controlar a atividade autorizada, manifestou-se GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 121.

tarifas reguladas e, por via de consequência, não detém a garantia do equilíbrio econômico-financeiro.⁴²²

Diante disso, observa uma mudança nos critérios de julgamento utilizados pelo Poder Judiciário, uma vez que quando são apreciadas questões relativas a essa modalidade de autorização, os magistrados não cogitam da necessidade de dar concretude aos direitos dos usuários e, simultaneamente, de preservar o equilíbrio econômico-financeiro da autorização.

Além disso, também é levado em conta pelos juizes que os usuários de serviços autorizados não dispõem do mesmo rol de direitos e garantias de que usufruem os destinatários dos serviços concedidos ou prestados mediante permissão.

1.6.5 Outras formas de delegação de serviços públicos

Considerando que esta dissertação visa analisar como o Poder Judiciário brasileiro tem atuado no controle dos serviços públicos delegados, entende-se necessário mencionar a existência de outras formas de delegação distintas da concessão e da permissão. Não foi considerada a terceirização, uma vez que ela não configura uma delegação, pois a gestão continua sendo pública.⁴²³

Cabe destacar que o art. 175 da Carta Magna não restringiu a delegação às concessões e permissões. Nesse sentido, a doutrina⁴²⁴ e a jurisprudência⁴²⁵ tem ampliado o rol de instrumentos cabíveis de utilização para esse mister.

Como exemplo relevante dessas formas de delegação cumpre citar a franquia, a qual possui notável semelhança com a concessão de serviço público.⁴²⁶ Afinal, em

⁴²² Consoante exposto por ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. pp. 167 e 168.

⁴²³ Nesse sentido, ver SOUTO, Marcos Juruena Villela **Regulação por autoridades independentes**. Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro. vol. 56, 2002. p. 251.

⁴²⁴ Ver, por exemplo, JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 506.

⁴²⁵ O STJ considerou que uma entidade conveniada ao Sistema Único de Saúde exerce função delegada, ao julgar o REsp nº 495.933/RS.

ambas, o Poder concedente conserva a titularidade e delega a execução de um serviço público; o concessionário ou franqueado conserva sua personalidade jurídica, que não se confunde com o do franqueador ou concedente; o concessionário desenvolve sua atividade por sua conta; o concedente pode controlar a execução do serviço, visando garantir que ele seja executado a contento; a remuneração do concessionário ou do franqueado tem origem na cobrança de tarifas; o Poder Público fixa unilateralmente as condições contratuais e o concessionário ou franqueado paga um determinado valor pela concessão ou franquia.

Por outro lado, há uma diferença fundamental entre esses dois institutos: o franqueado atua em nome do franqueador, ao contrário do que ocorre com o concessionário que age em nome próprio. Além disso, o franqueado é obrigado a agir em conformidade com as normas de atuação previstas pelo franqueador.

Outra figura jurídica relevante é o arrendamento, o qual está previsto na Lei nº 8.630/1993 (Lei dos Portos). MEDAUAR⁴²⁷ assevera que, por meio do arrendamento, o Poder Público transfere a gestão operacional de um serviço público para um particular, denominado arrendatário, para que este o explore por sua conta e risco, colocando à sua disposição um imóvel público ou um complexo de bens públicos vinculados ao serviço.

Note-se que os arrendamentos envolvem áreas localizadas em portos organizados, os quais são explorados diretamente pela União ou por concessionárias. Diante disso, MARQUES NETO⁴²⁸ defende que o arrendamento, a partir da Lei dos Portos, pode ser considerado como uma espécie de subconcessão *sui generis* de serviço público.

⁴²⁶ Conforme exposto por DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 224.

⁴²⁷ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2001. p. 384.

⁴²⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Peculiaridades do contrato de arrendamento portuário**. Revista de Direito Administrativo. Vol. 231. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 279.

1.6.6 A relação jurídica entre usuários e prestadores de serviços públicos

Quando o Poder Judiciário aprecia uma divergência envolvendo uma relação jurídica, uma das primeiras questões a serem enfrentadas é a definição da natureza jurídica dessa relação. No caso específico da prestação de serviços públicos, essa definição é relevante para o deslinde das lides apresentadas aos magistrados, uma vez que ela permite definir o rol de direitos e deveres decorrentes dessa relação.

Conforme acentuado por ARAGÃO⁴²⁹, a doutrina está dividida em relação à natureza da relação jurídica existente entre os usuários e os prestadores de serviços públicos. Assim, há quem defenda que essa relação é de natureza privada, civil, inobstante estar sujeita a diversas normas de Direito Público.⁴³⁰

Também existem os que afirmam ser de natureza pública essa relação, com o argumento de que a prestação de serviços públicos é um dever do Estado, ao qual corresponde um direito público do usuário à prestação desses serviços. Ademais, como acentua CUÉLLAR⁴³¹, tanto o prestador quanto o usuário devem observar um conjunto de normas regulamentares subjacentes ao contrato celebrado por ambos. Dito de outra forma, as partes contratantes, apesar de disporem de algum grau de autonomia, não podem alterar o que foi previamente estabelecido por meio de lei ou regulamento.⁴³²

A celebração de um contrato por usuários e prestadores de serviços públicos aliada ao elevado grau de intervenção estatal levou alguns autores a defender a natureza mista da relação em tela, que seria simultaneamente contratual e estatutária. Nesse sentido, CASSAGNE lembra que a relação entre usuário e concessionário de serviços públicos se rege

⁴²⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. pp. 513 e ss.

⁴³⁰ Sobre a interferência do Direito Público no Direito Civil, ver, entre outros, TEPEDINO, Gustavo. **Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil**. In **Temas de Direito Civil**. 2ª ed. TEPEDINO, Gustavo (org.) Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

⁴³¹ CUÉLLAR, Leila. **Serviço de abastecimento de água e a suspensão do fornecimento**. Revista de Direito Público da Economia. Vol. 3. Belo Horizonte: Fórum. jul/set 2003. p. 144.

⁴³² Nesse sentido, ver GONÇALVES, Pedro. **A concessão de serviços públicos**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 315.

pelo Direito Privado no que não colidir com as normas de Direito Público que regem a regulação desses serviços.⁴³³

No âmbito desta dissertação, será adotada a teoria mista, tendo em vista o fato de que, no entender do autor deste trabalho, efetivamente a relação sob comento não é integralmente pública nem privada, mas combina elementos de ambos os regimes. Ressalte-se que essa teoria tem sido acolhida pelo Poder Judiciário.

Cabe agora discutir a possibilidade e os limites da aplicação do Código de Defesa do Consumidor - CDC à relação estabelecida por prestadores e usuários de serviços públicos. A viabilidade jurídica de aplicar o CDC a essa relação é aceita de forma amplamente majoritária na doutrina⁴³⁴ e na jurisprudência⁴³⁵. Afinal, o art. 7º da Lei nº 8.987/1995⁴³⁶ faz expressa menção à aplicação do CDC aos usuários de serviços públicos. Além disso, o art. 6º, X, desse Código relaciona a prestação adequada dos serviços públicos como um direito dos consumidores, enquanto o art. 22 do CDC determina que *“os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.”*

⁴³³ Obra citada. pp. 55 e 56.

⁴³⁴ Entre outros pode-se citar FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7ª ed. ver. ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 133 e ss. No mesmo sentido, ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. pp. 519 e ss.

Para argumentos no sentido oposto, distinguindo usuários de serviços públicos e consumidores, ver AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Distinção entre usuário de serviço público e consumidor**. Revista Diálogo Jurídico. Salvador: abr/mai 2002. nº 13. Esse autor defende que existe um contrato principal (o de concessão) e um contrato dependente (aquele firmado pela concessionária e pelo usuário). Aduz que *“a relação jurídica entre concessionária e usuário não pode ser equiparada à existente entre duas pessoas privadas, que atuam na defesa de seus interesses específicos. O serviço público, cujo exercício é atribuído à concessionária, continua na titularidade e sob a responsabilidade do poder concedente. Perante a relação de consumo, diversamente, o Poder Público atua como “protetor” da parte considerada hipossuficiente, que, em regra, é o consumidor.”*

⁴³⁵ Esse entendimento pode ser sintetizado no seguinte trecho do Voto condutor do Recurso Especial nº 647.710: *“não há como se afastar a relação consumerista existente entre a empresa concessionária e os usuários de seus serviços, uma vez que as partes presentes nesse tipo de contrato se submetem aos princípios definidos pelo Código de Defesa do Consumidor.”* Nesse mesmo sentido, ver, por exemplo, os Recursos Especiais nº 467.883, nº 263.229 e nº 527.137.

⁴³⁶ *“Art. 7º Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:”*

Esclarecido esse ponto, cabe indagar quais são os limites da aplicação do CDC aos serviços públicos. Em primeiro lugar, cumpre notar que esse Código não se aplica a serviços gratuitos⁴³⁷, por via de consequência, essa aplicação só pode ocorrer quando se trata de serviços públicos *uti singuli*⁴³⁸ e remunerados por meio de tarifas.⁴³⁹

Em segundo lugar, conforme explicitado por ARAGÃO,⁴⁴⁰ “os serviços públicos possuem uma conotação coletiva muito mais ampla que as atividades econômicas privadas.” Afinal, conforme exposto acima, esses serviços visam à prestação de utilidades consideradas fundamentais para preservar e ampliar a dignidade dos seus usuários. Isso torna admissível a cobrança de parcelas tarifárias com vistas a, por exemplo, garantir a universalização dos serviços⁴⁴¹, tanto no que concerne à expansão geográfica quanto ao oferecimento de tarifas mais baixas⁴⁴² por meio de subsídios diretos ou cruzados.

Em terceiro lugar, as obrigações dos concessionários para com os particulares, apesar de terem sido previstas em um contrato⁴⁴³, não são estáveis no sentido de que podem variar em consonância com as determinações do Poder Concedente.⁴⁴⁴ Assim, não

⁴³⁷ O art. 3º, § 2º, do CDC define serviço como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações trabalhistas.”

⁴³⁸ Ressalte-se que a definição de serviços públicos utilizada nesta dissertação, exposta na introdução deste trabalho, é restrita e somente se ajusta aos serviços *uti singuli*.

⁴³⁹ Os serviços regulados pelo CDC não podem ser remunerados por meio de impostos, taxas ou contribuições de melhoria, uma vez que se trata de relações de consumo, não relações tributárias. Nesse sentido, ver FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7ª ed. ver. ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. pp. 44 e ss.

⁴⁴⁰ Obra citada. p. 522.

⁴⁴¹ MARQUES NETO esclarece que existem duas categorias de usuários de serviços públicos: os efetivos e os potenciais. Cabe ao ente regulador implementar medidas que visem a incluir no âmbito da prestação dos serviços públicos os usuários potenciais, ainda que para isso seja necessário impor algum ônus aos consumidores efetivos. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **A nova regulação dos serviços públicos**. Revista de Direito Administrativo, nº 228. Rio de Janeiro: Renovar. abr./jun 2002. pp. 28 e 29)

⁴⁴² Não são desconhecidas as desvantagens da instituição de subsídios cruzados. Contudo, em situações excepcionais, entende-se que esse mecanismo pode ser utilizado. Assim, por exemplo, considera-se adequada a utilização da Conta de Consumo de Combustíveis para reduzir a tarifa paga pelos consumidores de energia elétrica dos sistemas isolados. Referida conta recebe recursos a partir de valores pagos pelos consumidores do chamado sistema integrado de energia elétrica. Cabe ressaltar que esse tipo de mecanismo deve ser implementado pelo prazo estritamente necessário, sendo eliminado tão logo seja viável.

⁴⁴³ Conforme exposto anteriormente, a natureza jurídica do contrato firmado pelo concessionário e pelo usuário de serviços públicos é mista, uma vez que sofre um forte influxo do Direito Público sem perder a totalidade de suas características privadas.

⁴⁴⁴ Como ocorreu no caso do “apagão” do setor elétrico, que será analisado em capítulo posterior desta dissertação.

se aplica a esse contrato as considerações que são válidas em relação aos atos jurídicos perfeitos ou aos direitos adquiridos.

Por fim, cabe destacar que o CDC, segundo dispõe seu art. 2º, somente se aplica ao consumidor, ou seja, a toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Aduz-se que para ser considerado consumidor não basta ser destinatário final, há necessidade de se apresentar como hipossuficiente na relação jurídica e fática, conforme explicitado no art. 4º, I, do CDC.⁴⁴⁵

Contudo, no caso específico dos serviços públicos, esse Código acaba por ter uma aplicação mais ampla do ponto de vista subjetivo, uma vez que os usuários de serviços públicos podem ser grandes conglomerados empresariais, que não se apresentam em uma posição de inferioridade em relação aos concessionários.⁴⁴⁶

Com fulcro no acima exposto, concorda-se com o seguinte entendimento professado por JUSTEN FILHO:⁴⁴⁷

A disciplina do Direito do Consumidor apenas se aplicará na omissão do Direito Administrativo e na medida em que não haja incompatibilidade com os princípios fundamentais norteadores do serviço público. Em termos práticos, essa solução pode gerar algumas dificuldades. O que é certo é a impossibilidade de aplicação pura e simples, de modo automático, do Código de Defesa do Consumidor no âmbito dos serviços públicos.

Com essas considerações, dá-se por encerrada a primeira parte desta dissertação, a qual se refere à construção da âncora conceitual na qual se assenta o presente trabalho. A seguir, analisa-se o Poder Judiciário sob o paradigma do Estado Regulador, com o fito de fornecer os demais elementos necessários à análise do controle judicial da regulação.

⁴⁴⁵ Conforme LOPES, José Reinaldo de Lima. **Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1992. pp. 78 e 79. Nesse mesmo sentido, LIMA MARQUES, Cláudia. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor – o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. pp. 67 a 69.

⁴⁴⁶ Para uma análise dessa questão, ver CUÉLLAR, Leila. **Serviço de abastecimento de água e a suspensão do fornecimento**. Revista de Direito Público da Economia. Vol. 3. Belo Horizonte: Fórum. jul/set 2003. pp. 141 e 142.

⁴⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 560.

CAPÍTULO 2 – O PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO REGULADOR

2.1 O papel do Judiciário para a concretização dos direitos fundamentais

Consoante explicitado no capítulo anterior, o Estado Regulador não é abstencionista, no sentido de que pretende assegurar, agora por meio da regulação, a oferta das prestações consideradas fundamentais pela sociedade. Dessa forma, verifica-se que o Estado Regulador continua a se preocupar com a oferta adequada de serviços públicos, inclusive no que concerne à ampliação do quantitativo de usuários efetivos desses serviços.

Ademais, ainda em consonância com o exposto no primeiro capítulo, pode-se afirmar que os serviços públicos atendem a demandas essenciais para a preservação da dignidade humana dos seus usuários, ou seja, pode-se dizer que uma oferta adequada desses serviços representa a implementação de direitos fundamentais dos cidadãos.

Dito isso, cabe analisar agora qual é o papel de um dos Poderes estatais, no caso o Poder Judiciário, nessa relevante atribuição do Estado Regulador.

Consoante exposto por CARVALHO NETTO⁴⁴⁸, os juízes devem tomar decisões que reforcem a crença na legalidade (entendida como segurança jurídica e certeza do direito) e o sentimento de justiça realizada, esse último decorrente da adequação da decisão proferida às particularidades do caso concreto.⁴⁴⁹ Dito de outra forma, os juízes devem proferir decisões que, além de atender ao pressuposto da segurança jurídica, sejam racionalmente aceitáveis pelos interessados.⁴⁵⁰ Só assim será possível conferir legitimidade às decisões judiciais.

⁴⁴⁸ Obra citada. p. 38.

⁴⁴⁹ O direito moderno se caracteriza por ser textual. Tendo em vista que não existe possibilidade de interpretar um texto desconsiderando seu contexto, os juízes não podem ignorar as circunstâncias concretas quando decidem qual norma deve ser aplicada a um dado caso.

⁴⁵⁰ Consoante exposto por HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Vol. I. p. 252.

Os magistrados devem buscar a única solução correta⁴⁵¹ para os casos que lhes sejam apresentados, sempre levando em consideração as características específicas desses casos. Para tanto, os juízes devem se apoiar em um conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a partir do qual será obtida a melhor interpretação da doutrina jurídica de sua comunidade. Ademais, ele deverá se comportar como um escritor encarregado de elaborar um capítulo de um romance, ou seja, deverá ter em mente tanto o passado quanto o futuro da doutrina jurídica à qual ele se agrega.⁴⁵² Note-se que o magistrado não se encontra estritamente vinculado ao passado, como pretendiam os convencionalistas⁴⁵³, mas deve se apropriar criticamente da doutrina jurídica existente. Por outro lado, ele também não pode adotar uma postura decisionista, desvinculando-se do quadro normativo, ainda que visando à concretização de um ideal de justiça ou de bem.

Assim, o Direito, visto como integridade, não deve estar voltado para o passado, como ocorre com os convencionalistas, nem para o futuro, como ocorre com os pragmáticos. Mas deve ser interpretado como algo que está em permanente construção.⁴⁵⁴

Ainda segundo DWORKIN, esse modelo de interpretação judicial pode ser extremamente complexo, em especial nos chamados “*hard case*”. Por via de consequência,

⁴⁵¹ Sobre a existência de uma única solução correta para cada questão judicial e o método por meio do qual essa solução deve ser buscada, recomenda-se a leitura dos capítulos VII a X de DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁴⁵² Trata-se da concepção do direito como integridade, formulada no capítulo VII da obra de DWORKIN citada na nota anterior.

⁴⁵³ DWORKIN procura refutar tanto o convencionalismo quanto o pragmatismo. Em conformidade com o primeiro, as decisões do passado deverão fundamentar as decisões do presente. Caso inexistam decisões anteriores, ou seja, caso haja lacunas, o magistrado pode criar normas e aplicá-las retroativamente. Constata-se que, no âmbito dessa corrente teórica, a prática jurídica se resume à obediência às convenções anteriormente estabelecidas, as quais permanecem válidas até serem substituídas por novas convenções. Consequentemente, ignoram-se as graduais modificações na forma como os operadores do Direito se apropriam dessas convenções. Já para o pragmatismo, os juízes não devem ficar presos às convenções do passado, mas perquirirem a justiça da decisão, a qual será adotada com vistas a implementar o bem-estar geral. Essa linha teórica conduz a uma perspectiva utilitarista do direito, que busca atingir maiores níveis de satisfação do Bem-Estar da sociedade. Por via de consequência, os direitos subjetivos dos cidadãos são compreendidos pelos juízes como bens a serem maximizados a partir de metas coletivas, ou seja, esses direitos serão protegidos quando seu reconhecimento for adequado e conveniente ao interesses da sociedade. (**O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Capítulos IV e V).

⁴⁵⁴ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 271.

para lidar adequadamente com esses casos, o juiz precisaria ser dotado de capacidades quase sobre-humanas.⁴⁵⁵

Visando propiciar a solução adequada dos casos judiciais sem depender de juízes praticamente ideais, entende-se ser plausível a adoção de procedimentos que assegurem às partes o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa, além da obrigatoriedade da adoção de decisões fundamentadas.⁴⁵⁶

A fundamentação das decisões é feita por meio do discurso de aplicação de normas jurídicas, o qual difere⁴⁵⁷ daquele utilizado para justificar a validade dessas normas.⁴⁵⁸ Por meio do discurso de aplicação, o juiz decide qual norma válida é mais adequada ao caso concreto sob exame, sopesadas da forma mais completa possível as peculiaridades desse caso. Em seguida, o magistrado fundamenta sua decisão, que poderá ser criticada pelos interessados e pelos demais membros da esfera pública jurídica, a qual é em tese ilimitada.⁴⁵⁹

⁴⁵⁵ Dworkin denomina esse magistrado “Hércules”. (obra citada. p. 287)

⁴⁵⁶ Nesse sentido, entre outros, CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito: um Ensaio de Teoria da Interpretação enquanto Teoria Discursiva da Argumentação Jurídica de Aplicação.** In Cattoni, Marcelo (coord.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 49.

⁴⁵⁷ Segundo HABERMAS, do ponto de vista normativo e da sistemática jurídica, a diferença lógica e argumentativa entre fundamentação e aplicação de normas, refletida nos discursos respectivos, foi uma das causas fundamentais da separação de poderes, uma vez que esses discursos devem ser institucionalizados de forma diversa. (HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Vol. I. p. 215.)

⁴⁵⁸ GUNTHER esclareceu que o discurso de fundamentação de normas destaca o caráter geral e abstrato dessas normas, enquanto o discurso de aplicação se atém à utilização de normas validas e fundamentadas consideradas adequadas para regular casos concretos. Assim sendo, no discurso de fundamentação devem ser considerados os interesses de todos os possíveis afetados pela norma em discussão, o que demanda a previsão antecipada de possíveis casos pertinentes, considerados em seus aspectos gerais e exemplares, não a partir de aspectos particulares de cada situação. Diante das dificuldades para prever todos esses possíveis casos, esse autor considera que uma norma é válida se as consequências e os efeitos colaterais de sua observância puderem ser aceitos por todos, sob as mesmas circunstâncias, considerados os interesses de cada um.

Já o discurso de aplicação visa garantir a prevalência do melhor argumento, por meio da complementação da norma válida com considerações sobre os efeitos colaterais não antecipados ou desconsiderados no discurso de justificação. Afinal, somente a luz do caso concreto é que se pode determinar, com razoável precisão, os efeitos de uma norma válida.

Combinando os dois conceitos, GUNTHER considera que uma norma é válida e adequada quando, na situação especial, as consequências e os efeitos colaterais da observância dessa norma puderem ser aceitos por todos, considerados os interesses de cada um. (GUNTHER, Klaus. **The sense of appropriateness.** Albany: State University of New York Press, 1993. pp. 65 e ss.)

⁴⁵⁹ Consoante exposto por HÄBERLE, todos os destinatários de uma norma jurídica podem ser seus interpretes. (HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Interpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997)

Depreende-se que a imparcialidade, considerada um dos fundamentos da decisão judicial adequada, passa a ser entendida como a capacidade de o magistrado apreender todos os argumentos apresentados pelas partes. Para tanto, o Poder Judiciário deve adquirir uma permeabilidade a esses argumentos.

Cabe destacar que o juízo de adequabilidade necessariamente promovido pelo magistrado não deve ser confundido com a ponderação de princípios entendidos como mandatos de otimização⁴⁶⁰, que expressam valores. Ao contrário, os princípios envolvidos no julgamento são normas jurídicas⁴⁶¹, que possuem um caráter deontológico⁴⁶², na forma proposta por Dworkin⁴⁶³.

Até porque não se pode olvidar que o direito utiliza um código binário, calcado em normas, não um código gradual, como seria aquele que tivesse fulcro em valores. Ademais, somente se considerar os princípios como sendo normas, o Poder Judiciário poderá atuar eficazmente na garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, uma vez que, nesse contexto, argumentos de princípios podem ser utilizados quando esses direitos forem ameaçados.⁴⁶⁴

⁴⁶⁰ Para ALEXY, os princípios são mandatos de otimização, pois exigem a realização mais ampla possível de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. (ALEXY, Robert. **El Concepto y la Validez del Derecho**. 2ª ed. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 204.)

⁴⁶¹ Entre outros, afirmam a natureza normativa dos princípios os seguintes autores: DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002; BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001; AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999; CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

⁴⁶² As categorias deónticas, que não devem ser empregadas de forma gradual, são proibição, permissão e obrigação.

⁴⁶³ Esse caráter deontológico dos princípios, decorrente de sua natureza de norma jurídica, está exposto detalhadamente nos capítulos II e III de DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁴⁶⁴ Nesse sentido, ver DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. pp. IX e X.

O magistrado deve privilegiar os princípios^{465,466}, que representam exigências de justiça⁴⁶⁷ ou equidade, em detrimento dos argumentos de política⁴⁶⁸, que se vinculam à melhoria da situação econômica, social ou política da comunidade.

Ademais, tendo em vista que, conforme exposto acima, os princípios jurídicos possuem força normativa, não devem ser acolhidos argumentos no sentido de que os juízes devem aplicar as leis sem observar esses princípios.

Note-se que a tese de que a decisão judicial deve estar necessariamente apoiada na legislação é sustentada por duas objeções à originalidade judicial:⁴⁶⁹ os juízes não foram eleitos e, quando os magistrados criam uma nova lei e a aplicam de forma retroativa ao caso que estão julgando, a parte perdedora será punida, não por ter violado algum dever pré-existente, mas um novo dever, criado pelo juiz após o fato. Essas duas alegações não prosperam quando se trata de uma decisão judicial baseada em princípios. A uma, porque os princípios aplicados e os direitos considerados já existiam quando o ato em questão foi praticado, ainda que de forma implícita. A duas, porque o argumento baseado em princípios não se sustenta em pressupostos relacionados com os diferentes interesses e necessidades distribuídos por toda a comunidade.

Aduz-se que deve ser observado o processo legal adjetivo, assim considerado aquele que procura aplicar de forma justa e equitativa as normas vigentes.

⁴⁶⁵ DWORKIN considera que “o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral.” (DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 101)

⁴⁶⁶ Princípios são padrões que devem ser observados não porque promovam ou assegurem uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque são exigências de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. (DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36)

⁴⁶⁷ Dworkin considera que existe um direito fundamental à igualdade. Desse direito, derivam dois outros: o direito a igual tratamento, ou seja, a mesma distribuição de bens e oportunidades, e o direito à igual consideração e respeito quando da decisão política sobre como tais bens e oportunidades deverão ser distribuídos. O primeiro está relacionado à equidade, enquanto o segundo está relacionado com a justiça. (**Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp. 420 e ss.)

⁴⁶⁸ Para Dworkin, política é um tipo de “padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas).” (DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36)

⁴⁶⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp. 132 e ss.

Cabe destacar, finalmente, que ao atuar dessa forma quando do controle da regulação, sopesada a importância dos direitos envolvidos, o Poder Judiciário se torna:

"uma instituição estratégica nas democracias contemporâneas, não limitada às funções meramente declarativas do direito, impondo-se, entre os demais Poderes, como uma agência indutora de um efetivo mecanismo de **checks and balances** e a garantia da autonomia individual e cidadã."⁴⁷⁰

2.2 A relação entre os entes reguladores e o Poder Judiciário no âmbito do Estado Regulador

2.2.1. A experiência internacional

Consoante exposto anteriormente, o modelo de Estado Regulador começou a ser implementado no Brasil recentemente, o que implica dizer que ainda não transcorreu tempo suficiente para que se formasse uma sólida jurisprudência a respeito. Ademais, em conformidade com análise empreendida no primeiro capítulo desta dissertação, as agências reguladoras brasileiras foram criadas com base no modelo norte-americano da “*independent regulatory commission*”, que é uma entidade estatal dotada de autonomia e de competências executivas, normativas e judicantes. Tendo em vista, ainda, a existência de longa jurisprudência sobre regulação nos Estados Unidos, entende-se oportuno e conveniente colacionar um breve relato da experiência de controle judicial dos entes reguladores norte-americanos. Afinal, os tribunais daquele país enfrentaram problemas semelhantes aos que ora enfrentamos ou viremos a enfrentar no que concerne ao controle judicial da regulação.

Nos Estados Unidos, tem sido preservada a competência do Poder Judiciário para analisar os atos das agências. Por outro lado, tem variado a extensão do controle judicial sobre esses entes.⁴⁷¹

⁴⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 24.

⁴⁷¹ Para uma análise das origens do controle judicial da regulação nos Estados Unidos, ver SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. pp. 362 e ss.

Num primeiro momento, a Suprema Corte, quando do julgamento do caso *Slaughter-House cases*,⁴⁷² ocorrido em 1873, entendeu, por maioria mínima, que os tribunais, quando se defrontassem com questões envolvendo a regulação de matérias econômicas, deveriam se ater à análise dos aspectos processuais⁴⁷³ (*procedural due process of law*).⁴⁷⁴ O fundamento dessa decisão foi a alegação de que o Poder Judiciário, salvo se houvesse violação a normas procedimentais, não poderia invalidar deliberações do Legislativo nessas matérias. Assim, mesmo se as decisões sob comento fossem consideradas não razoáveis, elas deveriam ser mantidas, uma vez que eventuais abusos não deveriam ser corrigidos pelos órgãos judiciais, mas afastados por meio da reprovação popular expressa nas urnas.

A Suprema Corte entendeu, ainda, que a 14ª Emenda, a qual previa o devido processo legal, havia sido escrita pensando nos direitos dos ex-escravos. Finalmente, foi expresso o entendimento de que se tratava de uma questão afeta ao exercício do poder de polícia conferido ao Poder Público.

Progressivamente, esse entendimento foi sendo alterado. Em 1897, quando do julgamento do caso *Allgeyer v. Louisiana*,⁴⁷⁵ a Suprema Corte entendeu que o respeito ao devido processo legal incluía questões materiais, tais como a liberdade para contratar e o respeito à livre iniciativa.⁴⁷⁶

Em 1898, no julgamento do caso *Holden v. Hardy*, a Suprema Corte considerou constitucional uma lei que impedia os trabalhadores de minas de carvão e de refinarias de trabalharem por mais de 8 horas diárias. Nesse julgamento, o Tribunal analisou o

⁴⁷² 83 U.S. 36 (1873). Foi questionada a constitucionalidade de uma lei do Estado de Louisiana que atribuía às empresas *Slaughter-House Company* e *Crescent City Live-Stock Landing* o direito de abater todos os animais em New Orleans, para fins de alimentação humana. Os açougueiros da região moveram uma ação questionando a validade dessa lei estadual, tendo alegado que, por meio desse normativo, estaria sendo criado um monopólio em favor daquelas empresas.

⁴⁷³ Para uma descrição desse caso, ver CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

⁴⁷⁴ O devido processo legal, inicialmente, era visto como uma garantia procedimental contra o abuso do poder. Com esse sentido, teria sido introduzido na Constituição Norte-Americana pelas 5ª e 14ª Emendas.

⁴⁷⁵ 165 US 578 (1887).

⁴⁷⁶ Consoante descrito por GUNTER, Gerald. **Constitucional Law**. 12ª ed. Nova York: The Foundation Press, 1991. pp. 438 e 439.

mérito do normativo em questão e salientou que o Estado podia condicionar a liberdade e a propriedade dos indivíduos, desde que essa decisão fosse razoável e proporcional e visasse proteger a segurança, a saúde, a moral e o bem-estar do povo. Foi a consagração do *substantive due process of law*.⁴⁷⁷

Em 1905, ao julgar o caso *Lochner v. New York*, a Suprema Corte analisou o mérito de uma lei que limitava a jornada semanal dos padeiros naquele estado. Era a confirmação de que deveria ser observado o *substantive due process of law*. Independentemente de concordar ou não com a decisão adotada nesse caso, importa salientar que a lei foi julgada inconstitucional porque interferia de forma não razoável na relação patrão-empregado.

Outro precedente significativo foi o caso *Nebbia v. New York*, julgado em 1934, em cujo julgamento a Suprema Corte considerou constitucional a lei do Estado de New York que criou a *Milk Control Board*, a quem foi atribuída competência para fixar os preços máximo e mínimo de venda ao consumidor do leite e de seus derivados. Aquele Tribunal sopesou a situação então vivenciada pelo mercado de laticínios e entendeu ser necessária sua regulação pelo Poder Público, desde que ela fosse realizada de forma razoável, não discriminatória e não arbitrária.

A partir de 1937, o controle judicial passou a abarcar o mérito dos atos regulatórios, por meio da *hard look doctrine*, que permitia uma ampla investigação desses atos pelos magistrados.

Em conformidade com essa doutrina e com a seção 706 do *Administrative Procedure Act* – APA, editado em 1946, o Poder Judiciário deve considerar ilegal e anular os

⁴⁷⁷ Segundo a maioria dos doutrinadores, o devido processo legal material tem origem no “*lawful judgement of his peers by the law of the land*”, previsto na cláusula 39 da Magna Carta. Por meio dessa cláusula pretendeu-se garantir a realização de um julgamento prévio, justo e em conformidade com o direito inglês então vigente, o que significou buscar afastar o exercício arbitrário do poder pelo monarca. Nesse sentido, ver, por exemplo, BRUNA, Sérgio Varella. **Agências Reguladoras: poder normativo, consulta pública e revisão judicial**. São Paulo: RT, 2003. pp. 158 e ss.

atos das agências que forem arbitrários, caprichosos ou contrários ao direito. Também devem ser anulados os atos praticados com excesso de discricionariedade.⁴⁷⁸

Nesse contexto, as agências deviam demonstrar aos juízes que as vantagens da regulação superavam as desvantagens, sob pena de verem seus atos invalidados ou devolvidos para adequação aos dispositivos legais. Dito de outra forma, passou-se a exigir que as agências motivassem seus atos.⁴⁷⁹

Cumprir, ainda, que a motivação dos atos praticados pelas agências, associada à formalização do processo decisório dos entes reguladores, facilita o controle judicial desses atos, conforme exposto por MONCADA.⁴⁸⁰

Essa doutrina prevaleceu até o final da década de 1970. Em 1984, ao julgar o caso *Chevron USA, Inc v. National Resources Defense Council, Inc.*,⁴⁸¹ a Suprema Corte norte-americana elaborou a doutrina *Chevron*.⁴⁸² Em conformidade com essa doutrina, o Poder Judiciário possui competência para determinar a invalidade ou a revisão de um ato das agências reguladoras somente quando o Congresso houver tratado da matéria de forma clara e contrária ao entendimento adotado pelo ente regulador. Caso haja dúvidas fundadas sobre a decisão parlamentar, os juízes devem avaliar a razoabilidade do ato praticado pela agência e decretar sua anulação se esse ato for arbitrário ou caprichoso.

Também a partir da década de 1980, desenvolveu-se nos Estados Unidos o entendimento de que o Poder Judiciário não deve rever a fundamentação técnico-científica das decisões adotadas pelos entes reguladores. Consequentemente, ele deve se ater ao exame da observância dos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade⁴⁸³, de modo a

⁴⁷⁸ APA, 5 U.S.C. § 706 (1966).

⁴⁷⁹ Nesse sentido, ver OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **A ANEEL e os serviços de energia elétrica**. In SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 350.

⁴⁸⁰ MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Econômico**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. p. 127.

⁴⁸¹ 467 U.S. 837 (1984).

⁴⁸² Para obter maiores dados, ver BRUNA, Sérgio Varella. Obra citada. pp. 249 e ss.

⁴⁸³ No âmbito desta dissertação, entende-se que o Princípio da Proporcionalidade pretende a adequação dos meios aos fins e veda a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias.

reprovar apenas atos evidentemente abusivos, despropositados ou excessivos, e do Devido Processo Legal, tanto no que concerne às garantias processuais (*procedural due process*) quanto no que se refere ao mérito das decisões em tela (*substantive due process*)⁴⁸⁴.

Esse entendimento foi corroborado quando do julgamento do caso *Federal Election Commission – FEC v. Democratic Senatorial Campaign Commission*. Naquela oportunidade, a Suprema Corte decidiu que não deve ser revista uma decisão do ente regulador que seja considerada razoável, ainda que não seja aquela que é apontada como a melhor.

Ainda no que concerne aos limites da revisão judicial, cabe destacar que, ao julgar o caso *National Labor Relations Board – NLRB v. Universal Camera Corporation*, a Suprema Corte decidiu que essa revisão não deve abranger a decisão sobre questões de fato, salvo quando a agência tiver cometido algum erro grosseiro ou quando a decisão do ente regulador não estiver amparada por provas existentes nos autos.

Dentre essas regras procedimentais, merecem destaque aquelas relativas à participação dos interessados no processo de elaboração de normas pelas agências reguladoras. Até porque, como acentuado por BRUNA⁴⁸⁵, o resultado dos procedimentos participativos, como as audiências públicas, constituem uma importante fonte de subsídios para o controle judicial, uma vez que permitem avaliar a razoabilidade e a proporcionalidade das decisões adotadas pelos entes reguladores, com base na análise das opções que estavam disponíveis e nas sugestões ou críticas que foram encaminhadas às agências.

Nesse mesmo sentido, BINENBOJM considera que as informações coletadas nas audiências e consultas públicas possibilitam ao Poder Judiciário discernir com

⁴⁸⁴ Para uma análise dos dois tipos de devido processo legal e de suas relações com os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade, ver BARROSO, Luís Roberto. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional**. Revista dos Tribunais: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. vol. 23. abr/jun 1998. pp. 65 e ss.

⁴⁸⁵ BRUNA, Sérgio Varella. **Agências Reguladoras: poder normativo, consulta pública e revisão judicial**. São Paulo: RT, 2003. p. 271.

mais facilidade “*se a competência regulatória dos agentes foi exercida dentro de seus limites, se houve apreciação de todas as variáveis relevantes ao caso e se a agência orientou-se para a solução mais adequada*”.⁴⁸⁶

Outra questão relevante para os fins desta dissertação se refere especificamente à possibilidade de revisão judicial das tarifas públicas. Inicialmente, com base na teoria das *public utilities*, entendia-se que seria possível rever as tarifas cobradas pela prestação de determinados serviços de interesse coletivo. Exemplo desse entendimento foi a decisão tomada pela Suprema Corte quando do julgamento de *Ohio Valley Water Company v. Ben Avon Borough*.⁴⁸⁷ Naquela oportunidade, aquele Tribunal considerou que essa revisão era legitimada pela necessidade de realizar valores constitucionais.

Posteriormente, quando do julgamento de *Federal Power Commission v. Hope Natural Company*, a Suprema Corte alterou parcialmente seu entendimento anterior, no sentido de que a revisão judicial das tarifas só seria possível quando o efeito global delas fosse considerado injusto ou desarrazoado. Em seguida, ao julgar *Smyth v. Ames*, aquele Tribunal aduziu que uma empresa não pode ser constrangida a usar sua propriedade para beneficiar o público sem receber uma compensação justa pelos serviços prestados.

Como visto no primeiro capítulo desta dissertação, a partir do Governo Reagan, ocorreu um incremento no controle das agências norte-americanas pelo Poder Executivo, mais especificamente pela Presidência da República, por meio do OMB. Esse fato, aliado à restrição do escopo do controle judicial da regulação acima citada, gerou controvérsias sobre se, nos Estados Unidos de hoje, o controle judicial da regulação é menos abrangente que aquele exercido pelo Executivo.

⁴⁸⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 291.

⁴⁸⁷ Essa decisão e aquelas citadas nos parágrafos seguintes foram analisadas por BREYER, Stephen G. et alli. **Administrative Law and Regulatory Policy**. 4ª ed. New York: Aspen Law & Business, 1999. pp. 230 e ss.

2.2.2. O caso brasileiro

O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal estabelece o sistema de jurisdição única, ao dispor que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”. Assim sendo, em princípio, os atos praticados pelas agências reguladoras podem ser avaliados por esse Poder.⁴⁸⁸

Ademais, não há necessidade de esgotar as instâncias administrativas antes de propor a ação judicial cabível, uma vez que a Constituição Federal não estipulou esse esgotamento como uma condição para o ajuizamento da ação judicial, ao contrário do que ocorre com a “Justiça Desportiva”.⁴⁸⁹

Note-se que o STF, por meio da Súmula nº 473, determinou expressamente que não só a prática, mas também a anulação e a revogação de atos administrativos está sujeita à apreciação do Poder Judiciário.⁴⁹⁰

Cabe ressaltar, ainda, que as agências reguladoras, no exercício de sua atividade-fim, podem praticar atos normativos abstratos, administrativos vinculados ou administrativos discricionários, nessa última hipótese com o fito de eleger os meios técnicos adequados ao atendimento das finalidades previstas em lei.⁴⁹¹ Essa diferenciação é importante para delimitar os instrumentos utilizados e os critérios que serão utilizados pelos tribunais, mas não afeta a possibilidade de apreciação desses atos pelo Poder Judiciário⁴⁹².

⁴⁸⁸ Nesse sentido, ver, por exemplo, JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 589. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 350. GUERRA, Sérgio. **Controle judicial dos atos regulatórios**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 322.

⁴⁸⁹ Esse entendimento é corroborado por MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2001. p. 478.

⁴⁹⁰ “A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

⁴⁹¹ Consoante exposto por GUERRA, Sérgio. Obra citada. p. 367.

⁴⁹² O controle judicial dos atos administrativos é aceito pela doutrina nacional há décadas. Para uma análise detalhada dessa questão, ver SEABRA FAGUNDES, Miguel. **O controle judicial dos atos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

Aduz-se que os Tribunais vêm adotando decisões, inclusive liminares, que implicam na assunção de atividades regulatórias⁴⁹³. Porém, como acentua SALLES⁴⁹⁴, a atuação judicial, ao contrário daquela das agências, não é orgânica nem constante, pois depende de provocação de uma das partes, uma vez que o Poder Judiciário não pode exercer o controle dos atos administrativos de ofício.⁴⁹⁵ Assim, a prestação jurisdicional dependerá de provocação por parte dos interessados ou do Ministério Público.

Nos termos do art. 127 de nossa Carta Magna, o Ministério Público “*é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*”. Referido dispositivo constitucional ampliou sobremaneira as funções do *Parquet*, o qual se tornou um defensor dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.⁴⁹⁶

O art. 129 da Constitucional Federal vigente enumera, de modo apenas exemplificativo, as atribuições institucionais do Ministério Público. Dentre elas, merece realce, em virtude da pertinência ao controle da atividade administrativa, a promoção do inquérito civil e da ação civil pública,⁴⁹⁷ visando à proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Note-se que o Ministério Público, por meio de ação civil pública, pode requerer o ressarcimento ao erário, a perda do mandato, a

⁴⁹³ Como exemplos desse tipo de decisões judiciais, podem ser citadas aquelas que alteram o índice a ser utilizado na revisão tarifária.

⁴⁹⁴ SALLES, Carlos Alberto. **Processo Civil de Interesse Público – Uma Nova Perspectiva Metodológica**. In SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.) **Direito Processual Público – A Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público/Malheiros, 2000. p. 45.

⁴⁹⁵ É o princípio da inércia, segundo o qual a atuação do magistrado deve ser previamente provocada.

⁴⁹⁶ Além de ter suas funções ampliadas, a defesa jurídica da União foi transferida à Advocacia Geral da União, o que, de certo modo, propiciou ao Ministério Público as condições para desempenhar uma atuação mais independente.

⁴⁹⁷ Nos termos do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, a legitimação para propositura da ação civil pública não é exclusiva do Ministério Público. Entretanto, somente o Ministério Público pode promover o inquérito civil público, em consonância com o disposto nos arts. 8º e 9º dessa lei.

suspensão dos direitos políticos e a aplicação de multas, com espeque no que dispõem o §4º do art. 37 da Constituição Federal⁴⁹⁸ e o art. 12 da Lei nº 8.429/1992.⁴⁹⁹

Cumprido destacar que a Constituição Federal de 1988 disponibilizou para os particulares várias ações judiciais específicas para o controle da Administração Pública⁵⁰⁰. Essas ações, que possuem a natureza de direitos instrumentais, por visarem à proteção de bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico, são as seguintes: *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança individual e coletivo, mandado de injunção e ação popular.

Dentre esses instrumentos de controle e tendo em vista os fins a que se propõe esta dissertação, merecem destaque o mandado de segurança e a ação popular. O primeiro é uma ação constitucional destinada a proteger direito líquido e certo, não amparável por *habeas corpus* ou *habeas data*, contra ilegalidade ou abuso de poder praticado por autoridade pública ou agente no exercício de atribuições do Poder Público.

O mandado de segurança individual não se destina precipuamente à defesa de interesses coletivos da sociedade, como é característico da ação popular. Entretanto, por

⁴⁹⁸ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

§4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”

⁴⁹⁹ “Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

I – na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II – na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III – na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.”

⁵⁰⁰ Para uma análise das ações judiciais cabíveis para promover o controle da Administração Pública, ver PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Controle judicial da Administração Pública: da legalidade estrita à lógica do razoável**. Belo Horizonte: Fórum, 2005. pp. 35 e ss.

via reflexa, esses interesses acabam sendo preservados, pois a repressão à prática pelos agentes públicos de atos ilegais ou abusivos reverte em prol de toda a sociedade.

A relação entre o mandado de segurança e a defesa de interesses coletivos aparece de forma direta quando se trata do MS coletivo. Nesse caso, o *writ* constitucional é impetrado visando à tutela de direitos subjetivos coletivos, os quais, em conformidade com o disposto no art. 81, parágrafo único, inciso II, da Lei nº 8.078/1990, derivam de uma relação jurídica base.⁵⁰¹

Em relação à ação popular, cabe ressaltar que, consoante disposto no art. 5º, LXXIII, de nossa Lei Maior:

qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Pode ocorrer que a ação popular seja proposta contra um ato administrativo que, apesar de não ter causado dano ao erário, tenha violado algum princípio regente da Administração Pública. Nesse sentido, SUNDFELD esclareceu que:

há situações em que o ato irregular não lesiona o erário público, eventualmente até propicia economia de recursos públicos, mas lesiona outros tipos de valores, que são garantidos e consagrados pela ordem jurídica, por exemplo, o valor moralidade administrativa.⁵⁰²

Ademais, cumpre ressaltar que a ocorrência de dano ao erário pode ensejar a propositura tanto de uma ação popular quanto de uma ação civil pública. Sobre essa questão, Mancuso esclareceu que:

⁵⁰¹ “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

⁵⁰² SUNDFELD, Carlos Ari. **Ação Civil Pública e Ação Popular**. Boletim de Direito Administrativo, jul. 1996. pp. 451 e 452.

justamente porque o erário vem a ser o aspecto pecuniário do patrimônio público, sendo este último comum tanto à Ação Popular quanto à Ação Civil Pública (CF, arts. 5º, LXXIII; 127 e 129, III) e tendo presente que nessa última ação a legitimidade ativa é do tipo concorrente-disjuntivo (art. 5º e incisos da Lei nº 7.347/1985), não se pode descartar a eventual concorrência entre esses dois instrumentos processuais nessa matéria, até porque o art. 1º da Lei nº 7.347/1985 invoca subsidiariamente a ação popular. Quando porventura venha a ocorrer concomitância dessas ações sobre um mesmo objeto, a espécie há de resolver-se em termos de prevenção, vez que uma não exclui a outra, (CPC, arts. 106, 219 e 263), conforme já decidido pelo Supremo Tribunal de Justiça.⁵⁰³

No caso específico da regulação, a ação popular pode, por exemplo, ser ajuizada visando à anulação de ato normativo que cause prejuízo ao Estado.

Finalmente, cabe salientar que, via de regra, os atos regulatórios que causarem prejuízos indevidos ao concedente, aos concessionários ou aos usuários podem ensejar a propositura de uma ação de responsabilidade civil contra o ente regulador. Afinal, nessa hipótese, esse ente terá o dever de reparar os prejuízos causados. Até porque se a atividade do agente público acarretou danos patrimoniais ou morais a outrem, salvo em hipóteses excepcionais, eles deverão ser ressarcidos, de acordo com o disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal.⁵⁰⁴

Após analisar a competência do Poder Judiciário brasileiro para controlar os atos praticados pelas agências reguladoras e as ações judiciais passíveis de serem utilizadas, cabe verificar que critérios poderão ser utilizados por esse Poder para exercer esse controle.

Preliminarmente, cumpre salientar que o controle judicial dos atos administrativos, entre os quais se incluem aqueles praticados pelas agências reguladoras, é um tema discutido de há muito pela doutrina⁵⁰⁵ e pela jurisprudência nacionais.

⁵⁰³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

⁵⁰⁴ Nesse sentido, ver, a título de exemplo, o que foi decidido pelo STF quando do julgamento do RE nº 460.881-2/MA.

⁵⁰⁵ A obra clássica de SEABRA FAGUNDES sobre esse tema, **O controle judicial dos atos administrativos**, teve sua primeira edição publicada em 1941.

Até a promulgação da Constituição de 1988, prevalecia o controle judicial dos atos administrativos baseado na verificação da legalidade desses atos, tendo por base as definições contidas no art. 2º da Lei nº 4.717/1965 (Lei da Ação Popular).⁵⁰⁶

Assim, consoante exposto por PEREIRA JÚNIOR⁵⁰⁷, o parâmetro de controle era a lei.

Constitui um exemplo desse entendimento o seguinte Acórdão prolatado pelo STJ (RMS nº 14.967 – SP):

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONCESSÃO DE HORÁRIO ESPECIAL. ATO DISCRICIONÁRIO. ILEGALIDADE OU ABUSO. INEXISTÊNCIA.

Foge ao limite do controle jurisdicional o juízo de valoração sobre a oportunidade e conveniência do ato administrativo, porque ao Judiciário cabe unicamente analisar a legalidade do ato, sendo-lhe vedado substituir o Administrador Público.

Recurso ordinário desprovido. (grifo meu)

Contudo, isso não significa que, a exemplo do que ocorreu anteriormente nos EUA, a jurisprudência não estivesse sendo progressivamente alterada para aceitar outros parâmetros de controle dos atos administrativos. Assim, por exemplo, em 1970, ao julgar a constitucionalidade de Resoluções da Receita Federal que aumentavam a alíquota do imposto

⁵⁰⁶ “Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;
- b) vício de forma;
- c) ilegalidade do objeto;
- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidade.

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;

b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;

c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;

d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;

e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.”

⁵⁰⁷ Obra citada. pp. 44 e 45.

de importação, o STF utilizou a razoabilidade como um parâmetro de controle (RE nº 69.486 - SP).

Em 1998, por meio da Emenda Constitucional nº 19, foi inserida a eficiência entre os princípios que devem ser observados pelos gestores públicos. Foi a consagração de um novo parâmetro para avaliação e controle dos atos administrativos. Porém, cabe destacar que outros critérios também têm sido utilizados pelo Poder Judiciário, tais como a razoabilidade, expressamente mencionada pelo STF nos RE nº 148.095, 208.422 e 212.066, entre outros.

Note-se que a Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo, prevê, em seu art. 2º, que a Administração Pública obedecerá aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Referido dispositivo legal corrobora o entendimento no sentido de que tanto o administrador público quanto o magistrado que for avaliar os atos desse gestor devem observar outros princípios além do da legalidade.

Por essas razões, atualmente, uma corrente doutrinária⁵⁰⁸ e jurisprudencial expressiva defende que a apreciação dos atos administrativos pelo Poder Judiciário deve levar em conta vários padrões de conformidade, quais sejam: legalidade, moralidade, eficiência, razoabilidade⁵⁰⁹, proporcionalidade, publicidade, impessoalidade etc.

Nesse sentido, o STJ proferiu decisões contrárias ao entendimento anteriormente retratado, tal como a seguinte:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.

⁵⁰⁸ Nesse sentido, por exemplo, ver BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993. e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 640.

⁵⁰⁹ Segundo Slaibi Filho, “ainda que haja motivação, o juiz pode e deve apreciar a razoabilidade do ato, pois a lógica do direito é a lógica da razoabilidade.” (SLAIBI FILHO, Nagib. **Ação Popular Mandatória**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 50)

1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo.
2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la.
3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da Administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.
4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la.
5. Recurso especial provido. (REsp nº 429.570 – GO)

Também o STF tem proferido decisões tendo por base outros critérios além da legalidade. Nesse sentido, o Ministro Celso de Mello, ao relatar o RE nº 200.844 AgR/PR, ressaltou que:

todas as normas emanadas do Poder Público devem se ajustar à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do **substantive due process of law**. O postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. (grifo meu)

A observância a outros princípios também tem sido utilizada como critérios para aferição da constitucionalidade dos atos praticados pelos agentes, como se depreende da análise dos seguintes Acórdãos do STF: ADI nº 2.472 MC/RS (Princípio da Economicidade), ADI nº 2.623 MC/ES (Princípios da Isonomia, Razoabilidade e Proporcionalidade), MS nº 24.458 e RE nº 380.131 (Princípio da Isonomia). Especialmente o Princípio da Razoabilidade tem sido adotado, como se observa nas ADI nº 1.063 - DF, nº 1.976 - DF, nº 1.076 - DF e nº 1.755 – DF.

Vista a questão do controle judicial dos atos administrativos em geral, é necessário analisar uma característica fundamental dos atos praticados pelas agências reguladoras: a discricionariedade técnica⁵¹⁰. Conforme exposto no primeiro capítulo desta dissertação, as agências reguladoras foram criadas com a finalidade de otimizar a regulação estatal, por meio da aquisição e utilização de conhecimento especializado, o qual

⁵¹⁰ Não se desconhece a existência de críticas ao conceito de discricionariedade técnica, as quais encontram respaldo inclusive na constatação de que mesmo as decisões sobre regulação eminentemente técnicas possuem um forte conteúdo político. Nesse sentido, ver ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. Itens 10.4, 11.7.4 e 12.3.

deve ser utilizado de uma forma imparcial e transparente. Assim sendo, supõe-se que essas entidades, por deterem mais informações e conhecimento sobre uma dada matéria, podem atuar de uma forma mais eficaz.

Ora, nesse contexto, parece razoável supor que as decisões adotadas por esses entes, no exercício de suas competências legais, devam ser analisadas de uma forma diferenciada pelo Poder Judiciário⁵¹¹. Nesse sentido, BACIGALUPO⁵¹² assevera que:

Reconhece-se uma margem de apreciação na adoção de decisões de caráter valorativo por órgãos técnicos integrados por *experts* independentes. Nesses casos, a margem de apreciação se funda na vontade (pelo menos implícita) do legislador de remeter a valoração requerida pela norma a uma apreciação, ponderada e equilibrada, de especialistas independentes.

Com espeque em considerações desse teor, autores como ARAGÃO⁵¹³ afirmam que o Poder Judiciário, na maioria das vezes, utiliza os seguintes parâmetros para controlar os atos dos entes reguladores: respeito ao devido processo legal, garantias para a participação direta e indireta dos interessados na matéria a ser regulada, razoabilidade e proporcionalidade das decisões adotadas.

Assim, caso tenham sido observadas as garantias procedimentais e existissem várias decisões passíveis de serem adotadas, que fossem razoáveis e proporcionais, os tribunais devem considerar válida a decisão adotada pela agência reguladora⁵¹⁴.

Afinal, conforme explicado por JUSTEN FILHO:⁵¹⁵

Na maior parte dos casos, a solução adotada pela agência não será controlável por meio do bom senso nem da aplicação de princípios lógicos derivados de um conjunto de princípios normativos abstratos. Em quase todas as hipóteses, poderá ocorrer até mesmo a impossibilidade fática de um indivíduo não titular de um conhecimento especializado chegar a compreender a dimensão do problema enfrentado.

⁵¹¹ Nesse sentido, ver JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 592.

⁵¹² BACIGALUPO, Mariano. **La discrecionalidad administrativa: estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución**. Madri: Marcial Pons, 1997. pp. 132 e 133.

⁵¹³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 351.

⁵¹⁴ Consoante defendido, entre outros, por GUERRA, Sérgio. **Controle judicial dos atos regulatórios**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 340.

⁵¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 592.

Como decorrência, o controle jurisdicional de atos dotados dessas características deverá ser realizado com a cautela correspondente. A decisão terá de recorrer à manifestação da opinião de especialistas de notória especialização, com a advertência da impossibilidade de o Judiciário substituir a autoridade administrativa no tocante ao exercício de escolhas discricionárias. Ou seja, quando muito, poderá apontar a incorreção técnico-científica da decisão adotada pela agência ou a impossibilidade da justificação de sua adoção em face do conhecimento especializado ou das premissas consagradas na própria atuação anterior da agência. Verificada a compatibilidade da decisão com o conhecimento técnico-científico, será vedado ao Judiciário reprovar o ato em virtude de uma avaliação igualmente subjetiva acerca da melhor solução a adotar para o caso concreto.

Por fim, cabe indagar se o Poder Judiciário pode apenas anular uma decisão discricionária adotada por uma agência reguladora ou se pode adotar uma decisão que substitua aquela adotada pelo ente regulador. Avalia-se que, diante do acima exposto, somente em hipóteses excepcionais, quando as características do caso concreto indicarem a existência de apenas uma decisão adequada, o Poder Judiciário pode determinar o conteúdo do ato a ser praticado.⁵¹⁶ Até porque, nessas hipóteses, não haverá possibilidade real de escolha.

2.2.3. O papel do Poder Judiciário na configuração dos entes reguladores

Antes de apresentar os casos judiciais que serão analisados à luz do que já foi colocado nesta dissertação, cumpre analisar a relevante contribuição prestada pelo Poder Judiciário para a conformação do modelo de entes reguladores. Ainda tendo em vista que as agências reguladoras brasileiras foram inspiradas nas norte-americanas, essa análise versará sobre decisões judiciais adotadas no Brasil e nos Estados Unidos. Até porque, consoante asseverado por ARAGÃO⁵¹⁷, o mais relevante do estudo da jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana acerca das agências reguladoras é o fato de que naquele tribunal foram travadas discussões seculares sobre questões que agora começam a ser debatidas no Brasil.

Talvez as decisões judiciais mais relevantes para a estruturação do modelo de agências reguladoras autônomas sejam aquelas relacionadas com a “estabilidade” e a

⁵¹⁶ Esse entendimento é compartilhado, entre outros, por ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 353.

⁵¹⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

forma de escolha de seus dirigentes. Afinal, tanto a estabilidade quanto a forma de escolha são fundamentais para a preservação da imparcialidade e da autonomia dos gestores dos entes reguladores em relação aos interesses dos governantes de ocasião.

Nos Estados Unidos, por meio de uma série de decisões, a Suprema Corte estabeleceu que as agências reguladoras são autônomas, não independentes. Por outro lado, foi ampliada a autonomia dessas entidades em relação ao Congresso.

Nesse sentido, em 1976, quando do julgamento do caso *Buckley v. Valeo*, foi considerada inconstitucional a nomeação dos dirigentes dos entes reguladores pelo Congresso.⁵¹⁸ Já em *Bowsher v. Synar*,⁵¹⁹ julgado em 1986, foi declarada inconstitucional a exoneração de dirigente da Administração pelo Congresso. Naquela oportunidade, ao julgar a constitucionalidade do *Gramm-Rudman-Holking Act*, a Suprema Corte decidiu que, uma vez que cabia ao Poder Executivo determinar a realização de cortes no orçamento federal, essa decisão não poderia ser tomada por uma autoridade que pudesse ser exonerada pelo Congresso.

Também foram relevantes as decisões proferidas nos casos *Immigration and Naturalization Service v. Chadha*⁵²⁰ e *Metropolitan Washington Airports Authority v. Citizens for the Abatement of Aircraft Noise*.⁵²¹ Em ambas, foi reconhecida a inconstitucionalidade dos vetos parlamentares, o que reforçou a autonomia dessas agências.⁵²²

Avulta em importância a vinculação da exoneração dos dirigentes das agências independentes (nos EUA) ou reguladoras (no Brasil) pelo Chefe do Poder Executivo à comprovada existência de causas especificadas em lei. Essa exigência, aliás, é a principal

⁵¹⁸ 424 US 1 (1976).

⁵¹⁹ 478 US 714 (1986).

⁵²⁰ 462 US 919 (1983).

⁵²¹ 111 SCt 2.298.

⁵²² Note-se que, posteriormente, essa autonomia seria restringida em relação ao Poder Executivo, consoante exposto no primeiro capítulo desta dissertação.

distinção existente entre essas entidades e as demais agências⁵²³ (nos EUA) ou entre elas e as outras autarquias (no Brasil).

A vedação à livre exoneração foi o resultado de um longo processo jurisprudencial. Em um primeiro momento, a Suprema Corte considerou que o Presidente da República, por ter competência para zelar pela fiel execução das leis podia exonerar livremente os titulares dos órgãos da Administração.⁵²⁴

Posteriormente, aquele Tribunal entendeu que os dirigentes de agências que desempenhassem funções quase-legislativas ou quase-judiciais só poderia ser exonerado nas hipóteses previstas em lei.⁵²⁵ Assim sendo, foi vetada a exoneração, pelo então Presidente Roosevelt, de um dirigente da Comissão Federal do Comércio que havia sido nomeado pelo antecessor do Chefe do Poder Executivo.

A preservação da autonomia das agências independentes foi um fator relevante para a adoção desse entendimento⁵²⁶, tendo a Suprema Corte explicitado que “*é perfeitamente evidente que aquele que ocupa um cargo apenas enquanto aprover a outrem não pode certamente manter uma atitude de independência contra a vontade deste último*”.

Esse entendimento foi novamente ampliado em 1958,⁵²⁷ quando a Suprema Corte definiu que, se a agência exerce funções quase-jurisdicionais ou quase-legislativas, os seus dirigentes não podem ser exonerados sem justo motivo, ainda que a lei se silencie a este respeito.

Finalmente, em 1988,⁵²⁸ a Suprema Corte afirmou que a limitação ao poder conferido ao Presidente da República para exonerar dirigentes das agências independentes, consistente na demonstração de justa causa prevista em lei, não é inconstitucional. Afinal,

⁵²³ Em geral, as que exercem funções apenas executivas.

⁵²⁴ Caso *Myers v. United States* (272 US 52).

⁵²⁵ Caso *Humphrey's Executor v. United States* (295 US 602).

⁵²⁶ Nesse sentido, ver SCHWARTZ, Bernard. **Direito Constitucional Americano**. Rio de Janeiro: Forense, 1955. p. 12.

⁵²⁷ Caso *Wiener v. United States* (357 US 349).

⁵²⁸ Caso *Morrison v. Olson* (487 US 654).

essa limitação não impede o Chefe do Poder Executivo de velar pela fiel execução das leis nem enfraquece de forma indevida sua autoridade.⁵²⁹

No Brasil, a existência de restrições à demissibilidade dos dirigentes das agências reguladoras sem justo motivo foi confirmada pelo STF, quando do julgamento da ADI nº 1.949-0/RS. Naquela assentada, o Pretório Excelso entendeu que a vedação da demissão *ad nutum* desses dirigentes não viola as competências do Chefe do Poder Executivo. Logo, esses gestores só podem ser afastados se houver uma justa causa, devidamente comprovada por meio de processo administrativo, sempre assegurada a ampla defesa e o contraditório. Excepcionalmente, o afastamento dos dirigentes das agências reguladoras pode decorrer de mudanças na lei de criação da agência em questão.

Houve, neste caso, a afirmação de que as agências reguladoras diferem das demais autarquias, uma vez que a Súmula nº 25 do STF estabelece que: *“a nomeação a termo não impede a livre demissão, pelo Presidente da República, de ocupante de cargo de dirigente de autarquia.”* Por outro lado, cabe salientar que as agências não configuram a única exceção a esse entendimento, uma vez que o próprio Supremo, por meio de sua Súmula nº 47, estabeleceu que: *“Reitor de Universidade não é livremente demissível pelo Presidente da República durante o prazo de sua investidura.”*

Também a nomeação dos dirigentes das agências reguladoras deve observar determinados requisitos, dentre os quais se destacam aqueles previstos no art. 5º da Lei nº 9.986/2000, **verbis**:

Art. 5º O Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente (CD I) e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria (CD II) serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal.

⁵²⁹ Conforme HERRERO, Mariano Magide. **Limites constitucionales de las Administraciones Independientes**. Madri: INAP, 2000. p. 170.

Nota-se a existência de dois tipos de requisitos: aqueles relacionados com a reputação ilibada dos futuros gestores dos entes reguladores e os que estão direcionados à seleção de especialistas. Afinal, consoante exposto por ZIPPELIUS⁵³⁰, “a legislação converte-se progressivamente em matéria de peritos.”

O STF já teve oportunidade de examinar a inobservância de requisitos similares, no caso àqueles aplicáveis às nomeações para Conselheiros de Tribunais de Contas (comprovada idoneidade e notório saber)⁵³¹. Naquela oportunidade, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a autoridade que nomeia não pode desconsiderar o não preenchimento desses requisitos. Por via de consequência, foi anulada a nomeação em tela.

Quanto aos limites da atuação dos entes reguladores, o STF decidiu que a intervenção estatal na economia, mediante a regulamentação e a regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica⁵³². No caso em tela, discutia-se a fixação de preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor, o que caracteriza a imposição de empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da livre iniciativa. Essa conduta gerou danos patrimoniais ao agente econômico, vale dizer, a obrigação de indenizar por parte do poder público.

Note-se que, com relativa frequência, as agências reguladoras exercitam competências discricionárias, adotando decisões com base na expertise detida por essas entidades. Ao se defrontar com questionamentos a algumas decisões discricionárias da Anatel⁵³³, o STJ assim decidiu:

ADMINISTRATIVO. TELECOMUNICAÇÕES. TELEFONIA FIXA. LEI N. 9.472/97. COBRANÇA DE TARIFA INTERURBANA. SUSPENSÃO. ÁREA LOCAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

⁵³⁰ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 499.

⁵³¹ RE nº 167.137-8/TO.

⁵³² RE nº 422.941/DF.

⁵³³ Entende-se que o raciocínio do STJ poderia ser aplicado às demais agências reguladoras de serviços públicos.

1. A regulamentação do setor de telecomunicações, nos termos da Lei n. 9.472/97 e demais disposições correlatas, visa a favorecer o aprimoramento dos serviços de telefonia, em prol do conjunto da população brasileira. Para o atingimento desse objetivo, é imprescindível que se privilegie a ação das Agências Reguladoras, pautada em regras claras e objetivas, sem o que não se cria um ambiente favorável ao desenvolvimento do setor, sobretudo em face da notória e reconhecida incapacidade do Estado em arcar com os eventuais custos inerentes ao processo.
2. A delimitação da chamada "área local" para fins de configuração do serviço local de telefonia e cobrança da tarifa respectiva leva em conta critérios de natureza predominantemente técnica, não necessariamente vinculados à divisão político-geográfica do município. Previamente estipulados, esses critérios têm o efeito de propiciar aos eventuais interessados na prestação do serviço a análise da relação custo-benefício que irá determinar as bases do contrato de concessão.
3. Ao adentrar no mérito das normas e procedimentos regulatórios que inspiraram a atual configuração das "áreas locais" estará o Poder Judiciário invadindo seara alheia na qual não deve se imiscuir.
4. Se a prestadora de serviços deixa de ser devidamente ressarcida dos custos e despesas decorrentes de sua atividade, não há, pelo menos no contexto das economias de mercado, artifício jurídico que faça com que esses serviços permaneçam sendo fornecidos com o mesmo padrão de qualidade. O desequilíbrio, uma vez instaurado, vai refletir, diretamente, na impossibilidade prática de observância do princípio expresso no art. 22, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, que obriga a concessionária, além da prestação contínua, a fornecer serviços adequados, eficientes e seguros aos usuários.

A apreciação judicial dos atos discricionários das agências adquire maior relevância em face da especialização dos reguladores, a qual, em tese, permite a edição de atos com melhor embasamento técnico. Assim sendo, conforme explicitado anteriormente nesta dissertação, os juízes não devem substituir decisões discricionárias das agências reguladoras, que sejam razoáveis e apoiadas em argumentos válidos, por outras decisões discricionárias consideradas mais adequadas pelos magistrados. Nesse sentido, a Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 1ª Região assim decidiu:⁵³⁴

“Ignorar a Lei nº 9.782/99 é jogar por terra a função da Agência Nacional de Vigilância Sanitária para regular os produtos farmacêuticos existentes no Brasil. O Poder Judiciário ao invadir tal seara estaria julgando o mérito administrativo, ou seja, atuando discricionariamente em nome da Administração Pública. Como sabido, o Poder Judiciário pode e deve examinar os atos da Administração Pública. Porém, no caso dos presentes autos, a análise da ciclosporina do laboratório Abbott como remédio genérico ou não é essencialmente do mérito administrativo. Não há nos presentes autos qualquer prova de que o registro da Ciclosporina feito pela ANVISA descumpriu o trâmite legal necessário. O impetrante quer que o

⁵³⁴ Suspensão de Segurança nº 2001.01.00.037194-6/DF.

Poder Judiciário não considere o Ciclosporina Gengraf como um remédio genérico. Curioso seria forçar os juízes a escolherem entre qual parecer é o 'mais certo', sendo que há um órgão administrativo especializado para tal análise que é a ANVISA. Mostra-se, conforme exposto acima, a grave lesão à ordem jurídica e à saúde pública, já que a liminar vigente, objeto da presente Suspensão de Segurança, invade a competência da ANVISA e decide se um remédio é ou não de certa natureza, sem o necessário conhecimento técnico.”

Não se pode olvidar, também, a relevância dos setores regulados para a vida econômica e social do país, o que enseja uma atuação cautelosa do Poder Judiciário, em especial, quando se trata da concessão de liminares ou antecipações de tutela. Afinal, nessas hipóteses, deve ter em conta o perigo na demora reverso. Esse aspecto da questão foi ressaltado pelo STJ quando do julgamento do AgRg na SLS 163 / PE, **verbis**:

“a decisão liminar pode causar lesão grave à ordem pública administrativa, na medida em que interfere na legítima atividade regulatória desempenhada pela ANS, com respaldo na discricionariedade técnica, gerando, também, instabilidade no mercado de saúde suplementar. Não se trata de ato flagrantemente ilegal e, em assim sendo, ao Judiciário não é dado adentrar no mérito das normas e procedimentos regulatórios, sob pena de estar invadindo seara alheia.”

Cabe destacar, ainda, as decisões relativas ao poder normativo das agências. O Supremo Tribunal Federal⁵³⁵ conferiu interpretação conforme a Constituição ao art. 19, IV e X, da Lei nº 9.472/1997⁵³⁶, no sentido de confirmar a competência da ANATEL para expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações nos regimes público e privado. Ficou definido que essa competência deve ser exercida em conformidade com os preceitos legais e regulamentares pertinentes.

Posteriormente, o STJ⁵³⁷ reiterou que as normas editadas pelas agências reguladoras possuem estatura infra-legal e, por via de consequência, não podem ir de encontro às leis vigentes.⁵³⁸

⁵³⁵ ADIn nº 1668.

⁵³⁶ Lei de criação da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel.

⁵³⁷ REsp nº 434.303/PR.

⁵³⁸ No caso em tela, o art. 23, I, da Lei nº 6.360/1976 prevê que estão isentos de registro os produtos cujas fórmulas estejam inscritas na Farmacopéia Brasileira, no *codex* ou nos formulários aceitos pelo Ministério da Saúde. No entanto, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por meio de sua Resolução RDC nº 23 - ANVS/MS, de 06/12/1999, previu a exigência de uma avaliação prévia desses produtos. O Poder Judiciário

Note-se que os preceitos legais observáveis são aqueles editados pelo ente da Federação que, no caso concreto sob análise, é o Poder Concedente. Afinal, consoante decidido pelo STF⁵³⁹, estados e municípios não podem editar leis que versem sobre a regulação de serviços de titularidade federal. Naquela oportunidade, o Supremo ressaltou ser indevida a interferência dos Estados nas relações jurídico-contratuais estabelecidas entre o Poder concedente federal e as empresas concessionárias, especificamente no que tange a alterações das condições estipuladas em contrato de concessão de serviços públicos, sob regime federal, mediante a edição de leis estaduais.⁵⁴⁰

Ademais, o art. 175 da Constituição Federal faz expressa menção à lei que deverá ser editada pelo ente federado que tiver a titularidade do serviço público em questão. Logo, o Estado de São Paulo invadiu a competência da União ao editar uma lei versando sobre a prestação de serviços de energia elétrica. Consequentemente, o STF julgou inconstitucional o dispositivo legal sob comento.

Aduz-se que também foi relevante para o deslinde dessa questão o fato de o procedimento disciplinado na lei estadual estar previsto na Resolução ANEEL nº 456/2000, posteriormente alterada pela Resolução ANEEL nº 614/2002. Assim sendo, não havia um vácuo normativo que pudesse legitimar a edição da lei paulista sob comento.

Posteriormente, o STF ratificou esse entendimento⁵⁴¹, tendo acrescentado que a interferência estadual no exercício das competências da agência afeta o equilíbrio que deve reinar entre os entes federados. No caso vertente, a ANEEL ingressou no Supremo contra a Lei nº 13.370/1999, editada pelo Estado de Minas Gerais, a qual veiculou regras que

anulou essa exigência, tendo em vista que um normativo editado por uma agência reguladora não pode contrariar uma lei em vigor.

⁵³⁹ ADIN nº 3.729/SP.

⁵⁴⁰ O STJ afastou a competência da Justiça Estadual para julgar lides envolvendo a competência reguladora das agências federais. Nesse sentido, quando do julgamento do CC nº 46.953/PR, aquele Tribunal decidiu que a presença da União Federal e da ANEEL nas demandas enseja a competência da Justiça Federal para julgar as ações. Aduziu que a competência cível da Justiça Federal é definida *ratione personae*, sendo, por isso, absoluta. Ademais, a Súmula 150 do STJ estabelece que "*compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas.*"

⁵⁴¹ ACO (QO) nº 593/MG.

interferiam no aproveitamento do potencial hidráulico existente em trecho do rio Jequitinhonha, localizado no Município de Itapebi (BA), pois declarou uma determinada cachoeira como sendo um patrimônio paisagístico e turístico.

O STF considerou que a Lei em tela produziu impactos relevantes sobre o equilíbrio federativo e a repartição de competências entre a União Federal e os Estados no que concerne ao aproveitamento dos potenciais hidráulicos, à realização de obras atingindo rios de curso interestadual e à proteção ambiental. Diante disso, o Pretório Excelso considerou inconstitucional o citado normativo.

Ainda em relação à competência normativa das agências reguladoras, o STJ, ao julgar o AgRe no Ag nº 701.741/SP, salientou que eventual contrariedade a dispositivos de Resolução da ANEEL não é passível de análise em sede de recurso especial, uma vez que as "Resoluções" não se encontram inseridas no conceito de lei federal, nos termos do art. 105, III, da Carta Magna.

Outra decisão relevante diz respeito à base de cálculo da "taxa de regulação", paga pelos agentes do setor regulado, que foi instituída visando garantir a autonomia financeira dos entes reguladores. No caso dos serviços públicos, a base de cálculo é a receita auferida pela concessionária. Note-se que a cobrança dessa "taxa" está prevista no contrato de concessão e representa o ressarcimento das despesas incorridas pela agência para fiscalizar o cumprimento das normas legais e das cláusulas contratuais.

Ao julgar a ADIn nº 1.948 – RS, ajuizada pela Confederação Nacional dos Transportes contra a Lei Estadual nº 11.073 do Rio Grande do Sul, que determinou a cobrança de uma taxa dos delegatários de serviços públicos, o STF se manifestou sobre essa questão. No caso vertente, o valor da taxa é fixado com base em uma tabela cujos valores crescem na razão direta do faturamento dessas empresas. O Supremo considerou que não houve ofensa ao disposto no art. 145, § 2º, da Constituição Federal, o qual veda a instituição de taxas com base

de cálculo própria de impostos, uma vez que o faturamento seria considerado como critério para incidência das taxas.

Finalmente, cumpre trazer à baila o seguinte entendimento do STJ, proferido quando do julgamento do RE nº 299.659/RJ: “*decisão tomada isoladamente pelo Diretor-Presidente de agência reguladora sem o **referendum** do órgão colegiado constitui ato nulo, por completa incompetência da autoridade signatária.*” Note-se que, caso a lei de criação da agência atribua ao Presidente dessa entidade competência para tanto, esse dirigente pode adotar decisões *ad referendum*. Contudo, obrigatoriamente, essas decisões devem ser referendadas pela Diretoria. Essa decisão reafirma uma das características básicas do modelo de agências adotado no Brasil, qual seja, a decisão colegiada.

Analisada a relação entre o Poder Judiciário e as agências reguladoras, sob o paradigma do Estado Regulador, cabe agora colacionar algumas decisões judiciais consideradas relevantes para o estudo de casos concretos de controle judicial da área-fim dos entes reguladores brasileiros. Isso será realizado, a seguir, no terceiro capítulo desta dissertação. Num segundo momento, será realizada a comparação das teses esposadas nesses julgados com as considerações teóricas até aqui expostas, visando detectar congruências e incongruências, bem como apontar possíveis causas dessas últimas.

CAPÍTULO 3 – O CONTROLE JUDICIAL DA REGULAÇÃO – UM ESTUDO DE CASO E DE TEMAS NO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO

3.1 O Setor Elétrico brasileiro

3.1.1 *Os agentes que atuam nesse setor*

Consoante exposto na introdução desta dissertação, previamente à análise das decisões judiciais, será apresentado um perfil sucinto do setor elétrico brasileiro, com o fito de facilitar a compreensão das questões que serão ventiladas nessas decisões. Afinal, os magistrados teceram considerações sobre quem detinha competência para traçar a estratégia a ser implementada neste setor, a quem competia implementar essas decisões e quais seriam os direitos e obrigações dos agentes econômicos e dos consumidores.

Será observado o arcabouço normativo do atual modelo do setor elétrico, também denominado novo ou novíssimo modelo.⁵⁴² Esse arcabouço está contido, fundamentalmente, nas Leis nº 10.847/2004⁵⁴³ e 10.848/2004⁵⁴⁴. Também são muito relevantes para o objeto desta dissertação as Leis nº 9.074/1995⁵⁴⁵ e nº 9.427/1996⁵⁴⁶.

O setor elétrico possui quatro sub-setores, quais sejam: geração, transmissão, distribuição e comercialização. A transmissão e a distribuição constituem monopólios naturais, ao contrário do que ocorre com a geração e a comercialização.

⁵⁴² Por não estar inserida no âmbito desta dissertação, não será exposta a evolução histórica do setor elétrico brasileiro. Caso haja interesse nesse tema, recomenda-se a leitura de LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **A indústria elétrica e o Código de Águas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007. SAES, Flávio Azevedo Marques de. **A grande empresa de serviços públicos na economia cafeeira**. São Paulo: Hucitec, 1986. TENDLER, Judith. **Electric power in Brazil: entrepreneurship in the public sector**. Cambridge: Harvard University Press, 1968; LIMA, José Luiz. **Estado e energia no Brasil. O setor elétrico no Brasil - das origens à criação da Eletrobrás (1890-1962)**. São Paulo: IPE/USP, 1984.

⁵⁴³ Autoriza a criação da Empresa de Pesquisa Energética – EPE e dá outras providências.

⁵⁴⁴ Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis nº 5.655/1971, nº 8.631/1993, nº 9.074/1995, nº 9.427/1996, nº 9.478/1997, nº 9.648/1998, nº 9.991/2000 e nº 10.438/2002 e dá outras providências.

⁵⁴⁵ Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências.

⁵⁴⁶ Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências.

A geração, a transmissão e a distribuição estão, precipuamente, a cargo de pessoas jurídicas ou consórcios formados por empresas que detenham concessão⁵⁴⁷, permissão ou autorização para tanto⁵⁴⁸. Excepcionalmente, na forma do art. 8º da Lei nº 9.074/1995, “*o aproveitamento de potenciais hidráulicos, iguais ou inferiores a 1.000 kW, e a implantação de usinas termelétricas de potência igual ou inferior a 5.000 kW, estão dispensadas de concessão, permissão ou autorização, devendo apenas ser comunicados ao poder concedente.*”

Existem, atualmente, 64 distribuidoras de energia elétricas, entre empresas estatais e privadas. As estatais pertencem às três esferas de governo, já as empresas privadas são propriedades de grupos nacionais ou estrangeiros. Essas concessionárias atendem a 47 milhões de unidades consumidoras, das quais 85% são consumidores residenciais, e estão presentes em mais de 99% dos municípios brasileiros.⁵⁴⁹

Quanto aos demais agentes setoriais, cabe destacar, inicialmente, o autoprodutor de energia elétrica, que é uma pessoa física ou jurídica ou um consórcio de empresas que recebe concessão ou autorização⁵⁵⁰ para produzir energia elétrica destinada ao seu uso exclusivo.

⁵⁴⁷ Por exemplo, o art. 5º, I, da Lei nº 9.074/1995 estabelece que “o aproveitamento de potenciais hidráulicos de potência superior a 1.000 kW e a implantação de usinas termelétricas de potência superior a 5.000 kW, destinados a execução de serviço público” devem ser objeto de concessão precedida de licitação.

⁵⁴⁸ Em conformidade com o disposto no art. 9º da Lei nº 9.074/1995, o Poder Concedente pode regularizar, mediante outorga de autorização, o aproveitamento hidrelétrico existente na data de publicação da citada Lei, sem editar ato autorizativo.

⁵⁴⁹ Dados disponíveis no site do Ministério das Minas e Energia: www.mme.gov.br.

⁵⁵⁰ O aproveitamento de potencial hidráulico de potência superior a 10.000 kW depende de concessão de uso de bem público, cuja outorga deve ser precedida de licitação. Já a implantação de usina termelétrica de potência superior a 5.000 kW e o aproveitamento de potencial hidráulico de potência superior a 1.000 kW e igual ou inferior a 10.000 kW dependem de autorização.

O aproveitamento de potencial hidráulico igual ou inferior a 1.000 kW e a implantação de usina termelétrica de potência igual ou inferior a 5.000 kW independem de concessão ou autorização. Contudo, devem ser comunicados à ANEEL, para fins de registro.

Já o produtor independente de energia elétrica é uma pessoa jurídica ou um consórcio de empresas que, com fulcro em concessão ou autorização do poder concedente⁵⁵¹, produz energia elétrica destinada, total ou parcialmente, ao comércio, por sua conta e risco.

De forma geral, o autoprodutor e o produtor independente poderão operar de forma integrada ao sistema ou não. A operação integrada é aquela que observa regras operativas⁵⁵² visando assegurar a otimização dos recursos eletroenergéticos existentes e futuros.

O comercializador é uma pessoa jurídica, especialmente constituída para comercializar energia elétrica, que, após comprovar capacidade jurídica, regularidade fiscal e idoneidade econômico-financeira, recebe autorização da ANEEL para comprar e vender energia⁵⁵³. De modo mais amplo, pode-se entender como comercializador de energia todo aquele que pode comercializar energia, o que inclui também os geradores e os distribuidores.

O Conselho Nacional de Política Energética - CNPE, instituído pela Lei nº 9.478/1997, é um órgão de assessoramento do Presidente da República. Compete-lhe formular políticas e diretrizes na área energética, com vistas a promover o aproveitamento racional dos recursos energéticos do País⁵⁵⁴; assegurar o suprimento de insumos energéticos; rever

⁵⁵¹ É necessária a concessão de uso de bem público, devidamente precedida de licitação, para o aproveitamento de potencial hidráulico de potência superior a 1.000 kW. Ademais, a implantação de usina termelétrica de potência superior a 5.000 kW depende de autorização. Finalmente, o aproveitamento de potencial hidráulico igual ou inferior a 1.000 kW e a implantação de usina termelétrica de potência igual ou inferior a 5.000 kW independem de concessão ou autorização. Contudo, devem ser comunicados ao órgão regulador e fiscalizador do poder concedente, para fins de registro.

⁵⁵² Os contratos de concessão e as autorizações definirão, nos casos de operação integrada ao sistema, o montante de energia anual, em MWh, e a potência, em MW, que poderão ser comercializados ou utilizados para consumo próprio e as formas pelas quais esses valores poderão ser alterados.

Já na hipótese de operação não integrada ao sistema, os contratos de concessão ou as autorizações definirão o montante de potência, em MW, associado ao empreendimento e as formas pelas quais esse valor poderá ser alterado.

⁵⁵³ A comercialização de energia elétrica observa os parâmetros estabelecidos pela Lei nº 10.848/2004, pelos Decretos nº 5.163/2004 e nº 5.177/2004 (que instituiu a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE) e pela Resolução Normativa ANEEL nº 109/2004, que instituiu a Convenção de Comercialização de Energia Elétrica.

⁵⁵⁴ Essa formulação deverá observar os seguintes princípios:

- a) preservação do interesse nacional;
- b) promoção do desenvolvimento, ampliação do mercado de trabalho e valorização dos recursos energéticos;
- c) proteção dos interesses do consumidor quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos;
- d) proteção do meio ambiente e promoção da conservação de energia;

periodicamente as matrizes energéticas aplicadas às diversas regiões do País, considerando as fontes convencionais e alternativas e as tecnologias disponíveis; estabelecer diretrizes para programas específicos; estabelecer diretrizes para a importação e a exportação; sugerir a adoção de medidas necessárias para garantir o atendimento à demanda nacional de energia elétrica.

A estrutura e o funcionamento do CNPE foram regulamentados por meio do Decreto nº 3.520/2000. Segundo dispõe esse normativo, o CNPE é composto pelos Ministros de Minas e Energia; da Ciência e Tecnologia; do Planejamento, Orçamento e Gestão; da Fazenda; do Meio Ambiente; do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; da Integração Nacional e da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, além do Ministro Chefe da Casa Civil da Presidência da República. O CNPE é composto, ainda, por um representante dos Estados e do Distrito Federal; um representante da sociedade civil especialista em matéria de energia e um representante de universidade brasileira, especialista em matéria de energia.⁵⁵⁵

O art. 175 da Constituição Federal vigente 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.*” Desse dispositivo constitucional depreende-se que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuem

e) garantia do fornecimento de derivados de petróleo em todo o território nacional, nos termos do § 2º do art. 177 da Constituição Federal;

f) incremento, em bases econômicas, da utilização do gás natural;

g) identificação das soluções mais adequadas para o suprimento de energia elétrica nas diversas regiões do País;

h) utilização de fontes alternativas de energia, mediante o aproveitamento econômico dos insumos disponíveis e das tecnologias aplicáveis;

i) promoção da livre concorrência;

j) atração de investimentos para a produção de energia;

k) ampliação da competitividade do País no mercado internacional;

l) incremento, em bases econômicas, sociais e ambientais, da participação dos biocombustíveis na matriz energética nacional.

⁵⁵⁵ Os representantes dos entes federados, da sociedade civil e da universidade serão designados pelo Presidente da República para mandatos de dois anos, renováveis por mais um período, sendo o representante dos Estados e do Distrito Federal indicado pelos respectivos Secretários de Governo a que estejam afetos os assuntos de energia e os demais pelo Ministro de Minas e Energia.

competência para conceder ou permitir a prestação dos serviços públicos que lhes são afetos. Dito de outra forma, os entes federados, nos respectivos âmbitos de atuação, constituem o denominado “Poder Concedente”.

Nesse mesmo sentido, o inciso I do art. 2º da Lei nº 8.987/1995 estabelece que *“poder concedente é a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão.”*

Assim sendo, avalia-se não existirem dúvidas quanto a quem seria o Poder Concedente no caso dos serviços públicos cuja titularidade pertença à União. Contudo, poder-se-ia, em tese, discutir quem desempenha as atribuições concernentes a esse Poder. Num primeiro momento, logo após a criação das agências reguladoras, aventou-se a hipótese de que esses entes poderiam desempenhar algumas dessas atribuições. Por via de consequência, ocorreram divergências sobre os âmbitos de competência das agências reguladoras e dos Ministérios Setoriais.

No setor elétrico, essas divergências foram eliminadas a partir da edição da Lei nº 10.848/2004, que atribuiu diversas competências ao Poder Concedente e à ANEEL. Ademais, essa norma legal explicitou que algumas atribuições, como no caso das licitações, deverão ser executadas pela agência mediante delegação do Poder Concedente e com base em plano aprovado por esse Poder.

Em conformidade com os normativos vigentes, compete ao Poder Concedente:

- a) extinguir a concessão, nos casos previstos na Lei nº 8.987/1995 e na forma prevista no respectivo contrato, ouvida previamente a ANEEL;
- b) declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis. Poderá haver delegação expressa à ANEEL;
- c) declarar de necessidade ou utilidade pública, para fins de instituição de servidão administrativa, os bens necessários à execução de serviço ou obra pública, promovendo-a diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso

em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis. Poderá haver delegação expressa à ANEEL;

d) elaborar o plano de outorgas, definir as diretrizes para os procedimentos licitatórios e promover as licitações destinadas à contratação de concessionários de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos, ouvida previamente a ANEEL. Ademais, o Poder Concedente delegará à ANEEL a operacionalização dos procedimentos licitatórios;

e) celebrar os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público e expedir atos autorizativos, ouvida previamente a ANEEL. Aduz-se que a celebração de contratos e a expedição de atos autorizativos poderão ser delegadas à ANEEL.

Várias competências do Poder Concedente, no que concerne ao setor elétrico, são exercidas pelo Ministério de Minas e Energia. Afinal, em conformidade com o disposto nos incisos II e IV do parágrafo único do art. 87 da Constituição Federal de 1988, compete ao Ministro de Estado, na sua área de atuação, expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos, bem como praticar os atos pertinentes às atribuições que lhe forem outorgadas ou delegadas pelo Presidente da República.

A Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL é uma autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, com sede e foro no Distrito Federal e prazo de duração indeterminado. Sua administração da ANEEL é colegiada, o que aliás é uma característica básica das agências reguladoras, consoante exposto anteriormente nesta dissertação.

A ANEEL tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal. Com esse desiderato, essa agência é dotada de competências executivas, normativas, sancionadoras, para dirimir conflitos e fiscalizadoras. Cumpre ressaltar, ainda, que a ANEEL conta com receitas próprias, que foram instituídas visando preservar sua autonomia financeira.

A Empresa de Pesquisa Energética – EPE, criada pela Lei nº 10.847/2004, é uma empresa pública federal, com sede e foro no Distrito Federal e escritório central no Rio de Janeiro. Sua administração é colegiada. Ela realiza estudos e pesquisas destinados a

subsidiar o planejamento do setor energético, em especial nas áreas de energia elétrica, petróleo e gás natural e seus derivados, carvão mineral, fontes energéticas renováveis e eficiência energética. Referidos subsídios são fornecidos, precipuamente, ao Conselho Nacional de Política Energética e ao Ministério de Minas e Energia.

O Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico – CMSE foi criado, por meio da Lei nº 10.848/2004, para acompanhar e avaliar permanentemente a continuidade e a segurança do suprimento eletroenergético em todo o território nacional.⁵⁵⁶ Em conformidade com o disposto no Decreto nº 5.175/2004, o CMSE é composto pelo Ministro de Estado de Minas e Energia (que o preside), por 4 representantes do MME e pelos titulares da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, da Agência Nacional do Petróleo – ANP, da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, da Empresa de Pesquisa Energética - EPE e do Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS.

O Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS, criado por meio da Lei nº 9.648/1998, é uma entidade de direito privado, sem fins lucrativos. Ele coordena e controla a geração e a transmissão de energia elétrica pelos entes que integram o Sistema Interligado Nacional - SIN, mediante autorização do Poder Concedente. A atuação do ONS é fiscalizada e regulada pela ANEEL.

⁵⁵⁶ O CMSE tem competência para:

a) acompanhar a geração, transmissão, distribuição, comercialização, importação e exportação de energia elétrica, gás natural e petróleo e seus derivados, avaliando as respectivas condições de abastecimento e de atendimento em horizontes pré-determinados;

b) realizar periodicamente análise integrada de segurança de abastecimento e atendimento ao mercado de energia elétrica, de gás natural e petróleo e seus derivados, abrangendo os seguintes parâmetros, dentre outros:

- demanda, oferta e qualidade de insumos energéticos, considerando as condições hidrológicas e as perspectivas de suprimento de gás e de outros combustíveis;

- configuração dos sistemas de produção e de oferta relativos aos setores de energia elétrica, gás e petróleo;

- configuração dos sistemas de transporte e interconexões locais, regionais e internacionais, relativamente ao sistema elétrico e à rede de gasodutos;

c) identificar dificuldades e obstáculos de caráter técnico, ambiental, comercial, institucional e outros que afetem, ou possam afetar, a regularidade e a segurança de abastecimento e atendimento à expansão dos setores de energia elétrica, gás natural e petróleo e seus derivados;

d) elaborar propostas de ajustes, soluções e recomendações de ações preventivas ou saneadoras de situações, visando manter ou restaurar a segurança no abastecimento e no atendimento eletroenergético, encaminhando-as, quando for o caso, ao Conselho Nacional de Política Energética - CNPE.

Finalmente, a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE é uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, que funciona sob a regulação e a fiscalização da ANEEL. Ela visa viabilizar a comercialização de energia elétrica no Sistema Interligado Nacional - SIN, nos termos do art. 4º da Lei nº 10.848/2004.

Após tratar de forma sucinta dos agentes que atuam no setor elétrico, cabe agora abordar alguns aspectos estruturais relevantes desse setor. Isso será feito no próximo item deste capítulo.

3.1.2 A estrutura do setor

O sistema de geração e transmissão de energia elétrica do Brasil apresenta forte predominância de usinas hidrelétricas. A geração hidrelétrica é complementada pela energia oriunda de usinas termelétricas. Essas últimas também fornecem uma garantia ao sistema, uma vez que foram projetadas, em sua maioria, para operarem nos momentos em que ocorrem picos de demanda ou eventuais déficits na geração decorrente de períodos de estiagem.

Na matriz de energia elétrica, há ainda energia produzida por termelétricas que utilizam combustível nuclear ou a partir de fontes de energia ditas “alternativas”⁵⁵⁷.

Tendo em vista que a localização das usinas hidrelétricas é definida por estudos que buscam maximizar o aproveitamento das aflúncias e dos desníveis dos rios, não é possível determinar, *a priori*, que elas se situem próximas aos locais onde será consumida a energia por elas gerada. Na prática, observa-se exatamente o contrário.

Isso gerou a necessidade de desenvolver um extenso sistema de transmissão dessa energia.⁵⁵⁸ Aduz-se que um sistema de transmissão eficiente também colabora de forma

⁵⁵⁷ São as pequenas centrais hidrelétricas – PCH, que produzem até 30 MW, usinas eólicas e usinas termelétricas que utilizam biomassa.

⁵⁵⁸ A transmissão de energia elétrica utiliza duas redes, quais sejam, a de transmissão propriamente dita e a de sub-transmissão. A primeira liga as usinas de geração às áreas de grande consumo. Apenas alguns poucos

significativa para a segurança do sistema elétrico, uma vez que permite maximizar a utilização de fontes de geração que dependem de insumos diversos, tais como, ciclo hidrológico, questões climáticas etc. Assim, por exemplo, pode-se transferir energia da Região Sul para a Região Sudeste quando as condições hidrológicas da primeira ensejarem um aumento na geração e as questões climáticas vigentes na segunda ocasionarem uma diminuição da produção de energia hídrica.

Por fim, cumpre destacar que coexistem no Brasil o Sistema Interligado Nacional - SIN e os Sistemas Isolados - SI. O SIN abrange as regiões Sul, Sudeste, Centro-Oeste, Nordeste e parte da região Norte. Já os SI abrangem uma parcela da região Norte, sendo que os mais importantes atendem às capitais daquela região, com exceção de Belém, que é interligada ao SIN.

Desde meados da década de 70, o Sistema Interligado Nacional é operado de forma coordenada visando obter ganhos a partir da interação entre os agentes, minimizar os custos globais de produção de energia elétrica, contemplar restrições internas ou externas ao setor e aumentar a confiabilidade do atendimento. Atualmente, essa atividade é exercida pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS, consoante exposto anteriormente nesta dissertação.

Expostas, de forma sucinta, algumas características consideradas relevantes para o desenvolvimento desta dissertação, passa-se a tratar diretamente das causas judiciais relacionadas com a regulação do setor elétrico que foram selecionadas.

consumidores com um alto consumo são conectados às redes de transmissão. Já a segunda recebe energia da rede de transmissão e a transporta para pequenas cidades ou consumidores industriais.

Ligadas às redes de sub-transmissão estão as redes de distribuição que atendem a consumidores residenciais, industriais de médio e pequeno porte, comerciais e de serviços.

3.2 A suspensão do fornecimento aos usuários inadimplentes

Preliminarmente, cumpre destacar que neste tópico e nos dois seguintes serão descritos um caso e dois temas considerados exemplares e relevantes para a compreensão da forma como o Poder Judiciário tem exercido o controle da regulação de serviços públicos.

Referida descrição será realizada pelo ponto de vista dos julgadores, com vistas a realçar os discursos de aplicação que foram utilizados nas diversas oportunidades.

Optou-se por concentrar a análise do caso e dos temas que serão estudados nesta dissertação no item 3.5 deste capítulo, tendo em vista a possibilidade de fazer uma análise conjunta e, dessa forma, obter uma visão mais geral da jurisprudência relativa à matéria ora sob comento.

O primeiro tema se refere à possibilidade de suspensão do fornecimento de energia a usuários inadimplentes com a distribuidora de energia elétrica. Esse tema é interessante porque revela o choque entre os direitos subjetivos dos consumidores de energia elétrica e a necessidade de preservar o equilíbrio econômico-financeira da concessão, não distribuir entre os consumidores adimplentes o ônus das perdas arcadas pela concessionária em decorrência da inadimplência nem incentivar a inadimplência.

Como será demonstrado quando da análise da jurisprudência, o teor das decisões judiciais em tela foi determinado pela supremacia de um dos pólos da equação acima expressa, supremacia essa que variou ao longo do tempo.

Em um primeiro momento, o Superior Tribunal de Justiça entendia que a concessionária de energia elétrica não poderia suspender o fornecimento dessa energia aos consumidores inadimplentes. Um exemplo desse entendimento está transcrito a seguir:⁵⁵⁹

⁵⁵⁹ No mesmo sentido ver, por exemplo, o RESP nº 223.778 - RJ - Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, cuja ementa está transcrita a seguir:

“SERVIÇO PÚBLICO - ENERGIA ELÉTRICA - CORTE NO FORNECIMENTO – ILICITUDE.

- Corte no fornecimento de água. Inadimplência do consumidor. Ilegalidade.*
1. *É ilegal a interrupção no fornecimento de energia elétrica, mesmo que inadimplente o consumidor, à vista das disposições do Código de Defesa do Consumidor que impedem seja o usuário exposto ao ridículo.*
 2. *Deve a concessionária de serviço público utilizar-se dos meios próprios para receber os pagamentos em atrasos.*
 3. *Recurso não conhecido. (RESP nº 122.812 – ES – Rel. Min. Milton Luiz Pereira)*

Cabe salientar que nem mesmo a utilização de meios ilícitos para “desviar” energia elétrica⁵⁶⁰ legitimava a suspensão de fornecimento dessa energia, consoante decidido pelo STJ quando do julgamento do ROMS nº 8.915 – MA, **verbis**:

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ENERGIA ELÉTRICA. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DE TARIFA. CORTE. IMPOSSIBILIDADE.

1. *É condenável o ato praticado pelo usuário que desvia energia elétrica, sujeitando-se até a responder penalmente.*
2. *Essa violação, contudo, não resulta em reconhecer como legítimo ato administrativo praticado pela empresa concessionária fornecedora de energia e consistente na interrupção do fornecimento da mesma.*
3. *A energia é, na atualidade, um bem essencial à população, constituindo-se serviço público indispensável subordinado ao princípio da continuidade de sua prestação, pelo que se torna impossível a sua interrupção.*
4. *Os arts. 22 e 42 do Código de Defesa do Consumidor aplicam-se às empresas concessionárias de serviço público.*
5. *O corte de energia, como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade.*
6. *Não há de se prestigiar atuação da Justiça privada no Brasil, especialmente, quando exercida por credor econômica e financeiramente mais forte, em largas proporções, do que o devedor. Afronta, se assim fosse admitido, aos princípios constitucionais da inocência presumida e da ampla defesa.*
7. *O direito do cidadão de se utilizar dos serviços públicos essenciais para a sua vida em sociedade deve ser interpretado com vistas a beneficiar a quem deles se utiliza.*
8. *Recurso improvido." (ROMS 8.915/MA - Rel. Min. José Delgado)*

I - É viável, no processo de ação indenizatória, afirmar-se, incidentemente, a ineficácia de confissão da dívida, a mingua de justa causa.

II - É defeso à concessionária de energia elétrica interromper o suprimento de força, no escopo de compelir o consumidor ao pagamento de tarifa em atraso. O exercício arbitrário das próprias razões não pode substituir a ação de cobrança."

Ver, ainda, os RESP nº 201.112 – SC e nº 223.778 – RJ.

⁵⁶⁰ O “desvio” de energia elétrica, popularmente conhecido como “gato”, é tipificado como crime pelo art. 155, § 3º, do Código Penal Brasileiro, a seguir transcrito:

"Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.

§ 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

§ 3º - Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico."

Posteriormente, esse entendimento foi radicalmente alterado, uma vez que, via de regra, passou a ser admitida a suspensão do fornecimento de energia para o usuário inadimplente. Exemplo desse novo posicionamento do STJ pode ser encontrado no RESP nº 510.478 – PB⁵⁶¹, **verbis**:

RECURSO ESPECIAL – ALÍNEA “C” – ADMINISTRATIVO – ENERGIA ELÉTRICA – CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO – ATRASO NO PAGAMENTO – SUSPENSÃO DO SERVIÇO – POSSIBILIDADE – ARTS. 6º, § 3º, DA LEI N. 8.987/95 E 17 DA LEI N. 9.427/96.

Há expressa previsão normativa no sentido da possibilidade de suspensão do fornecimento de energia elétrica ao usuário que deixa de efetuar a contraprestação ajustada, mesmo quando se tratar de consumidor que preste serviço público.

Na hipótese vertente, verifica-se que se trata de usuário do serviço público concedido que, nos termos do r. voto condutor do acórdão objurgado, “deliberadamente vem se mantendo na inadimplência”, razão bastante para a suspensão do fornecimento do bem.

Ao editar a Resolução n. 456, de 29 de novembro de 2000, a própria ANEEL, responsável pela regulamentação do setor de energético no país, contemplou a possibilidade de suspensão do fornecimento do serviço em inúmeras hipóteses, dentre as quais o atraso no pagamento de encargos e serviços vinculados ao fornecimento de energia elétrica prestados mediante autorização do consumidor, ou pela prestação do serviço público de energia elétrica (art. 91, incisos I e II).

Recebe o usuário, se admitida a impossibilidade de suspensão do serviço, reprovável estímulo à inadimplência. Não será o Judiciário, entretanto, insensível relativamente às situações peculiares em que o usuário deixar de honrar seus compromissos financeiros em razão de sua hipossuficiência, circunstância que não se amolda ao caso em exame.

Recurso especial conhecido pela letra “c”, porém não provido.”

Também foi modificado o entendimento anterior que não considerava o “desvio” de energia como uma causa hábil para a suspensão. Nesse sentido, foi julgado, entre outros, o REsp nº 631.843 – MG, cuja ementa está transcrita abaixo:

“ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA – CORTE – FALTA DE PAGAMENTO – FRAUDE – ALTERAÇÃO NO MEDIDOR – ARTS. 22 e 42 DO CDC - INTERPRETAÇÃO.

1. O não-pagamento das contas de consumo de energia elétrica pode levar ao corte no fornecimento, desde que haja inadimplência por parte do consumidor, tendo sido o mesmo avisado de que seria interrompido o

⁵⁶¹ A decisão considerada como precedente fundamental para essa mudança de entendimento foi adotada quando do julgamento do RESP nº 363.943 – MG, relatado pelo Ministro Humberto Gomes de Barros, cuja ementa possui a seguinte redação:

“ADMINISTRATIVO - ENERGIA ELÉTRICA - CORTE – FALTA DE PAGAMENTO.

É lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica, se, após aviso prévio, o consumidor de energia elétrica permanecer inadimplente no pagamento da respectiva conta (L. 8.987/95, Art. 6º, § 3º, II).”

fornecimento. Hipótese em que constatada, ainda, a fraude praticada pelo consumidor para alterar o medidor de energia.
 2. *Recurso especial improvido.*”

Aduz-se que, uma vez detectada fraude no medidor de consumo de energia elétrica ou “desvio” de energia comprovadamente praticado por usuário adimplente, poderá haver a suspensão do fornecimento de energia, consoante disposto, por exemplo, no EDCl no REsp nº 786.165 - SP. Assim sendo, a jurisprudência atual, via de regra, autoriza essa suspensão em caso de inadimplência, de fraude no medidor ou de “desvio” de energia.

Por meio de decisões reiteradas, o STJ definiu as condições que devem ser observadas pelas concessionárias de energia elétrica quando forem suspender o fornecimento aos consumidores inadimplentes. Preliminarmente, foi estabelecido que o corte deve ser obrigatoriamente precedido por um aviso emitido pela concessionária,⁵⁶² conforme previsto no art. 6º, § 3º, da Lei nº 8.987/1995⁵⁶³. O prazo de antecedência que deverá ser observado pela concessionária é de, no mínimo, 15 dias, consoante disposto no art. 91 da Resolução nº 456/2000 da ANEEL.⁵⁶⁴

⁵⁶² Nesse sentido, ver, por exemplo, o RESP 363.943 – MG.

⁵⁶³ “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.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

§ 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações;

II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.”

⁵⁶⁴ O art. 91 dessa Resolução, que estabelece, de forma atualizada e consolidada, as Condições Gerais de Fornecimento de Energia Elétrica, está assim redigido:

“Art. 91. A concessionária poderá suspender o fornecimento, após prévia comunicação formal ao consumidor, nas seguintes situações:

I - atraso no pagamento da fatura relativa a prestação do serviço público de energia elétrica;

II - atraso no pagamento de encargos e serviços vinculados ao fornecimento de energia elétrica, prestados mediante autorização do consumidor;

III - atraso no pagamento dos serviços cobráveis estabelecidos no art. 109;

IV - atraso no pagamento de prejuízos causados nas instalações da concessionária, cuja responsabilidade tenha sido imputada ao consumidor, desde que vinculados à prestação do serviço público de energia elétrica;

V - descumprimento das exigências estabelecidas nos arts. 17 e 31;

VI - o consumidor deixar de cumprir exigência estabelecida com base no disposto no parágrafo único do art. 102;

VII - quando, encerrado o prazo informado pelo consumidor para o fornecimento provisório, nos termos no art. 111, não estiver atendido o que dispõe o art. 3º, para a ligação definitiva;

Em seguida, foi analisada a possibilidade de haver a suspensão do fornecimento de energia elétrica a quem provê serviços públicos, em especial, aos entes da Federação. De início, entendeu-se que essa suspensão estava vedada pelo interesse público, conforme expresso, por exemplo, quando do julgamento do AgRg AI nº 518.937 – RS, relatado pela Ministra Denise Arruda, que possui a seguinte ementa:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUSPENSÃO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. MUNICÍPIO INADIMPLENTE. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A Primeira Seção, ao julgar o REsp 363.943/MG, firmou orientação no sentido da possibilidade de se interromper o fornecimento de energia elétrica nos casos em que o consumidor, após aviso prévio, mantém-se inadimplente (artigo 6º, § 3º, II, da Lei n. 8.987/95).

2. No caso dos autos, todavia, embora seja legalmente possível o corte de energia fornecida ao Município de Bom Jesus/RS para iluminação de ruas e logradouros públicos, em razão de sua inadimplência, tal ato se torna inviável diante do grande prejuízo que causaria à coletividade, uma vez que aumentaria a dificuldade em se manter a ordem e a segurança públicas.

3. Diante das peculiaridades do caso concreto, deve ser mantida a decisão agravada, negando-se provimento ao agravo regimental.”

Contudo, posteriormente, o STJ unificou sua jurisprudência no sentido contrário⁵⁶⁵, sendo emblemático o julgamento pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça do AgRg na SLS nº 12 – CE, quando se decidiu que:⁵⁶⁶

“SUSPENSÃO DE LIMINAR. AGRAVO INTERNO. MUNICÍPIO DE PACAJUS/CE. COELCE. INTERRUPÇÃO NO FORNECIMENTO DE ENERGIA POR INADIMPLÊNCIA DO MUNICÍPIO. RISCO DE LESÃO À ECONOMIA E AO INTERESSE PÚBLICOS.

VIII - impedimento ao acesso de empregados e prepostos da concessionária para fins de leitura e inspeções necessárias.

§ 1º A comunicação deverá ser por escrito, específica e de acordo com a antecedência mínima a seguir fixada:

a) 15 (quinze) dias para os casos previstos nos incisos I, II, III, IV e V;

b) 30 (trinta) dias para os casos previstos no inciso VI; e

c) 3 (três) dias para os casos previstos nos incisos VII e VIII.”

⁵⁶⁵ A suspensão do fornecimento de energia elétrica a quem preste serviços públicos está expressamente prevista no art. 17 da Lei nº 9.427/1996, **verbis**:

“Art. 17. A suspensão, por falta de pagamento, do fornecimento de energia elétrica a consumidor que preste serviço público ou essencial à população e cuja atividade sofra prejuízo será comunicada com antecedência de quinze dias ao Poder Público local ou ao Poder Executivo Estadual.

§ 1º O Poder Público que receber a comunicação adotará as providências administrativas para preservar a população dos efeitos da suspensão do fornecimento de energia elétrica, inclusive dando publicidade à contingência, sem prejuízo das ações de responsabilização pela falta de pagamento que motivou a medida.” (Redação dada pela Lei nº 10.438, de 2002)

⁵⁶⁶ Nesse mesmo sentido, ver os RESP nº 628.833 – RS e nº 460.271 - SP.

1. *Posição firmada pelas Primeira e Segunda Turmas, no sentido da possibilidade de interrupção do fornecimento de energia elétrica a ente público em razão do não pagamento da tarifa, inclusive para os serviços essenciais, consoante autoriza a Lei 9.427/96, art. 17.*
2. *O contrato de concessão firmado entre a COELCE e a União não prevê o fornecimento gratuito de energia a quem quer que seja. Prevê, sim, a obrigação da COELCE fornecer regular, adequada e eficientemente energia elétrica, obtendo em contra-partida dos usuários, públicos e privados, o valor da tarifa, necessário à manutenção do sistema elétrico e ao financiamento de novos investimentos.*
3. *A mora de parte dos usuários se reverterá na baixa qualidade dos serviços prestados ou no aumento da tarifa, prejudicando num caso ou no outro, o usuário adimplente e pontual.*
4. *Risco de lesão à economia pública advinda da necessidade de as futuras administrações do Município honrarem os compromissos financeiros que não dizem respeito às suas gestões, e para os quais, no tempo devido, foram alocadas as devidas rubricas orçamentárias, não utilizadas tempestivamente para os fins a que se destinavam.*
5. *Banalização por parte de municípios cearenses no uso da via judicial com vistas a obterem liminares que impeçam a COELCE a proceder ao corte de energia, independentemente do pagamento dos débitos, a configurar o efeito multiplicador.*
6. *Agravo Regimental não provido.”*

Entretanto, também foi assentado pelo STJ que o corte não poderia atingir aquelas atividades consideradas imprescindíveis, o que fica claro no RESP nº 588.763 – MG,⁵⁶⁷ **verbis**:

“ADMINISTRATIVO - FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA - FALTA DE PAGAMENTO - CORTE - MUNICÍPIO COMO CONSUMIDOR.

1. *A Primeira Seção já formulou entendimento uniforme, no sentido de que o não pagamento das contas de consumo de energia elétrica pode levar ao corte no fornecimento.*
2. *Quando o consumidor é pessoa jurídica de direito público, a mesma regra deve lhe ser estendida, com a preservação apenas das unidades públicas cuja paralisação é inadmissível.*
3. *Legalidade do corte para as praças, ruas, ginásios de esporte, repartições públicas, etc.*
4. *Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido parcialmente.”*

Cabe salientar que a concessionária deve demonstrar cabalmente os valores devidos e as respectivas origens, sob pena de a suspensão no fornecimento de energia caracterizar abuso de poder.⁵⁶⁸ Nesse sentido, por exemplo, foi prolatado o Acórdão versando

⁵⁶⁷ Ver também os RESP nº 721.119 – RS e nº 791.713 – RN.

⁵⁶⁸ O art. 93 da acima citada Resolução ANEEL nº 456/2000 dispõe que:

sobre o AgRg no REsp nº 697.447 – CE (Relator Ministro Luiz Fux). Da mesma forma, não é lícita essa suspensão quando o pretense inadimplemento estiver sendo discutido no âmbito do Poder Judiciário.⁵⁶⁹

Ademais, a suspensão do fornecimento de energia não pode ser utilizada para obter o pagamento de dívidas antigas não pagas ou de débitos decorrentes de faturamentos não realizados de forma tempestiva. Assim sendo, essa suspensão só é lícita quando se tratar de conta regular, relativa ao mês do consumo. Tal questão foi abordada quando do julgamento do RESP nº 756.591 – DF, quando foi decidido que:⁵⁷⁰

“ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CORTE NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. IMPOSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO. HIPÓTESE DE EXIGÊNCIA DE DÉBITO PRETÉRITO. AUSÊNCIA DE INADIMPLEMENTO. CONSTRANGIMENTO E AMEAÇA AO CONSUMIDOR. CDC, ART. 42.

1. A Primeira Turma, no julgamento do REsp nº 772.489/RS, bem como no AgRg no AG 633.173/RS, assentou o entendimento de que não é lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica por diferença de tarifa, a título de recuperação de consumo de meses, em face da essencialidade do serviço, posto bem indispensável à vida.

2. É que resta cediço que a "suspensão no fornecimento de energia elétrica somente é permitida quando se tratar de inadimplemento de conta regular, relativa ao mês do consumo, restando incabível tal conduta quando for relativa a débitos antigos não-pagos, em que há os meios ordinários de cobrança, sob pena de infringência ao disposto no art. 42 do Código de Defesa do Consumidor. Precedente: AgRg no Ag nº 633.173/RS, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 02/05/05." (REsp 772.486/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 06.03.2006).

3. Concernente a débitos antigos não-pagos, há à concessionária os meios ordinários de cobrança, sob pena de infringência ao disposto no art. 42, do Código de Defesa do Consumir.

4. In casu, o litígio não gravita em torno de inadimplência do usuário no pagamento da conta de energia elétrica (Lei 8.987/95, art. 6.º, § 3.º, II), em que cabível a interrupção da prestação do serviço, por isso que não há cogitar suspensão do fornecimento de energia elétrica pelo inadimplemento.

5. Recurso especial improvido.”

Finalmente, cumpre ressaltar que o Poder Judiciário tem vedado a suspensão do fornecimento de energia para um usuário inadimplente quando essa suspensão pode

“Art. 93. Ao efetuar a suspensão do fornecimento a concessionária deverá entregar, na unidade consumidora, aviso discriminando o motivo gerador e, quando pertinente, informações referentes a cada uma das faturas que caracterizam a inadimplência.”

⁵⁶⁹ Conforme estabelecido no RESP nº 834.954 – MG.

⁵⁷⁰ Nesse mesmo sentido, ver RESP nº 821.991 – SP.

colocar em risco a vida ou a integridade física desse usuário ou de alguém que resida com ele.⁵⁷¹

3.3 O caso do “apagão” – A Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 9

O caso considerado relevante foi o do chamado “apagão”, que consistiu no racionamento de energia elétrica implementado no início da década de 2000. Nesse caso, não havia nenhum tipo de culpa do consumidor, como ocorria no tema da inadimplência. Assim, houve uma restrição ao exercício dos direitos do consumidor sem que ele houvesse dado causa a essas restrições. Isso gerou debates na doutrina e na opinião pública, pois o racionamento era visto como um ônus imputado a quem não tinha responsabilidade pela ocorrência dele.

Além disso, foram discutidos os limites do racionamento, pois, em determinados casos, estavam em jogo direitos fundamentais, como os direitos à vida e à integridade física. Nesses casos, firmou-se a jurisprudência no sentido de que casos especiais, marcados por necessidades extraordinárias dos usuários, merecem um tratamento

⁵⁷¹ Esse entendimento foi acolhido, por exemplo, pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, quando do julgamento do AI nº 70013190087, cuja ementa possui o seguinte teor:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. SAÚDE. TUTELA DE INTERESSES DE MENOR. ECA. ENERGIA ELÉTRICA. CONTINUIDADE NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DIGNIDADE DA PESSOA. COMPETÊNCIA DAS CÂMARAS DO 4º GRUPO CÍVEL.

Competência. Versando a matéria sobre fornecimento de energia elétrica para fins de manutenção de tratamento de saúde de menor, a competência para conhecer e julgar o recurso é de uma das Câmaras integrantes do 4º Grupo Cível. PRELIMINAR DE COMPETÊNCIA REJEITADA, POR MAIORIA, VENCIDO O DES.-PRESIDENTE.

Tratamento de saúde e continuidade do fornecimento de energia elétrica no caso concreto. O agravado é criança com 04 (quatro) anos de idade. É portador de Bronquiolite Obliterante (CID 10 J68.4) O tratamento da doença envolve o uso de oxigenioterapia domiciliar. A mãe do autor é pobre e não tem condições de arcar com os custos da energia elétrica do uso do aparelho. Tutela antecipada Estão presentes os requisitos para concessão da tutela antecipada, sobretudo quando o corte da energia pode acarretar risco de morte à criança. Toda a situação fática, devidamente demonstrada por documentos, revela a prova inequívoca das alegações da doença, do tratamento necessário e da pobreza. E mais. A mãe do agravado requereu extrajudicialmente à agravante a instalação de medidor em separado para o aparelho de oxigênio, o que evidencia o interesse e preocupação em atender à saúde do filho e o compromisso com a concessionária-agravante. Contudo, a própria agravante traz o ofício em que responde à solicitação do agravado, simplesmente negando a instalação requerida em razão de Resolução da ANEEL. Nesse contexto a manutenção na prestação dos serviços pela concessionária é medida que se impõe necessária. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO. UNÂNIME.”

diferenciado. Nessas hipóteses excepcionais, os consumidores gozam de uma proteção conferida pelo Poder Judiciário.

A década de 1990 e o início da década de 2000 foram marcadas por um sensível déficit de investimentos no setor elétrico. O crescimento da capacidade de geração instalada foi de apenas 2% a.a. contra um crescimento histórico da demanda em torno de 6% a.a. Nos segmentos de distribuição e transmissão também houve redução dos investimentos. Os efeitos negativos desta fase se manifestaram de forma grave anos mais tarde, após a privatização das empresas do setor elétrico, quando o Estado deixou de ser o grande promotor de investimentos nesse setor e passou de empreendedor a regulador. Nesse contexto, o Estado pressupôs que o próprio mercado seria capaz de equacionar o crescimento da demanda de energia elétrica.

Ocorre que o Estado não logrou atrair os investimentos privados em geração de energia elétrica no montante necessário para atender à crescente demanda.⁵⁷² Conseqüentemente, em 2001, iniciou-se uma crise nacional no abastecimento de energia elétrica, a qual ocasionou um racionamento do fornecimento de energia elétrica comumente denominado “apagão”.⁵⁷³

O apagão foi ocasionado por diversos fatores, dentre os quais merecem destaque os sucessivos atrasos de obras, a pouca expansão da geração e uma rede de

⁵⁷² Para uma análise dos problemas apresentados pelo setor elétrico nesse período, ver, entre outros, CASTRO, Nivalde José de; FERNANDEZ, Paulo Cesar. **A Reestruturação do setor elétrico brasileiro: passado recente, presente e tendências futuras**. Seminário Nacional de Produção e Transmissão de Energia Elétrica, Rio de Janeiro: Furnas, 2006.

⁵⁷³ O impacto do apagão sobre a economia nacional foi muito negativo, tendo sido uma das causas da queda de 3% verificada na evolução do PIB quando se compara os anos de 2000 e 2001. Nesse sentido, ver IBGE. **Dados Consolidados 2002**. Disponível em http://www.ibge.gov.br/home/#sub_indicadores.

transmissão inadequada⁵⁷⁴. O baixo índice pluviométrico então observado apenas antecipou um problema que ocorreria cedo ou tarde.⁵⁷⁵

Note-se que o apagão ocorrido no Brasil não foi o primeiro a ser observado no mundo. Consoante exposto anteriormente nesta dissertação, por exemplo, o Estado da Califórnia nos Estados Unidos da América, por razões diversas daquelas observadas em nosso país, também enfrentou um problema semelhante em meados da década de 1990.⁵⁷⁶

Com o intuito de fazer face à escassez de energia elétrica, o Poder Executivo editou a Medida Provisória nº 2.152-2, de 1º/06/2001, que criou e instalou a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica do Conselho de Governo e estabeleceu diretrizes para programas de enfrentamento da crise de energia elétrica⁵⁷⁷ e deu outras providências.

Por meio dessa norma, foi instituída uma tarifa especial ou sobretarifa, a ser aplicada quando houvesse um consumo de energia elétrica superior às metas estabelecidas pela Medida Provisória em exame. A receita proveniente dessa tarifa seria utilizada para custear despesas adicionais decorrentes da implementação de um plano de racionamento. Adicionalmente, seria pago um prêmio, na forma de um bônus, aos consumidores cujo consumo de energia elétrica fosse inferior às citadas metas.

Outro dispositivo relevante da mencionada Medida Provisória era aquele que previa a suspensão do fornecimento de energia elétrica aos usuários cujo consumo suplantasse as metas fixadas no normativo em questão.

A cobrança da tarifa especial e a suspensão do fornecimento de energia elétrica foram questionadas em juízo, tendo havido a prolação de decisões judiciais contrárias

⁵⁷⁴ A relevância de dispor de linhas de transmissão adequadas fica ainda mais patente quando se considera que o Brasil, devido a suas dimensões continentais, possui regimes hidrológicos diversos no Sul e no Norte do país. No caso específico do apagão, havia sobra de energia no Sul que não podia ser transmitida para as demais regiões, em especial para o Nordeste.

⁵⁷⁵ Por exemplo, segundo o ONS, nos primeiros meses de 2001, verificou-se que a vazão dos rios no Estado de Minas Gerais atingiu valores mínimos históricos. Ressalte-se que esses rios são responsáveis por uma parcela extremamente significativa do potencial hidráulico brasileiro. *Hidrologia*. Disponível em <http://www.ons.org.br/download/operacao/hidrologia/VAZ3105anexo.pdf>

⁵⁷⁶ Para maiores detalhes, ver nota de rodapé 230.

⁵⁷⁷ Foi instituído o “Programa Emergencial de Redução de Consumo de Energia Elétrica”.

a sua implementação.⁵⁷⁸ Diante disso, o Presidente da República propôs junto ao STF a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 9, que versou sobre os artigos 14 a 18 da referida Medida Provisória, os quais previam a cobrança e a suspensão sob comento.

Naquela oportunidade, após ressaltar a existência de controvérsia judicial relevante sobre a constitucionalidade desses artigos, foi solicitada a concessão de medida liminar com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante até o julgamento definitivo da ação para:

“(a) sustar a prolação de qualquer decisão, cautelar, liminar ou de mérito e a concessão de tutelas antecipadas, que impeça ou afaste a eficácia dos arts. 14, 15, 16, 17 e 18 da Medida Provisória nº 2.152-2, de 1º de junho de 2001; (b) suspender, com eficácia ex tunc, os efeitos de quaisquer decisões, cautelares, liminares ou de mérito e a concessão de tutelas antecipadas, que tenham afastado a aplicação dos preceitos da citada Medida Provisória”.

Para facilitar o entendimento da matéria, transcreve-se a seguir os artigos acima citados:

“Art. 14. Os consumidores residenciais deverão observar meta de consumo de energia elétrica correspondente a:

I - cem por cento da média do consumo mensal verificado nos meses de maio, junho e julho de 2000, para aqueles cuja média de consumo mensal seja inferior ou igual a 100 kWh ; e

II - oitenta por cento da média do consumo mensal verificado nos meses de maio, junho e julho de 2000, para aqueles cuja média de consumo mensal seja superior a 100 kWh, garantida, em qualquer caso, a meta mensal mínima de 100 kWh.

§ 1º Na impossibilidade de caracterizar-se a efetiva média do consumo mensal referida neste artigo, fica a concessionária autorizada a utilizar qualquer período dentro dos últimos doze meses, observando, sempre que possível, uma média de até três meses.

§ 2º Os consumidores que descumprirem a respectiva meta mensal fixada na forma do caput ficarão sujeitos a suspensão do fornecimento de energia elétrica.

§ 3º O disposto no § 2º não se aplica aos consumidores que, no mesmo período, apresentarem consumo mensal inferior ou igual a 100 kWh.

§ 4º A suspensão de fornecimento de energia elétrica a que se refere o § 2º observará as seguintes regras:

I - a meta fixada na forma de Resolução da GCE será observada a partir da leitura do consumo realizada em junho de 2001;

II - será o consumidor advertido, por escrito, quando da primeira inobservância da meta fixada na forma do caput;

III - reiterada a inobservância da meta, far-se-á, após quarenta e oito horas da entrega da conta que caracterizar o descumprimento da meta e contiver

⁵⁷⁸ Segundo a Advocacia-Geral da União, até a apresentação da ADC nº 9, haviam sido propostas 127 (cento e vinte) ações judiciais, 28 (vinte e oito) liminares haviam sido concedidas e 9 (nove) liminares haviam sido indeferidas. Só no estado de São Paulo estavam em andamento mais de 70 (setenta) ações. (fl. 7 da petição inicial da ADC nº 9)

o aviso respectivo, a suspensão do fornecimento de energia elétrica, que terá a duração:

- a) máxima de três dias, quando da primeira suspensão do fornecimento; e
- b) mínima de quatro dias a máxima de seis dias, nas suspensões subsequentes.

§ 5º A GCE poderá estabelecer prazo e procedimentos diversos dos previstos nos §§ 1º, 2º e 4º deste artigo.

Art. 15 - Aplicam-se aos consumidores residenciais, a partir de 04 de junho de 2001, as seguintes tarifas:

I - para a parcela do consumo mensal inferior ou igual a 200 kWh, a tarifa estabelecida em Resolução da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL;

II - para a parcela do consumo mensal superior a 200 kWh e inferior ou igual a 500 kWh, a tarifa estabelecida em Resolução da ANEEL acrescida de cinquenta por cento do respectivo valor;

III - para a parcela do consumo mensal superior a 500 kWh, a tarifa estabelecida em Resolução da ANEEL acrescida de duzentos por cento do respectivo valor.

§ 1º Aos consumidores residenciais cujo consumo mensal seja inferior à respectiva meta conceder-se-á bônus individual (Bn) calculado da seguinte forma:

I - para o consumo mensal igual ou inferior a 100 kWh, $Bn = 2 (Tn - Tc)$, onde :

a) Tn corresponde ao valor, calculado sobre a tarifa normal, da respectiva meta de consumo, excluídos impostos, taxas e outros ônus ou cobranças incluídas na conta; e

b) Tc corresponde ao valor tarifado do efetivo consumo do beneficiário, excluídos impostos, taxas e outros ônus ou cobranças incluídas na conta;

II - para o consumo mensal superior a 100 kWh, Bn será igual ao menor valor entre aquele determinado pela alínea "c" deste inciso e o produto de CR por V , sendo:

a) $CR = s/S$, onde s é a diferença entre a meta fixada na forma do art. 14 e o efetivo consumo mensal do beneficiário e S é o valor agregado destas diferenças para todos os beneficiários;

b) V é igual à soma dos valores faturados em decorrência da aplicação dos percentuais de que tratam os incisos II e III do caput deste artigo e destinados ao pagamento de bônus, deduzidos os recursos destinados a pagar os bônus dos consumidores de que trata o inciso I deste parágrafo;

c) o valor máximo do bônus por kWh inferior ou igual à metade do valor do bônus por kWh recebido pelos consumidores de que trata o inciso I deste parágrafo.

§ 2º O valor do bônus calculado na forma do § 1º não excederá ao da respectiva conta mensal do beneficiário.

§ 3º A GCE poderá alterar as tarifas, os níveis e limites de consumo e a forma do cálculo do bônus de que trata este artigo.

§ 4º Os percentuais de aumento das tarifas a que se referem os incisos II e III do caput não se aplicarão aos consumidores que observarem as respectivas metas de consumo definidas na forma do art. 14.

§ 5º Caberá às concessionárias distribuidoras, segundo diretrizes a serem estabelecidas pela GCE, decidir sobre os casos de consumidores residenciais sujeitos a situações excepcionais.

Art. 16 - Os consumidores comerciais, industriais, do setor de serviços e outras atividades enquadrados no grupo B constante do inciso XXIII do art. 2º da Resolução ANEEL nº 456, de 2000, deverão observar meta de

consumo de energia elétrica correspondente a oitenta por cento da média do consumo mensal verificado nos meses de maio, junho e julho de 2000.

§ 1º Caso o consumo mensal seja inferior à meta fixada na forma do caput, o saldo em kWh, a critério do consumidor, será acumulado para eventual uso futuro ou a distribuidora poderá adquirir a parcela inferior à meta, através de mecanismo de leilões na forma a ser regulamentada pela GCE.

§ 2º Caso o consumo mensal seja superior à meta fixada na forma do caput, a parcela do consumo mensal excedente será adquirida junto às concessionárias distribuidoras ao preço praticado no MAE ou compensada com eventual saldo acumulado na forma do § 1º.

§ 3º Os consumidores que descumprirem a respectiva meta fixada na forma do caput ficarão sujeitos a suspensão do fornecimento de energia elétrica, caso inviabilizada a compensação prevista no § 2º.

§ 4º A suspensão de fornecimento de energia elétrica a que se refere o § 3º terá como critério de aplicação um dia para cada três por cento de ultrapassagem da meta.

§ 5º A GCE poderá alterar os critérios e parâmetros fixados neste artigo em razão de eventual modificação da situação hidrológica ou de outras circunstâncias relevantes.

Art. 17. Os consumidores comerciais, industriais e do setor de serviços e outras atividades enquadrados no grupo A constante do inciso XXII do art. 2º da Resolução ANEEL nº 456, de 2000, deverão observar metas de consumo de energia elétrica correspondentes a percentuais compreendidos entre setenta e cinco e oitenta e cinco por cento da média do consumo mensal verificado nos meses de maio, junho e julho de 2000, na forma estabelecida pela GCE, que disporá inclusive sobre as hipóteses de regime especial de tarifação e de suspensão e interrupção do fornecimento de energia elétrica decorrentes do descumprimento das respectivas metas.

Art. 18. Os consumidores rurais deverão observar meta de consumo de energia elétrica correspondente a noventa por cento da média do consumo mensal verificado nos meses de maio, junho e julho de 2000.

§ 1º Os consumidores que descumprirem a respectiva meta fixada na forma do caput ficarão sujeitos a suspensão do fornecimento de energia elétrica.

§ 2º À suspensão de fornecimento de energia elétrica a que se refere o § 1º será aplicado o critério de um dia para cada seis por cento de ultrapassagem da meta.”

O Supremo Tribunal Federal, preliminarmente e por unanimidade admitiu a Ação Declaratória de Constitucionalidade em tela, tendo sido comprovada a existência dos pressupostos de conhecimento e afastada a invocação de ofensa ao art. 62 da Constituição Federal, o qual estabelece as hipóteses de adoção de medidas provisórias.

Ademais, o STF, por maioria de votos, deferiu a cautelar para suspender, com eficácia *ex tunc* e efeito vinculante, até final julgamento da ação, a prolação de qualquer decisão que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade dos

citados artigos 14 a 18 da Medida Provisória nº 2.152 - 2, de 1º/06/2001, tendo sido vencidos os Ministros Néri da Silveira e Marco Aurélio, que indeferiam a cautelar.

No que concerne ao mérito da ADC nº 9, o STF, por maioria de votos, vencidos os Ministros Néri da Silveira e Marco Aurélio, julgou procedente o pedido formulado na inicial e declarou a constitucionalidade dos artigos 14 a 18 da Medida Provisória nº 2.152-2, de 1º/06/2001.

Visando fundamentar a decisão do Pretório Excelso, a Ministra Ellen Gracie, relatora do Acórdão proferido pelo STF, ressaltou que o valor arrecadado como tarifa especial ou sobretarifa custearia despesas adicionais, decorrentes da implementação do plano de racionamento e beneficiaria os consumidores mais poupadores. Aduziu que este acréscimo não descaracteriza a tarifa como tal, por se tratar de um mecanismo que permite a continuidade da prestação do serviço, por meio da captação de recursos cujos destinatários são os fornecedores do serviço.

Foi ressaltado, ainda, que a implementação, em momento de escassez da oferta de serviço, de política tarifária, por meio de regras com força de lei, encontra espeque no artigo 175, III, da Constituição Federal.⁵⁷⁹

Adicionalmente, a Ministra asseverou terem sido atendidos os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, em vista da preocupação com os direitos dos consumidores em geral, na adoção de medidas que permitiam que todos continuassem a utilizar, moderadamente, uma energia que se apresentava incontestavelmente escassa.

O STF teria reconhecido, ainda, a necessidade de imposição de medidas como a suspensão do fornecimento de energia elétrica aos consumidores que se mostrassem

⁵⁷⁹ “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:

(...)

III - política tarifária;”

insensíveis à necessidade do exercício da solidariedade social mínima, assegurada a notificação prévia (art. 14, § 4º, II) e a apreciação de casos excepcionais (art. 15, § 5º).

Finalizando esse tópico, cabe destacar que uma parcela significativa da sociedade civil e da mídia criticou essa decisão judicial, uma vez que o Supremo não teria considerado a existência de alternativas menos gravosas para os consumidores de energia elétrica. Como se verá no item 3.5 desta dissertação, avalia-se que essas críticas também decorreram de falhas no discurso de aplicação utilizado pelo STF, que não foi capaz de demonstrar que havia sido proferida a decisão correta para o caso concreto sob exame.

3.4 A revisão judicial das tarifas

Por fim, conferiu-se destaque à questão da revisão judicial das tarifas de energia elétrica, por ser um ponto considerado sensível para o sucesso ou o fracasso do modelo de delegação de serviços públicos implantado no Brasil.

Afinal, a disposição dos investidores para aplicar grandes volumes de capital em projetos de longa maturação, como são os do setor elétrico, exigem estabilidade do marco regulatório. Logo, em um primeira análise, a introdução de mais um agente na conformação e manutenção desse marco pode ameaçar o fluxo de investimentos no setor elétrico, caso seja considerada como um elemento perturbador.

Por outro lado, a modicidade tarifária é um dos requisitos mais importantes da boa regulação econômica, uma vez que contribui para conferir concretude ao direito do consumidor a um serviço adequado. Logo, sua preservação deve ser uma das preocupações de todos os agentes relevantes, inclusive dos magistrados.

A busca pelo equilíbrio entre a preservação das regras do jogo regulatório e a defesa dos direitos do consumidor de energia elétrica marca as decisões judiciais relativas à revisão das tarifas fixadas para o setor.

A revisão judicial das tarifas do setor elétrico é uma questão controvertida. Na prática, observa-se que os juízes de primeiro grau e, eventualmente, os Tribunais têm determinado a alteração dos índices fixados pela ANEEL. Contudo, via de regra, o Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado no sentido de preservar a competência da agência reguladora, o que implica afastar a revisão judicial em tela.

Exemplo elucidativo desse entendimento prevalecente no STJ ocorreu quando do julgamento da Suspensão de Liminar e de Sentença nº 162 – PE.

O Ministério Público Federal e o Ministério Público do Estado de Pernambuco ajuizaram, contra a CELPE – Companhia Energética de Pernambuco, a ANEEL e a Termopernambuco S/A, ação civil pública pretendendo a declaração de nulidade:

- a) do reajuste de tarifa autorizado pela ANEEL por meio da Resolução Homologatória nº 112/2005;*
- b) do Despacho ANEEL nº 892, de 08/11/2004, que autorizou a Revisão Tarifária Extraordinária mencionada no item 255/258 da Nota Técnica nº 106/2005 SER/ANEEL;*
- c) de todos os atos normativos ou homologatórios emanados da ANEEL que influenciaram nessa revisão tarifária.*

O pedido de antecipação da tutela foi deferido pelo Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco, para suspender os efeitos da Resolução Homologatória nº 112/2005 e do Despacho ANEEL nº 892/2004, até a fixação de novos valores para as tarifas. Foi determinada, ainda, a fixação provisória pela ANEEL de novos percentuais para as tarifas de energia elétrica fornecida pela CELPE e a desconsideração dos valores decorrentes da Resolução nº 112/2005. Finalmente, foi determinado que a CELPE substituísse as faturas já expedidas com o aumento impugnado.

Contra essa decisão, a ANEEL formulou Pedido de Suspensão de Liminar, que foi negado pelo Presidente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, o que ensejou a apresentação de agravo regimental, o qual não foi provido pelo pleno daquele TRF. Assim sendo, foi mantida a liminar concedida pelo juiz da causa.

Nesse quadro, com base nas Leis nº 8.437/1992 e nº 9.494/1997, a ANEEL pleiteou, junto ao STJ, a suspensão da tutela antecipadamente concedida, para evitar lesões ao interesse público, à ordem administrativa e à economia pública. Para tanto, a agência reguladora asseverou que:

- a) o ato impugnado pelos autores da ação civil pública estaria em conformidade com o ordenamento jurídico;*
- b) a manutenção da liminar ofenderia o legal exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas, podendo resultar impedimento à normal execução do serviço público, conforme previsto no processo de desestatização e na Lei nº 8.987/1995, que dispôs sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos e atribuiu ao Poder concedente a incumbência de “homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato”;*
- c) a Lei nº 9.427/1996, que disciplinou o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e instituiu a ANEEL, atribuiu à agência reguladora competência para regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica. Ademais, o art. 15 dessa Lei estabeleceu a forma de remuneração da prestação do serviço;*
- d) além disso, o Decreto nº 2.335/1997 “regulamenta a competência da ANEEL para atuar, na forma da lei e do contrato, nos processos de definição e controle de preços e tarifas, homologando seus valores iniciais, reajustes e revisões, e criando mecanismos de acompanhamento de preços”;*
- e) a composição das tarifas corresponde a um dos elementos que, de forma conjunta, constituem a política do Governo Federal para o setor energético brasileiro, prevista em leis emanadas do Congresso Nacional e nos contratos de concessão. Política essa que não legitima a atuação do Judiciário “para impedir a efetivação desta opção em vista da ‘cláusula pétrea constitucional’ de independência e harmonia entre os Poderes”.*

A ANEEL acrescentou que a manutenção da liminar sob exame causaria uma lesão à ordem administrativa, pois o Poder Judiciário estaria ditando nova política para o setor elétrico em prejuízo da competência conferida legalmente à agência reguladora. Além disso, essa decisão poderia gerar sérios prejuízos à política estabelecida por quem de direito.

Por fim, a ANEEL alegou que haveria lesão à economia pública e o risco de sério comprometimento do setor elétrico, tendo em vista o desestímulo para a realização de novos e vultosos investimentos no setor elétrico, que decorreria da inobservância dos contratos celebrados e da fixação de tarifas inferiores aos que foram pactuados.

Instado a se manifestar o Ministério Público Federal pugnou pelo indeferimento da suspensão, tendo argumentado que na ação civil pública não se questionou a

competência da ANEEL para homologar e proceder aos reajustes tarifários, mas, apenas, a legalidade dos índices de reajustes e os seus componentes de cálculo.

O *Parquet* sustentou a possibilidade de revisão, pelo Judiciário, dos atos administrativos, destacando que a competência atribuída à ANEEL não lhe permitia agir sem que haja fiscalização sobre a legalidade e razoabilidade de seus atos.

Esclareceu, ainda, que a decisão impugnada não vedou o reajuste das tarifas, mas apenas determinou *“que a revisão observasse o custo da energia disponível no mercado, considerando o valor de 57,51/MWh, afastando, desta forma, o valor de R\$ 137,85/MWh referente ao custo da energia elétrica fornecida pela Termopernambuco”*.

Por fim, o Ministério Público afirmou que *“a ANEEL não demonstrou concretamente que os valores oriundos da decisão impugnada geram prejuízos reais, pelo que não se faz presente qualquer prejuízo à ordem administrativa”*. Aduziu que não se pode cogitar de lesão grave à ordem econômica por quebra do equilíbrio financeiro do contrato, porque a concessionária continuava a obter lucros. Os valores das tarifas então discutidos nos presentes autos teriam sido fixados pela ANEEL, observando-se exclusivamente o interesse público secundário, isto é, o interesse da administração em apoiar o investimento do setor privado na ampliação e manutenção dos estoques de energia elétrica. Assim, teria sido desconsiderado o interesse primário dos consumidores do Estado de Pernambuco.

O índice de revisão tarifária autorizado pela ANEEL teria sido inflado pelo contrato de fornecimento de energia firmado entre a CELPE e a Termopernambuco, empresas pertencentes a um mesmo grupo empresarial, a Neoenergia. Como resultado, foi obtido um valor do KWH equivalente a quase três vezes o valor médio da energia disponível no mercado, o que viola diversos dispositivos legais e propicia um ganho real em favor da concessionária da ordem de 30%.

Finalizando, o Ministério Público destacou que o consumidor é a parte mais fraca na relação e sustentou que havia perigo inverso causado pelo reajuste imediato das tarifas, porque o Estado de Pernambuco teria sua economia seriamente prejudicada, na medida em que as empresas teriam suas despesas aumentadas e o lucro diminuído. Isso comprometeria a demanda, aumentaria o desemprego e a inflação.

A suspensão requerida foi deferida pelo então Presidente do STJ, Ministro Edson Vidigal, para quem o descumprimento de cláusulas contratuais que impede a correção do valor real da tarifa, nos termos previstos no contrato de concessão, causa prejuízos financeiros que podem afetar gravemente a qualidade dos serviços prestados e sua manutenção, implica a ausência de investimentos no setor, prejudica os usuários, reflete negativamente na economia pública e gera insegurança e riscos na contratação com a Administração, sobretudo nos contratos de longo prazo.

O Ministro Edson Vidigal também considerou que a decisão atacada determinou que a ANEEL fixasse o índice de reajuste tarifário com base em parâmetros não previstos nos contratos aprovados pelo Poder Concedente. Ademais, teria sido desconsiderado, inclusive, o contrato de fornecimento de energia termoelétrica firmado entre a CELPE e a Termopernambuco, já aprovado pela agência reguladora. Assim, referida decisão judicial teria obrigado a administração a calcular o reajuste tarifário substituindo o valor da energia termoelétrica adquirida pela CELPE pelo valor da energia hidráulica apontado no Leilão de 2005.

Essa decisão monocrática foi confirmada pela maioria da Corte Especial do STJ. Esse colegiado entendeu que a substituição aleatória da fórmula de reajuste previamente pactuada, sem considerar critérios técnicos indispensáveis à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, interfere nos mecanismos de política tarifária aprovados pelo Conselho Nacional de Desestatização e ofende a ordem pública administrativa.

A Corte Especial ressaltou, ainda, ser necessária a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com o Poder Concedente, porque o interesse público não se resume à contenção de tarifas, sendo evidenciado, também, na continuidade e qualidade do fornecimento de energia e na manutenção do contrato, de modo a viabilizar investimentos no setor, para que o país não volte à escuridão.

Cumprir destacar que esse julgado não está isolado, uma vez que esse entendimento também restou consagrado, por exemplo, quando do julgamento das Suspensões de Liminares nº 57/DF e nº 76/PR e da Suspensão de Segurança nº 1.468/GO. Naquelas oportunidades, foi salientado que *“o desrespeito aos contratos não privilegia o nosso País como um país sério de cumprimento das avenças que pactuou”*.

Outra decisão relevante do STJ em prol da preservação das competências da ANEEL e, por via de consequência, do estabelecimento de limites restritos para a revisão judicial das tarifas de energia elétrica, foi adotada quando do julgamento do pedido de suspensão de liminar e de sentença ajuizado por Furnas Centrais Elétricas S/A contra a Resolução Normativa nº 257/2007 da Agência Nacional de Energia Elétrica. Essa resolução estabeleceu os conceitos gerais, as metodologias aplicáveis e os procedimentos para a realização da primeira revisão tarifária periódica das concessionárias de serviço público de transmissão de energia elétrica.

Segundo Furnas, a nova metodologia da revisão tarifária traria um sério prejuízo para suas operações e uma queda da receita na transmissão de até 30%. Diante disso, a empresa ajuizou medida cautelar preparatória, com pedido de liminar, contra a Agência Nacional de Energia Elétrica, com o objetivo de suspender os efeitos da mencionada Resolução Normativa nº 257/2007/ANEEL.

Inicialmente, o juiz federal da 9ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal concedeu liminar para suspender por 180 dias a citada Resolução nº 257/2007. A

ANEEL entrou com recurso contra essa liminar, que foi provido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

A empresa, então, interpôs recurso no STJ, alegando que o processo de validação da revisão tarifária teria vários vícios insanáveis e não observaria os mínimos critérios de transparência. Além disso, a nova resolução teria mudado critérios anteriormente acertados e comprometido o equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Acrescentou que não traria benefício para o consumidor final, pois a redução seria de apenas 0,25%.

Intimada a manifestar-se, a ANEEL alegou que Furnas não poderia pedir a suspensão, pois o artigo 4º da Lei nº 8.437/1992 determina que esta só pode ser pedida em ações contra o poder público. Além disso, o pedido em tela trataria de interesses privados e não públicos, o que violaria o mencionado artigo 4º, já que não teriam sido comprovadas as lesões à ordem e à economia públicas. Por fim, alegou que o STJ não teria competência para julgar a questão já que esta seria eminentemente constitucional.

Em seu voto, o então Presidente do STJ, ministro Raphael Barros Monteiro Filho, considerou que Furnas seria parte legítima para mover a ação. Segundo a jurisprudência do Tribunal, empresas privadas podem pedir suspensão de liminar quando são concessionárias de serviços públicos e defendem interesses públicos.⁵⁸⁰ O magistrado também não considerou a questão constitucional, já que apesar de a autora ter se referido ao art. 37, caput e inciso XXI, da Constituição Federal, a ofensa a esses preceitos, se existente, seria indireta ou reflexa, em face da ocorrência de lesão, em última análise, às regras infraconstitucionais contidas nas Leis nº 9.784/1999 e nº 8.987/1995.⁵⁸¹

Entretanto, o Ministro entendeu que a Resolução nº 257/2007 não representava perigo para a economia pública.

⁵⁸⁰ Nesse sentido, ver entre outros o AgRg na SLS 37/CE, Relator Ministro Edson Vidigal - Corte Especial.

⁵⁸¹ Nesse sentido, ver AgRg na SLS nº 174/PR.

Destacou, ainda, que a Lei nº 9.427/1996 criou a ANEEL e atribuiu-lhe competência para fiscalizar e regular a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.

O magistrado também destacou que, no exercício próprio de sua função regulamentadora desse segmento relevante da administração pública, a ANEEL definiu, por meio da Resolução Normativa nº 257/2007/ANEEL e da Nota Técnica nº 49/2007-SRE/ANEEL, as regras da primeira revisão tarifária periódica aplicáveis aos contratos de concessão que haviam sido prorrogados nos termos dos arts. 17 e 19 da Lei nº 9.074/1995.

Logo, concluiu o julgador, se a ANEEL realizou a revisão prevista em contrato e alterou a receita anual permitida, a fim de promover a eficiência e a modicidade tarifária, com base em dados técnicos, não há por que arredá-la de pronto, sem maiores indagações.

Ademais, verificado excesso de arrecadação, a revisão tarifária com redução de receita busca, na verdade, o equilíbrio do contrato. Eventual equívoco na apuração dos custos e, por consequência, na definição da receita autorizada em favor da concessionária, deverá ser ele demonstrado no bojo de uma ação específica. Conforme decidido pela Corte Especial do STJ, *"não se admite, na via excepcional da suspensão, discussão sobre o mérito da controvérsia, eis que não se trata de instância recursal, devendo os argumentos que não infirmem a ocorrência de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas ser analisados nas vias recursais ordinárias."*⁵⁸²

Com base nesses argumentos, não foi concedida a suspensão pleiteada por Furnas e a Resolução da Aneel permaneceu eficaz.

⁵⁸² Quando do julgamento do AgRg na SS nº 1.355/DF.

3.5 Uma análise conjunta dessas decisões

Consoante exposto anteriormente nesta dissertação, os magistrados, quando fundamentam suas decisões,⁵⁸³ se valem do discurso de aplicação, o qual visa garantir a prevalência do melhor argumento, por meio da complementação da norma válida com considerações sobre os efeitos colaterais não antecipados ou desconsiderados no discurso de justificação. Afinal, somente a luz do caso concreto é possível determinar, com razoável precisão, os efeitos de uma norma válida.

Nos casos acima expostos, verificou-se a ampla utilização desse tipo de raciocínio, especialmente no que concerne à análise dos efeitos das normas sobre os casos em exame. No estudo dessas questões judiciais, ficou patente a preocupação com as consequências práticas das decisões que os magistrados iriam tomar, as quais tiveram indubitavelmente um grande peso no processo decisório.

Assim, por exemplo, na questão relativa à suspensão do fornecimento de energia para os consumidores inadimplentes, foi levado em consideração o efeito cascata que a não suspensão poderia provocar em termos de aumento da inadimplência. Dito de outra forma, foi ponderado que uma “complacência” com os usuários inadimplentes poderia estimular mais consumidores a se tornarem inadimplentes.

Da mesma forma, houve um raciocínio bastante pragmático em relação à divisão dos custos da inadimplência entre os consumidores que pagam suas contas de energia elétrica em dia, os quais rateiam uma parte substancial das denominadas perdas comerciais⁵⁸⁴ sofridas pelas concessionárias.

⁵⁸³ A fundamentação das decisões judiciais é uma condição imprescindível para sua validade, em conformidade com o disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal, com a redação conferida pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, **verbis**: “*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;*”

⁵⁸⁴ Perdas comerciais são aquelas decorrentes, fundamentalmente, da inadimplência dos usuários. Além delas, existem as perdas técnicas, as quais são ocasionadas por problemas técnicos na transmissão e na distribuição da

Em ambos os casos, foi fundamental a consideração dos efeitos concretos das normas aplicáveis ao caso.

Quando do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 9, também foram consideradas questões práticas ao lado das regras e dos princípios jurídicos passíveis de aplicação ao caso sob comento. Foi levado em conta o cenário de escassez de energia, o qual, segundo a corrente majoritária no STF, impunha sacrifícios inafastáveis aos usuários. Esse cenário serviu para justificar e legitimar tanto a aplicação de uma sobretarifa quanto a possibilidade de suspensão do fornecimento de energia aos consumidores que extrapolassem as metas fixadas pelo Governo Federal.

Finalmente, nas ações judiciais relativas à revisão tarifária, o STJ preservou a competência da ANEEL com base em argumentos bastante pragmáticos, como a necessidade de garantir a observância das cláusulas contratuais visando atrair investidores estrangeiros. Assim, ao mesmo tempo em que foram discutidas garantias jurídicas tais como a obrigatoriedade de preservar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, foram sopesadas as necessidades de expansão do setor elétrico brasileiro, a qual demanda investimentos privados maciços.

Deve-se ter em mente que, consoante demonstrado anteriormente nessa dissertação, o ente regulador de serviços públicos, além de possuir as necessárias competências constitucionais e legais, deve estar capacitado do ponto de vista técnico e apto a inspirar confiança na estabilidade das regras do jogo – o chamado marco regulatório.

Dessa forma, o Poder Judiciário deve avaliar se suas decisões não vão de encontro à desejada estabilidade desse marco, sob pena de afugentar possíveis investidores, que não se mostram dispostos a aplicar vultosas somas em investimentos de longa maturação se não confiarem na estabilidade das regras aplicáveis.

energia elétrica e pela perda da energia elétrica que naturalmente se transforma em calor durante o processo de transmissão.

Utilizando o arcabouço teórico formulado por Dworkin, anteriormente apresentado nesta dissertação, conclui-se que, em todos os casos utilizados, o Poder Judiciário combinou argumentos de princípios com argumentos de política. Na primeira hipótese, os magistrados buscaram atender a exigências de justiça, equidade ou outra dimensão da moralidade. Foi o caso, por exemplo, das determinações para que usuários com necessidades especiais tivessem um tratamento privilegiado quando da suspensão do fornecimento de energia elétrica. Nesse caso, a proteção à vida e à integridade física dos consumidores de energia elétrica se sobrepôs à necessidade de preservar a rentabilidade da concessionária ou de manter uma distribuição equânime das despesas decorrente do consumo de energia elétrica.

Já na segunda hipótese, quando utilizaram argumentos de política, os tribunais utilizaram padrões relacionados com a manutenção ou a melhoria de algum aspecto econômico ou social da vida em sociedade. Exemplo desse tipo de argumento foi aquele utilizado para justificar a sobretarifa, aplicada durante o racionamento de energia elétrica. Naquela oportunidade, alegou-se que o aumento do valor a ser pago pela energia elétrica seria legitimado pela necessidade de forçar os usuários a consumir menos, ou seja, a necessidade de manter o fornecimento de energia elétrica em um período de escassez legitimaria a adoção de medidas coercitivas.

Observa-se que as decisões judiciais aqui analisadas procuraram combinar esses dois argumentos. Avalia-se que essa combinação é vantajosa, pois evita a adoção de decisões que podem até ser tecnicamente perfeitas mas podem violar direitos considerados em seu sentido forte.⁵⁸⁵

A preocupação com a prevalência exclusiva de argumentos técnicos tem raízes históricas no setor elétrico brasileiro. Afinal, determinadas decisões técnicas adotadas nesse setor, que não levaram na devida conta argumentos de outras ordens, provocaram grandes danos ao meio-ambiente e à população que habitava as margens de grandes

⁵⁸⁵ Utiliza-se aqui o conceito forte de direito esposado por DWORKIN.

empreendimentos, como, por exemplo, a Usina Hidrelétrica de Balbina, no Estado do Amazonas.

Por outro lado, não se pode olvidar os argumentos de política e optar apenas pelos de princípios, sob pena de assumir um risco relevante de adotar decisões judiciais que serão inócuas ou, até mesmo, prejudiciais ao desenvolvimento das políticas governamentais no setor elétrico. A percepção desse risco ficou patente nas decisões judiciais acima relacionadas, quando, por exemplo, os Ministros do STF deixaram claro que estavam se defrontando com uma situação de fato que impunha sérias restrições ao exercício de direitos individuais. Por via de consequência, foi adotada a decisão considerada possível, embora não se desconhecêssem eventuais efeitos negativos dessa decisão.

Uma vez exposta a visão do autor desta dissertação de que as decisões judiciais relativas às questões concernentes à regulação do setor elétrico tiveram como fundamento tanto argumentos de princípios quanto argumentos de política, cabe ressaltar uma importante consequência desse tipo de fundamentação.

É importante notar que o Direito da Regulação é aplicado em uma área onde decisões de algum modo inovadoras são mais frequentes que em outras áreas do Direito, uma vez que o Estado Regulador é uma experiência histórica recente e a própria regulação não tem mais que décadas de efetiva existência, consoante exposto no início desta dissertação. Assim sendo, os magistrados se defrontam com alguma frequência com *hard cases*, no âmbito dos quais precisam encontrar a resposta correta.

Ainda consoante Dworkin, as decisões judiciais que adotem argumentos de princípios como fundamentos são mais difíceis de atacar, sob o prisma da legitimidade dos juízes para adotar decisões inovadoras. Afinal, esse autor pondera que:⁵⁸⁶

“um argumento de princípios nem sempre se fundamenta em pressupostos sobre a natureza e a intensidade dos diferentes interesses e necessidades distribuídos por toda a comunidade. Ao contrário, um argumento de

⁵⁸⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 134.

princípio estipula alguma vantagem apresentada por quem reivindica o direito que o argumento descreve, uma vantagem cuja natureza torna irrelevantes as sutis discriminações de qualquer argumento de política que a ela se pudesse opor.”

Ademais, decisões com fulcro em argumentos de princípios também não podem ser criticadas com base na suposta criação de algum dever pela decisão original adotada por algum tribunal. Afinal, o tribunal em questão está decidindo com base na constatação de que o demandante possui um direito pré-existente contra o réu e que esse último, por sua vez, possui um dever também pré-existente para com aquele.

Tais considerações, entretanto, não se aplicam quando as decisões judiciais sob comento encontram espeque em argumentos de política. Afinal, nessa hipótese, pode-se sempre alegar que direitos e deveres devem ser instituídos por autoridades eleitas. Portanto, nessa hipótese, é necessário demonstrar que as políticas consideradas como fundamentos para as decisões judiciais foram formuladas não só por quem possuía competência para tal, mas também que levaram em consideração os diferentes interesses existentes em nossa sociedade.

Isso é particularmente relevante em um setor da economia onde, conforme exposto anteriormente, existem três grandes grupos de interesses, quais sejam, os usuários, os concessionários/permissionários e o Estado.

Finalmente, deve-se sopesar que, conforme analisado anteriormente nesta dissertação, os juízes devem tomar decisões que reforcem a crença na legalidade (entendida como segurança jurídica e certeza do direito) e o sentimento de justiça realizada, esse último decorrente da adequação da decisão proferida às particularidades do caso concreto. Logo, os magistrados devem proferir decisões que, além de atender ao pressuposto da segurança jurídica, sejam racionalmente aceitáveis pelos interessados. Só assim será possível conferir legitimidade às decisões judiciais.

A partir do estudo de caso e de temas, percebeu-se a adequação desse referencial teórico à análise ora empreendida. Quando da prolação das decisões judiciais aqui

mencionadas, houve a mobilização dos grupos de interesses acima citados, que apresentaram suas reivindicações. Por via de consequência, o grau de legitimidade dessas decisões decorreu, em grande parte, da demonstração de que foram devidamente considerados esses interesses contrapostos.

Por outro lado, quando essa demonstração não foi suficientemente convincente, alguns atores sociais se mostraram irredimidos e criticaram as decisões judiciais. Esse tipo de comportamento foi observado, por exemplo, no caso do apagão, quando a decisão do STF foi criticada por não ter, supostamente, levado na devida conta outras possibilidades que seriam menos gravosas para a sociedade.

A título de sugestão para novas pesquisas, entende-se pertinente destacar a relevância e a atualidade da análise da forma como se deu a inserção das agências reguladoras em nosso ordenamento jurídico e na estrutura governamental. Em especial, deve ser avaliado o relacionamento entre as diversas entidades públicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo desta dissertação, analisou-se o papel desempenhado pelo Poder Judiciário no âmbito da regulação dos serviços públicos. Após expor os pressupostos do Estado Regulador e os fundamentos do modelo de prestação de serviços públicos implementado no Brasil, foram expostos casos concretos sob a ótica dos julgadores, os quais a seguir foram estudados visando aferir se os magistrados brasileiros têm observado ou não esses pressupostos e fundamentos.

Com esse desiderato, preliminarmente, buscou-se explicitar o paradigma regente desse modelo estatal, que constitui a âncora conceitual da presente dissertação. Em seguida, estudou-se em detalhes o conceito de regulação utilizado nesta dissertação, para então analisar o conceito, os antecedentes e o advento do Estado Regulador. Na sequência, descreveu-se o contexto no qual esse modelo foi implementado em nosso país. Posteriormente, foram abordados os movimentos de desregulação e de re-regulação.

No que concerne ao Estado Regulador, especialmente em relação aos seus pressupostos e aspectos que, espera-se, serão levados na devida conta pelos tribunais, cabe destacar que:

a) o traço característico do Estado Regulador consiste na ênfase conferida às suas competências regulatórias, em detrimento da prestação direta de utilidades à população. A regulação deixa de ser uma atividade secundária e eventual para constituir o instrumento fundamental para o atingimento dos fins públicos buscados no âmbito da atividade econômica em sentido amplo;

b) a opção pela regulação em substituição à prestação direta de serviços decorreu não só das restrições fiscais ou de questões ideológicas, mas também do reconhecimento de que faltam ao Estado saberes, competências, experiências técnicas e profissionais no grau em que podem ser disponibilizados pelo setor privado. Ou seja, a

delegação de serviços públicos permitiria a apropriação de ganhos de eficiência, além de atender a necessidades fiscais e a diretrizes ideológicas;

c) o Estado também se afasta da exploração de atividades econômicas, salvo em caso de imperativo interesse nacional ou relevante interesse coletivo;

d) o Estado Regulador continua buscando concretizar os valores preconizados na respectiva constituição. Ele apenas altera os instrumentos utilizados nessa empreitada. Até porque a regulação também pode ser entendida como um conjunto de políticas públicas que visa realizar valores econômicos e não-econômicos considerados fundamentais por uma dada sociedade em uma época determinada. Essas políticas incluem a implementação de medidas legislativas e administrativas, destinadas a incentivar práticas consideradas desejáveis e a reprimir aquelas que forem entendidas como sendo incompatíveis com os valores defendidos nessa sociedade;

e) o Estado Regulador elabora e utiliza normas jurídicas que tendem a substituir o caráter impositivo tradicional do direito administrativo pelas regras negociadas que são típicas do direito da regulação.

Finalizando esse primeiro capítulo, foram abordados dois temas fundamentais para a compreensão dos fundamentos e pressupostos do modelo de prestação de serviços públicos e de regulação implantado no Brasil: os entes reguladores (no caso brasileiro, as agências reguladoras) e a delegação da prestação de serviços públicos, a qual é regulada pelos entes competentes e pode ser objeto do controle judicial.

Visando fornecer os subsídios necessários à análise da atuação dos entes reguladores e de seu controle pelo Poder Judiciário, foram explicitadas as origens históricas das agências reguladoras. Especificamente, no caso brasileiro, foi demonstrado que as entidades reguladoras existentes em nosso país foram claramente inspiradas no modelo norte-americano. Consoante exposto anteriormente, essa inspiração gerou os problemas típicos da

adoção em um país de institutos jurídicos oriundos de outro país cujas história e tradição jurídica são bastante diferentes daquelas do país de origem.

Ao final desse tópico, foram abordadas, ainda, as características e a natureza jurídica dessas agências, além dos problemas e desafios com os quais elas se defrontam.

Por fim, foram examinados os mecanismos utilizados para viabilizar a delegação da prestação de serviços públicos e permitir a regulação de atividades privadas, como as autorizações, bem como foi avaliada a relação jurídica existente entre os prestadores de serviços públicos e os usuários desses serviços. Foram discutidas questões relevantes sobre o processo evolutivo experimentado por esses mecanismos, com destaque para a adoção pelas permissões de uma natureza contratual.

Cumprе ressaltar, ainda, o destaque conferido à confiança que deve existir no relacionamento que será estabelecido entre os agentes econômicos e os entes reguladores. Nesse aspecto, o Direito da Regulação se afasta do Direito Administrativo tradicional, na medida em que utiliza instrumentos que buscam o consenso e abre mão de determinados mecanismos impositivos. Além disso, está prevista a utilização da arbitragem, que era considerada anteriormente como um instituto de Direito Privado, apto a solucionar litígios envolvendo interesses disponíveis.⁵⁸⁷

Apesar da previsão de métodos alternativos de solução de conflitos, constatou-se que o Poder Judiciário tem sido muito demandado para resolver lides envolvendo usuários de serviços públicos, concessionários e permissionários desses serviços e entes reguladores. Consoante exposto anteriormente, esse nível de demanda decorre da adoção frequente do *adversarial regulatory style*, a qual, por sua vez, tem causas culturais e

⁵⁸⁷ OLIVEIRA ressaltа que apesar de a submissão a um tribunal arbitral ser geralmente fruto da vontade das partes, ambas devem entrar em acordo quanto a isso, o uso da arbitragem é, às vezes, determinado por política regulatória ou simplesmente pela lei. É o que ocorre no ambiente de regulação das telecomunicações em vários países. (OLIVEIRA, Artur Coimbra de. Obra citada. p. 116)

jurídicas, tais como a consideração do acesso ao Poder Judiciário como um direito fundamental.

Aduz-se que esse processo de judicialização das atividades relacionadas com a prestação de serviços público apresenta dificuldades de várias ordens, desde questões práticas como a falta de varas especializadas e de uma estrutura de apoio adequada até questões de cunho eminentemente teórico e jurídico, como a relativa aos limites do controle judicial dos atos discricionários praticados pelas agências reguladoras no exercício de suas competências.

No segundo capítulo, foi estudado o papel desempenhado pelo Poder Judiciário no contexto do Estado Regulador, com o fito de estabelecer os parâmetros teóricos que serão utilizados quando da avaliação da efetiva atuação desse Poder na prática quotidiana.

Num primeiro momento, foram tecidas considerações sobre o papel desse Poder para a concretização dos direitos fundamentais, com base nas teses desenvolvidas por Ronald Dworkin.

Após reiterar que os Estados Reguladores não abriram mão de suas preocupações com a concretização dos valores insculpidos nas respectivas constituições, explicitou-se que os juízes devem tomar decisões que reforcem a crença na legalidade (entendida como segurança jurídica e certeza do direito) e o sentimento de justiça realizada, esse último decorrente da adequação da decisão proferida às particularidades do caso concreto. Dito de outra forma, os juízes devem proferir decisões que, além de atender ao pressuposto da segurança jurídica, sejam racionalmente aceitáveis pelos interessados. Só assim será possível conferir legitimidade às decisões judiciais.

Ademais, frisou-se que os magistrados devem buscar a única solução correta para os casos que lhes sejam apresentados, sempre levando em consideração as características específicas desses casos. Para tanto, os juízes devem se apoiar em um conjunto coerente de

princípios, a partir do qual será obtida a melhor interpretação da doutrina jurídica de sua comunidade.

Adicionalmente, o juiz deverá se comportar como um escritor encarregado de elaborar um capítulo de um romance, ou seja, deverá ter em mente tanto o passado quanto o futuro da doutrina jurídica à qual ele se agrega. Note-se que o magistrado não se encontra estritamente vinculado ao passado, como pretendiam os convencionalistas, mas deve se apropriar criticamente da doutrina jurídica existente. Por outro lado, ele também não pode adotar uma postura decisionista, desvinculando-se do quadro normativo, ainda que visando à concretização de um ideal de justiça ou de bem.

Cabe ressaltar, ainda, que o magistrado deve buscar um equilíbrio entre decisões juridicamente corretas e tecnicamente adequadas ou possíveis, sob pena de ou proferir decisões que firam direitos considerados em seu sentido forte ou sejam inexecutáveis na prática.

Em seguida, foi discutida a relação existente, no plano teórico, entre esse Poder e os entes reguladores. Para tanto, tendo em vista que as agências norte-americanas serviram de inspiração para os entes reguladores brasileiros, preliminarmente foi analisada a experiência norte-americana de controle judicial da regulação. Nesse passo, foi analisado como o controle judicial norte-americano, centrado fundamentalmente na busca pela observância das garantias processuais, buscou evitar a captura das agências reguladoras pelos agentes interessados bem como afastar o risco de adoção de medidas desproporcionais ou desarrazoadas pelas agências reguladoras.

Na sequência, foram abordadas algumas questões também consideradas fulcrais, como a inafastabilidade do controle judicial no Direito brasileiro e seus impactos na atuação do Judiciário no que concerne à regulação. Finalmente, foram abordados os critérios que devem ser adotados e os limites que devem ser observados por esse controle. Assim,

ressaltou-se que o controle judicial sobre a regulação é inafastável em decorrência de disposição constitucional expressa. Contudo, destacou-se também que o Poder Judiciário deve atentar para o risco de ser utilizado indevidamente como um *veto point*, ou seja, como um agente político que atua sem levar em conta as especificidades das matérias julgadas e os interesses peculiares envolvidos.

A partir dessa análise, verificou-se que a atuação judicial, a par de ser inafastável, deve se pautar pela observância de critérios jurídicos, inclusive aqueles fundamentados em princípios, e técnicos, sob pena de causar prejuízos ao modelo regulatório implantado no Brasil.

O terceiro capítulo versou sobre um estudo de caso e temas, realizado com o fito de estabelecer de que forma o Poder Judiciário brasileiro efetivamente exerce o controle da regulação. Em conformidade com o acima exposto, visou-se verificar se os pressupostos e fundamentos do Estado Regulador e do modelo de prestação de serviços públicos estão sendo observados e preservados.

Optou-se por analisar as decisões judiciais relativas ao setor elétrico, tendo em vista sua importância econômica e social, que foi demonstrada anteriormente, a quantidade de decisões judiciais relevantes já proferidas e os vários direitos fundamentais envolvidos na prestação dos serviços a ele relacionados, que foram explicitados nesta dissertação.

Sopesado o fato de que essa dissertação não se destina a especialistas no setor elétrico, a primeira parte desse capítulo foi dedicada a uma sucinta apresentação desse setor. Em seguida, foram analisados um caso e dois temas considerados emblemáticos: o corte de fornecimento de energia elétrica aos usuários inadimplentes, o racionamento de energia (popularizado pela mídia com o nome de “apagão”) e a avaliação judicial da revisão tarifária.

A partir desse estudo de casos, concluiu-se que os tribunais têm procurado observar os pressupostos do Estado Regulador, especialmente no que concerne à realização dos direitos fundamentais dos cidadãos. Por outro lado, os magistrados têm procurado o equilíbrio entre a concretização desses direitos e a necessidade de observar o contexto em que as decisões judiciais devem ser implementadas. Assim, têm sido levados em conta condicionantes econômicos, financeiros e sociais.

Dito de outra forma, concluiu-se que os juízes têm considerado tanto argumentos de princípios quanto argumentos de política, quer no processo de tomada de decisão quer na fundamentação das suas decisões. Isso ficou claro, por exemplo, quando os magistrados explicitaram nos seus votos a preocupação com a necessidade de atrair capitais privados para o setor elétrico, o que implica a necessidade de manter uma remuneração considerada adequada para esses capitais.

Concluiu-se também que o Poder Judiciário tem procurado respeitar o âmbito de competência dos entes reguladores, o que equivale a dizer que os juízes têm observado um dos pressupostos básicos do modelo regulatório implantado entre nós.

Como sugestão para novas pesquisas, destaca-se a relevância de analisar a forma como as entidades reguladoras se inseriram no ordenamento jurídico brasileiro e na estrutura governamental existente em nosso país, especialmente no que concerne às instâncias de controle.

Também se considera interessante estudar como as medidas adotadas para combater a recente crise econômica mundial, seja no que concerne ao aprimoramento da regulação, seja na maior intervenção direta do Estado na economia, impactaram o Estado Regulador. Nesse particular, avulta a análise das medidas implementadas nos Estados Unidos da América e na Inglaterra, que tradicionalmente se mostram avessos a uma intervenção direta mais significativa do Estado na economia.

Finalmente, considero relevante estudar em que medida as injunções políticas tem afetado o modelo de agências implementado em nosso país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Positivo**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- ALEXY, Robert. **El Concepto y la Validez del Derecho**. 2ª ed. Barcelona: Gedisa, 1997.
- AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Distinção entre usuário de serviço público e consumidor**. Revista Diálogo Jurídico. Salvador: abr/mai 2002. nº 13.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- _____. **As concessões e autorizações petrolíferas e o poder normativo da ANP**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, nº 282.
- _____. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- ARANHA, Márcio Iorio. **Agências: sua introdução no Modelo Jurídico-Administrativo Brasileiro**. In Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira (org.). **O novo direito administrativo brasileiro**. Belo Horizonte: Forum, 2003.
- _____. **Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2006.
- ARAÚJO JR., José Tavares de. **A regulação econômica nos setores de infraestrutura no Brasil**. In SALGADO, Lúcia Helena e MOTTA, Ronaldo Seroa da. **Marcos regulatórios no Brasil, o que foi feito e o que falta fazer**. Rio de Janeiro: IPEA, 2005.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Economía y Estado: crisis y reforma del sector público**. Madri: Marcial Pons, 1993.
- _____. **Principios de derecho público económico**. 3ª ed. Granada: Comares Editorial, 2004.
- _____. **La Regulación Económica – Teoría y Práctica de la Regulación para la Competencia**. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma – Centro de Estudios sobre la Regulación Económica, 1996.
- AVELLAR, H. de A. **História Administrativa do Brasil - Administração Pombalina**. Brasília: Editora da UnB, 1983.
- BACIGALUPO, Mariano. **La discrecionalidad administrativa: estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución**. Madri: Marcial Pons, 1997.
- BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. **Understanding regulation: theory, strategy and practice**. Oxford: University Press, 1999.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- BARBOSA GOMES, Joaquim Benedito. **Agências Reguladoras: a metamorfose do Estado e da Democracia. Uma reflexão de Direito Constitucional e Comparado**. In BINENBOJM, Gustavo (coord.). **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional**. Revista dos Tribunais: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. vol. 23. abr/jun 1998.
- BECK, Ulrich. **O que é globalização**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- BEMERGUY, Marcelo. **O Controle das Agências Reguladoras**. Palestra proferida no III Congresso Brasileiro de Regulação de Serviços Públicos, promovido pela ABAR – Associação Brasileira de Agências Reguladoras em 2003.
- BERTERO, Carlos Osmar. **Administração Pública e Administradores**. Brasília: FUNCEP, 1985.
- BINENBOJM, Gustavo. **Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil**. In **Agências reguladoras e democracia**. BINENBOJM, Gustavo (org.). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- _____. **Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 4ª re-impressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

- BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 12ª ed. Brasília: UnB, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 1999.
- _____. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BRASIL. Presidência da República. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: Câmara da Reforma do Estado, 1995.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Relatório sobre as contas do Governo da República – Exercício de 2007**. Brasília: TCU, 2008.
- BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Dados Consolidados 2002**. Disponível em http://www.ibge.gov.br/home/#sub_indicadores.
- BREYER, Stephen G. et alli. **Administrative Law and Regulatory Policy**. 4ª ed. New York: Aspen Law & Business, 1999.
- BRUNA, Sérgio Varella. **Agências Reguladoras: poder normativo, consulta pública e revisão judicial**. São Paulo: RT, 2003.
- CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1996.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.
- CAPPELETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Fabris, 1993.
- CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2004.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. **A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito**. In Cattoni, Marcelo (coord.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- _____. **Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito**. Revista de Direito Comparado. Belo Horizonte, nº 3, maio 1999.
- CASSAGNE, Juan Carlos. **La intervención administrativa**. 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- CASTRO, Marcus Faro de. **Direitos Sociais, Econômicos e Culturais: uma abordagem pós-neo-clássica**. Disponível em www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_74/artigos/Marcus_rev74.htm.
- _____. **Instituições econômicas: evolução de seus elementos constitucionais na sociedade de mercado**. Revista de Direito Empresarial. Curitiba, nº 6, julho a dezembro de 2006.
- CASTRO, Nivalde José de; FERNANDEZ, Paulo Cesar. **A Reestruturação do setor elétrico brasileiro: passado recente, presente e tendências futuras**. Seminário Nacional de Produção e Transmissão de Energia Elétrica, Rio de Janeiro: Furnas, 2006.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- _____. **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito: um Ensaio de Teoria da Interpretação enquanto Teoria Discursiva da Argumentação Jurídica de Aplicação**. In Cattoni, Marcelo (coord.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- CHANG, Há-Joon. **Chutando a escada – a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica**. São Paulo: UNESP, 2004
- CHEVALLIER, Jacques. **L'État Post-moderne**. Paris: LGDJ, 2003.
- COASE, Ronald. **The problem of social cost**. The Journal of Law and Economics, v. 3, out. 1960.
- COLSON, Jean-Philippe. **Droit public économique**. 3ª ed. Paris: LGDJ, 2001.
- CONSTANT, Benjamin. **De la liberté chez les modernes. Écrits politiques**. Paris: Hachete, 1980.

- COPELLO, Maria Mercedes Maldonado. **Privatización de los servicios públicos domiciliários y transformación del derecho estatal en Colômbia**. Anuário 2001 GEDIM – Dez anos de Mercosul. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- COUTINHO, Diogo Rosenthal. **A universalização do serviço público para o desenvolvimento como uma tarefa da regulação**. In SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.) **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- COUTO E SILVA, Almiro do. **Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público à brasileira?** Revista de Direito Administrativo. vol. 230. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Dos Contratos Administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.
- _____. **Serviço de abastecimento de água e a suspensão do fornecimento**. Revista de Direito Público da Economia. Vol. 3. Belo Horizonte: Fórum. jul/set 2003.
- DE ENTERRÍA, Eduardo Garcia. **Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial**. 3ª ed. Madri: Civitas, 1998.
- DE ENTERRÍA, Eduardo Garcia e FÉRNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. 6ª ed. Tomo II. Madri: Civitas, 1999.
- DEVOLVÉ, Joaquin. **Droit Públic de l'Économie**. Paris: Dalloz, 1998.
- DINIZ, Eli et al. (Org.). **Reforma do Estado no Brasil: Dilemas e Perspectivas**. Brasília: UnB, 1997.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- _____. **Parcerias na Administração Pública**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- _____. **Participação Popular na Administração Pública**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, nº 191, jan-mar/1993.
- DI PLINIO, Giampiero. **Il common core della deregulation, Dallo Stato regolatore alla costituzione economica sovranazionale**. Milano: Giuffrè, 2005.
- _____. **Diritto Pubblico dell'Economia**. Milão: Giuffrè, 1998.
- DUGUIT, Leon. **Las transformaciones generales del Derecho**. Trad. Adolfo G. Posada e Ramón Jaén. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2001.
- DUVERGER, Maurice. **Sociologia da Política**. Coimbra: Almedina, 1998.
- DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FALCÃO, Joaquim. **Estratégias para a reforma do Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7ª ed. ver. ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- FREITAS, Juarez. **Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Princípio da Segurança Jurídica. Exigência da menor precariedade possível nas relações de Administração. Terminais portuários de uso privativo: contratos de adesão. Princípio da irretroatividade dos atos normativos**. Revista Interesse Público. vol. 20, 2003.
- FRIEDMAN, Milton. **Capitalism and freedom**. Chicago: University of Chicago Press, 1982.
- GALBRAITH, John Kenneth. **A Economia e o Interesse Público**. Trad. Antônio Zoratto Sanvicente. São Paulo: Pioneira, 1988.
- GONÇALVES, Pedro. **A concessão de serviços públicos**. Coimbra: Almedina, 1999.
- GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. 4ª ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000. Tomo 2.
- GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GUERRA, Jorge Rodriguez. **Capitalismo flexible y Estado de Bienestar**. Granada: Comares, 2001.
- GUERRA, Sérgio. **Controle judicial dos atos regulatórios**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- GUNTER, Gerald. **Constitutional Law**. 12ª ed. Nova York: The Foundation Press, 1991.
- GUNTHER, Klaus. **The sense of appropriateness**. Albany: State University of New York Press, 1993.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Interpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997
- HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Vols. I e II.
- _____. **O Discurso Filosófico da Modernidade**. Lisboa: Dom Quixote, 1990.
- HERNANDEZ, Juan Ramón Capella. **Estado y derecho ante la mundialización: aspectos y problemáticas generales**. Madrid: Escuela judicial, 1999.
- HERRERO, Mariano Magide. **Limites constitucionales de las Administraciones Independientes**. Madri: INAP, 2000.
- HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- HOWARD, Philip K. **The Death of Common Sense: how Law is suffocating America**. New York: Warner Books, 1994.
- HUBER, Peter W.; KELLOGG, Michael K. e THORNE, John. **Federal Telecommunications Law**. Second Edition. New York: Aspen Law & Business, 1999.
- JÈZE, Gaston. **Les principes généraux du Droit Administratif**. Paris: M. Giard & Brière Libraries-Éditeurs, 1914.
- JUSTEN, Mônica Spezia. **A noção de serviço público no Direito Europeu**. São Paulo: Dialética, 2003.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **10 anos de Constituição: Uma análise**. São Paulo: IBDC, 1998.
- _____. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. **O Direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.
- _____. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003.
- KELSEN, Hans. **A Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- KOSKENNIEMI, Martti. **The fate of Public International Law: between technique and politics**. Modern Law Review. vol. 70. jan. 2007.
- KRIELE, Martin. **Introducción a la Teoria del Estado – Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional Democrático**. Buenos Aires: De Palma, 1980.
- KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 9ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.
- LANDAU, Elena e SAMPAIO, Patrícia. **O setor elétrico em uma visão introdutória**. In LANDAU, Elena (org.). **Regulação jurídica do setor elétrico**. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2006.
- LIMA, Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 5ª ed. São Paulo: RT, 1982.
- LIMA, José Luiz. **Estado e energia no Brasil. O setor elétrico no Brasil - das origens à criação da Eletrobrás (1890-1962)**. São Paulo: IPE/USP, 1984.
- LIMA MARQUES, Cláudia. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor – o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- LOMBARTE, Artemi Rallo. **La constitucionalidad de las Administraciones Independientes**. Madri: Technos, 2002.

- LOPES, José Reinaldo de Lima. **Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1992.
- LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **A indústria elétrica e o Código de Águas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.
- LUHMANN, Niklas. **A Constituição como uma aquisição evolutiva**. Trad. de Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele De Giorgi. De LUHMANN, Niklas. **La costituzione come acquisizione evolutiva**. In ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg. **Il Futuro della Costituzione**. Torino: Einaudi, 1996.
- MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **A proteção dos usuários do serviço público**. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MAJONE, Giandomenico. **La Communauté Européene: un État Régulateur**. Paris: Montchrestien, 1996.
- _____. **Do Estado Positivo ao Regulador: Causas e Consequências de Mudanças no Modo de Governança**. Revista do Serviço Público. Brasília, nº 1, jan-mar de 1999.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- MANDEVILLE, Bernard de. **The Fable of the Bees or Private Vices, Public Benefits**. Indianapolis: Liberty Fund, 1988.
- MARQUES, Rosa Maria. **A Proteção social e o mundo do trabalho**. São Paulo: Bional, 1997.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Agências reguladoras: instrumentos do fortalecimento do Estado**. São Paulo: ABAR, 2003.
- _____. **Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador (BA), nº 4, nov/2005 a jan/2006.
- _____. **A nova regulação dos serviços públicos**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, nº 228, abr./jun 2002.
- _____. **Peculiaridades do contrato de arrendamento portuário**. Revista de Direito Administrativo. Vol. 231. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. **Regime jurídico dos bens públicos empregados na geração de energia**. Revista de Direito Administrativo. Vol. 232. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. **Regulação Setorial e Autoridade Antitruste: a importância da independência do regulador**. In CAMPILONGO, Celso Fernandes; VEIGA DA ROCHA, Jean Cabral e LESSA MATTOS, Paulo Todescan (orgs.). **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- MAS, Joaquín Tornos. **Las Autoridades de Regulación de lo Audiovisual**. Madrid: Martins Pons, 1999.
- MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2001.
- _____. **Regulação e auto-regulação**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, nº 228, abr/jun 2002.
- _____. **Serviços públicos e serviços de interesse geral**. In **Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo – Anais do Seminário de Direito Administrativo Brasil-Espanha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MELO, Marcus A. **Governance e reforma do Estado: o paradigma agente x principal**. Revista do Serviço Público. ano 47, vol. 120, nº 1, 1996.
- MENDES, Conrado Hubner. **Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão**. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo III. 4ª ed. Coimbra: Coimbra, 1998.
- MISHRA, Ramesh. **O Estado-Providência na sociedade capitalista**. Trad. Ana Barradas. Oeiras: Celta Editora, 1995.
- MODERNE, Frank e MARCOU, Gerard. **L'Idée de service public dans le droit des États de L'Union Européenne**. Paris: L'Harmattan, 2001.

- MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Econômico**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.
- _____. **Estudos de Direito Público**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de droit administratif**. 6ª ed. Paris: Montchrestien, 1996.
- MOREIRA, Egon Bockmann. **Agências Administrativas. Poder Regulamentar e Sistema Financeiro Nacional**. Revista de Direito Administrativo. nº 218. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- MOREIRA, Vital. **Administração autônoma e associações públicas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- _____. **Autoregulação profissional e Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1997.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da Participação Política. Legislativa – Administrativa – Judicial**, Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- _____. **Direito regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- _____. **A Independência das Agências Reguladoras**. *Boletim de Direito administrativo*. junho de 2000.
- _____. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- _____. **Novos institutos consensuais da ação administrativa**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar. vol. 231. jan./mar. 2003.
- MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **A Regulação como Instituto Jurídico**. Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte: Fórum, ano I, nº 4, out./dez. 2003.
- NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2001.
- O'DONNELL, Guillermo. **Corporatism and the question of the State**. In MALLOY, James (ed.). **Authoritarianism in Latin America**. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 1979.
- OLIVEIRA, Artur Coimbra de. **O papel do órgão regulador na resolução de disputas entre operadoras de telecomunicações: a arbitragem e a mediação à luz das experiências japonesa, inglesa e americana**. Brasília: UnB, Revista de Direito, Estado e Telecomunicações. vol. 1, nº 1, 2009.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **A ANEEL e os serviços de energia elétrica**. In SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.
- PACHECO, Pedro Mercado. **El Estado comercial abierto. La forma de Gobierno em una Economía desterritorializada**. In **Transformaciones del derecho em la mundialización**. Madrid: Escuela judicial, 1999.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A Crise do Estado**. São Paulo: Nobel, 1991.
- _____. **Crise Econômica e Reforma do Estado no Brasil**. São Paulo: Editora 34, 1996.
- _____. **A Reforma do Estado nos anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle**. In **Cadernos MARE**. Brasília: Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1997. nº 1.
- PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Controle judicial da Administração Pública: da legalidade estrita à lógica do razoável**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- PINHEIRO, Armando Castelar. **Reforma regulatória na infraestrutura brasileira: em que pé estamos**. In SALGADO, Lúcia Helena e MOTTA, Ronaldo Seroa da. **Marcos regulatórios no Brasil, o que foi feito e o que falta fazer**. Rio de Janeiro: IPEA, 2005.
- POCOCK, John. **Authority and property: the question of liberal origins**. In POCOCK, John. **Virtue, commerce and history**. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.
- POLANYI, Karl. **A Grande Transformação – as origens de nossa época**. Rio de Janeiro: Campus, 1980.
- POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. Boston: Little, Brown and Company, 1988.
- PROSSER, Tony. **Law and the Regulators**. Oxford: Clarendon Press, 1997.
- _____. **Theorising utility regulation**. *Modern Law Review*. vol. 62, mar. 1999.
- QUERMONNE, Jean-Louis. **L'Appareil Administratif de l'État**. Paris : Éditions du Seuil, 1991.
- REBOLLO, Luis Martín. **Servicios públicos y servicios de interés general: la nueva concepción y operatividad del servicio público em el Derecho Administrativo Español**. In **Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo – Anais do Seminário de Direito Administrativo Brasil-Espanha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

- RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981.
- ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado Providência**. Goiânia: Editora UFG, 1997.
- RUBIRA, Juan Jose Lavilla. **La participacion publica en el procedimiento de elaboracion de los reglamentos en los Estados Unidos de America**. Madri: Civitas, 1991.
- SAES, Flávio Azevedo Marques de. **A grande empresa de serviços públicos na economia cafeeira**. São Paulo: Hucitec, 1986.
- SALGADO, Lucia Helena. **Agências Regulatórias na experiência brasileira: um panorama do atual desenho institucional**. Texto para discussão. Rio de Janeiro: IPEA, 2003.
- SALLES, Carlos Alberto. **Processo civil de interesse público – Uma nova perspectiva metodológica**. In SUNDFELD, Carlos Ari e BUENO, Cássio Scarpinella (coord.) **Direito Processual Público – A Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público/Malheiros, 2000.
- SALOMÃO FILHO, Calixto **Regulação da Atividade Econômica: Princípios e Fundamentos Jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SAMUELSON, Paul. **A modern theorist's vindication of Adam Smith**. American economic review. 1977, v. 67. pp. 42 a 49.
- _____. **The canonical classical model of political economy**. Journal of economic literature. 1978, v. 16.
- SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda e MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito econômico**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- SCHWARTZ, Bernard. **Direito Constitucional Americano**. Rio de Janeiro: Forense, 1955.
- SEABRA FAGUNDES, Miguel. **O controle judicial dos atos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- SLAIBI FILHO, Nagib. **Ação Popular Mandatória**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. **Teoria dos Sentimentos Morais**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- _____. **Direito Administrativo Regulatório**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- _____. **Regulação por autoridades independentes**. Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro. vol. 56, 2002.
- STIGLER, George. **The citizen and the state: essays on regulation**. Chicago: University of Chicago Press, 1975.
- STRAUSS, Peter L. **The place of agencies in Government: separation of powers and the fourth branch**. Columbia Law Review, 1984. nº 573.
- STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Ação Civil Pública e Ação Popular**. Boletim de Direito Administrativo, jul. 1996.
- _____. **A administração pública na era do direito global**. In SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direito Global**. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- _____. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 1997.
- _____. **Introdução às agências reguladoras**. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. **Serviços públicos e regulação estatal**. In SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

- SUNSTEIN, C. **Constitucionalismo após o New Deal**. In **Regulação econômica e democracia**. São Paulo: Editora 34, 2004.
- TÁCITO, Caio. **Comissão de Valores Mobiliários. Poder regulamentar**. In **Temas de Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, tomo 2, 1997.
- TENDLER, Judith. **Electric power in Brazil: entrepreneurship in the public sector**. Cambridge: Harvard University Press, 1968.
- TEPEDINO, Gustavo. **Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil**. In **Temas de Direito Civil**. 2ª ed. TEPEDINO, Gustavo (org.) Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- The OECD Report on Regulatory Reform – Synthesis**. Paris: 1997. Disponível em <http://www.oecd.org/dataoecd>.
- TIMSIT, Gérard. **Les Autorités Administratives Indépendantes**. COLLIARD, Claude-Albert e TIMSIT, Gérard (org.) Paris : PUF, 1988.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Revista dos Juizados Especiais**. Edição nº 45/46. dez/2005- abr/2006.
- VAZ, Manuel Afonso. **Direito Econômico**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
- VIANNA, Luiz Werneck *et alli*. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- VISCUSI, W. Kip; VERNON, John M. e HARRINGTON JR., Joseph E. **Economics of regulation and antitrust**. 3ª ed. Massachusetts: The MIT Press, 2000.
- WALD, Arnold e MORAES, Luiza. **Agências Reguladoras**. Revista de Informação Legislativa. Ano 36. nº 141. jan/mar 1999.
- WEBER, Max. **Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Brasília: Universidade de Brasília, 2004.
- WERNECK, R. **Poupança estatal, dívida externa e crise financeira do setor público**. Pesquisa e Planejamento Econômico. nº 16. Rio de Janeiro: Ipea, 1986.
- WILENSKI, Harold L. **The Welfare State and Equatilty**. Berkeley: University of California Press, 1975.
- WILLIAMSON, Oliver. **The economic institutions of capitalism**. New York: The Free Press, 1985.
- WORLD BANK. **The World Bank's role in the Eletric Power Sector**. Washington: The World Bank, 1993.
- ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- ZYMLER, Benjamin. **O papel do Tribunal de Contas da União no controle das agências reguladoras**. Palestra proferida no II Congresso Brasiliense de Direito Constitucional. Brasília: 2003.
- _____. **Política e Direito – Uma Visão Autopoiética**. Curitiba: Juruá, 2002.