

ROBERTO JOSÉ PROCÓPIO DA SILVA

**O ESTADO E SEU PODER REGULADOR E
FISCALIZADOR NAS CONCESSÕES E PERMISSÕES
DE SERVIÇOS PÚBLICOS**

FRANCA

2001

ROBERTO JOSÉ PROCÓPIO DA SILVA

**O ESTADO E SEU PODER REGULADOR E
FISCALIZADOR NAS CONCESSÕES E PERMISSÕES
DE SERVIÇOS PÚBLICOS**

Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de História,
Direito e Serviço Social da UNESP - Universidade Estadual
Paulista, Campus de Franca, para obtenção do título de Mestre
em Direito (Área de Concentração: Direito das Obrigações).

Orientador: Prof. Dr. José Carlos de Oliveira

FRANCA

2001

SILVA, Roberto José Procópio da

O Estado e seu poder regulador e fiscalizador nas concessões e permissões de serviços públicos / Roberto José Procópio da Silva. Franca, 2001.

p. 168

Dissertação - Mestrado - Faculdade de História, Direito e Serviço Social - UNESP - Franca

1. Direito Administrativo - Brasil. 2. Estado - Teoria. 3. Agências reguladoras - Poderes - Limites. I. Título.

CDD-341.32

À Deus, princípio e fim de todas as coisas, pelo dom da vida.

Ao estimado Prof. Dr. José Carlos de Oliveira, nosso orientador, brilhante mestre e incomparável estudioso do assunto, que com paciência e sabedoria nos conduziu com desmedida atenção.

Às minhas queridas filha Laryssa e esposa Thaïs, pela compreensão e apoio nos momentos de dificuldade.

À minha mãe, pai e irmãos, que me ensinaram a virtude e o amor.

“O Estado do milênio que nasce deverá ser regulador. É o que maximiza as potencialidades sinérgicas da ação do conjunto dos atores econômico-sociais. Aquele pelo qual a concorrência sucede, tornando-se em uma nova realidade, em um marco de exigência de qualidade nas prestações e de antecipação das dinâmicas necessidades da sociedade.”

Henoch D. Aguiar.

Professor titular ordinário da Universidade de Buenos Aires,
Professor titular da Universidade de Belgrano e ex-diretor,
por concurso, da Comissão Nacional de Telecomunicações.

Prólogo da obra *Entes reguladores de servicios. La defensa del usuario.*

“Não resta dúvida que foi dada a largada para uma nova era no direito administrativo, visto que os objetivos do Estado se modernizaram, permitindo que os entes privados prestadores de serviços públicos não fiquem aferroados às técnicas gerenciais sepultadas por um passado recente, que se demonstrou ineficiente aos anseios da sociedade. Possuem as Agências a fiel missão de manter acesa a chama da moderna concepção de prestação de serviços públicos qualificados, com um custo razoável para a sociedade.”

Mauro Roberto Gomes de Mattos.

Agências reguladoras e as suas características.

RDA, v. 218, out./dez., 1999, p. 78.

SILVA, Roberto José Procópio da. *O Estado e seu poder regulador e fiscalizador das concessões e permissões de serviços públicos*. Franca, 2001, 168p. Dissertação (Mestre em Direito) - Faculdade de História, Direito e Serviço Social - Universidade Estadual Paulista - UNESP.

RESUMO

Das mudanças que o Estado sofreu no decorrer dos tempos, ultimamente, tem este passado por novas e relevantes alterações. De Estado prestador de serviços, obrando diretamente para a busca do bem estar de sua população, sob a forma de *Welfare State*, mudou seu enfoque. Diante da crise vivida por este tipo de Estado, impossibilitado de manter e acompanhar - no que diz respeito à prestação de serviços públicos - a evolução tecnológica e a necessidade de cada vez maior demanda na prestação destes, aliado à falta de recursos para continuidade dos apoios e auxílios prestados, obrigatoriamente, viu-se diante da necessidade de rever suas funções e atuações, a fim de não correr o risco de causar um colapso nas relações a seu cargo.

Assim, instalou-se o que se convencionou chamar de Estado Regulador ou Subsidiário. Transferiu-se a prestação direta de alguns serviços públicos aos particulares, deixando o Estado de prestá-los, sem, no entanto, abrir mão de seu poder de polícia, ou seja, das funções de planejar, incentivar, regular e fiscalizar a área econômica. Agora, uma nova fase da história se instala, com um Estado mais enxuto, menor, porém não menos presente e atuante.

Palavras-chaves: Estado; Serviço Público; Agências Reguladoras.

SUMÁRIO

	Página
RESUMO	I
INTRODUÇÃO	01
I - REFORMA DO ESTADO	03
1. Noção de Estado	03
2. O Antigo Regime e o Estado Liberal	06
3. O Estado de Bem-Estar ou Welfare State	11
a. O Estado intervencionista	15
4. O Estado Subsidiário	20
a. O princípio da subsidiariedade	20
b. Características mais relevantes da transformação do Estado	22
II - O ESTADO COMO AGENTE ECONÔMICO	29
1. Atividade econômica	29
2. Serviços Públicos	31
a. Conceito	31
b. Características jurídicas e formas de prestação indireta	35
c. O interesse público	41
3. Desestatização: concessões e permissões	42
a. Concessões e permissões	50
III - ÓRGÃOS REGULADORES	60
1. O que são, como estão organizados e outros organismos de controle	70
2. Criação e natureza jurídica dos órgãos reguladores	86
3. Distinção e características das agências reguladoras	91
4. Fins e objetivos do órgão regulador	95
5. Participação dos Estados-Membros	101
IV - OS LIMITES DO PODER REGULADOR E FISCALIZADOR DOS ÓRGÃOS REGULADORES	104
1. Princípios aplicáveis	104
2. Limites reguladores	110

3. Limites fiscalizadores	115
4. Controle administrativo e judicial dos atos dos órgãos reguladores	117
5. Considerações gerais	126
V - ÉTICA E MORALIDADE NOS ÓRGÃOS REGULADORES	129
1. Usuários	131
2. Audiências públicas	138
3. Quarentena dos dirigentes e funcionários	146
CONCLUSÃO	150
ABSTRACT	156
BIBLIOGRAFIA	157

INTRODUÇÃO

Perfeitamente subsumido à Área de Concentração do Curso de Pós-Graduação em Direito dessa Universidade, ou seja, Direito das Obrigações, encontra-se o tema proposto para a pesquisa. O poder regulador e fiscalizador do Estado nas concessões e permissões de serviços públicos, exercido através dos Entes Reguladores ou Órgãos Reguladores, afigura-se como um tema de grande importância e atualidade, frente às inovações nos campos constitucional, administrativo, econômico e financeiro por que vem passando a sistemática estatal brasileira, bem como frente às novidades na comunidade econômica mundial.

A pesquisa buscou aprofundar os estudos no campo do Órgão Regulador, assunto bastante específico, recente e ainda pouco trabalhado no Brasil, traçando seus aspectos gerais e enfocando seus limites de atuação.

Importante salientar, desde já, que estão por conta destes órgãos o controle da prestação adequada dos serviços públicos a cargo das empresas concessionárias ou permissionárias, com a possibilidade de normatizar e regulamentar a matéria adstrita à sua esfera de atuação (poder regulador), bem como sancionar o prestador do serviço que não corresponda às necessidades (poder fiscalizador).

Foi analisado o tratamento legislativo e doutrinário que o órgão regulador tem em outros países, tais como a Inglaterra, os Estados Unidos da América e a Argentina. A par deste delineamento, estudou-se o tratamento que a legislação brasileira tem dado ao assunto, não nos esquecendo de que o assunto já foi alvo de muitas discussões no passado, mais precisamente, na década de 1930. Na doutrina nacional, efetuou-se um estudo bibliográfico, já deixando claro que são poucas as modernas obras literárias editadas sobre o tema.

O objetivo mais geral da pesquisa foi o estudo do Órgão Regulador, elaborando estudo comparado entre a maneira pela qual é tratado na legislação e doutrina estrangeiras e na nacional, embasando as opiniões expostas em autores que atualmente tratam do assunto. O estudo do Órgão Regulador teve por base mostrar um modelo ideal, isento dos vícios e problemas que ocorreram no passado. Já quanto ao objetivo mais específico, este se concentrou na elaboração de conclusões a respeito do alcance e competência reguladora e fiscalizadora de tais órgãos, a partir do estudo comparado, apontando os vícios e problemas ocorridos nestes países, bem como a viabilidade de se aplicar modelos alienígenas ao caso brasileiro, considerando-se a realidade brasileira, conforme suas particularidades geográficas, históricas, econômicas e legais.

Assim, tomou-se o cuidado de escolher e delimitar um tema que deixasse margens para uma pesquisa positiva, bibliográfica e de campo, não sendo, portanto, o trabalho uma pura criação mental e pessoal. Trata-se de um tema fechado, em que o rigor, a precisão, o aprofundamento das questões abordadas que se exigem de um trabalho científico puderam ser atingidos. Procurou-se ainda a clareza e precisão de dados, não deixando porém de lado a inteireza, imparcialidade, ordem, acuidade e objetividade.

I. A REFORMA DO ESTADO

1. Noção de Estado

Preliminarmente, faz-se necessário o entendimento da noção de Estado, explanando resumidamente como este se originou e como se apresenta, atualmente. O Estado sofre as influências próprias de cada época e portanto, não pode ser encarado como imutável, muito pelo contrário, pois se trata de uma das formas da dinâmica social. É a forma política da *socialidade* - citando Darcy Azambuja¹ - e por isso varia no tempo e no espaço. O Estado antigo, o Estado medieval, o Estado que se organizou sob a influência da Revolução Francesa foram diferentes do Estado contemporâneo. Além das influências sofridas, em todos os tempos, o homem desejou modificar e, quase sempre, modificou o Estado em que viveu.

O vocábulo Estado, no sentido hoje empregado, é relativamente novo. Os gregos, cujos Estados não ultrapassavam os limites da cidade, usavam o termo *polis* (cidade), derivando *política* (a arte ou ciência de governar a cidade). Os romanos, com o mesmo sentido, tinham o termo *civitas* (cidade) e *respublica* (coisa pública), tendo o termo *status* (estado) não com esta significação, mas como de situação, de condição. Os romanos empregavam freqüentemente a expressão *status reipublicae* para designar a situação, a ordem permanente da coisa pública, dos negócios do Estado. Talvez daí, pelo desuso do segundo termo, tenham os escritores medievais empregado *Status* com o significado moderno. Posteriormente, na linguagem política e em documentos públicos, o termo Estado referiu-se às três grandes classes que formavam a população dos países europeus: a nobreza, o clero e o povo, ou os *Estados*, como eram abreviadamente designados. Reino e República eram palavras que traduziam a idéia de organização política, não tendo República qualquer relação com uma das atuais formas de governo, em oposição à Monarquia.

Marco Túlio Cícero, em sua obra “*Da República*”, utiliza o vocábulo

¹ AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 5ª ed., Porto Alegre: Editora Globo, 1969, p. 6.

para designar o *Senatus Populus Que Romanus*, mas, de modo geral, diz-se que foi a partir do séc. XVI que o termo Estado, aos poucos entrou na terminologia política dos povos ocidentais, traduzindo-se no *État* francês, *Staat* alemão, *State* inglês, *Stato* italiano ou *Estado* em português e espanhol.

É atribuída a Nicolau Maquiavel (1469-1527), natural de Florença, Cidade-Estado em que fez carreira como político ativo e hábil diplomata, onde chegou a ocupar o alto cargo de secretário da república florentina, a descrição do Estado como organismo político superior da sociedade. No entanto, na Idade Média, já havia referências a tal organismo, sendo freqüentemente denominado “*Status rei publicae*”, conforme algumas correspondências papalinas e documentos de diversos senhorios. Desta forma, claro está que Maquiavel não somente utilizou como popularizou uma palavra que já havia sido criada.

Há que se explicitar a previsão de alguns métodos de estudo e descrição do Estado. O primeiro é atribuído a Georg Jellinek, considerado pai da teoria jurídica do Estado enquanto disciplina, que contemplava diferentemente o Estado sociológico e o Estado jurídico. À sociologia das organizações complexas caberia a análise dos fenômenos governamentais e administrativos, enquanto aos juristas o estudo do Estado enquanto relação e norma jurídica. O segundo método é o de Hans Kelsen, que em sua Teoria Pura, radicalizou tal posição, negando qualquer caráter de fato ao Estado, pois segundo ele, Estado é o repositório da normatividade vigente em certo local e em determinado momento. O terceiro método foi desenvolvido por Frederic Engels que, partindo da teoria de Marx, observou a existência de uma estrutura diferenciada conforme o ciclo histórico-econômico da humanidade, apontando para um Estado escravocrata e imperial correspondendo ao escravismo; um Estado senhorial ligado ao feudalismo e um Estado burguês levando ao capitalismo. No entanto, mais aceitável é a posição de Norberto Bobbio que, servindo-se de determinados elementos originários de tais métodos, adotou uma metodologia que sendo histórica, jurídica, sociológica e deontológica, englobou o Estado como um todo.

No que concerne à linguagem, mais especificamente à semântica, atingir o exato significado das palavras constitui tarefa difícilíssima. Tal situação é agravada ao se tratar de vocábulos especiais, como é o caso do termo Estado. Percebe-se que,

dependendo do plano de conhecimento tomado como referência, chegaram os estudiosos no assunto a diferentes possibilidades, sendo encontrados alguns significados bastante pertinentes:

No plano sociológico, com base no Prof. Fritz Morstein Marx², o Estado é uma organização complexa, de caráter e finalidade pública. No entanto, baseando-se em Karl Marx³, Estado seria a comissão diretora dos negócios da classe dominante. Politicamente falando, a UNESCO o conceitua como “uma instituição política por excelência”, mas Smend, Loewenstein e Zippelius o entendem como “... *o esquema integrador central da comunidade estatal (...), sua constituição política verdadeira.*”⁴ No plano jurídico-objetivo, conforme Alexandre Gropalli⁵, é a organização jurídica e política encarregada de criar, manter e aplicar as diversas normas jurídicas que disciplinam a vida social, tendo como finalidade a ordem, o bem estar, o progresso e a defesa desta. Não se poderia, porém deixar de citar Hans Kelsen que define Estado como apenas e tão somente um fenômeno técnico jurídico. Já no plano jurídico-subjetivo, consultando Dalmo de Abreu Dallari⁶, percebe-se o Estado como um progresso no campo da disciplina jurídica de interesse coletivo. Quase a totalidade da doutrina o considera, a partir de diferentes fundamentos, como pessoa jurídica de Direito Público. Não obstante, alguns negam-lhe esta qualidade, argumentando que o Estado não é uma unidade, nem um todo vivo, nem sequer sujeito de direitos, mas apenas a união de seus elementos, gente e terra, ou melhor, povo e território, dominados por uma unidade superior.

A diferenciação no entendimento do termo Estado gera conflitos de concepção e conduz à admissão de diversas e variadas acepções, assumindo variados significados. Exemplifica-se citando o sentido originário que Maquiavel lhe deu n“O Príncipe” (1513), como uma sociedade ou associação política permanente em determinadas situações ou circunstâncias históricas; no seu sentido mais amplo e genérico é a organização complexa e a instituição política superior da sociedade, indicando as muitas instituições, organizações políticas e administrativas, o governo e mesmo a sociedade. Mais

² MARX, Fritz Morstein. *O Estado administrativo*. Madrid: Estudios Administrativos, 1975, p. 35-50.

³ MARX, Karl. *Manifesto do Partido Comunista*. Ob. Escolhidas, São Paulo: Abril Cultural, 1982, p. 109.

⁴ ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. 2ª ed., Lisboa: Fundação. Calouste Gulbekian, 1984, p. 35-36.

⁵ GROPELLI, Alexandre. *Doutrina do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1962, p. 110-141.

⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, p. 103-107.

restritamente é considerado como uma instituição política, jurídica e social. Pode, extrapolando a noção de organismo, ser utilizado para tratar da situação política e jurídica atribuída a uma pessoa em razão da casta ou classe social, para o exercício de seus direitos.

Técnica e juridicamente tem-se Estado como a organização suprema e soberana da sociedade, dotada de personalidade jurídica de Direito Público, detendo o monopólio jurisdicional e a possibilidade de coerção, legitimamente organizada, tudo com a finalidade de se alcançar o bem comum. Perfeita se mostra, nesta acepção, a definição elemento-finalística de Dalmo de Abreu Dallari: “*Estado é a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território*”.⁷

2. O Antigo Regime e o Estado Liberal

Antes de ingressar propriamente no que se convencionou chamar de Estado Liberal, não ignorando que alguns autores aceitam a existência de Estado na Antigüidade, é importante fazer algumas considerações.

Durante a Idade Média, o poder político era controlado pelos diversos senhores feudais, que se submetiam, geralmente, ao imperador do Sacro Império e ao Papa. Não havia, portanto, Estados nacionais centralizados. As crises do final desse período provocaram a lenta dissolução do sistema feudal e prepararam o caminho para a implantação do capitalismo, que necessitava da centralização do poder político para se desenvolver. Essas transformações repercutiram no plano político através do surgimento do Estado moderno. A terra foi aos poucos deixando de ser a fonte de riquezas, que se expandiram, promovendo o comércio e as grandes transformações econômico-sociais.

Tal fenômeno podia ser observado nas regiões próximas às rotas comerciais, ou longe delas. Na primeira alternativa, os servos entravam em contato com os mercadores e, de algum modo, começavam a produzir mercadorias; quando acumulavam recursos econômicos, libertavam-se dos senhores feudais e migravam para as cidades. Na segunda alternativa, só os senhores feudais entravam em contato com os mercadores e, atraídos pelos lucros alcançados através desses contatos, passavam a explorar ainda mais os servos. Assim, de uma forma ou de outra, a expansão do comércio contribuiu para

⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 102.

desorganizar o sistema feudal.

A burguesia, nova classe social surgida e ligada ao comércio, tornou-se cada vez mais rica, poderosa e consciente de que a sociedade, como estava se organizando e progredindo, necessitava de uma nova organização política, de governos estáveis e de uma sociedade ordeira. Esse processo histórico levou ao surgimento do Estado moderno, que se formou em oposição a duas forças características da Idade Média: (1) o regionalismo dos feudos e das cidades, que gerava a fragmentação político-administrativa e (2) o universalismo da Igreja católica (e do Sacro Império), que espalhava seu poder ideológico e político sobre diferentes regiões européias.

Vencendo o regionalismo e o universalismo medievais, o Estado moderno tinha por objetivo a formação de sociedades nacionais, caracterizadas por: (1) um idioma comum, elemento cultural que mais influenciou o sentimento nacionalista, servindo para identificar as origens, tradições e costumes comuns de uma nação; (2) um território definido, visto que cada Estado foi definindo suas fronteiras políticas, estabelecendo-se os limites territoriais de cada governo nacional; (3) soberania, uma vez que no mundo feudal o poder estava baseado na suserania, ou seja, na relação de subordinação entre o suserano (senhor) e o vassalo. Aos poucos, em substituição à suserania foi surgindo a noção de soberania, pela qual o soberano (governante) tinha o direito de fazer valer as decisões do Estado perante os súditos e (4) formação de um exército permanente, para garantir as decisões do governo soberano, sendo por este mantido e controlado.

Surgiu, assim, o que ficou conhecido como Antigo Regime, compreendido como um sistema sócio-político-econômico caracterizado pela monarquia absoluta, que expressou o período compreendido entre o século XVI e as revoluções liberais burguesas do século XIX. Do ponto de vista social, evidenciava-se pela divisão da sociedade em nobreza, Igreja e terceiro estado; política e juridicamente, pela centralização e soberania do poder e, economicamente, pela agricultura como fonte principal de riqueza. Chama a atenção a existência de um soberano governante, sendo que com Henrique IV e Henrique V na Inglaterra, Luís XIII e Luís XIV na França, a centralização do poder monárquico atingiu seu ponto máximo. Vale lembrar que Luís XIV (1661-1715), conhecido como Rei Sol, tornou-se o símbolo supremo do absolutismo francês, sendo a ele atribuída a famosa frase "*l'État c'est moi*", ou seja, o Estado sou eu.

Com o advento do Estado Liberal, saiu de cena a figura do governante supremo, que personificava o modo de organização estatal absolutista. Os Poderes Públicos foram submetidos ao império da Lei e os particulares passaram a ter direitos frente ao Estado. Os “súditos” do Absolutismo galgaram a condição de cidadãos livres, não havendo nada mais lógico do que a ideologia dominante ter adotado, por postulados básicos, a garantia dos emergentes direitos humanos, conhecidos como de primeira geração, com enfoque individualista (direitos individuais).

É fato, porém, que o Estado de direito concebido por Kant e desenvolvido pela ciência política, termina por transfigurar-se em um estado liberal burguês. Neste, a liberdade, que é seu pressuposto, transforma-se em um fim em si mesma, para cuja consagração se limita consideravelmente o âmbito de atuação do Estado, restringindo-o apenas a uma espécie de *État gendarme*, ou Estado polícia, ao qual se atribuiu função meramente garantidora desta ordem. Emerge, frente ao Estado, o conceito de sociedade civil, como um âmbito privativo do cidadão, entendendo-se por tal, preferentemente, o proprietário. O conceito de igualdade, substancial e elementar à democracia, é reduzido à igualdade formal perante a lei. Deste quadro decorre toda construção da economia, que faz da liberdade econômica uma prerrogativa quase irrestrita e, da igualdade jurídica das pessoas, um instrumento para facilitar as transações entre partes, apenas formalmente, iguais.⁸

O chamado Estado Liberal era mínimo, limitado, exclusivamente, a atividades de segurança, saúde, manutenção da soberania, justiça e diplomacia. Portanto, como produto de sua doutrina abstencionista, era um Estado neutro quanto aos aspectos sócio-econômicos, áreas nas quais sua presença não se concretizava. A escola de Adam Smith, predominante nessa fase da evolução do Estado, não admitia o intervencionismo deste nas atividades lucrativas, caracterizando-se pelo princípio da não intervenção. Tal Estado comungava a máxima da imutabilidade das leis econômicas, em cujo meio vigorava o capitalismo do “*laissez-faire*”, no qual a liberdade de iniciativa era plena, tendo-se em mente que o livre jogo de mercado, sem outros fatores complementares, levaria ao

⁸ PACIELLO, Oscar. *Transformações do Estado: caráter das mudanças*. (Coordenação Augusto Martinez Perez), Franca/SP: UNESP, 1998, p. 142-143.

desenvolvimento do Estado e da sociedade.⁹

Odete Medauar acentua, com propriedade, que a independência do fenômeno econômico, decorrente da não ingerência do ente público neste campo, ocorreu como repúdio à política econômica absolutista, que, no intuito de assegurar uma balança comercial favorável, monopolizava nas mãos do Estado as regras de preços e padrões de mercadorias, assim como sufocava qualquer vestígio de iniciativa privada e concorrência.¹⁰

Seguindo tal política, o Estado mínimo, defendido pelos teóricos do liberalismo econômico, produziu grandes desigualdades sociais ao assimilar a ideologia de que os interesses antagônicos existentes na sociedade, harmonizar-se-iam sem a ingerência do ente público. Como a proteção ao interesse individual era a máxima da época, os direitos dos entes privados se revestiam de caráter absoluto, não podendo ser contrastados em face de interesses coletivos. Desse modo, o ordenamento jurídico foi construído com o propósito de assegurar os direitos dos indivíduos, acentuando ainda mais o abismo das desigualdades supra citadas. Observa-se que nesse tipo de organização estatal era dada importância aos direitos tendentes a limitar o poder do Estado: direitos políticos e direitos individuais.

O Estado liberal, intimamente associado a pressupostos capitalistas, caracterizava-se, como já citado, pela neutralidade assumida na cena sócio-econômica, fazendo com que a doutrina do “*laissez-faire, laissez-passer*”¹¹ lhe conferisse base ideológica. A missão do legislador era tornar inviolável a liberdade do cidadão, preferencialmente imune à ação do Estado, que passaria o mais despercebido possível. Apesar de ter atingido um expressivo desenvolvimento econômico, com sua ideologia de abstenção, não logrou sucesso no âmbito do social.

A doutrina abstencionista é suplantada, na medida em que o Poder Público passa a desenvolver uma atividade econômica - expressão aqui tomada “*lato sensu*”- abraçando tanto a prestação de serviços destinados à fruição pela coletividade, como iniciando sua influência nas atividades econômicas de domínio privado. Mais

⁹ ALBUQUERQUE, Iara Maria Pinheiro de. *Estudos de direito administrativo*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1997, p. 269-270.

¹⁰ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1992, p. 77.

¹¹ Doutrina econômica segundo a qual não deve haver qualquer interferência no campo econômico, deixando que a economia, por suas regras próprias, governe as relações de mercado e de produção. Utilizada também para designar a postura de abstenção que deve manter o Estado perante a economia, característica do Estado abstencionista ou liberal.

incisivamente e no apogeu de sua nova faceta, o Estado amplia o seu campo de atuação, apoderando-se de atividades típicas dos particulares à época do Estado Liberal.

Analisando a História, são citados como os mais importantes motivos que levaram à transformação do Estado Liberal em Estado Intervencionista: (1) o surgimento das chamadas economias de escala, contrariando a filosofia liberal de mercado; (2) a ocorrência de crises, em períodos aproximadamente decenais, caracterizadas por estocagem e desemprego (deficiência de mobilidade dos meios de produção); (3) a presença de efeitos externos à produção e que não puderam ser apurados pelo mercado; (4) no âmbito do próprio Estado Liberal, desenvolveram-se idéias que pretendiam a negação do mercado e a total planificação da economia, gerando benefícios coletivos (as teorias socialistas); (5) considerou-se a venda da força de trabalho como a venda de qualquer mercadoria; (6) a I Guerra Mundial fez surgir a necessidade do Estado atuar para organizar as atividades produtivas, direcionando-as para o esforço de guerra, o que abriu caminho para uma experiência intervencionista concreta.¹²

A conduta interventiva do Poder Público no campo privado, como corolário do Estado Social, foi resultado do vácuo proporcionado pela doutrina neutralista do Estado Liberal. O Estado mínimo produziu grandes desigualdades sociais ao assimilar a ideologia de que os interesses antagônicos da sociedade se harmonizariam sem a ingerência do ente público. Como isto não aconteceu, a adoção de uma política intervencionista tornou-se premente, tendo por finalidade assegurar os direitos sociais, inclusive em grau de supremacia, frente aos direitos individuais. Tais direitos, todavia, não deixaram de ser garantidos pelo ordenamento jurídico subsequente, sendo vedado ao Estado intervir no domínio econômico com violação aos direitos das pessoas privadas. Interessante é notar que não se pretendeu atrofiar os direitos individuais diante da ideologia de então, que passou a assegurar os direitos sociais (ou direitos humanos de segunda geração), pois para predominância destes, dependeu-se e depende-se, muito intimamente, dos direitos individuais que, ao lado dos direitos de segunda geração, emergiram revestidos de maior amplitude e importância.¹³

¹² PINHO, Judicael Sudário de. Responsabilidade do Estado por intervenção no domínio econômico. *Revista de Direito*, ano 1, nº 1, ago/92, Fortaleza/CE: Centro de Ciências Humanas – UNIFOR, 1992, p. 121-122.

¹³ ALBUQUERQUE, Iara Maria Pinheiro de. *Estudos de direito administrativo*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1997, p. 270.

Idealiza-se, desta feita, o Estado Social, que interviria no contexto sócio-econômico, a fim de corrigir distorções e trazer equilíbrio à sociedade. Assim imaginado, o Poder Público preocupa-se com as camadas pobres da população, exploradas pela classe produtora e detentora dos bens materiais, encarregando-se do bem estar de toda a coletividade, sem suprimir a iniciativa privada, mas condicionando-a à preservação dos interesses públicos. Mantém-se, contudo, o postulado básico do Estado Liberal: a separação entre os trabalhadores e os meios de produção, que gera a mais-valia, de apropriação privada pelos detentores de tais meios. Assim, intervencionismo de Estado e socialismo são conceitos completamente diferentes.

3. O Estado de Bem Estar ou Welfare State

A concepção do Estado modificou-se em decorrência das mudanças do final do século XIX. Passou de uma postura neutra - época do liberalismo econômico - a uma postura de intensa atuação no campo sócio-econômico, dizendo-se ter evoluído para o que se convencionou chamar de Estado Social, Estado Intervencionista, Estado de Bem-Estar ou “Welfare State”.

Iara de Albuquerque propõe que se vá além de considerações puramente econômicas, para analisar outra faceta da situação: a da alteração no modo de pensar das pessoas com relação ao crescimento do Estado. Isto ocorreu devido ao fato da opinião pública, após 1914, passar a se assentar primordialmente nas cidades, formando-se cada vez mais uma opinião pública urbana, pois os conglomerados humanos trocaram seu contexto campesino medieval por um contexto industrial, passando o modo de vida a ser um reflexo do crescente processo de industrialização do Ocidente. A Primeira Guerra Mundial, a Grande Depressão de 1930 e o tremendo golpe da Segunda Guerra minaram o consenso popular sobre o Estado Liberal.¹⁴ Há que se acrescentar que a mudança do Estado Liberal em Estado Intervencionista não se deu rapidamente, mas teve lugar de forma paulatina, sendo certo que os graves acontecimentos citados aceleraram, sobremaneira, tal mudança.

¹⁴ ALBUQUERQUE, I. M. P.. *Estudos de direito administrativo*. São Paulo: Max Limon., 1997, p. 268-270.

A seqüência foi dada pela conduta de políticos e líderes de opinião, que perceberam que resistindo à adaptação às novas demandas sociais, mantendo o rígido apego ao Estado Liberal, com certeza, seriam levados à derrocada política. Assim, preferiram a adaptação à conversão em fósseis. Também a fé das elites dirigentes, ao modo do Estado Liberal, foi atingida, potencializada pela Grande Depressão e pelas duas Guerras Mundiais. E em se falando de fé, até a Igreja Católica, vendo-se a perder as massas obreiras, sentiu-se atingida. Seus dirigentes puseram em marcha um processo de recuperação “do social”, citando e interpretando textos bíblicos, o que acabou por culminar nas Encíclicas *Rerum Novarum* e *Mater et Magistra*.¹⁵

Funções sociais antes desempenhadas pelos indivíduos ou por algumas instituições foram rapidamente transferidas à responsabilidade e controle do Estado e, com elas, também a necessidade de dotação dos correspondentes e necessários recursos. Tal processo, em alguns países, datou de meados do século XIX, quando a filantropia da sociedade passou paulatinamente às mãos do Estado, como provam as leis do Parlamento Inglês de 1830, determinando a presença estatal em domínios desconhecidos por ele, até então. Em muitos países, ainda que não em todos, o crescimento do aparato Estatal e a centralização ocorreram paralelos. Populações crescentes, rápidos processos de urbanização e mudanças profundas no modo de vida potencializaram problemas de saúde pública, manutenção da ordem e cumprimento da lei, dentre outros. Grupos sociais, antes marginalizados, passaram a ter poder diante dos anteriores grupos dirigentes.

Assim, as atuações estatais implementadas significaram a necessidade de um Estado maior e dotado de um mecanismo de intervenção muito mais centralizador e eficaz. A centralização ocorreu num paralelismo quase perfeito com a política dirigista, excetuando-se somente a Alemanha, Bélgica e Holanda. Centralismo e intervencionismo significaram uma nova e idêntica sensibilidade da opinião pública, convertendo-se tais

¹⁵ Documentos papais solenes. O primeiro, datado de 15 de maio de 1891, editado pelo Papa Leão XIII, proclama princípios para a solução cristã de problemas relacionados ao trabalho (os novos métodos industriais, a relação entre patrões e empregados, a acumulação de riquezas em poucas mãos, a pobreza amplamente estendida, a maior consciência do valor da mão de obra e a união dos trabalhadores). Foi um dos primeiros alertas neste campo e teve o mérito de abrir um horizonte muito mais luminoso, reconhecendo-se a gravidade da questão social produzida pelo capitalismo, rejeitando, porém, soluções revolucionárias ou igualitárias. O segundo, datado de 14 de maio de 1961, editado pelo Papa João XXIII, trata do desenvolvimento da questão social à luz da doutrina cristã, abrindo caminho para a Teologia da Libertação (surgida em 1968) e para o alinhamento de uma parte do clero católico com posições de esquerda. Aborda questões de relacionamento entre a iniciativa privada e a intervenção dos poderes públicos no campo

mudanças no modo de pensar em elementos nítidos de legislação social. Na Europa, foram introduzidos programas de seguridade para o trabalhador (seguro desemprego, seguro enfermidade, seguro demissão, seguro aposentadoria, etc.). Como um dos elementos impulsionadores desta mudança de opinião, a Primeira Guerra Mundial trouxe significativo aumento no elenco das funções estatais, tendo havido, durante o entre-guerras, muitos intelectuais que contribuíram para a difusão do novo ideário, adaptando-o aos anseios das classes emergentes.

Nos Estados Unidos da América, este espírito chegou após o choque que sofrera a estabilidade vivida até a Grande Depressão dos anos trinta. As elites dirigentes de todo tipo uniram-se, em nada parecendo estranho que ao Estado fossem designadas funções antes reservadas à exclusiva responsabilidade da família, resultando num Estado maior e mais centralizado.

Passou o Estado a ter mais gastos, não tão vultosos de início, mas devido à nenhuma resistência dos cidadãos quanto à sua expansão, estes foram crescendo continuamente. Era complacente a opinião pública diante do comportamento expansivo da Administração, que carregava agora antigas responsabilidades dos particulares. A este respeito, cite-se que um moderado gasto inicial, como o de entre-guerras, pôde albergar em seu seio a centelha de um crescimento exponencial.¹⁶

Na ânsia de tutelar os valores da justiça social, os serviços públicos avultaram-se, passando, o ente estatal, a desenvolver uma política de prestação de serviços vastíssima, englobando toda ordem de atividades com vistas à satisfação de toda e qualquer necessidade pública. Conforme bem atentou Rosavallon, o Estado Social busca substituir a incerteza da providência religiosa pela certeza da providência estatal, no afã de secularizar-se.¹⁷ Neste sentido, não é sem propósito que também seja denominado de Estado de Bem-Estar, Estado-Providência ou Estado-Assistencial.

Na seara da exploração econômica, o Poder Público passou a atuar sistematicamente com leis limitadoras, planejamento e incentivos a determinados setores da

econômico, a remuneração pelo trabalho e a propriedade privada, buscando a recomposição da convivência humana.

¹⁶ ALBUQUERQUE, Iara Maria Pinheiro de. *Estudos de direito administrativo*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1997, p. 23-26.

economia - essencialmente os referentes à consecução de necessidades públicas - chegando, inclusive, a desempenhar diretamente algumas atividades econômicas. Tal atuação do ente público no campo econômico representa a principal característica da ideologia propulsora do Estado Social. Os teóricos desse modelo de organização estatal contestaram o pensamento liberal que construiu os domínios público e privado estanques e independentes, de modo que um não deveria exercer qualquer influência sobre o outro. Este estado de coisas sofreu profundas modificações com o advento do Estado Social, não obstante a continuidade da existência dos dois campos - público e privado - entre os quais passou a haver interação, principalmente por parte do Poder Público que, ao ampliar suas atividades, automaticamente, penetrou no setor privado.

É fundamental ressaltar que os particulares continuaram a ser os protagonistas do setor econômico, pois a entrada do ente estatal em domínio privado não teve por escopo suprimir a independência dos empreendimentos particulares, mas sim harmonizá-los e condicioná-los ao alcance de metas que redundassem no desenvolvimento da sociedade. Como a titularidade do setor econômico não “mudou de mãos”, a ação do Estado nesta esfera consubstanciou-se numa *intervenção*.

O setor público, de domínio estatal, ao realizar atividades que influenciam no campo econômico, com caráter interventivo, realiza atividades que são encaradas como ingerência em área estranha, regida por princípios diferentes dos que regem as atividades públicas. Os particulares são os legítimos empreendedores das atividades econômicas, haja vista que a iniciativa privada não sucumbiu com a derrocada do liberalismo e o ordenamento jurídico continuou a lhes assegurar a liberdade de iniciativa e a apropriação privada dos meios produtivos. Os direitos inerentes aos agentes econômicos do setor privado não poderiam ser postos em risco pela postura intervencionista do ente público, ficando vedado ao Estado intervir aleatoriamente na órbita econômica, devendo sua presença ser sempre pautada por ditames legais, a fim de garantir os direitos e prerrogativas dos titulares das relações econômicas.¹⁸

O intervencionismo econômico, uma das mais marcantes

¹⁷ Rosavallon apud MEDAUAR, Odete *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 88.

¹⁸ ALBUQUERQUE, Iara Maria Pinheiro de. *Estudos de direito administrativo*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1997, p. 271-272.

características do Estado Moderno, nasceu das transformações sofridas pelo Estado Liberal, que consagrava uma atitude de afastamento do Estado desse setor, regido que era pelo que foi denominado de “mão invisível”. A intervenção do Estado na ordem econômica representou o auge das chamadas Constituições Econômicas, arraigando todos os princípios e normas que regem a economia na Lei Fundamental, como vem acontecendo nas modernas constituições¹⁹. Sem dúvida que, para melhor compreensão, interpretação e aplicação, necessária é a análise dos fundamentos da ordem econômica e das premissas norteadoras da atividade geral do Estado, como a competência legislativa de seus entes políticos, a compreensão dos direitos fundamentais (dentre os quais a liberdade e suas conseqüências), a propriedade (como expressão do capitalismo) e o trabalho, como força maior do homem, bem como a atuação punitiva do Estado na repressão aos excessos na área econômica.²⁰

Essa nova postura do Estado é conseqüência direta do fato do homem ter assumido, paralelamente ao novo modo de pensar, a titularidade de direitos públicos subjetivos. Os poderes da instituição estatal foram limitados, investindo-se num complexo de relações jurídicas ativas, dentre as quais destacam-se os direitos do homem enquanto pessoa social, impondo ao Estado um dever de prestação, a ser cumprido em benefício dos indivíduos.

a. O Estado Intervencionista.

O Estado Social caracteriza-se pela intervenção econômica. Baseia-se na valorização dos direitos econômicos e sociais e na busca da justiça social, não podendo ser encarado como um “*aparelho destinado a cumprir os desígnios de uma classe dominante*”. O respeito e proteção à pessoa humana são imposições a todos os órgãos do

¹⁹ No ordenamento constitucional do Brasil, o art. 170, o primeiro da ordem econômica e financeira, dispõe que: “*A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:...*”. Estabelece as pilastras da ordem econômica no Brasil: a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, com o fim de assegurar a todos uma existência digna, consoante os preceitos da justiça social. Na condição de participante, o Estado atua no domínio econômico: monopolisticamente (a União - nas hipóteses relacionadas no art. 177 - e os Estados-Membros, na distribuição do gás canalizado – art. 25, § 2º) e concorrentemente. Em ambos, por intermédio de empresas públicas, de sociedades de economia mista e outras entidades paraestatais. Na qualidade de órgão normativo, cumpre lembrar que a intervenção só pode ser exercida na forma da lei. A atuação do Estado, como agente normativo, não pode tangenciar os princípios arrolados no art. 170.

²⁰ PINHO, Judicael Sudário de. Responsabilidade do Estado por intervenção no domínio econômico. *Revista*

Estado, devendo sua modernização refletir tendências que privilegiem a justa solução das questões sociais. Se assim não for, o Estado terá falhado na sua missão institucional.²¹

Para ainda melhor se caracterizar o Estado intervencionista, cumpre ressaltar que a intervenção estatal no domínio econômico nada tem de socializante, cumprindo-lhe o papel de tão somente mitigar os conflitos do Estado Liberal por intermédio da atenuação de suas características: a liberdade contratual e a propriedade privada dos meios de produção, competindo a ele impor uma função social a estes dois institutos. E não é por acaso, talvez, que aqui se encontre a função primordial da intervenção estatal: mitigar os conflitos que existiram no Estado Liberal, sem, jamais, buscar a sua destruição. As características do Estado Liberal permanecem, porém, em dimensão atenuada. Da propriedade privada dos meios de produção alcançou-se a função social da propriedade e, da liberdade contratual, chegou-se ao dirigismo contratual. No entanto, foi mantido o postulado básico do Estado Liberal, a separação entre o trabalho e os meios de produção, gerando a mais-valia, de apropriação privada pelos proprietários destes meios.

Nada havendo de socializante nesta transformação, que objetivou apenas atenuar os conflitos observados no Estado Liberal, há quem defenda que tal alteração do Estado veio como uma resposta à burguesia que se sentiu ameaçada pelas tensões sociais existentes, possibilitando uma maior flexibilização do regime liberal. Segundo Massimo Severo Giannini²² apud Judicael Sudário de Pinho, “*a decisão de intervir e a intervenção têm um custo que não recai sobre os beneficiados pela intervenção, mas sobre a coletividade inteira. É também verdadeiro que a classe dominante transfere para a coletividade o custo dos próprios conflitos internos*”. Defende o autor que a burguesia se beneficiou triplamente: (1) com a flexibilização do sistema, possibilitando sua manutenção, de forma mitigada, (2) com a divisão por todo o povo dos custos da infraestrutura básica necessária para o desenvolvimento do capital e (3) com os benefícios colhidos em decorrência da concessão de obras e serviços públicos.²³

de Direito, ano 1, nº 1, ago/92, Fortaleza/CE: Centro de Ciências Humanas – UNIFOR, 1992. p. 120-121.

²¹ MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 499.

²² GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto pubblico dell'economia*. Bologna: Il Mulino, 1977, p. 33.

²³ Sobre intervencionismo, segundo Judicael Sudário de Pinho (Responsabilidade do Estado por intervenção no domínio econômico. *Revista de Direito*, ano 1, nº 1, ago/92, Fortaleza/CE: Centro de Ciências Humanas - UNIFOR, 1992, p. 119-132), esclarece-se que tal fenômeno é dimensionado, na doutrina, segundo a seguinte classificação: 1. intervencionismo - fase inicial da decadência do regime liberal, caracterizada por medidas

Assim, o que se verifica hoje é uma tendência do Estado manter uma intervenção reguladora permanente numa economia capitalista, em contraposição ao absentismo do Estado Liberal. Sem conduzir necessariamente à estatização de empresas privadas, a ação governamental pode existir sob as formas de regulamento, participação, fomento, controle e planificação da produção, incluindo medidas como tabelamento de preços, serviços e salários, controle do comércio exterior, incentivos fiscais e creditícios, concessão de contratos de fornecimento ao Estado e execução de obras públicas. A evolução das economias ocidentais revela a presença crescente do dirigismo estatal, sempre em meio à crítica de defensores do Liberalismo. No entanto, é inegável que com o desenvolvimento da economia capitalista e a formação dos monopólios no final do século XIX, os princípios do liberalismo econômico foram cada vez mais entrando em contradição com a nova realidade econômica, baseada na concentração de renda e de propriedade. Esta defasagem acentuou-se com as crises cíclicas do capitalismo, sobretudo a partir da I Guerra Mundial, quando o Estado se tornou um dos principais agentes orientadores das economias nacionais. Coube a J. M. Keynes redefinir os pressupostos da economia clássica, encarando a intervenção do Estado na economia e os próprios monopólios como uma evolução racional e natural no desenvolvimento capitalista. Na sociedade capitalista moderna, o atual liberalismo econômico se mantém mais ao nível da retórica, havendo, na prática, alto grau de dirigismo econômico. Também as diretrizes dos mais importantes organismos econômico-financeiros internacionais, como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e a Organização do Comércio Internacional (OMC), contradizem os postulados do liberalismo clássico.

esporádicas e sempre circunscritas a ocasiões específicas, com objetivo de solucionar problemas concretos que surgiam e podiam colocar em risco a manutenção do regime; 2) dirigismo - segunda fase da atuação estatal, que passa a ser mais firme e coerente com atos sistemáticos de ajuda e reforço à iniciativa privada, inclusive com objetivos políticos e econômicos predeterminados; 3) planificação - último e mais acabado estágio da atuação do Estado Intervencionista, inclusive com previsões que abrangem largo período temporal, com análise econômica global. Citado por Pinho, Geraldo de Camargo Vidigal, em sua obra *Teoria geral do direito econômico* (São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977, p. 13-17) encara diferentemente os graus de intervenção: a) o Estado Liberal seria a tese, no qual era propugnada a inação estatal como ideal social; b) o Estado Coletivista a antítese, que concebia toda a economia controlada pelo Estado e todos os movimentos econômicos por ele determinados, como reação ao Estado Liberal; e c) conseqüentemente, surgiu a síntese dos Estados Liberal e Coletivista no Estado de Iniciativa Dual, onde tanto o Estado como os agentes econômicos privados interagiriam no mercado. Resumida e hipoteticamente, três são os modos pelos quais o Estado pode intervir no domínio econômico: a) disciplinando-o, através de imposição de limitações para compatibilizá-lo com os interesses coletivos - poder de polícia; b) fomentando-o, com a propiciação de estímulos e condições de desenvolvimento mediante implantação de infra-estrutura, de concessão de financiamentos, de apoio tecnológico, de isenção de tributos, etc.; e c) assumindo-o, como protagonista, como titular do domínio econômico, valendo dizer, como agente que o explora diretamente.

Duas foram as principais classes de intervenções. A primeira consistente em uma *intervenção conjuntural*, com vistas a manter a economia no caminho do equilíbrio interno e externo; a segunda, numa *atuação protetora e distributiva*, foi envolvida com o rótulo de Estado de Bem Estar, Estado Providência ou *Welfare State*. Mas, qualquer que fosse a modalidade adotada, o instrumento era sempre o Estado.

É necessário rememorar o quadro da Europa em meados da década de 1960, ou seja, aquela situação em que as economias estavam sendo afetadas por perigosos repentes de inflação, o que se deu na Alemanha, Reino Unido, Holanda, Bélgica, Suécia, Suíça e mesmo nos Estados Unidos da América. As medidas então adotadas sedimentaram o ajuste, tratando-se principalmente de (1) reduzir a demanda interna e (2) frear os danos da balança de pagamentos. Deste episódio, duas lições fundamentais podem ser tiradas. A primeira ligada ao fato das economias avançadas terem sido concebidas e manejadas como artefatos manipuláveis, porém, sempre sob as rédeas do Estado, devido à desconfiança de que os mercados não fossem capazes de operar com estabilidade. A segunda, considerada mais importante, é a consolidação do Estado de Bem-Estar nas economias avançadas do Ocidente.²⁴

Este novo modelo derramava demasiados benefícios sobre a população menos favorecida, apesar do gasto público crescer vertiginosamente em valores absolutos. A quantificação do crescimento dos gastos públicos em relação ao PIB pode ser percebida com clareza diante da visualização dos valores, conforme a tabela a seguir:

Gasto social em relação ao PIB
Porcentagem (1)

	1960	1975	1980
Conjunto OCDE (2)	12,3	21,9	23,3
Estados Unidos	9,9	18,7	18,0
Outros Grandes OCDE (3)	12,7	21,4	22,8
Pequenos Países OCDE (4)	12,2	22,7	24,1
Espanha	9,7	13,0	16,2

Fonte: GONZALES, Manuel-Jesus; MENDOZA, Isabel. *¿Aonde va el sector publico? Del Estado de bienestar al bienestar com menos Estado*. Informes del Instituto de Estudios y Analisis Economicos da Secretaria de Estado de Economía, Ministerio de Economía y Hacienda de España. Espanha: Editado pelo Instituto de Estudios y Analisis Económicos Pedro Teixeira, 8-10ª e impresso por Solana e Hijos, Artes Gráficas S.A., 1997, p. 12.

²⁴ GONZALES, Manuel-Jesus; MENDOZA, Isabel. *¿Aonde va el sector publico? Del Estado de bienestar al bienestar com menos Estado*. Informes del Instituto de Estudios y Analisis Economicos da Secretaria de Estado de Economía, Ministerio de Economía y Hacienda de España. Espanha: Editado pelo Instituto de Estudios y Analisis Económicos Pedro Teixeira, 8-10ª e impresso por Solana e Hijos, Artes Gráficas S.A., 1997, p. 09.

Notas: (1) Média não ponderada; (2) Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico; (3) Japão, Alemanha, França, Reino Unido, Itália e Canadá; (4) Austrália, Áustria, Bélgica, Dinamarca, Espanha, Grécia, Irlanda, Noruega, Países Baixos, Portugal, Suécia e Suíça.

Existia, entretanto, um alto nível de autoconfiança na própria capacidade de se manter o crescimento, que, além de outras causas, contribuiu bastante para a diminuição dos mecanismos de defesa ante a expansão do gasto público. Desta forma, programas de bem estar, fáceis de criar, mas difíceis de cortar, surgiram por toda parte. Nos Estados Unidos da América, nas décadas de 1960 e 70, ocorreu a chamada “explosão de bem estar”²⁵. O Estado Americano assumiu novas funções, sendo que os gastos com defesa cresceram depois da Segunda Grande Guerra, ao lado das novas responsabilidades assumidas como grande potência mundial. Contudo, durante as décadas centrais do século XX, estes gastos militares subiram menos que os outros, quando grande parte do gigantesco crescimento do gasto público deu-se em virtude das funções redistributivas e de bem estar.

No Reino Unido, desde o século XVIII até 1913, portanto por mais de cem anos, o gasto público não ultrapassou a cifra dos 12% do PIB. Dizia-se haver uma Administração Pública cujo gasto aumentava em impulsos discretos e localizados. Durante as primeiras décadas do século XX, tal gasto não ultrapassou 30%, porém, nos anos setenta, já extrapolava os 50%. Tal comportamento se deve, basicamente, à construção do Estado de Bem Estar naquele País, quando, a partir da vasta legislação social de 1945/48 que se prolongou até a década de 1970, chegou-se à cifra dos 70% do PIB, com inclusão de gastos com educação, saúde, seguridade social, moradia e serviços pessoais, compreendendo este último os serviços de assistência social a idosos, órfãos, enfermos,

²⁵ Há que se observar, porém, toda evolução, desde o período de 1930, quando havia moderada participação do gasto federal na renda nacional (3,8 %), sendo a maioria dos gastos feitos com defesa. O aumento posterior com relação à defesa deu-se após a Segunda Guerra Mundial, Guerra da Coreia e Guerra do Vietnã, bem como pelas novas funções assumidas pelos Estados Unidos como grande potência no equilíbrio mundial. Na década de 1980, a participação dos gastos com defesa decresceu no conjunto da renda, o que não ocorreu com os de bem estar que cresceram, forçados principalmente pela seguridade social.

Gasto público federal dos EUA em defesa, imposto negativo e outros. Porcentagem da renda nacional

Anos	Defesa e prestações a veteranos	Imposto negativo e bem estar	Outros	Total
1930	2,4	0,2	1,2	3,8
1940	3,6	1,6	7,3	12,5
1950	9,9	2,2	5,1	17,2
1960	12,1	4,8	5,5	22,4
1970	10,3	7,9	7,0	25,2
1980	7,3	12,6	8,5	28,4

Fonte: Friedman M y R (1984) p. 31.

inválidos, presidiários, dentre outros. Percebe-se um detalhe, a transferência para o Estado de funções que até então estavam sob a responsabilidade da família ou da Igreja, sendo este o ponto de debate que nutre a discussão sobre as adequadas funções que devem ser assumidas pelo Estado.

Estabelece-se uma distinção entre dois tipos básicos de *Welfare*. No primeiro, conhecido por *modelo ocidental* (Itália, França, Holanda, Bélgica e Luxemburgo), prevalecem aspectos distributivos, via rendas monetárias. No segundo, denominado *modelo escandinavo*, no qual se incluem a Inglaterra e os países do norte europeu, põe-se acento na provisão de serviços públicos por parte do Estado, como forma de se proporcionar as condições de bem estar esperadas.

Apontados tais fatos e demonstrados os dados, resta dizer que o Reino Unido e os Estados Unidos da América são os dois casos mais representativos para ilustrar as causas básicas do aparecimento e crescimento do Estado de Bem Estar nos países industrializados do ocidente. No entanto, não são os únicos, pois foram seguidos por governos de vários outros Estados que passaram a se pautar da mesma maneira.

A principal conclusão a que se chega, depois do que foi dito a respeito dos gastos públicos para proteção social, não pode ser mais óbvia. Tais gastos cresceram exponencialmente durante as décadas de 1960 e 70 e, mesmo no início da década de 1980, tal crescimento persistiu, como que por inércia do período anterior. A mensuração dá-se pelo exame do PIB de cada país, tendo sido percebido tendência semelhante nos demais países da Europa ocidental, não citados. Nota-se vigorosa contenção, resultante de comportamentos de direções opostas, alguns com níveis protetores tradicionalmente altos em gastos sociais, passando a moderar as taxas de participação destes gastos no PIB. Dentre alguns destes países pode-se citar a Alemanha, Luxemburgo, Reino Unido e Países Baixos. Outros, ajustando seus custos em proteção social, dentre os quais a França, Dinamarca, Itália, Espanha, Portugal e Grécia, procuraram baixar tais níveis, sendo certo porém, que todos ainda se encontram com níveis bastante altos (em média na Comunidade Européia aproximadamente 25,7% do PIB).

4. O Estado Subsidiário

a. O princípio da subsidiariedade.

María Yolanda Fernández García expõe uma conceituação interessante do princípio da subsidiariedade, colocando-o como um “*principio equilibrador ou moderador no exercício das competências e chave, portanto, de todo processo de integração político-econômica*”. Tradicionalmente ligado aos modelos constitucionais do tipo federal, hoje tem extrapolado tal órbita, sendo a pedra angular de sistemas jurídicos que não possuem características federativas, aplicando-se também na integração dos conglomerados supranacionais, como a União Européia e, por que não, o Mercosul. No enfoque do direito comunitário, a mesma autora expõe duas idéias envolvidas no princípio: (1) a subsidiariedade constituindo um critério de exercício de competências já atribuídas à Comunidade e não um critério de atribuição de competências, (2) operando somente em relação às competências concorrentes ou compartilhadas entre a Comunidade e os Estados que dela participam. Confirma-se, conforme o conceito, tratar-se de um fator de equilíbrio na distribuição de competências, significando a primazia dos Estados componentes como presunção geral e título de legitimidade para a intervenção comunitária, na medida que concorram os pressupostos da *insuficiência da ação estatal e eficácia da ação comunitária*.²⁶

Em contrapartida, Juan Carlos Cassagne²⁷, ao tratar do princípio sob o enfoque Estatal, coloca-o como corolário do Direito Natural, que preside os processos de transformação ou reforma que se tem ocorrido em diversos países do mundo. Se o Estado é encarado como a entidade suprema e perfeita, que persegue o bem comum, tendente ao bem de cada uma das pessoas que compõem a comunidade, não é justo que a ele estejam adstritas tarefas que os particulares possam realizar, sem prejuízo de seu poder de controlar

²⁶ GARCÍA, María Yolanda F.. *La integración hacia el siglo XXI*. Buenos Aires: EDUCAT, p. 474-492. No direito comunitário, a autora revela dois enfoques na sua aplicação: (1) *concepção descendente* ou “para baixo”, consistente, exagerando-se, na intervenção dos órgãos comunitários em assuntos particulares dos Estados, e (2) *concepção ascendente*, que abre uma maior margem para intervenção dos órgãos comunitários sempre que sua atuação resulte mais eficaz que a ação isolada dos Estados membros. Assim, do bom uso da aplicação do princípio dependerá o andamento harmonioso da União Européia nos próximos anos. Desta forma, ressalte-se que integração e subsidiariedade não são conceitos que se excluem, mas faces de uma mesma moeda, que se completam. Sendo um dos princípios básicos do direito comunitário (ao lado do *principio da atribuição de competências e da proporcionalidade*), no Tratado da União Européia (TUE) é assim posto: “*Nos âmbitos que não sejam de sua competência exclusiva, a Comunidade intervirá, conforme o principio da subsidiariedade, somente na medida em que os objetivos da ação pretendida não puderem ser alcançados de maneira suficiente pelos Estados membros e, por conseguinte, possam lograr-se melhor, devido à dimensão ou aos efeitos da ação contemplada, no plano comunitário.*”

²⁷ CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervencion administrativa*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 22-23.

o exercício destas atividades, ajustando-as ao bem comum.

Neste sentido, o conteúdo negativo do princípio da subsidiariedade constitui o principal limite à intervenção estatal naqueles campos em que, pela natureza das tarefas a serem realizadas, algumas atividades devem ser assumidas pelos particulares. O princípio possui também um conteúdo positivo, que vincula o Estado, impondo-lhe o dever de intervir, em caso de insuficiência da iniciativa privada, na medida em que sua ingerência seja socialmente necessária e não suprima, nem impeça, a atividade dos particulares.

Percebe-se uma dupla utilização do princípio da subsidiariedade. A primeira abordada pela autora supra citada, aplicando-o no campo do direito comunitário. A segunda, por Cassagne, que o aplica no direito interno. Não consiste na obrigatoriedade do Estado conservar a titularidade e o exercício direto daqueles encargos essenciais e indelegáveis, pela simples natureza deles, devendo, quando cabível, entregá-los aos particulares, ficando com a obrigação de intervir no caso de insuficiência destes.

O *princípio da subsidiariedade* é uma das fronteiras que delimitam a atuação econômica do Estado, estando subordinado ao princípio do interesse geral. De acordo com este, os particulares motivam suas ações no interesse particular, enquanto o Estado as motiva no interesse geral, portanto, a diferença entre a ação do Estado e dos particulares reside nos fins e fundamentos de um e de outro. O Estado não deve intervir em demasia, mas excepcionalmente, quando se está fugindo do interesse geral. Os particulares podem agir livremente, desde que não o façam contrariamente à lei. O caráter subsidiário da função estatal deve levar em conta dois níveis: (1) intervir subsidiariamente em razão de exigências do interesse geral e (2) utilizar os modos de intervenção de que dispõe.²⁸

b. Características mais relevantes da transformação do Estado.

²⁸ Tais modos podem ser: (01) *a subsidiariedade na intervenção*, intervindo o Estado quando a atividade privada seja ausente, omissa ou desprotegida da manipulação da livre concorrência. A atitude do Estado não deve ser excepcional ou de mero espectador, devendo buscar o bem comum. O aspecto mais importante do princípio da subsidiariedade consiste na responsabilidade e iniciativa para o livre e pleno desenvolvimento da personalidade. (02) *A subsidiariedade na utilização dos modos de intervenção*, defendendo-se que deve escolher o método menos restritivo para a liberdade econômica dos particulares, sempre considerando, no entanto, que satisfaça a necessidade que se procura cobrir com a intervenção. Assim, o atuar subsidiário reclama a transferência de algumas atividades econômicas ao setor privado. A função empresarial do Estado deve estar ordenada conforme tal princípio, sendo este o princípio que deve atuar na raiz das reformas e nas transformações que se estão operando no mundo. É, então, o substrato da privatização na empresa pública.

Visto sobre o nascimento e desenvolvimento do Estado de Bem-Estar, é certo que na década de 1970 e seguintes tal Estado entrou em crise. Os sistemas de proteção, com altos gastos sociais, não podiam se manter com pobres taxas de crescimento econômico. Na década de 1980, foi adotado em quase todos os países do mundo industrializado um processo de reconsideração e mudança na estrutura do Estado de Bem-Estar. Precedendo tal corrida mundial, em 1979, com a chegada dos conservadores ao poder Inglês - Governo Thatcher - iniciou-se um programa de desmantelamento do *Welfare State*.

Tal processo não foi localizado, pois o mesmo se deu nos Estados Unidos da América com Reagan. Outros países, também através das urnas, conduziram-se a alterações de seus gastos em proteção social, sendo o caso do Canadá e dos países escandinavos, que introduziram doses maiores de seletividade nestas prestações. Em 21 de julho de 1999, no Caderno Mundo 1, p. 11, a Folha de São Paulo noticiou tendência Alemã neste sentido.

Analisado o gasto público em seu conjunto, passados os anos de alegria, na década de 1980 retrai-se a tendência de crescimento do setor público, com mudança de comportamento. O quadro a seguir ilustra muito bem a nova tendência sentida no cenário mundial.

Gasto público na OCDE
Porcentagem do PIB

Anos	OCDE Europa	OCDE	América do Norte	Espanha
1970	34,9	31,5	31,9	22,2
1979	44,1	37,2	32,3	30,5
1982	47,6	41,1	37,4	37,5
1984	47,8	40,7	36,7	39,3
1989	45,5	39,8	37,2	41,8

Fonte: GONZALES, Manuel-Jesus; MENDOZA, Isabel. *¿Aonde va el sector publico? Del Estado de bienestar al bienestar com menos Estado*. Informes del Instituto de Estudios y Analisis Economicos da Secretaria de Estado de Economía, Ministerio de Economía y Hacienda de España. Espanha: Editado pelo Instituto de Estudios y Analisis Económicos Pedro Teixeira, 8-10ª e impresso por Solana e Hijos, Artes Gráficas S.A., 1997, p. 52.

Percebe-se que no início dos anos 80, o gasto público, movido por uma força inercial, segue a tendência normal de crescimento da década anterior, causado, como indica a economia, pelo segundo choque petrolífero. Contudo, na segunda metade dos anos 80, a reativação econômica, juntamente com a adoção de medidas de controle do

gasto público, conseguiu reduzir os altos coeficientes, imprimindo um menor ritmo de avanço do setor público durante a década. Assim, frente à explosão do setor público nos primeiros anos (entre 1979 e 1982), a segunda metade da década foi saldada com uma sensível contração do ritmo, valendo apontar que oito países encerraram 1989 com uma dimensão do setor público menor do que em 1979, sendo eles a Alemanha, Bélgica, Nova Zelândia, Suécia, Irlanda, Holanda, Reino Unido e Turquia.

Apesar da queda, o Estado de Bem-Estar não modificou tanto seu tamanho, comparando-se com os recursos a ele destinados. Foram priorizados certos gastos, abrindo-se outras formas de provisão social, dando-se mais importância à conciliação de serviços com o setor privado. O estancamento econômico que parece instalar-se ao mediar a década de 1970 e a recuperação de alguns partidos de direita, face aos socialistas, pôs em questão o alto nível de gastos sociais. Com isto, todo o mundo começou a diagnosticar a desaceleração como a *crise do Estado de Bem-Estar*.²⁹

Outros países também procederam assim. A Itália, mais precisamente nos primeiros meses do ano de 1986, com a promulgação da Lei de Pressupostos, dá um grande passo em direção ao controle do gasto público e às privatizações. Seguiram-se propostas de privatização do sistema público de pensões, de menor oferta de serviços públicos, de nova estruturação da saúde, assim como as referentes aos serviços postais e transporte ferroviário.

Na Suécia, com a diminuição drástica dos recursos disponíveis, o mundo acadêmico vem apresentando reservas às dimensões que tem alcançado o Estado de Bem-Estar naquele país. Encarado como o causador do aumento do déficit público e, em decorrência de seu financiamento, de conseqüente inflação e aumento de impostos, a crise econômica não perdoou sequer a social democracia sueca. A oposição política começou a assumir posições neoliberais, visto que após quarenta anos, os sociais-democratas, construtores do *Welfare*, perderam o poder, ainda que por pouco tempo, iniciando-se uma tendência descentralizadora em todos os setores. As confederações de empresários defenderam privatizações de setores antes subtraídos do mercado: saúde, atendimento

²⁹ GONZALES, Manuel-Jesus; MENDOZA, Isabel. *¿Aonde va el sector publico? Del Estado de bienestar al bienestar com menos Estado*. Informes del Instituto de Estudios y Analisis Economicos da Secretaria de Estado de Economía, Ministerio de Economia y Hacienda de España. Espanha: Editado pelo Instituto de Estudios y Analisis Económicos Pedro Teixeira, 8-10ª e impresso por Solana e Hijos, Artes Gráficas S.A., 1997, p. 52-65.

médico-hospitalar, segurança, dentre outros. Temerosos de uma solução “à la Thatcher”, o eleitorado reconduziu ao poder, em 1985, os sociais-democratas. Tratou a coalizão governamental de manter o núcleo duro do Estado de Bem-Estar, firmando-se o debate político em termos de consolidação versus desmantelamento. Muitos atribuíram os males da economia sueca ao excessivo tamanho do Estado de Bem-Estar. Deste modo, o que parece desgaste político natural, constitui simples reflexo da uma profunda crise no Estado de Bem-Estar sueco.

No Reino Unido a situação não foi diferente. Com a chegada dos conservadores ao poder, houve significativa mudança nas características do *Welfare*, seqüela de uma crise econômica internacional (a de 1973), não se podendo negar que um crescimento do gasto na cifra de 103% entre 1960 e 1980 resultava inquietante. As conseqüências de tal expansão deram oportunidade à oposição para traçar um diagnóstico, de que a expansão dos gastos com Bem-Estar haviam sufocado o Reino Unido, bem como uma estratégia, consistente num programa de desmantelamento. Três preocupações existiam: (1) conter os gastos estatais, (2) impulsionar a iniciativa privada e (3) mudar a opinião pública, cabendo ao Governo Thatcher implementá-las. Iniciou-se pela privatização de certos serviços ligados à saúde (dos serviços auxiliares em hospitais, tais como limpeza, lavanderia e alimentação). Também a assistência a idosos e inválidos diminuiu. Porém, a maior atuação dos conservadores se deu no setor de moradias, com a venda de centenas de milhares de imóveis de propriedade pública.

As mudanças empreendidas nos anos oitenta, associadas às medidas tomadas pelo governo Thatcher, atingiram apreciavelmente os gastos com moradia, educação e serviços pessoais, entretanto, nem mesmo em tempos de recessão, o governo conservador pôde evitar o crescimento de programas e gastos com seguridade social. Interessa chamar a atenção para a necessidade de influência na opinião pública (terceira frente de combate), fazendo a população tomar consciência dos problemas gerados por um *Welfare State* de crescimento ilimitado. Ainda hoje tem-se mudanças neste sentido, como a noticiada pelo “O Globo”, de 08 de dezembro de 1999, sobre atendimento médico preliminar via internet no Reino Unido, com a finalidade clara de “desafogar o sistema de saúde britânico”.

Assim, principalmente nos Estados Unidos da América e Reino Unido,

nos anos oitenta, uma tendência revisionista da atuação do Estado toma força, com a retração de suas funções econômicas, sendo a privatização da empresa pública apenas uma das manifestações deste processo. É interessante citar que a considerável retração do Estado na atividade econômica ficou conhecida, na Grã Bretanha, como “*Rolling back the State*”. No entanto, utilizando o apregoado no princípio da subsidiariedade, não abre mão o Estado do poder de regular, normatizar e controlar tais atividades, sempre no interesse do bem comum.

O Estado Subsidiário, conforme seus traços predominantes, é tipificado como uma organização binária. Consiste numa unidade de hierarquia superior, a exercer algumas funções indelegáveis, pertencentes ao Estado como comunidade perfeita e soberana, tais como Justiça, defesa, seguridade social, relações exteriores e atividade legislativa. Esta unidade superior integra-se a outra, representada por funções desenvolvidas por um conjunto de organizações menores que cumprem uma missão supletiva da atividade privada (educação, saúde, serviços públicos), tendo por missão desenvolver as atividades que os particulares não podem ou não querem desenvolver. É pertinente colocar que é nesse Estado que melhor se assentam as privatizações.³⁰

Nesta linha, César Carlos Neira, em sua obra *Entes reguladores de servicios - la defensa del usuario*, opina que um dos melhores autores a comentar sobre a função reguladora do Estado é Juan Carlos Cassagne, no que se concorda. Neira, dentro de seu modo de escrever, compilando outros autores, referencia Cassagne³¹ numa síntese sobre as mudanças que a estrutura do Estado sofreu nos últimos anos, mais especificamente no que diz respeito aos serviços públicos. Desta maneira, coloca que a quebra do modelo que caracterizou o Estado de Bem-Estar está à vista de todos, pois a sociedade não mais aceita que o Estado intervenha ativa e diretamente no campo econômico-social, assumindo atividades que os particulares podem desempenhar. Os argumentos da soberania, da defesa nacional, da justiça social ou da independência econômica não mais servem como títulos que legitimam a ingerência estatal nas atividades industriais ou comerciais, inclusive em serviços públicos que possam ser prestados pelos particulares. Adverte que profundas e radicais são tais mudanças, não implicando, porém, na eliminação de certas funções que cumpria o Estado de Bem-Estar, nem tampouco representando um retorno à época dourada

³⁰ CHIRILLO, Eduardo J. Rodríguez. *Privatización de la empresa pública y post privatización - análisis jurídico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 127-129.

e romântica do Estado Liberal do séc. XIX. É, talvez, a síntese de ambos, ou melhor ainda, um novo modelo de Estado, por alguns chamado de Estado Demiurgo³², no qual a realidade predomina sobre a ideologia. Definitivamente, é um modelo tão distinto e oposto aos anteriores como estes o foram entre si.³³

Assim, o Brasil tem tentado acompanhar as alterações mundiais, no que diz respeito à nova estruturação do Estado, não se tratando, nem de longe, de iniciativa brasileira. E mais uma vez se percebe a busca de soluções a problemas próprios, copiando sistemas alienígenas, que nem sempre se adequam perfeitamente às necessidades locais.

Em artigo da Folha de São Paulo³⁴ intitulado “*O processo de reforma do Estado brasileiro caminha na direção certa?*” foram enfocadas duas posições ou opiniões a respeito do tema. A primeira, de autoria de Cláudia Costin³⁵, com posicionamento favorável (SIM), sob o título “*Além da visão circunstancial*”, defende que a reforma Estatal promovida pelo governo brasileiro está no rumo certo. Acredita que só a menção a seu objetivo final, a garantia de respeito e de serviços públicos eficientes e de qualidade ao cidadão brasileiro, já bastaria para justificar essa afirmativa. Aponta como passos concretos nessa direção, “*o novo modelo de gestão empreendedora, traçado para acabar com a praxe brasileira de serviços públicos em geral desleixados e alheios aos interesses do usuário - reflexo de um modelo de Estado historicamente estruturado sobretudo como empregador, em vez de prestador de serviços, e que por isso não se preocupava com o estabelecimento de metas e a cobrança de seu cumprimento.*” E prossegue que há uma planificação neste sentido, tendente a mudar radicalmente esse quadro. Encerra colocando que “*a sociedade começa a se dar conta disso - que aumento da produtividade, e não aumento de gastos, é o caminho para aperfeiçoar o serviço público no Brasil, mediante o estabelecimento de programas de metas e de avaliação de resultados, tendo em mente o atendimento de qualidade ao cidadão. Esse é um dos pontos*

³¹ CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993, t. I.

³² Nomenclatura utilizada pelo Prof. Dr. Fernando Herrem Aguillar (USP) em conferência no Seminário *Agências Reguladoras - aspectos de direito econômico e de direito processual*, realizado em 16/10/2000, no Sheraton Mofarrej Hotel, São Paulo/SP.

³³ NEIRA, César Carlos. *Entes reguladores de servicios. La defensa del usuario*. Buenos Aires: Ad-Hoc SRL, 1997, p. 36-37.

³⁴ O PROCESSO de reforma do Estado brasileiro caminha na direção certa? *Folha de São Paulo*, São Paulo, 10 jul. 1999. Caderno Opinião1-3.

capitais da reforma do Estado.”

O segundo posicionamento, de autoria de Marco Aurélio Nogueira³⁶, desfavorável (NÃO), sob o título “*O lado oculto da reforma*”, inicia dizendo que “*a agenda reformadora continua congestionada no Brasil. Não se registram avanços substantivos.*” Apesar de diferente do que ocorreu até os anos oitenta, graças a programas de privatização e enxugamento administrativo, “*não temos no país um Estado melhor, mais bem estruturado ou mais competente*”. Defende que o tema do Estado e sua reforma deveriam estar no centro das preocupações nacionais, encarado como do mais alto nível de interesse público e não como mero item de programa de governo. Diz ainda que aqui ficam fora do debate os aspectos mais substantivos, não se conseguindo impor à discussão os temas propriamente políticos da reforma, citando como exemplo a vontade do Poder Executivo central, em março de 1999, querer facilitar a governabilidade mediante controle do Congresso Nacional, por meio do recurso à fidelidade partidária.

³⁵ COSTIN, Cláudia. Além da visão circunstancial. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 10 jul. 1999. Caderno Opinião 1-3. Mestre em economia pela Escola de Administração da Fundação Getúlio Vargas (SP), Secretária de Estado da Administração e do Patrimônio do Ministério do Orçamento e Gestão.

³⁶ NOGUEIRA, Marco Aurélio. O lado oculto da reforma. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 10 jul. 1999. Caderno Opinião 1-3. Professor Livre-Docente de Teoria Política na UNESP (Universidade Estadual Paulista), pesquisador da FUNDAP (Fundação do Desenvolvimento Administrativo) e autor de “As possibilidades da política. Idéias para a reforma democrática do Estado” (Paz e Terra, 1998).

II. O ESTADO COMO AGENTE ECONÔMICO

1. Atividade econômica

Como se depreende da Constituição Federal, art. 174, caput, no papel de agente econômico e regulador da atividade econômica, tem o Estado as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, ou seja, cabe ao Estado o papel de regular, fiscalizar e fomentar, sendo interessante deixar claro desde já que serão objeto deste estudo a regulamentação e a fiscalização, não cabendo a este trabalho tratar da modalidade fomento.

A doutrina prescreve a possibilidade do Estado executar três espécies de atividades econômicas. A primeira, vista como reservada à iniciativa privada, conforme se depreende do art. 173 da Constituição Federal, é aquela que ao Estado só é possível executar quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definição legal³⁷. Quando o Estado a executa, não estará prestando serviço público, pois só pode ser assim considerado aquele serviço que a lei definir como tal; estará, em contrapartida, intervindo no domínio econômico, atuando na esfera de ação dos particulares e sujeitando-se, obrigatoriamente, ao regime das empresas privadas, salvo algumas derrogações contidas no próprio texto constitucional. A segunda, considerada também atividade econômica, é aquela assumida pelo Estado em caráter de monopólio, como é o caso da exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; de minas e jazidas de minérios e minerais nucleares, como se depreende dos artigos 176 e 177 da Constituição Federal, com as alterações introduzidas pelas Emendas Constitucionais 6 e 9 de 1995. A terceira é aquela assumida pelo Estado como serviço público, passando a ser encarada como incumbência do poder público, não se aplicando a tais casos o art. 173, mas o art. 175 da Constituição Federal, que determina a sua execução, na forma da lei, direta ou indiretamente pelo Estado, sendo que, em sendo indireta, por meio de concessões ou permissões, atribuíveis sempre através de licitação. São os casos dos serviços de transportes, energia elétrica, telecomunicações, fornecimento de água e coleta de esgoto,

³⁷ Depreende-se que, desde que definida em lei, poderá englobar outras atividades econômicas além das previstas expressamente.

dentre outros previstos nos incisos XI e XII do art. 21 - no caso da União - e § 2º do art. 25 - no caso dos Estados-Membros - tudo da Constituição Federal, com a nova redação dada, respectivamente, pelas Emendas Constitucionais 8 e 5 de 1995. Corresponde esta terceira categoria aos serviços públicos comerciais ou industriais do Estado.

Aponta ainda a doutrina e o texto constitucional que a atividade econômica só pode ser prestada pelo Estado em caráter suplementar da iniciativa privada, conforme se verifica no inc. II e caput do art. 170 da Constituição Federal.

Enfocando a idéia de serviço público comercial ou industrial, entende-se ser aquele que a administração pública executa, direta ou indiretamente, para atender às necessidades coletivas da ordem econômica. Ao contrário do que ensina Hely Lopes Meirelles, predomina a opinião de que esses serviços não se confundem com aqueles a que faz referência o art. 173 da Constituição, ou seja, não se confundem com as hipóteses de atividade econômica que só podem ser prestadas pelo Estado em determinadas ocasiões, ou seja, quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.

A regulamentação e controle do serviço público e de entidade pública caberão sempre ao Poder Público, qualquer que seja a modalidade de sua prestação aos usuários. O fato de tais serviços serem delegados a terceiros, estranhos à Administração, não retira do Estado o seu poder indeclinável de regulamentá-los, fiscalizá-los e controlá-los, exigindo sempre a sua atualização e eficiência, a par do exato cumprimento das condições impostas para o seu fornecimento ao público. Qualquer deficiência do serviço, ou seja, sua inadequação, revelando inaptidão de quem os presta ou descumprimento de obrigações impostas pela Administração, ensejará a intervenção imediata do Poder Público delegante para regularizar o seu funcionamento, ou lhe retirar a prestação.

Em todos os atos ou contratos administrativos, como ocorre nos que delegam aos particulares a exploração de serviço público, há a possibilidade de modificação unilateral de suas cláusulas pelo Poder Público concedente, podendo-se chegar até à revogação da delegação, desde que o interesse coletivo assim o exija. Tal discricionariedade,

defendida desde a década de 1940³⁸, ainda se encontra presente nos atos da Administração, atualmente.

O Estado, na prestação de tais serviços, deve ter sempre em vista o interesse público, pois é para o público que os concessionários ou quaisquer outros prestadores de tais serviços o fazem. São, na feliz expressão de Brandeis, “public servants”, ou seja, criados ou servidores do público. O fim precípua do serviço público ou serviço de utilidade pública, como o próprio nome está a indicar, é servir o público, e, secundariamente, produzir renda a quem detém sua exploração. Decorre desse fato, o dever indeclinável do poder concedente regulamentar, fiscalizar, controlar e até intervir, quando necessário, na prestação do serviço concedido, sempre que este não estiver sendo prestado a contento do público a que é destinado, ou seja, inadequadamente. O Estado tem o dever, no exercício da soberania, de “*fixar tarifas, determinar standards de serviço e fiscalizar a estrutura financeira de todas as empresas de serviços de utilidade pública.*”³⁹

2. Serviços Públicos

a. Conceito

Não se percebe uniformidade, na doutrina, no que se refere à conceituação de serviço público, que ora oferece uma noção orgânica, só considerando como tal aquele que é prestado por órgãos públicos, ora apresenta uma conceituação formal, tendente a identificá-lo por características extrínsecas, ora ainda, expondo um conceito material, visando defini-lo por seu objeto. Verdadeiramente, o conceito de serviço público é variável e flutua ao sabor das necessidades e contingências políticas, econômicas, sociais e culturais de cada sociedade em cada momento histórico, como acentuam os modernos publicistas, entre eles, Rafael Bielsa, Garrido Falla, Agustín Gordillo e, entre nós, Odilon de Andrade, Anhaia Mello, Bandeira de Mello, Rui de Souza dentre outros.

De acordo com Hely Lopes Meirelles, “*serviço público é todo aquele*

³⁸ ANHAIA MELLO, Luiz. *O problema econômico dos serviços de utilidade pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1940, p. 19.

³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 298.

prestado pela administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado”⁴⁰.

Historicamente, as primeiras noções de serviço público surgiram na França, com a chamada Escola de Serviço Público, e foram tão amplas que abrangiam, algumas delas, todas as atividades do Estado. Citado pela doutrina (Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 293-295), Leon Duguit considerava o serviço público como atividade ou organização em sentido amplo, abrangendo todas as funções do Estado. Chegou ao extremo de pretender substituir a noção de soberania pela de serviço público, defendendo que o Estado é uma cooperação de serviços públicos organizados e fiscalizados pelos governantes. Para ele, em torno da noção de serviço público gravita todo o direito público.

No direito brasileiro, o exemplo de mais amplo conceito é o adotado por Mário Masagão, que levando em consideração os fins do Estado, considera como serviço público “*toda atividade que o Estado exerce para cumprir os seus fins*”⁴¹. Amplo também é o conceito de José Cretella Júnior, para quem serviço público é “*toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades públicas, mediante procedimento típico do Direito Público*”⁴².

Em contrapartida, restritivos são os conceitos que confirmam o serviço público entre as atividades exercidas pela Administração Pública, com exclusão das funções legislativa e jurisdicional. Celso Antonio Bandeira de Mello considera dois elementos como integrantes do conceito: (1) o substrato material, consistente na prestação de utilidade ou comodidade fruível diretamente pelos administrados e o (2) substrato formal, que lhe dá justamente um caráter de noção jurídica, consistente em um regime jurídico de direito público, composto por princípios e regras caracterizadas pela supremacia do interesse público sobre o particular e por restrições parciais. Para ele, “*serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime*

⁴⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 294.

⁴¹ MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. 3ª ed. rev.. São Paulo: Max Limonad, s/d, p. 279.

⁴² CRETILLA JÚNIOR, José. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 59.

de direito público - consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais - instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.”⁴³ Embora, ao explicar o conceito, o autor se refira a dois elementos, constata-se, pela noção transcrita, que ele também considera os interesses que o Estado houver definido como próprios no sistema normativo.

Em suas origens, os autores adotavam três critérios para definir o serviço público: (1) o critério “subjetivo”, que leva em consideração a pessoa jurídica prestadora da atividade, já que serviço público é aquele prestado pelo Estado; (2) o “material”, que considera a atividade exercida, ou seja, serviço público é a atividade que tem por objeto a satisfação de necessidades coletivas e (3) o critério “formal”, que atenta para o regime público, sendo serviço público aquele exercido sob regime de direito público derogatório e exorbitante do direito comum. Quando do surgimento das primeiras noções de serviço público, válida era a combinação desses três elementos para sua definição. Foi o que ocorreu no período do Estado Liberal, em que o serviço público abrangia as atividades de interesse geral, prestadas pelo Estado sob regime jurídico publicístico. À medida que o Estado foi se afastando do liberalismo, começou a ampliar o rol de atividades próprias, definidas como serviços públicos, passando a englobar algumas atividades comerciais e industriais antes reservadas à iniciativa privada, tratando-se, como sua própria natureza aponta, dos serviços comerciais e industriais do Estado. No entanto, este percebeu que não dispunha de organização e capacidade de investimentos adequada e necessária à prestação direta destes serviços, passando a delegar a execução a particulares, por meio de contratos de concessão. Dois dos elementos supra citados foram diretamente afetados: (1) o elemento *subjetivo*, porque não se pode mais considerar as pessoas jurídicas públicas como as únicas que prestam serviços públicos, visto que os particulares podem fazê-lo por delegação do Poder Público, bem como (2) o elemento *formal*, vez que nem todo serviço público é prestado sob regime jurídico exclusivamente público. Como consequência, viveu-se, e ainda se vive, uma dissociação dos sentidos material e subjetivo envolvidos na idéia de serviço público.

Conclui-se, quanto ao conceito de serviço público, que:

⁴³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 477.

1. a noção de serviço público não permaneceu estática no tempo, tendo sido ampliada sua abrangência para inclusão de atividades comerciais e industriais.

2. é o Estado que elege, sempre por meio de sua legislação, quais as atividades que, em determinado momento, serão consideradas serviços públicos. Em algumas ocasiões, além da Lei, lança-se mão da própria Constituição Federal para tal indicação, como ocorre atualmente nos incisos X, XI, XII, XV e XVIII do art. 21 e § 2º do art. 25, alterados ambos, respectivamente, pelas Emendas Constitucionais 8 e 5 de 1995, excluindo-se, desta forma, a possibilidade de se distinguir, mediante critérios objetivos, o serviço público da atividade privada. Assim, a atividade privada permanecerá como tal enquanto o Estado não a assumir como própria, como visto, através de Lei.

3. desta decorre outra conclusão: o serviço público não só varia relativamente ao aspecto temporal mas também ao espacial, pois da legislação de cada Estado depende a maior ou menor abrangência das atividades definidas como serviços públicos.

4. pode-se graduar, de forma decrescente, os vários conceitos: os que incluem todas as atividades do Estado (legislação, jurisdição, execução); os que só consideram as atividades administrativas, excluindo jurisdição e legislação, sem distinguir o serviço público do poder de polícia, fomento e intervenção; e os que preferem restringir ainda mais para diferenciar o serviço público de outras atividades da Administração Pública. Neste sentido pode-se distinguir o serviço público das demais atividades administrativas de natureza pública, ou seja, polícia, fomento e intervenção.

Maria Sylvia di Pietro define serviço público como *“toda atividade material que a Lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”*.⁴⁴

A doutrina defende ainda que a qualificação de um serviço como público depende de sua *“publicatio”*, ou seja, da previsão de norma jurídica (constitucional ou infra-constitucional - o que é mais comum) que submeta o serviço a regime de direito público, atribuindo sua titularidade ao Estado. Voltando à já explanada definição de Celso

⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 6ª ed., São Paulo: Atlas, 1997, p. 84.

Antonio Bandeira de Mello, segundo a qual serviço público é *“toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público - consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais - instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo”*⁴⁵, tem-se que certos serviços são necessariamente públicos, não sendo passíveis de *“despublicatio”*, tratando-se daqueles de mais intenso vínculo com a dignidade da pessoa humana - valor fundamental que condiciona a compreensão da integralidade do ordenamento jurídico.

Marçal Justen Filho defende haver um relacionamento entre o serviço público e alguns *“valores fundamentais assumidos pela Nação”*, o que torna impossível sua despublicização, já que sua prestação foi garantida constitucionalmente como meio de busca da dignidade da pessoa humana e eliminação das desigualdades sociais. Não pode, pois, o Estado recusar a promoção de tais valores, mesmo diante da ausência de lucratividade. Complementa que *“há serviços que são transformados em públicos precisamente porque em face dos encargos a eles relacionados, nunca seriam desempenháveis pela iniciativa particular, tendo em vista sua incompatibilidade com os parâmetros de lucratividade que norteiam a atuação tipicamente privada.”*⁴⁶

b. Características jurídicas e formas de prestação indireta

Quanto às características, toda concessão ou permissão pressupõe que o serviço seja prestado adequadamente, sendo esta uma das palavras chaves deste assunto. É considerado serviço adequado *“aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”*, conforme se depreende do § 1º, art. 6º, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995⁴⁷, concentrando-se no termo “serviço adequado” todas as características que devem estar presentes ao se tratar de serviço público. Assim, a noção de adequação,

⁴⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 477.

⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessão de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 58.

⁴⁷ BRASIL. Lei nº 8987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessões e permissões de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências.

prevista inicialmente no inc. IV, art. 175 da Constituição Federal e melhor explicitado, visto determinados os seus parâmetros, no dispositivo legal supra transcrito, guarda algumas peculiaridades: apresenta limites, não se subordinando aos caprichos e exigências de natureza subjetiva, fundando-se, portanto, em *razões objetivas*, de caráter *impessoal* (princípios da objetividade e da impessoalidade), não visando atender a determinado usuário, mas a um todo.

Os pressupostos da adequação arrolados acima (§ 1º, art. 6º da Lei nº 8.987/95) são, na verdade, os princípios do serviço público (valendo repeti-los: regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas). Há que se falar ainda em outros princípios norteadores, como o da mutabilidade do regime jurídico, da neutralidade (guardando relações com o da objetividade e o da impessoalidade) e da reserva relativa ao exercício do objeto da outorga.

É possível esclarecer melhor os termos do § 1º, art. 6º, da Lei nº 8.987/95.

Continuidade, ou princípio da permanência. Deriva do princípio da obrigatoriedade do desempenho da atividade pública, que emerge dos princípios da indisponibilidade dos interesses públicos e da supremacia do interesse público sobre o particular, bases do regime jurídico administrativo. Como consequência, o serviço público não pode ser interrompido sem motivo justificável.

Regularidade, devendo o serviço ser prestado conforme padrões jurídicos e técnicos que visem sua qualidade, de nada adiantando o serviço prestado com continuidade, mas irregularmente, sem qualidade.

Eficiência, traduzindo-se na satisfação da necessidade do usuário, a ser coberta pela prestação do serviço, devendo tal satisfação ocorrer no momento oportuno e com qualidade. É necessário, porém, que não sejam, exageradamente, ultrapassadas as exigências básicas, de modo a onerar a tarifa.

Segurança na prestação do serviço, de modo a garantir a incolumidade de todos. Não pode ser eliminada, pois visa o interesse público tanto quanto a prestação do serviço em si.

Atualidade, a ser tratado posteriormente, visto estar expresso no § 2º do art. 6º da Lei nº 8.987/95.

Generalidade, ou igualdade dos usuários. Corolário do caput do art. 5º da Constituição Federal, a generalidade é caracterizada pelo caráter da proporcionalidade e não da simples igualdade matemática. Cabe comentar que, em decorrência deste princípio, não se considera o usuário inadimplente igual aos demais.

Cortesia, não apenas como urbanidade no tratamento, mas como facilidade de acesso do usuário ao responsável pela prestação do serviço para, dentre outros motivos, formulação de críticas e sugestões. Em decorrência deste contato, ao prestador do serviço é possível, inclusive, a mensuração da eficiência e da atualidade.

Modicidade das tarifas, lembrando que módico significa exíguo, pequeno, modesto, moderado, limitado, interessando, porém, o significado jurídico do termo. Bastante indefinido, tanto teórico como genericamente, deve ser analisado casuística e concretamente, considerando-se as peculiaridades da situação fática, tais como, espécie do serviço, amplitude e características da necessidade pública a ser suprida, custos da execução, etc. Não é aconselhável que a tarifa seja tão modesta a ponto de não oferecer atrativos à concessão, afastando interessados. Devem ser considerados os custos da adequação do serviço e a justa remuneração do capital que o concessionário precisa comprometer na sua execução. Resumindo, tarifa módica é a que propicia ao concessionário condições para prestar serviço adequado e, ao mesmo tempo, possibilita-lhe a justa remuneração dos recursos comprometidos na execução do objeto da concessão.

Mutabilidade do regime jurídico, que autoriza mudanças no regime de execução do serviço para adaptá-lo ao interesse público, variável no tempo e parâmetro para a prestação do serviço. A mutabilidade atinge apenas as regras de caráter regulamentar do serviço (o regime) e não as contratuais (econômicas), remanescendo ao concessionário, quando atingido o equilíbrio financeiro da relação, o direito à revisão das regras contratuais, visando o restabelecimento da equação econômico-financeira originária.

O § 2º do art. 6º da Lei nº 8.987/95 trata do princípio da atualidade, também contido no da eficiência. Interpretando o termo, compreende a adequação às necessidades do momento, conjugando três fatores. *Meios*, a modernidade dos

procedimentos técnicos; *instrumentos*, modernidade dos equipamentos e instalações e *meta*, melhoria e expansão do serviço, afastando técnicas, recursos materiais obsoletos e a falta de perspectivas de melhoria. Trata-se da conservação, bem como da melhoria e expansão do serviço e, fazendo parte do contrato, seu custo já deverá ser previsto na proposta licitatória do particular, sendo descabida reivindicação para alteração posterior. A exigibilidade da obrigação da manutenção do serviço sempre atualizado caberá ao Poder Concedente. Sua atualização deverá cingir-se, especificamente, ao objeto da concessão, que só poderá ser alterado com o acordo do concessionário. Opondo-se este, restará ao concedente a hipótese de resgate do serviço.

Prevê a citada lei, no entanto, como justificativa à quebra da continuidade, hipóteses de interrupção do serviço, prevendo-se a possibilidade da descontinuidade do serviço público, através da criação de uma ficção jurídica. Embora haja a descontinuidade do serviço, a norma considera como se tal fato não houvesse ocorrido, se os motivos estiverem em conformidade com as disposições dos incisos I e II do § 3º, art. 6º, ou seja, em situações de emergência ou após prévio aviso, quando (I) motivada a interrupção por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações e (II) por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.⁴⁸

Ao Poder Concedente compete disciplinar e organizar a prestação do serviço, bem como as normas técnicas aplicáveis, conforme previsto no inc. IV, art. 175; inc. XI, art. 21, todos da Constituição Federal, bem como no inc. I, art. 31 da Lei nº 8.987/95.⁴⁹

Quanto às formas de prestação, sobressai-se que todo serviço público executado diretamente pelo Estado recebe a denominação de serviço público próprio. Havendo o emprego de pessoal administrativo do Estado é denominado, mais

⁴⁸ Alguns serviços, no entanto, como vem se firmando a Jurisprudência, não podem ser interrompidos por inadimplência. É o caso do fornecimento de água que, “*por se tratar de serviço público fundamental, essencial e vital ao ser humano, não pode ser suspenso pelo atraso no pagamento das respectivas tarifas, já que o Poder Público dispõe dos meios cabíveis para a cobrança dos débitos dos usuários*”. Neste sentido foi a decisão unânime da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, publicada em seu site, 27.04.1999, que rejeitou o recurso especial da Companhia Catarinense de Águas e Saneamento - CASAN - contra o pescador Ademar Manoel Pereira. Proc. RESP 201112.

⁴⁹ Todos num mesmo sentido e com opiniões convergentes, tem-se: BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão e permissão de serviços públicos*. Curitiba: Juruá, 1995, p. 38-48; MUKAI, Toshio. *Concessões e permissões de serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 23-24; OLIVEIRA, José Carlos de. *Concessões e permissões de serviços públicos*. São Paulo: Edipro, 1996, p. 63-64.

especificamente, de serviço próprio direto. Na hipótese de delegação do Estado a pessoa jurídica de direito privado, a execução de obra pública ou de trabalho público é caso de serviço público impróprio. Todo serviço público executado por particular recebe o nome de serviço público impróprio, isto é, aquele que o particular exerce como particular, em seu benefício, embora essa possibilidade lhe seja outorgada pelo Estado.⁵⁰

Portanto, o serviço público próprio, no Brasil, pode ser direto - desempenhado pela União (serviço público federal), pelos Estados-Membros (serviço público estadual) e pelos Municípios (serviço público municipal) - ou indireto - executado pelas autarquias federais, estaduais e municipais.

Quanto à maneira como concorrem para a satisfação do interesse geral, eles podem ser considerados como “*uti singuli*” e “*uti universi*”. “*Uti singuli*” são aqueles que têm por finalidade a satisfação individual e direta das necessidades dos cidadãos. Segundo a conceituação de Celso Antonio Bandeira de Mello, somente esta categoria constituiria serviço público, ou seja, prestação de utilidade ou comodidade fruível diretamente pela comunidade. Entram nessa categoria determinados serviços comerciais e industriais do Estado, como energia elétrica, gás, luz, transportes, água, bem como serviços sociais: ensino, saúde, assistência e previdência social, dentre outros⁵¹. Os serviços “*uti universi*” são aqueles prestados à coletividade, mas usufruídos apenas indiretamente pelos indivíduos. É o caso de defesa do país contra o inimigo externo, dos serviços diplomáticos, dos serviços administrativos prestados internamente pela Administração, dos trabalhos de pesquisa científica, de iluminação pública, de saneamento, etc.

Como se depreende do art. 175 da Constituição Federal, os serviços públicos são aqueles prestados diretamente pelo Estado ou pelos particulares, sob regime de concessão ou permissão do poder público. Os serviços previstos no Título VIII da Constituição Federal, compreendidos entre os artigos 193 a 232, concernentes à ordem social, que abrangem saúde (artigos 196 a 199), previdência social (artigos 201 e 202), assistência social (artigos 203 e 204) e educação (artigos 208 e 209), não são exclusivos do Estado. Pode-se considerá-los serviços públicos próprios quando prestados diretamente

⁵⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 200.

⁵¹ Há que se fazer referência às organizações sociais previstas e reguladas pela Emenda Constitucional 19, de 04 de junho de 1998, podendo estas assumir a gestão de serviços desta espécie caracterizados até então como monopólio natural do Estado (nomenclatura criada por CAVALCANTI, Temístocles. Regulação dos serviços de utilidade pública. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, jul., v. 87, 1941, p. 5-9).

pelo Estado⁵², ou impróprios, quando prestados pelos particulares, ficando sujeitos à previsão de hipótese de concessão ou permissão, sem perder-se, todavia, a capacidade ou poder de controle do Estado, com base no seu poder de polícia. São considerados serviços públicos porque atendem às necessidades coletivas, mas, impropriamente públicos, pois lhes falta um dos elementos do já explanado conceito de serviço público, qual seja, a gestão direta ou indireta pelo Estado.

Destaque-se que os serviços “*uti universi*” são mantidos por impostos (tributos gerais) e não por taxas ou tarifas, como remuneração mensurável e proporcional ao uso individual do serviço prestado ou posto à disposição.

Há ainda que se falar quanto à execução. Às vezes, a lei opta pela execução indireta da atividade administrativa, transferindo-a a pessoas jurídicas com personalidade de direito público ou privado, compondo a chamada administração indireta do Estado, constituída dos serviços integrantes da estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios. A execução indireta do serviço é aquela em que a responsabilidade pela sua prestação aos usuários é compelida a terceiros, para realizá-los nas condições regulamentares. Logo, costuma-se chamar por execução indireta o serviço próprio ou delegado, prestado por outrem (terceiro contratado). Portanto, quer a administração direta, quer a administração indireta (autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista), como também os entes de cooperação (fundações, serviços sociais autônomos) e as empresas privadas (particulares) que recebem a incumbência de prestar aos usuários serviços públicos ou de utilidade pública, podem, em certos casos, executar indiretamente o serviço, contratando-o (não o delegando) com terceiros. A possibilidade da execução indireta depende, entretanto, da natureza do serviço, pois alguns existem que não admitem substituição do executor, como por exemplo, os de polícia, e para outros, a própria outorga ou delegação proíbe o transpasse da execução. Mas o que se deseja acentuar é que a execução indireta é também um outro meio de realização do serviço, que tanto pode ser empregado pelo Estado, como por aqueles a quem ele transferiu a sua prestação, observando-se que execução indireta não se confunde com prestação descentralizada, desconcentrada ou centralizada do serviço, as quais se referem à forma de prestação desse mesmo serviço e não ao meio de sua execução.

⁵² Em se falando em serviços públicos próprios ou propriamente ditos - estrito senso - entende-se como os

Curiosa é a observação de que o serviço público impróprio não aparece como uma exceção ao princípio da titularidade privada da pertinente atividade, senão como uma mera extensão do regime jurídico do serviço público próprio, cuja força expansiva não chega, sem embargo, a produzir uma verdadeira publicização. Por esse motivo, o serviço público impróprio existe só por extensão, faltando-lhe uma de suas notas centrais, situação que conduz a prescindir do sistema de concessão ou permissão como suposto da outorga do direito a exercê-lo, para substituí-lo pela autorização. A categoria do serviço público impróprio permite, excepcionalmente, estender o regime jurídico de dita instituição a determinadas atividades que prestam os particulares, que constituem um serviço virtual ou objetivo.

c. O interesse público

O interesse público, também conhecido como princípio da finalidade pública, deve estar presente tanto no momento da elaboração da lei como no de sua execução em concreto pela Administração, servindo de inspiração ao legislador e ponto a ser observado pela autoridade administrativa em toda a sua atuação. Quanto a sua influência na elaboração da lei, é oportuno lembrar que uma das distinções que se costuma fazer entre o direito privado e o direito público leva em consideração o interesse que se tem em vista proteger: o direito privado contém normas de interesse individual, enquanto o público normas de interesse público. O interesse pode ser considerado como uma pretensão do indivíduo, sendo certo que todas as pessoas o têm; no entanto, tratando-se de um direito, consiste num interesse protegido pela norma jurídica. Pode-se dizer que o interesse é gênero de que o direito é espécie.

Para alguns autores italianos, os interesses podem ser simples, legítimos e qualificados. Interesses simples são as pretensões dos administrados não protegidos por norma jurídica. O interesse simples não gera para a Administração a obrigação jurídica de exercer a atividade suscetível de dar satisfação a esse interesse. O interesse legítimo aproxima-se do direito subjetivo público, mas não se confunde com ele. Interesse legítimo não se erige em direito porque a obrigação jurídica da Administração de

serviços representados pelo exercício do Poder de Polícia do Estado, os quais, segundo Temístocles Cavalcanti, constituem o que se convencionou chamar de monopólio natural (vide nota anterior).

lhe proporcionar satisfação não foi estabelecida com tal propósito, mas com o objetivo de dar satisfação a outro interesse, que é ordinariamente o interesse geral. Se o particular vê satisfeita sua pretensão, é porque ela coincide com a pretensão geral. Já o interesse qualificado é o interesse amplamente protegido pela norma jurídica, podendo ser exigido e contraposto em face da Administração. O interesse público, aqui enquadrado, goza de supremacia em face dos interesses individuais.

O princípio da supremacia do interesse público conduz à indisponibilidade do interesse público que, segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, não está à livre disposição, pois o próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, devendo observar rigorosamente as disposições legais a respeito. As pessoas administrativas não têm disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização, pois esta disponibilidade está permanentemente retida nas mãos do Estado, nas suas três esferas políticas.⁵³

Resta citar que os interesses públicos abrangem várias modalidades: (1) o interesse geral, afeto a toda a sociedade; (2) os interesses coletivos, que dizem respeito a um grupo de pessoas determinadas ou determináveis e (3) o interesse difuso, pertinente a um grupo de pessoas caracterizadas pela indeterminação e indivisibilidade.

3. Desestatização: concessões e permissões

Acompanhando uma tendência mundial (visto que, segundo relatório do Banco Mundial, no período de 1988 a 1992, vinte e cinco países em desenvolvimento realizaram programas de privatização, no valor total de US\$ 61,6 bilhões, com dois terços concentrados em setores de infra estrutura), no Brasil, o primeiro passo, ainda que modesto, de inversão da tendência expansionista da Administração Pública se manifestou em julho de

1979, quando o Decreto nº 83.740 adotou o Programa Nacional de Desburocratização que, a partir de 1981, definiu a política restritiva na criação de novas entidades paraestatais e

⁵³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 31-33.

estabeleceu as primeiras diretrizes de transferência de empresas públicas para o setor privado.

Em 1985, o Decreto nº 91.991, aperfeiçoou o programa com a criação do Conselho Interministerial de Privatização, sucedido, em 1988, pelo Conselho Federal de Desestatização, nos termos do Decreto nº 95.886, representando a segunda etapa. Há que se citar que até 1989, foram incluídas no esquema 34 empresas, das quais 15 foram alienadas, 3 liquidadas, 2 incorporadas e 14 transferidas ao plano estadual⁵⁴.

Uma terceira etapa instaura-se com o advento do governo Collor, que regula o Programa Nacional de Desestatização (PND), inicialmente mediante a Medida Provisória 155/90, convertida na Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990. Tinha por objetivos fundamentais a amenização da participação estatal na economia e a redução do déficit público. Há que se considerar que o Programa conseguiu diminuir paulatinamente a participação do Estado como empresário, ao mesmo tempo em que foram introduzidas sucessivas alterações na normatização embasadora do Programa, objetivando a sua adaptação às novas ações de desestatização. Várias Emendas Constitucionais foram promulgadas com o intuito de adaptar o ordenamento jurídico brasileiro a uma nova abertura do Programa de Desestatização, que de início se mostrava travado em seus limites materiais. Porém, devido às muitas alterações que sofreu em decorrência da edição das inúmeras Medidas Provisórias e do firme propósito de ampliar o Programa, decidiu o novo governo (Fernando Henrique Cardoso) enviar ao Congresso Nacional nova proposta legislativa sobre tal matéria. Assim, a Lei nº 9.491, de 09 de setembro de 1997⁵⁵, revogou a Lei nº 8.031/90, que ainda vigorava, apesar da edição e reedição de aproximadamente cinquenta Medidas Provisórias que alteravam seus dispositivos em inúmeros pontos.

Com o advento dos novos planos de privatizações no setor energético e de telecomunicações, o Programa Nacional de Desestatização voltou a ter papel de destaque no cenário jurídico nacional, surgindo questionamentos jurídicos, sociológicos e de mérito acerca dos reais motivos que levaram e levam à desestatização.

⁵⁴ TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. *Revista Forense*, abr./maio/jun., v. 334, ano 92, 1996, p. 15. Segundo dados oficiais, entre 1979 e 1985, 20 empresas foram privatizadas, 3 transferidas a governos estaduais, 3 foram objeto de fusão, 14 incorporadas e 2 convertidas em órgãos da administração direta, no total de 42 transformações.

⁵⁵ BRASIL. Lei nº 9.491, de 09 de setembro de 1997. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei n 8.031, de 12 de abril de 1990 e dá outras providências.

Caio Tácito, em 1996, já questionava que a “*participação dos empregados na compra das ações, embora facilitada, como estímulo à pulverização das ações, não alcançou resultado significativo*”⁵⁶. Esta discussão leva a repensar outra questão, a respeito da legitimidade das privatizações no Brasil, englobando a participação, consulta e aceitação populares, esclarecendo desde já que quanto à “pulverização” de ações, tratar-se-á oportunamente.

A respeito do processo de privatizações no Brasil há quem defenda que seguiu e segue, cegamente, o que fizeram ingleses e franceses, querendo-se adotar modelos alienígenas, ignorando que tais modelos não são aplicáveis no caso brasileiro. Apesar de não haver consultas à população, de modo a trazer o povo - elemento integrante do Estado - a participar do processo, ainda assim, percebeu-se, em muitos dos casos, repúdio à venda de certas estatais. Há que se discutir, no entanto, se esta opinião foi motivada mais por motivos político-partidários do que ideológicos, visto que a grande massa populacional assistiu inerte, como se nada lhe afligisse, o processo brasileiro de privatizações. Assim, se houve aceitação, apesar de tácita, parece basear-se mais na distância e descomprometimento que procura manter a sociedade de questões desta natureza, do que por estar acatando e aceitando o rumo tomado. A respeito do assunto e apresentando posicionamento contrário às privatizações encontram-se os artigos “*Apenas dourando a pílula*”⁵⁷ e “*As privatizações e a farra reeleitoral*”⁵⁸, questionando o modo como estas estão sendo tratadas.

Apesar das discussões, a natureza jurídico-administrativa dos Decretos de inclusão de empresas ou sociedades no PND já foi objeto de posicionamento do Supremo Tribunal Federal, quando, por ocasião do julgamento de medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.066, em sua composição plenária, acolheu, por unanimidade, o voto do Exmo Sr Ministro Relator, que no particular não conhecera da ação, sob o seguinte fundamento:

“Quanto aos Decretos nº 427/1992, 473/1992 e 572/1992, dispõem eles sobre a inclusão no PND (Programa Nacional de Desestatização),

⁵⁶ TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. *Revista Forense*, abr./maio/jun., ano 92, v. 334, 1996, p. 15.

⁵⁷ CARVALHO, Joaquim Francisco de. Apenas dourando a pílula. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 12 ago. 2000. Caderno A-3.

⁵⁸ GENOÍNO, José. As privatizações e a farra reeleitoral. *O Est. de São Paulo*. SP, 24 jan. 1998. Cad. A-2.

respectivamente, da Lloybrás, da RFFSA e outras e da Espírito Santo Centrais Elétricas SA - Excelsa e Light Serviços de Eletricidade SA. Nos três decretos, além da determinação de inclusão, ordena-se a aplicação quanto às ações representativas das participações acionárias da União e das entidades da Administração Pública Federal indireta nas sociedades referidas no Fundo Nacional de Desestatização, nos termos do art. 10 da Lei nº 8.031/90.”

Expõe o Relator que:

“não vejo, desde logo, nos três referidos Decretos, atos normativos, senão, tão só, atos administrativos individuais e concretos. Quanto a estes, destarte, a ação não é de conhecer-se.” (Diário Oficial da União, de 23 de junho de 1995).

Não poderia, pois, ter outra interpretação. A estrutura do Decreto administrativo de inclusão das estatais no Programa Nacional de Desestatização (PND) não obedece à estrutura dos atos normativos. É, ao contrário, encarado como ato de natureza individual, visto que se dirige a um destinatário certo, no caso a estatal, criando-lhe uma situação particular, ou seja, a de ser encarada como uma potencial empresa a ser desestatizada, pois a sua mera inclusão no Decreto não obriga o Executivo a realizar sua privatização. Tal Decreto pode admitir revogação pela própria Administração ou em decorrência de decisão judicial, pelas vias judiciais comuns, ação popular ou ação civil pública.⁵⁹

De acordo com o art. 6º da Lei nº 8.031/90, o Conselho Nacional de Desestatização tinha poderes para “recomendar”, à aprovação do Presidente da República, os meios de pagamento, de inclusão e de exclusão de empresas, inclusive instituições financeiras, serviços públicos e participações minoritárias, no Programa Nacional de Desestatização. O ato de inclusão de empresas, no Programa, era e ainda é ato composto,

⁵⁹ Ressalte-se que para Hely Lopes Meirelles, na obra *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 162, decretos administrativos “são atos administrativos da competência exclusiva dos Chefes do Executivo destinados a prover situações gerais ou individuais, abstratamente previstas de modo expresse, explícito ou implícito, pela legislação. Como o decreto é considerado ato administrativo, deve sempre obediência à lei que lhe delegou poderes para a regulamentação”. A inclusão de estatais no Plano Nacional de Desestatização (PND) encontra limites objetivos nas normas ali expostas, sendo certo que o Decreto do Chefe do Poder Executivo Federal deverá, necessariamente, não contrariá-lo, como uma decorrência do princípio da legalidade dos atos administrativos. Os atos administrativos são considerados complexos quando se formam da conjugação de vontades de mais de um órgão administrativo, para a formação de um ato único. O ato composto, diferentemente, é aquele que resulta da vontade única de um órgão, mas depende da vontade de outro ou outros para se tornar executável. O ato composto se distingue do ato complexo porque este só é formado com o concurso de vontades de órgãos diversos, ao passo que aquele é formado pela vontade única de um órgão, sendo, apenas ratificado por outra autoridade. Sem a ratificação, o ato não produz efeitos.

pois a vontade determinante de um órgão, o Conselho Nacional de Desestatização, depende de ratificação de vontade de outro órgão: a Presidência da República. Com isso, o momento da possibilidade de controle judicial do processo de desestatização inicia-se com o Decreto de inclusão da estatal no PND. A motivação do Decreto, caso a Presidência da República não a apresente, e via de regra não o faz, deverá ser entendida como idêntica à motivação do Conselho Nacional de Desestatização, haja vista que este Conselho é quem possui competência para elaborar os estudos sobre a privatização e elaborar um parecer sobre a viabilidade da inclusão da estatal.

A teoria dos motivos determinantes é uma evolução consectária da democracia. A igualdade e submissão de todos perante a lei constitui uma das bases do Estado de Direito, cuja finalidade consubstancia-se em evitar a prepotência do Poder Público e o capricho dos governantes, bem como a imiscuidade de interesses privados perante interesses da coletividade.

A Lei nº 9.491/97, no seu art. 1º, traz várias considerações de ordem eminentemente política que refletem o traço pretendido pelo governo para dar ao processo de desestatização a sua peculiar justificação. Neste art. 1º, explicitando os objetivos fundamentais do Programa Nacional de Desestatização, encontram-se também os motivos formais que devem estar presentes no Decreto que venha a incluir estatais no citado programa. Tratando desta lei, também explicitamente no § 1º do art. 2º, traz ela o que se deve considerar por desestatização:

“a) a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade;

b) a transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade.”

Existem alguns tipos de desestatização que são as mais usuais: a privatização de estatais e a concessão dos serviços de utilidade pública. No caso das privatizações, com o motivo insuficientemente comprovado, deverá a Administração respeitar os direitos do administrado vencedor, haja vista a sua presunção de boa-fé. Não existe a possibilidade de, após a venda da estatal, tendo o particular tomado assento na empresa agora sob sua direção, pagar pela falta de zelo da Administração Pública e ter a

sua empresa “tomada de volta”. A Administração poderá, tão somente, desapropriar as ações da empresa, oferecendo ao particular o valor correspondente ao lance mínimo posto em leilão.

Dos diferentes enfoques da função econômica do Estado, três correntes aceitam a privatização como uma possível técnica de transferência de empresas e atividades: (1) A privatização na ideologia da “*New Right*”. Não se liga a uma doutrina única, compreendendo, de um lado a corrente liberal e de outro a conservadora. Quanto ao tamanho do Estado, diferem os pensadores, devendo para os liberais ser mínimo e para os conservadores, faz-se necessário um Estado forte que mantenha a ordem social e a autoridade (*free economy and strong State*). (2) A privatização na fundação do novo Estado do Bem-Estar, diante da crise que este vive atualmente, com a revisão de seus postulados tradicionais. Neste modelo, as privatizações não constituem uma medida estrutural de reforma do Estado e, no melhor caso, contribuem à mal chamada “eficiência da empresa pública”. Trata-se do modelo econômico chamado de “*economia mista*”. A intervenção estatal far-se-ia por técnicas “doces e suaves”, mas no fundo, manter-se-ia o crescente intervencionismo estatal disfarçado de políticas aparentemente neutras envolvendo os setores público e privado. A reconsideração do papel do setor privado aponta sua possível participação em formas mistas de provisão de alguns serviços que permitam contrair o gasto correspondente, evitando-se deste modo a crise financeira que parece estar condenando o Estado de Bem-Estar. (3) A privatização e a instauração do modelo de economia social de mercado. O Estado, partindo do princípio da livre iniciativa privada, passa a desenvolver uma atividade positiva em comparação ao mercado caráter abstencionista. O Estado Subsidiário, como uma organização binária, formado por uma hierarquia superior de funções indelegáveis (justiça, defesa, seguridade social, relações exteriores, legislativo) e funções menores, supletivas da atividade privada (educação, saúde, serviços), deve ter por missão desenvolver as atividades que os particulares não podem desenvolver. Parece ser neste Estado que melhor se assentam as privatizações.

Aponta Chirillo alguns fins da privatização, divididos em fins jurídico-políticos e fins econômico-financeiros.

Quanto aos fins jurídico-políticos, aponta duas finalidades: (1) da atuação subsidiária do Estado empresário, colocando a questão: “*A figura do Estado*

empresário encontra-se esgotada ou há de ter nova formulação?" Parte da doutrina defende a admissibilidade de empresas públicas de serviços públicos, sendo controversa a presença do Estado, através de empresas públicas, em atividades não públicas. Defende a primazia da iniciativa privada na prestação e produção de bens e serviços, através da privatização, o que estabelecerá a fronteira a partir da qual e até onde a atuação das empresas públicas é legítima e necessária. Não aceita a privatização nos moldes do Estado subsidiário, segundo o qual o Estado faz o que o particular não quer ou não pode fazer. Desta forma, nas atividades e serviços públicos, supor-se-á: (1.1) a primazia da gestão privada na prestação de serviços públicos. Na medida em que a gestão privada assegure as exigências do interesse geral, esta deve ser a responsável também pelos serviços públicos. A atuação estatal, se as exigências forem cobertas, será inoportuna e desproporcionada, porque ataca, desnecessariamente, a liberdade dos particulares e porque não observa critérios de eficiência e economia. Porém, a empresa pública é plenamente justificada quando o particular não assegura o interesse geral, pela não prestação contínua e regular do serviço, ou por qualquer outro motivo. Ex.: transporte coletivo na Argentina (Lei 2.065/91). (1.2) Iniciativa pública e privada: atividade de mercado. Na economia social de mercado, é fundamental que os poderes públicos respeitem as regras de concorrência. Em havendo atuação ou intervenção pública, deve ocorrer um tratamento igual ao dado às empresas privadas (lei da concorrência e lei do mercado).⁶⁰

A segunda finalidade jurídico-política é a (2) da possibilidade de acesso de novas classes sociais, mais baixas, à propriedade do capital: criação de uma “comunidade de proprietários”, através de um “acionariado popular”, formando-se uma nova ordem política. Tal idéia liga-se estreitamente à de economia social de mercado, pois

⁶⁰ Acrescenta ainda que quanto à (1) *presença de empresas públicas em regime de livre concorrência*, esta deve ser a regra geral e absoluta, no entanto, a história mostra que isto é muito difícil (havendo quem diga que a empresa pública atua sempre em situação de privilégio). Assim, só a observância da livre concorrência de nada adianta se a empresa pública não estiver em situação de igualdade à privada. Quanto à (2) *natureza da atuação da empresa pública nas atividades não públicas* (relação entre atividade pública e privada), o direito espanhol defende que o princípio que rege tais relações é o da *compatibilidade*, significando “*a possibilidade da existência pacífica entre uma e outra, e por sua vez, a atitude para colaborarem juntas na consecução do interesse geral*”. Não significa que o Estado possa atuar na atividade (empresa) e na posição (minoritária, majoritária ou totalitária) que quiser; ao contrário, é um modo especial de intervenção, sempre tendo em vista o interesse geral que, no caso, é a liberdade econômica. Atuará o setor público na insuficiência ou ausência de atuação privada, submetida à mesma dupla condição: (1) que seja atividade de interesse público e (2) que se submeta, sem exceção e privilégio direto ou indireto, às mesmas regras da livre concorrência (em outras palavras: (1) iniciativa pública é chamada a atuar quando o particular não responde suficientemente aos requisitos do interesse geral e (2) aplicar-se-á o princípio da paridade de trato).

levando as pessoas à propriedade de bens de produção e domésticos, estas são conduzidas à liberdade, exercida mediante o uso de algum bem material. O Estado, então, assegurará (1) que o capital logre efetivamente disseminar-se e (2) mantê-lo disseminado entre a população. Só assim o Estado promoverá a igualdade real e não apenas a formal entre os indivíduos.⁶¹

Sobre os fins econômico-financeiros, rápida e finalmente, expõe que se busca a maior eficiência na prestação de serviços, redução do déficit público e a ativação de um mercado de capitais.⁶²

No Brasil, a Lei nº 9.491/97 não autoriza a privatização de estatais lucrativas, visto que seria difícil verificar a melhoria do perfil da dívida pública uma vez que a própria estatal a ser privatizada já contribui para isto. No entanto, pode-se privatizar uma estatal nestas condições com a ressalva de que seu móvel não será a melhoria do perfil da dívida pública, bem como que a verba arrecadada com a sua alienação não será

⁶¹ Neste ponto, bastante relevante é o artigo publicado na Folha de São Paulo, Caderno Opinião A-3, de 12 ago. 2000, na coluna Tendências/Debates, intitulada “*A pulverização de controle acionário é um modo de democratizar as privatizações?*”, com dois posicionamentos. A favor, portanto votando pelo SIM, com artigo intitulado “*Privatização e crescimento econômico*”, de autoria de Armando Castelar Pinheiro (à época da publicação contando 44 anos de idade, doutor em economia pela Universidade de Berkeley/EUA, chefe do Departamento de Economia do BNDES), defende a necessidade e a tardia providência governamental no sentido de pulverizar as ações de estatais, a exemplo do que ocorreu em vários outros países com bons resultados. Aponta que se optou agora “*pelo modo de venda pulverizada, que começa a prevalecer a partir da bem sucedida operação com as ações da Petrobrás*”, devido ao “*fortalecimento do mercado de ações ... o descongestionamento da agenda de reformas macroeconômicas e o crescente reconhecimento da necessidade de aumentar a poupança ... e o ajuste fiscal dos últimos anos*”, que reduziu o custo para a sociedade de auferir menores receitas com a privatização em troca do benefício de ter um mercado de capitais forte e ativo; tudo na busca incessante de “*aumentar a produtividade e a poupança no Brasil*”. Posicionamento contrário (NÃO), é apresentado no artigo “*Apenas dourando a pílula*”, de autoria de Joaquim Francisco de Carvalho (à época da publicação com 64 anos de idade, engenheiro do setor elétrico, consultor para assuntos de energia e membro do Conselho Consultivo do Instituto de Estudos Estratégicos do Setor Elétrico. Coordenou o setor industrial do Ministério do Planejamento nos governos Castello Branco, Costa e Silva e Médici). Discutindo mais diretamente a recente proposta de pulverização das ações de FURNAS, tem mais “*o aspecto de estratégia política para esvaziar o discurso antiprivatista do que o de um esforço coerente ao reconduzir o sistema elétrico ao bom caminho*”. Apresenta-se contrário não apenas à pulverização, mas à própria privatização de alguns setores, como o hidrelétrico (diferente do parque gerador termoeletrico britânico, cujo modelo procura-se seguir); outros fatores como manutenção de grandes reservatórios, meio ambiente, irrigação, controle de enchentes e de vazão de água, fornecimento de água, etc. estão envolvidos, extrapolando-se o que poderia ser entregue à iniciativa privada. Aponta, como exemplo, os Estados Unidos da América, “*onde quase tudo é privado, as principais hidrelétricas são controladas por empresas públicas. Algumas até pelo Exército.*” E termina alfinetando que “*as empresas do sistema foram construídas com dinheiro público e funcionam muito bem. Seu lucro deveria ser reinvestido no aperfeiçoamento e na expansão do próprio sistema e em programas ambientais. Não há justificativa econômica, muito menos jurídica, para que elas sejam entregues a especuladores, corretores, intermediários e banqueiros, sejam eles nacionais ou estrangeiros, como está implícito no projeto de pulverização de ações.*”

⁶² CHIRILLO, Eduardo J. Rodríguez. *Privatización de la empresa pública y post privatización - análisis jurídico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 121-157.

destinada ao abatimento de dívidas.

O ato principal do processo de desestatização - o edital - deverá trazer a demonstração de sua conformidade com a ordem jurídica, discriminando todos os fatores relevantes e indicando os dispositivos legais em que se fundamenta.

a. Concessões e permissões

As concessões e permissões reger-se-ão: (1) pelo art. 175 da Constituição Federal; (2) pela Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; (3) por normas legais pertinentes e (4) por cláusulas dos indispensáveis contratos. O instituto jurídico da concessão de serviços públicos vem tomando corpo na história recente da economia brasileira. Embora conhecido há muito tempo como forma de delegação a particulares na prestação de atividades originariamente tituladas pelo Estado, a concessão vem se tornando, a cada dia, mais atrativa aos olhos dos investidores privados. A concessão foi a primeira forma que o poder público utilizou para transferir a terceiros a execução de serviços públicos. Isto se deu a partir do momento em que, saindo do liberalismo, o Estado foi assumindo novos encargos no campo social e econômico.

De acordo com o art. 175 da Constituição Federal, *“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”*. Note-se que o dispositivo não faz referência à autorização de serviço público, o que representa um avanço, já que os serviços chamados autorizados não têm a natureza de serviços públicos, sendo apenas atividades que, pela sua importância para o interesse público, ficam sujeitos a maior controle por parte do Estado, mas são, no fundo, atividades privadas. Lamenta-se apenas que o inc. XII do art. 21 da Constituição Federal mantenha a referência à autorização como forma de delegação de serviço público.

Enfocando as concessões à luz da doutrina e jurisprudência, nota-se duas fontes doutrinárias: a francesa, segundo a qual o Estado destaca parte de sua competência para atribuí-la ao concessionário e a americana, em que todo serviço é privado, porém, nas que são essenciais à vida coletiva, incide sua execução sob o controle do Estado. Nesta linha, o ato de outorga gera vínculo contratual, sujeito às normas de

regulamentação do poder público. No Brasil Império e Primeira República havia uma tendência ao sistema francês, no entanto, a partir da década de 1960, aliou-se à influência francesa a experiência norte-americana (manifestada na tentativa de implantação do critério do serviço pelo custo). A doutrina, então, estruturou-se mesclando estas duas fontes.

A concessão é entendida como uma delegação, a particulares, da incumbência de prestar um serviço que, pela sua essencialidade, tem característica de público, mas que, por diversas razões, pode vir a ser prestado por terceiros. A reformulação do Estado, tendência mundial moderna que o Brasil almeja, busca basicamente retirar atividades secundárias das mãos dos entes governamentais, da administração direta ou indireta, a fim de que suas atenções sejam restritas a parcelas de maior relevância social. Esta operação passa, no mais das vezes, pelo que se conhece mundialmente pelo nome de privatização, ou desestatização, já exposto anteriormente.

Apesar de muitas conceituações existentes, expõe-se a definição legal do inc. II, art. 2º da Lei nº 8.987/95, para o qual, concessão de serviço público é *“a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência, à pessoa ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”*

A figura da concessão foi largamente utilizada para permitir o funcionamento dessas empresas públicas, sendo certo que a prestação dos serviços públicos, em verdade, permanecia em mãos estatais, apenas travestida de características de delegação. Com o advento das privatizações, a partir do final da década de 1980, surgiu a necessidade de melhor regulamentação da sistemática, pois a relação de intimidade entre concedente e concessionário tenderia - como de fato se verifica atualmente - a ser mais profissional e transparente. Antigas concessionárias tiveram seu controle societário alienado e serviços, anteriormente prestados diretamente pelo Estado, estão sendo objeto de delegação, o que impôs a criação das respectivas sistemáticas de concessão.

Como aspectos característicos, a doutrina aponta que o poder concedente (1) não transfere propriedade alguma ao concessionário; (2) não se despoja de qualquer direito ou prerrogativa; (3) pode retomar o serviço a qualquer tempo, mediante indenização, que pode ser concedida com exclusividade ou não; (4) para os fins da lei ou do contrato, concessionários equiparam-se a autoridades públicas (Mandado de Segurança e

outras ações cabíveis) e (5) findo o prazo, reverterem-se ao concedente direitos e bens vinculados à prestação do serviço, nas condições do contrato.

Duas categorias de normas regulam uma concessão. As de natureza regulamentar, que disciplinam o modo e a forma de prestação do serviço e são alteráveis, unilateralmente, pelo poder público; e as de natureza contratual, que fixam condições de remuneração do concessionário e só podem ser modificadas por acordo entre as partes.

A forma escrita é indispensável para outorga de serviço público. Tanto concessão como permissão deverão ser objeto de formalização através de instrumento escrito, cujo conteúdo deverá atender às exigências legais. Aplica-se, subsidiariamente, o disposto no parágrafo único, art. 60, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regula o inc. XXI, art. 37, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. O instrumento contratual deverá retratar fielmente o contido no edital de licitação, sendo complementadas suas disposições através do conteúdo da proposta. Em termos gerais, pode-se afirmar que a inovação ou alteração das condições da outorga, por ocasião da contratação, caracterizariam frustrações da eficiência da licitação.

Para o concessionário, por sua vez, a outorga de uma concessão representa duas situações distintas, porém intimamente relacionadas. De um lado, ele assume a obrigação contratual de prestar o serviço em nome próprio, recebendo dos usuários finais a tarifa, fixada no respectivo contrato. Tem assim, a partir da assinatura do contrato, a garantia (contratual) de que receberá, durante o prazo de vigência da concessão, aquela receita. Por outro lado, assume o concessionário obrigações de manutenção, incremento e adaptação das instalações e equipamentos ligados à prestação de serviços, sempre visando a melhoria da qualidade no atendimento aos usuários. Além desses investimentos, a outorga da concessão pode estar condicionada a uma oferta ao Estado, o que também significa desembolso de capital por parte do investidor. O valor desses investimentos é custeado pelo próprio concessionário, que necessita de uma projeção de fluxo de caixa compatível para garantir o retorno do investimento durante o prazo de vigência da concessão.

Concessão, portanto, é a delegação contratual da execução do serviço, na forma autorizada por lei e regulamentada pelo Executivo. O contrato de concessão é um

ajuste de direito administrativo, bilateral, oneroso, comutativo e realizado “*intuitu personae*”, sendo um acordo administrativo, não um ato unilateral da Administração⁶³. Na mesma linha encontram-se Hely Lopes Meirelles, em seu *Direito administrativo brasileiro*, p. 338; Toshio Mukai, em *Concessões e permissões de serviços públicos*, p. 14 e Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 369-370. O concessionário deve ser selecionado em função de um conjunto de requisitos e, assim sendo, não poderá ser transferida a concessão, mesmo que com anuência do poder concedente, sob pena de se burlar o princípio da licitação.

A lei apenas autoriza a concessão e delimita a amplitude do contrato a ser firmado, cabendo ao regulamento estabelecer as condições de execução do serviço. Pela concessão, o poder concedente não transfere propriedade alguma ao concessionário, nem se despoja de qualquer direito ou prerrogativa pública, como a de Poder de Polícia.

Distinguindo concessão e permissão, esta não tem natureza contratual, conforme defende parte da doutrina, hoje em decadência, visto que o art. 175 da Constituição Federal tem uma redação que permite a conclusão de que se trata de contrato. A permissão de serviço público é, tradicionalmente, considerada ato unilateral discricionário e precário, pelo qual o poder público transfere a outrem a execução de um serviço público, para que o exerça em seu próprio nome e por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário.

A diferença está na forma de constituição, pois a concessão decorre do acordo de vontades, enquanto a permissão, de ato unilateral da Administração. Outro ponto distintivo reside na precariedade, existente somente na permissão. A permissão é utilizada, normalmente, quando: o permissionário não necessite colocar grandes capitais para o desempenho do serviço; pode mobilizar para diversa destinação e sem maiores transtornos o equipamento utilizado; o serviço não envolva implantação física de aparelhamento que adira ao solo; os riscos da precariedade a serem assumidos pelo permissionário compensem, seja pela rentabilidade do serviço, seja pelo curto prazo em que se realize a satisfação econômica almejada.

Segundo Hely Lopes Meirelles, pode-se acrescentar a essas hipóteses - em que seria preferível a permissão à concessão - aquela em que os serviços permitidos

⁶³ MASAGÃO, M. *Natureza jurídica da concessão de serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 1933, p. 101.

são “*transitórios, ou mesmo permanentes, mas que exijam freqüentes modificações para acompanhar a evolução da técnica ou as variações do interesse público*”, exemplificando com o transporte coletivo e o abastecimento da população.⁶⁴

Cite-se que a permissão de serviços públicos possui as seguintes características: (1) é ato unilateral, discricionário, precário, “*intuitu personae*” podendo ser gratuito ou oneroso; (2) depende sempre de licitação, conforme se depreende do art. 175 da Constituição Federal; (3) seu objeto é a execução de serviço público, continuando a titularidade do serviço com o poder público; (4) o serviço é executado em nome do permissionário, por sua conta e risco; (5) o permissionário se sujeita às condições estabelecidas pela Administração e à sua fiscalização; (6) como ato precário, pode ser alterado ou revogado a qualquer momento pela Administração, através de sua fiscalização, por motivo de interesse público; (7) não obstante seja de sua natureza a outorga sem prazo, tem a doutrina admitido a possibilidade de fixação de prazo, hipótese em que a revogação antes do termo estabelecido dará ao permissionário direito à indenização, o que Hely Lopes Meirelles denomina de permissão condicionada⁶⁵ e Cretella Júnior de permissão qualificada⁶⁶.

A fixação de prazo aproxima de tal forma a permissão da concessão que quase desaparecem as diferenças. Nota-se que a Administração celebra verdadeiros contratos de concessão sob a denominação jurídica de permissão. Tal ocorre porque a precariedade própria da permissão, possível de revogação a qualquer momento, sem indenização, plenamente admissível quando se trata de permissão de uso de bem público, sem maiores gastos para o permissionário, é inadequada quando se cuida de prestação de serviço público.⁶⁷ Trata-se de um empreendimento que, como qualquer outro, envolve gastos, de modo que dificilmente alguém se interessará sem ter as garantias de respeito ao equilíbrio econômico-financeiro, assegurado pelo contrato com prazo estabelecido.

A Lei nº 8.987/95 referiu-se à permissão em apenas dois dispositivos: no inc. IV do art. 2º e no art. 40, pelos quais se verifica que a permissão é definida como

⁶⁴ MEIRELLES, H. L.. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 351-352.

⁶⁵ MEIRELLES, Hely L.. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 351.

⁶⁶ CRETELLA JÚNIOR, J.. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 112-113.

⁶⁷ RIGOLIN, Ivan Barbosa. *A verdadeira “precariedade” das permissões*. São Paulo: Boletim de Direito Administrativo NDS, out., 1988, p. 639-644.

contrato de adesão, precário e revogável, unilateralmente, pelo poder concedente. A precariedade também poderá servir para distinguir a permissão da concessão, desde que não estabelecido prazo. Trata-se de exceção à regra do art. 57, § 3º da Lei nº 8.666/93, que veda os contratos com prazo de vigência indeterminada.⁶⁸ Outra distinção é encontrada no inc. IV, art. 2º da Lei nº 8.987/95, pois ao definir a permissão, não fez referência à concorrência, como modalidade de licitação obrigatória, ao contrário do que ocorre no inc. II, relativo à concessão.

A concessão é uma delegação, a particulares, da incumbência da prestação de serviços que possuem características de público, mas que, por diversas razões, pode vir a ser prestado por terceiros, particulares. O pouco tempo de vigência da Lei de Concessões (Lei nº 8.987/95) dificulta avaliá-la em sua aplicação. Um dos pontos controvertidos está situado na caracterização que faz da figura da permissão, praticamente equiparando-a à concessão, até pela aplicabilidade de alguns dispositivos comuns a ambas. Um ponto positivo, porém, situa-se no próprio delineamento legal da concessão, que oferece parâmetros mais nítidos ao próprio administrador público, aos interessados em se tornarem concessionários, aos já concessionários e, sobretudo, ao público em geral. Outro ponto desta natureza a ser citado encontra-se na caracterização legal explícita do “serviço adequado”, conforme já visto, a ser executado pelo concessionário. Se a lei oferece os índices de exigência do serviço prestado pelo concessionário, tais índices não poderão ficar aquém, na prestação de serviços efetuados direta ou indiretamente pelo Poder Público. Portanto, o “serviço adequado”, tal como especificado na lei, há de ser atendido, também, pela Administração, quando presta diretamente serviços públicos.

Resta tratar de outro aspecto das concessões e permissões, qual seja, o do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Envolve, obrigatoriamente, o sistema tarifário, expresso na regra da equivalência honesta de direitos e deveres do concessionário. A manutenção do equilíbrio financeiro do contrato fundamenta-se nos princípios constitucionais da igualdade, da continuidade do serviço público e da inviolabilidade da propriedade privada, pois o particular não pode arcar com o ônus da Administração.

A noção de equação financeira do contrato administrativo foi estabelecida, pela primeira vez, na França, em 1910, em decisão do Conselho de Estado no

⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parceria da administração pública*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 79-81.

caso da Cia de Gás de Burdeos. Também da mesma época a decisão sobre a correção do desequilíbrio por exercício do “potestas variandi”, aplicando a cláusula “rebus sic stantibus” ou teoria da imprevisão (resistida inicialmente).

Os marcos regulatórios em matéria tarifária fixam os princípios pelos quais os concessionários podem retribuir os custos e obter uma utilidade razoável em termos de eficiência comparativa. A determinação das tarifas tem por base um ato do Poder Concedente, surgindo das cláusulas do contrato de concessão ou permissão, de forma integral ou como complemento do sistema normativo⁶⁹. Se o poder de fixação das tarifas estiver inteiramente ligado à Administração, fora do contrato administrativo, qualquer alteração no equilíbrio econômico-financeiro deve ser corrigido, não só pelo reajuste, mas também pela subvenção que restitua a inicial equação contratual.

Assim, deve ser observado o equilíbrio econômico-financeiro da concessão e sua projeção no direito do concessionário à modificação da tarifa, vez que toda concessão ou permissão constitui-se em contrato administrativo e reflete equivalência de prestações entre a Administração e o concessionário ou permissionário (particular). No direito público, quando do desequilíbrio da equação econômico-financeira, todas as técnicas não tendem à extinção, mas à manutenção inalterada da relação contratual

⁶⁹ Segundo Juan Carlos Cassagne, na obra *La intervencion administrativa*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 172-201, na Espanha, atualmente, atribui-se caráter regulamentar (e não contratual) ao ato que fixa ou aprova as tarifas dos serviços públicos, fundamentando a alteração (1) na quebra do princípio do risco no contrato de concessão e (2) no fato de ser o poder tarifário um poder administrativo, irrenunciável e que não pode ser objeto de pacto com o concessionário. Na Argentina, negou-se também o caráter contratual da tarifa, sustentando que em todos os casos se tratavam de normas regulamentares. Atualmente, continua-se afirmando a natureza regulamentar da tarifa, como parte integrante das regras inerentes à organização do serviço público. Relacionado ao *retorno da concepção contratual* na fixação das tarifas dos serviços públicos, a Argentina aproxima-se mais do sistema francês. A tese majoritária da doutrina francesa se inclina para a natureza regulamentar da tarifa, mas o Conselho de Estado nega poderes à Administração para modificar as tarifas unilateralmente, com base na alteração do equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Tal posição jurisprudencial (seguindo a doutrina francesa) leva à dupla natureza da tarifa: 1) regulamentar (relativo aos usuários) e 2) contratual (quanto às relações entre concedente e concessionário). Ainda na Argentina, negando a natureza contratual da tarifa, há dois argumentos: 1) sendo o poder de direção e organização do serviço público irrenunciável, também o é quanto à fixação das tarifas, reservando-se à Administração (ou ao ente regulador) o poder de controle das mesmas e 2) pela quebra do princípio do risco, substituindo-o pelo princípio da (1) cobertura suficiente, (2) do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, (3) da intangibilidade da remuneração do contratante ou (4) da mutabilidade do contrato administrativo. Tais princípios visam garantir a exigibilidade da manutenção da equação econômico-financeira do contrato de concessão por parte do Poder Concedente. Pode-se estabelecer que a tarifa: (1) constitua ato de alcance geral (regulamentar), (2) seja atribuído o poder de sua fixação ao concessionário de forma automática (quando ocorram certos fatos ou alcançados certos parâmetros) e (3) seja estipulado um máximo (estimulando a eficiência para aumentar o lucro). Assim, se a tarifa tem base contratual, resta ao concessionário o direito subjetivo, a ser protegido judicialmente, não constituindo regulamento, visto não integrar o ordenamento jurídico.

(equilíbrio), diferentemente de contratos do direito privado.

O contrato administrativo alcançou, progressivamente, em relação ao contrato do direito privado, autonomia científica, em virtude da posição privilegiada que o Estado assume na relação contratual. Há também distinção entre os princípios que inspiram o direito privado e o público a respeito de sua natureza, fins e posição das partes. No entanto, a aplicação exclusiva do direito administrativo em todas as relações em que o Estado participasse, seria causa de injustiça e insegurança jurídica.

Em qualquer contrato é possível a ocorrência de desequilíbrios na equação econômico-financeira, havendo o reconhecimento de que se este desequilíbrio foi causado por ato do próprio Estado, deve este propiciar a integral reparação da equação. Pode, neste caso, autorizar o reajuste das tarifas a partir de sistemas de revisão de preços “ex lege”, de modo a manter a transparência da relação. Para manutenção da equação econômico-financeira do contrato administrativo há certas técnicas: (1) a compensação pelo exercício do poder de modificação do contrato, pois, podendo a Administração introduzir modificações unilateralmente, deverá observar limites jurídicos racionais e legais. Se de forma ilegítima, o concessionário tem verdadeiro direito subjetivo à intangibilidade de sua remuneração, em busca da manutenção da equação econômico-financeira. (2) O fato do príncipe (medida de caráter geral modificadora das condições do contrato, devendo, para dar direito ao reajuste, estarem presentes os quesitos: (2.1) que seja de índole econômico-financeira, (2.2) que provoque excessiva onerosidade superveniente, (2.3) que seja imprevista e não exceda a área normal de todo contrato, (2.4) que haja relação de causalidade entre a medida e a alteração da equação e (2.5) que o dano seja certo e especial, ou seja, que afete mais o concessionário que as demais pessoas). (3) A teoria da imprevisão, presente quando a mudança de circunstâncias causa uma excessiva onerosidade na prestação a cargo do concessionário. Para ser possível a alteração contratual deve haver simultaneamente: (3.1) uma excessiva onerosidade na prestação do contrato, (3.2) que ela seja superveniente à celebração do contrato, (3.3) que se trate de fato econômico e não administrativo, (3.4) que não seja o fato normalmente previsível, (3.5) que o contratante não tenha suspenso a execução do contrato e (3.6) que se altere a equação econômico-financeira do contrato. Como última técnica aponta a doutrina (4) a revisão de preços “ex lege”, que oferece mais alto grau de garantia ao concessionário. Parecida com a teoria da imprevisão, diferencia-se, no entanto, porque para o reajuste (a) não se exige a ocorrência

de acontecimento imprevisível nem extraordinário, (b) não requer que o aumento do preço seja excessivo, (c) o ressarcimento é pleno e integral e (d) trata-se de obrigação assumida pela administração quando da celebração do contrato.

Finalmente e de forma bastante resumida, a extinção da concessão de serviço público dá-se: (1) pelo advento do termo contratual, hipótese normal de extinção quando ocorre a retomada do serviço pelo poder concedente, a reversão dos bens e a indenização das parcelas dos investimentos vinculados aos bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados. (2) Pela encampação ou resgate, que é a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivos de interesse público, mediante lei autorizativa específica, após prévio pagamento de indenização ou das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido. (3) Pela caducidade ou decadência, modalidade de encerramento da concessão, por ato do poder concedente, antes da conclusão do prazo inicialmente fixado, em razão de inadimplência do concessionário, cabendo indenização apenas quanto à parcela não amortizada do capital. Ela está presente nos casos do concessionário não cumprir obrigações assumidas ou infringir as disposições do art. 38 da Lei nº 8.987/95 e deve ser precedida de verificação de inadimplência do concessionário em processo administrativo, assegurada a ampla defesa. (4) Pela rescisão, por iniciativa do concessionário, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, mediante ação judicial - art. 39, Lei nº 8.987/95 - sendo que os serviços não poderão ser interrompidos ou paralisados até a decisão judicial transitada em julgado. (5) Pela anulação, no caso de vícios que afetem a sua existência ou a sua legalidade - falta ou irregularidade de qualquer de seus elementos essenciais. A *exceptio non adimpleti contractus* não vigora, em princípio. (6) Pela falência ou extinção da empresa, quando os credores concorrem aos bens da concessionária não afetados à prestação do serviço. A responsabilidade do concedente para indenização está vinculada aos investimentos ainda não amortizados ou depreciados. Quanto à insolvência, o Estado terá que arcar com o ônus daí proveniente, havendo responsabilidade subsidiária (mas não solidária), visto que a atividade envolveu poderes especificamente do Estado.

Quanto à reversão dos bens, fundamenta-se no princípio da continuidade do serviço público, como consequência natural, visto que o concessionário já

extraiu tudo o que patrimonialmente podia esperar. É uma consequência da extinção e não um dos seus modos.⁷⁰

⁷⁰ OLIVEIRA, José Carlos de. *Concessões e permissões de serviços públicos*. São Paulo: Edipro, p. 83-89.

III. ÓRGÃOS REGULADORES

O Estado está, sem dúvida, passando por uma completa reforma, com vistas à busca de modernização e maior eficiência, que segue, necessariamente, o modelo adotado para o financiamento da infra-estrutura, abrangendo a desestatização. Verifica-se não se ter utilizado o termo desregulação, pois, ao contrário do que pode parecer, não se afasta, e longe está de se afastar o Estado, de suas primordiais funções reguladora e fiscalizadora.

No entanto, desatreia-se o Poder Público das tarefas de execução direta das obras e serviços públicos, para assumir as de elaboração e execução da política reguladora de todos os setores da economia agora deixados à iniciativa privada. A respeito da necessidade de controle estatal, nas suas funções reguladora e fiscalizadora, existe a necessidade de se buscar o crescimento econômico com harmonia, tentando atingir um ponto de equilíbrio, sem se perder de vista a situação do usuário do serviço, peça principal e objetivo do serviço a ser prestado.

Assim, César Carlos Neira, citando Agustín Gordillo⁷¹, comenta que já se dizia, na década de 1960, que o regime jurídico não protegia o interesse público. Pretendendo assegurar o interesse público mas invertendo a situação, dava grandes faculdades jurídicas aos prestadores de serviços, acabando por impossibilitar ou dificultar o exercício de direitos do particular que recebesse um mau serviço, ou não o recebesse. Restava aos particulares, apenas, a resignação de não receber o serviço ou recebê-lo de forma inadequada, assegurada tal situação pelo regime jurídico da época.⁷²

O funcionamento do serviço público tem grande importância, quer seja ele prestado diretamente pelo Estado, quer seja por concessionários. O poder regulador, ou polícia do serviço, qualquer que seja o prestador e com o mesmo rigor, deve controlar e comprovar a sua adequada prestação, visto atingir milhões de usuários. Faltando autoridade

⁷¹ GORDILLO, Agustín. *Derecho administrativo de la economia*. Buenos Aires: Editora Macchi, 1967.

⁷² NEIRA, César Carlos. *Entes reguladores de servicios. La defensa del usuario*. Buenos Aires: Ad-Hoc SRL, 1997, p. 22.

ao governo no efetivo exercício do poder regulador, a ser exercido por setores administrativos que têm a seu cargo a organização e funcionamento de tais serviços, ter-se-á um serviço deficiente e custoso. Não é de se duvidar que, algumas vezes, o próprio governo almeje um serviço deficiente, com o objetivo de desacreditar a prestação direta pelo Estado, visando a entrega a concessionários mediante grandes recompensas. Trata-se do que se convencionou chamar de “sabotagem oficial”, cujo combustível é a burocracia a cargo das mazelas do Estado.⁷³

Fundamenta César Carlos Neira suas conclusões em Luis Moreno Ocampo⁷⁴, que sustenta que “*as empresas necessitam, para seu funcionamento eficiente, de um Estado que as regule e que marque limites ao interesse lucrativo. O afã ganancioso de obter sempre mais para sua empresa pode levar honestos executivos a deixar de lado seus valores morais, a ecologia e até a vida humana.*” Exige-se, para evitar tal situação, que a economia seja regulada ou que o Estado, através da legislação, regule o poder econômico de modo eficiente. Devido às características sul americanas, países como a Argentina e o Brasil pós-privatização necessitam de um Estado eficaz que garanta a organização econômica.⁷⁵

César Carlos Neira, de forma precisa, resume a questão:

“É clara a necessidade de fiscalizar e controlar a prestação dos serviços públicos e de dotar os organismos encarregados da missão, das ferramentas legais adequadas para seu cumprimento. Compete aos Entes reger e regulamentar a prestação dos serviços, com especial atenção aos modelos mínimos de atitude e controle de qualidade de cada um deles.

...

*A necessidade do Estado de exercer um controle dos serviços públicos transferidos ao setor privado, tendo como prioridade a defesa do usuário, pode, em certos casos, contrapor-se ao legítimo desenvolvimento de uma atividade econômica. São dois bens jurídicos diferentes que estão em jogo e que devem se harmonizar.”*⁷⁶ (tradução nossa).

A política de desestatização ou desregulamentação inerente ao processo de privatizações encerra um paradoxo face à necessidade de impor estritos limites legais, aos quais deverão se ajustar os concessionários dos serviços, donde aflora a

⁷³ NEIRA, César Carlos. *Entes reguladores de servicios*. Buenos Aires: Ad-Hoc SRL, 1997, p. 22.

⁷⁴ OCAMPO, Luis Moreno. *En defensa propia - Como salir de la corrupción*. Buenos Aires: Sudamericana, 1993.

⁷⁵ NEIRA, César Carlos. *Entes reguladores de servicios*. Buenos Aires: Ad-Hoc SRL, 1997, p. 23.

conclusão que tal processo tem pouco de “desregulador”, visto que em muitos casos existem mais disposições do que quando a atividade se encontrava nas mãos, exclusivamente, do Estado. No entanto, enquanto no regime estatal os usuários deveriam apresentar suas reclamações ao próprio Estado empreendedor, assumindo este os papéis de “juiz e parte interessada”, agora, apresentam-nas a organismos independentes, com garantias de imparcialidade, desde que os controles e fiscalizações sejam praticados com eficiência e eficácia.

Desta forma, este controle estatal deve ser exercido, pelo que se denomina diferentemente na doutrina, pelos Entes Reguladores, Órgãos Reguladores, Órgãos de Controle, Órgãos Técnicos do Poder Concedente, Organismos Reguladores, Comissões Reguladoras (Regulatory Commissions), Agências Reguladoras, Agências de Controle, dentre outras denominações utilizadas na Argentina, Espanha, Reino Unido e Estados Unidos da América. Esclarece-se, desde já, que a Constituição Federal Brasileira os trata por Órgãos Reguladores, no que é seguida por parte da legislação. A doutrina brasileira, no entanto, refere-se a Agências Reguladoras. Já as doutrinas argentina e inglesa preferem a terminologia Entes Reguladores e os norte-americanos, Agências Reguladoras. Porém, há que se dizer que pouco interesse há na nomenclatura utilizada, havendo importância, sim, na boa dissecação do instituto.

A respeito das raízes históricas do tema no Brasil, as discussões concernentes ao controle do Estado sobre as empresas concessionárias tiveram seu auge na época da Revolução de 1930, quando houve, “*em quase todo país, um movimento no sentido de se pôr um freio a certos atos prejudiciais ao interesse coletivo, praticados por concessionários de serviços públicos, à sombra de contratos e leis defeituosos*”⁷⁷. Poucos tratavam sobre o assunto, sendo notório, entre os estudiosos pátrios da época, o fato de, com desgosto, notarem a pobreza da legislação brasileira, nesse campo.

A partir de 1930, no entanto, novas normas de concessão começaram a ser recomendadas, ao mesmo tempo que o Governo Federal autorizava a revisão dos contratos julgados lesivos ao interesse público. Muita coisa foi feita nos primeiros meses de entusiasmo renovador. Como exemplo, cita-se que na cidade de São Paulo foi dado início à

⁷⁶ NEIRA, César Carlos. *Entes reguladores de servicios*. Buenos Aires: Ad-Hoc SRL, 1997, p. 24.

⁷⁷ BRANCO, Plínio A. A regulamentação dos serviços públicos concedidos. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, jul., v. 87, 1941, p. 35.

primeira tomada de contas da então Companhia Telefônica e o Serviço Funerário passou a funcionar no regime de serviço-pelo-custo. A Companhia concessionária dos serviços de força e luz, transporte de passageiros em bondes e fornecimento de gás, cujos contratos mais dificultavam a ação construtiva dos Poderes Públicos, foram alvo de inúmeras investidas da Prefeitura daquela cidade, ora para forçá-las a consolidar a sua via permanente, ora para coibir abusos de motorneiros e condutores, ora ainda para suavizar a contribuição exigida dos particulares nos casos de extensão de suas redes distribuidoras de luz, força e gás, contribuições que cobriam, em regra, integralmente o valor das obras.

Plínio A. Branco, em artigo de sua autoria, comenta que na esfera do Governo Federal revolveu-se o problema da regulamentação da produção e transmissão de energia elétrica. Nesta época foi publicado um trabalho de Alfredo Valadão que, mais tarde, depois de muita oposição dos interessados, logrou transformar-se em lei, o Código de Águas. Os impulsos renovadores, contudo, não pararam. A Constituição Federal de 1934 determinava, em seu art. 137, que lei federal regularia a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão ou delegação para que, no interesse coletivo, os lucros dos concessionários ou delegados não excedessem à justa retribuição do capital que lhes permitisse atender, normalmente, às necessidades públicas de expansão e melhoramento desses serviços⁷⁸.

A Constituição de 1937, em seu art. 147, quase de forma idêntica, estabeleceu que a lei federal regularia a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços públicos explorados por concessão para que, no interesse coletivo, delas retirasse uma retribuição justa e adequada e fossem atendidas, convenientemente, as exigências de expansão e melhoramento dos serviços. E mais, que tal lei se aplicaria às concessões feitas no regime anterior de tarifas, contratualmente estipuladas para todo o tempo do contrato. Desta forma, derogou-se a concepção até então existente de que as tarifas, uma vez fixadas, não poderiam mais ser ajustadas pelo Poder Público, segundo as necessidades ditadas pelo interesse coletivo.

Porém, exatamente quando a discussão tomava vulto, com a eclosão da Segunda Guerra Mundial no final da década de 1930, reacendeu-se nos países o espírito nacionalista, como decorrência, inclusive, das dificuldades vividas durante um período de

belicosidade. As novas políticas econômicas que passaram a nortear os caminhos do Mundo pós-guerra tiveram grande influência neste campo, além de outros fatores já discorridos no primeiro capítulo. No Brasil, todo o processo de concessões foi revertido, movidos que estavam os governantes pelo espírito nacionalista que passou a reinar nas décadas seguintes, ou seja, 1940 e 50, bem como pela necessidade de, para acompanhar a nova política mundial, constituir também o Estado brasileiro como um Estado de Bem-Estar.

Na legislação brasileira, seja constitucional, seja infra constitucional, neste período, nenhuma notícia a respeito de concessão de serviços por parte do Estado foi conhecida e, conseqüentemente, nada foi tratado sobre o controle desses serviços. Poucos, como que prevendo o futuro, percebiam que toda aquela gama de responsabilidades e atribuições dadas ao Estado não teria como ser sustentada por muito tempo. O Estado não teria condições de manter tudo o que lhe fora incumbido. E assim aconteceu. Com o final da guerra fria, abertura da “cortina de ferro” e principalmente excesso de gastos públicos com “bem-estar”, voltou-se a discutir sobre privatizações. O enfoque, agora, foi dado no sentido de que o Estado continuaria sendo encarado como responsável pelo bem comum, no entanto, não como prestador direto dos serviços necessários à comunidade, mas controlando terceiros que prestariam tais serviços. Retornou-se, assim, à idéia das concessões.

No Brasil, somente com a Constituição Federal de 1988 o assunto voltou à discussão jurídica. Em vários pontos da atual Constituição Federal percebe-se esta nova linha de conduta. Com o novo enfoque dado às concessões, voltou-se também a rediscutir o controle a ser exercido sobre os concessionários, já que, em última instância, continuava o Estado a figurar como responsável pelo bem estar de sua população, reaparecendo a figura do Ente Regulador.

A atual Constituição Federal brasileira o trata de forma dispersa, ao focar, particularmente, cada ramo de serviço a ser concedido. A função reguladora e normatizadora da atividade econômica vem prevista no art. 174 da Constituição Federal, que com o parágrafo único do art. 175, são considerados como os dispositivos constitucionais que estabelecem a necessidade de um órgão regulador na fiscalização das

⁷⁸ BRANCO, Plínio A. A regulamentação dos serviços públicos concedidos. *Revista Forense*, Rio de Janeiro,

empresas permissionárias e concessionárias, alcançando os direitos dos usuários, a política tarifária e a obrigação de manter o serviço adequado.

O inc. XI, art. 21 da Constituição Federal o prevê com relação ao serviço de telecomunicações. Tal dispositivo, cuja redação foi dada pela Emenda Constitucional n.º 8, de 1995 (que alterou o inc. XI e alínea “a” do inc. XII do art. 21 da Constituição Federal), estabelece como competência da União “*explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um **órgão regulador** e outros aspectos institucionais*”. (grifo nosso)

Já o inc. III, § 2º, art. 177 da Constituição Federal, também introduzido por Emenda Constitucional⁷⁹, refere-se ao órgão regulador com relação ao petróleo e seus derivados. Estabelece o caput que constitui monopólio da União algumas atividades a ele relacionadas, podendo a União, porém, conforme prescreve o § 1º, “*contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo, observadas as condições estabelecidas em lei*”. O § 2º determina que a lei referida no parágrafo anterior deverá dispor sobre vários aspectos, dentre eles (inc. III) “*a estrutura e atribuições do **órgão regulador** do monopólio da União*.” (grifo nosso)

Cabe ressaltar que tais dispositivos não poderão ser regulamentados através de Medida Provisória, conforme proibição expressa do art. 246 da Constituição Federal. Ressalte-se já existirem leis cuidando da matéria.

Voltando-se para a Legislação Ordinária, em 1995, houve a edição da Lei 8.987, de 13 de fevereiro daquele ano, conhecida como “Lei de Concessões”, sendo que o órgão regulador pode ser encontrado em vários de seus dispositivos, como no art. 29 (previsão de regulamentação anterior à abertura do serviço público à iniciativa privada); § 3º do art. 9º (caso não ocorra a regulamentação anterior, ulterior normatização deverá estabelecer, ou restabelecer, o inicial equilíbrio econômico-financeiro); parágrafos 1º e 2º do art. 6º (expressamente consigna a obrigação do concessionário à prestação do serviço adequado e a atualidade do serviço, compreendida como “*modernidade das técnicas, do*

jul., v. 87, 1941, p. 36.

⁷⁹ BRASIL. Emenda Constitucional nº 9, de 1995. Deu nova redação ao art. 177 da Constituição Federal, alterando e inserindo parágrafos.

equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como melhoria e expansão do serviço”).

Percebe-se que o assunto é tratado, genericamente, de modo uniforme na Inglaterra, Estados Unidos, Espanha e Argentina. Todos caminham, em linhas bastante gerais, num único sentido, com suas particularidades e adaptações conforme as diferenças culturais e estágio de desenvolvimento no assunto, ressaltando que devem ser consideradas as diferenças existentes, principalmente, no que se refere ao modelo norte-americano.

Indica-se alguns pontos importantes, visto que o estudo do Órgão Regulador tem por base mostrar um modelo ideal, isento dos vícios e problemas que ocorreram no passado. Plínio A. Branco, em 1941, pregava, baseado no posicionamento do Ministro Francisco Campos, que o país ainda não dispunha de organização capaz de fazer cumprir contratos de serviços públicos e isso só aconteceria quando fossem criadas Comissões de Serviços de Utilidade Pública. Isto, porque “*o contrato constitui, para o concessionário, uma armadura inexpugnável, que o coloca quase totalmente a coberto de qualquer ingerência do Estado nos seus negócios*”⁸⁰. Trata-se, apesar do tempo transcorrido, de situação exatamente igual à vivida atualmente.

Assim, conforme Osvaldo Aranha Bandeira de Melo, “*a regulamentação dos serviços públicos concedidos e a conseqüente fiscalização não têm por objetivo desconhecer os direitos das empresas concessionárias, porém, assegurar os interesses da coletividade contra os abusos daquelas.*”⁸¹

Segundo Enrique Carlos Zarate, um serviço público sem controle estatal, possivelmente, não evoluiria de acordo com as necessidades coletivas, exceção feita às hipóteses de interesse direto, nos quais seriam facultados consideráveis benefícios ao concessionário. Produzir-se-ia uma situação duplamente anormal, de um lado o interesse público prejudicado e de outro, uma posição de privilégio desmedida do concessionário, situação atentatória a todas as regras de equidade e de direito.⁸²

Bem mais recentemente, José Carlos de Oliveira ensina que em

⁸⁰ BRANCO, Plínio A. A regulamentação dos serviços públicos concedidos. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, jul., v. 87, 1941, p. 29.

⁸¹ BANDEIRA DE MELO, Osvaldo Aranha. Aspectos da regulamentação dos serviços públicos. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, jul., v. 87, 1941, p. 26.

decorrência do dispositivo constitucional previsto no inc II do art. 5º da Constituição Federal, onde está prescrito que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, claro está que tanto a regulamentação dos serviços como a criação de um órgão técnico para fiscalizar o cumprimento dos objetivos esperados pela concessão de serviços devem ser por meio de lei, que atribuirá a competência, os limites e as responsabilidades de tais órgãos.⁸³

Porém, muitos questionamentos ainda restam. Juan Carlos Cassagne⁸⁴ assim pergunta: “¿Qué debe regularse? ¿Solamente el servicio público? ¿O también las llamadas actividades de interés público?” Não são porém preocupações de um único autor, pois Agustín Gordillo⁸⁵ também questiona: “¿Control de qué?”, indo além: “¿Qué quieren decir con organismos: solamente los nuevos o los viejos en cuanto tienen nuevas funciones de control? ou ¿Y que me quieren decir por control?”

O sistema que, anteriormente, regeu a Argentina caracterizou-se pela concentração dos poderes reguladores nas próprias empresas estatais prestadoras desses serviços, o que também ocorria no Brasil, sem deixar de reconhecer uma margem para o exercício do poder de polícia por parte dos órgãos da Administração Central, margem esta que, na prática, não impediu os constantes desequilíbrios financeiros nem os abusos e arbitrariedades em que incorriam os funcionários das empresas estatais.

Este estado de coisas vem sofrendo uma mudança radical no processo de transformação do Estado, a partir do qual se perfilam novas funções regidas pelo Direito Administrativo. Neste contexto aparecem, contemporaneamente à privatização da gestão dos serviços públicos, os marcos reguladores de cada uma das atividades junto aos entes criados pelo Estado para aplicar essas regulações e intervir, em uma espécie de instância administrativa de natureza jurisdicional, nos conflitos que são suscitados entre as empresas concessionárias ou licencitárias dos serviços e os usuários.

⁸² ZARATE, Enrique C.. *El control de las concesiones de servicios públicos*. Buenos Aires: Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1937, p. 67.

⁸³ OLIVEIRA, José Carlos de. *Concessões e permissões de serviços públicos*. Bauru: Edipro, 1997, p. 136.

⁸⁴ CASSAGNE, Juan Carlos. Marcos regulatorios y regulacion economica. *Revista Argentina del Regimén de la Administración Pública* (RAP), Argentina, v. 183, 1993, p. 23.

⁸⁵ GORDILLO, Agustín. Organismos de control. *Revista Argentina del Regimén de la Administración Pública* (RAP), Argentina, v. 194, 1995, p. 108.

Tais entes reguladores foram criados como pessoas administrativas com competência especial e personalidade jurídica própria. No entanto, a Administração não perdeu o exercício dos poderes de tutela, nem as faculdades inerentes ao poder de polícia, bem como as derivadas de sua condição de parte no vínculo que a une ao prestador do serviço público. Desta forma, o exame dos entes reguladores revela que eles (1) perseguem fins estatais, (2) possuem recursos designados ou um patrimônio para o cumprimento das finalidades que se lhes assinalam, (3) subordinam-se ao regime de controle estatuído para o setor público e (4) faz-se possível a interposição de recursos em face de decisões, como é exemplo o “*Recurso de Alzada*”, na Argentina. Desta análise, transparece a impossibilidade de se reconhecer, nestes órgãos, total e irrestrita autonomia, pois constituem entidades autárquicas que atuam no marco da organização administrativa do Estado, submetidos que estão ao poder de tutela do Poder Executivo.⁸⁶

Para Francisco José Villar Rojas, cria-se com cada lei privatizadora uma agência, responsável por regular e fiscalizar determinada atividade, “*titular de poderes e obrigada à consecução de uma série de fins públicos.*” Porém, estas agências apresentam algumas deficiências, as mesmas apresentadas por qualquer outra entidade pública autônoma, como (1) a possibilidade de cair na órbita dos interesses dos particulares que atuam na área da atividade regulada, (2) o escasso controle do Poder Legislativo sobre sua atividade, devido à aparente autonomia que mantêm frente ao Governo e (3) o caráter dificultoso da revisão judicial, devido a seus custos, sua inadequação pela complexidade técnica do assunto a ser tratado e, algumas vezes, a reticência de alguns juizes em intervir. Há que se citar que a regulação britânica se caracteriza pela discricionariedade das faculdades da agência reguladora e se embasa na constante negociação.⁸⁷

Infelizmente, parece que no Brasil o caminho tomado vem sendo bastante parecido, como se verifica no já citado artigo de O Estado de São Paulo⁸⁸, no qual José Genoíno comenta sobre “*As privatizações e a farra reeleitoral*”.

Já criticava Osvaldo Aranha Bandeira de Melo, em 1941, que

“o serviço exercido por concessão, em regra, tem seu fim deturpado pelo

⁸⁶ CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervencion administrativa*. 2ª ed. at., Arg.: Abeledo-Perrot, 1995, p. 151.

⁸⁷ ROJAS, Francisco José Villar. *Privatización de servicios públicos. La experiencia española a la luz del modelo británico*. Buenos Aires: Tecnos, 1996, p. 144.

⁸⁸ GENOÍNO, J.. *As privatizações e a farra reeleitoral. O Estado de São Paulo*. SP, 24 jan. 1998. Cad. A-2.

concessionário, o qual procura satisfazer quase que exclusivamente as suas ambições gananciosas, em detrimento do bem estar coletivo - razão de ser do serviço. Demais, a fiscalização do Poder Público, contra abusos dos concessionários, é muito difícil e dispendiosa, pois estes procuram estabelecer o máximo de transtornos à ação do Poder Público, procurando, por todos os meios, fugir à sua interferência controladora.”⁸⁹

No mesmo sentido, recentemente, chama a atenção José Carlos de Oliveira, expondo que

*“um dos motivos que pesou no fracasso das concessões de serviços públicos no Brasil foi a ineficiência dos órgãos fiscalizadores. Nesta volta da gestão privada de serviços públicos, o poder de intervir deve ser exercido de forma rígida, para afastar a possibilidade do desprezo pelo fim público, que caracteriza quase sempre a atuação do concessionário privado”.*⁹⁰

Diante de tais colocações, já se pode concluir parcialmente que há a necessidade de se atuar com seriedade no caso dos direitos e interesses dos usuários. Uma das formas de ação, neste sentido, é o tratamento de tais matérias no plano constitucional, no nível mais alto do ordenamento jurídico estatal, o que vem ocorrendo, esperando-se, ainda, a abertura do assunto em amplas deliberações legislativas, na medida em que a mesma é essencial para o fortalecimento do bem comum.⁹¹ No passado brasileiro, a ineficiência dos órgãos fiscalizadores foi o motivo do fracasso das concessões, almejando-se, na atualidade, uma intervenção rígida, presente e eficaz no exercício das concessionárias.

Finalizando, é oportuno lembrar as palavras de Plínio A. Branco sobre a regulamentação de serviços públicos concedidos, ou seja, a respeito do controle estatal sobre tais serviços: *“não desprezaremos os ensinamentos de fora, mas já é tempo de procedermos ao estudo das nossas próprias experiências, reunindo-as, ordenando-as e publicando-as, para que os patricios estudiosos tenham a oportunidade de conhecer os nossos laboratórios de experimentação social.”*⁹²

⁸⁹ BANDEIRA DE MELO, Osvaldo Aranha. Aspectos da regulamentação dos serviços públicos. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, jul., v. 87, 1941, p. 23-24.

⁹⁰ OLIVEIRA, José Carlos de. *Concessões e permissões de serviços públicos*. Bauru: Edipro, 1997, p. 147.

⁹¹ CINCUNEGUI, Juan Bautista. Regulacion y control de servicios publicos de gestion privada. *Revista Argentina del Regimén de la Administración Publica (RAP)*, Argentina, v. 198, 1995, p. 15.

⁹² BRANCO, Plínio A. A regulamentação dos serviços públicos concedidos. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, jul., v. 87, 1941, p. 41.

1. O que são, como estão organizados e outros organismos de controle

Os serviços públicos explorados por empresas de capital privado, mediante concessão ou permissão, por força do inc. I, art. 29 da Lei nº 8.987/95, serão alvo de regulamentação pelo Poder Legislativo e controle pelo poder concedente, através dos entes reguladores, ou órgãos técnicos do poder concedente, como faz referência a Lei de Concessões no parágrafo único do art. 30.

Explanado que foi sobre o desenvolvimento da atividade reguladora e fiscalizadora no Brasil, é interessante citar algo a respeito destes Entes nos Estados Unidos da América e Argentina.

As agências reguladoras surgiram nos Estados Unidos da América, no final do século XIX, sendo que a respeito da criação e atribuição de poderes às Agências Administrativas norte-americanas, cabe desde já ressaltar que, apesar de se dizer que as do Brasil teriam se inspirado no modelo norte-americano, em nada se parecem com os Órgãos Reguladores aqui previstos. O direito norte-americano, que também segue o modelo de Montesquieu, leva em consideração o princípio da divisão de poderes, cabendo, a grosso modo, ao Congresso a aprovação das leis e ao Presidente sua execução, bem como o exercício de determinadas funções de política externa e de segurança. A função executiva tem um alcance limitado, não incluindo o exercício de poderes administrativos similares aos reconhecidos no modelo romano-germânico de ordenamento jurídico. Tais poderes, extirpados do Executivo, são atribuídos pelo legislador às chamadas Agências Administrativas. Sobre tais agências, ressalta-se, “ab initio”, que vários e distintos são seus tipos nos Estados Unidos da América⁹³.

⁹³ Neste aspecto há que se ter em mente que as distintas classificações doutrinárias sobre a pluralidade das agências administrativas nos Estados Unidos somente se explicam em atenção às relações entre as agências, o Congresso e o Presidente da República, que são muito diferentes das existentes no sistema romano-germânico. Ademais, a criação das agências e a delegação de poderes se produz por necessidades práticas, de forma assistemática e sem contar com um esquema teórico prévio, que se realiza posteriormente, às vezes quando já está instalada grande confusão.

Coube à legislação norte-americana conceituar o instituto, sob uma perspectiva prática dos conceitos manejados. A Lei de Procedimento Administrativo (Federal Administrative Procedure Act – APA) de 1946 é a que oferece um conceito bastante simples: “*agência é qualquer autoridade do Governo dos Estados Unidos, esteja ou não sujeito ao controle de outra agência, com exclusão do Congresso e dos Tribunais.*”⁹⁴ (tradução nossa). Pela singeleza, apresenta-se como um conceito particularmente amplo, compreendendo qualquer estrutura organizativa federal distinta dos poderes expressamente previstos na Constituição. Tão ampla noção deve ser devidamente encarada conforme as diferenças inerentes ao caso, sendo relevante o que toca aos poderes que as agências exercem e, em especial, à capacidade de relacionamento com os cidadãos.

Não é demais recordar que estas agências são as criadas por ato do Poder Legislativo, que determina suas concretas regras de atuação e controle. No entanto, as agências que intervêm nas relações internacionais e em matéria militar não estão sujeitas aos preceitos da APA, nem se regem pelas mesmas regras de funcionamento e controle, mas, mesmo assim, podem ser incluídas nessa genérica noção de agência.

Basicamente, as diferenças entre as agências administrativas nos Estados Unidos da América têm sido construídas em função de dois critérios: por um lado, a preocupação com os poderes para se relacionar com os cidadãos e, por outro, a existência ou não de limites à livre destituição presidencial do pessoal de direção da agência e, ainda ligado à segunda distinção, questão relacionada aos poderes delegados à agência. Muito bem colocado por Eloísa Carbonell Porrás, tem-se estudado que em uma primeira etapa se diferenciaram as agências administrativas em reguladoras - *regulatory agency* – e não reguladoras – *non regulatory agency* - conforme a atribuição de poderes para incidir nas situações jurídicas dos cidadãos. As *agências reguladoras* são aquelas que exercem, por delegação do Congresso Americano, poderes normativos e decisórios que atinjam as pessoas com as quais se relacionam, condicionando seus direitos, liberdades e atividades econômicas, tendo capacidade para resolver conflitos entre a própria Administração e os usuários ou entre os usuários entre si. Ao contrário, as *agências não reguladoras* são aquelas características do Estado de Bem-Estar, de serviços sociais, cuja atividade se reduz

⁹⁴ “Agency means each authority of the Government of the United States, whether or not it is within or subject to review by another agency, but does not include (A) the Congress, (B) the Courts of the United States...”

a reconhecer benefícios e ajudar aos mais desfavorecidos. A particularidade destas agências está na concepção de suas ações como privilégios e, por isso, submetidas à discricionariedade da agência, que não se submete a requisitos de limitação de sua atuação.

Um segundo critério diferencia as agências em executivas – executive agency – e independentes – independent regulatory agency or commissions - sob o parâmetro da possibilidade de limitação ao poder de destituição do pessoal diretivo da agência pelo Presidente da República. Nas agências executivas, o pessoal pode ser destituído livremente pelo Presidente, o que não ocorre nas agências independentes. Estas, ao contrário, caracterizam-se pelo fato desta destituição estar condicionada a uma decisão do Poder Legislativo, no caso, o Congresso Americano, somente quando concorram as causas fixadas nas respectivas normas de criação.⁹⁵ Estas considerações explicam, sinteticamente, sobre o nascimento das agências independentes, sendo certo porém que, na atualidade, existem agências administrativas às quais são delegados amplos poderes, sem se limitar a possibilidade de destituição pelo Presidente.

Alguns autores aceitam ainda uma terceira classificação, sobre a qual Eloísa Carbonell Porrás, apresentando-se contrariamente, cita e explica seu não cabimento. Aqueles que assim pensam, recorrem à expressão de *agências quase independentes* para identificá-las. No entanto, esta nova categoria deve ser afastada, conforme a autora supra citada, visto estar confundindo os poderes da agência com o grau de dependência ao Presidente da República, pois, se não se exige que a destituição se baseie em uma boa causa, não há agência independente, sejam quais forem os poderes que se lhe hajam sido delegados. Conclui que, definitivamente, deve ser sustentado que somente podem ser consideradas agências independentes aquelas em que a livre destituição se condiciona à existência de uma boa causa, à margem dos poderes delegados. Contudo, recorda-se que as agências independentes não atuam à margem da política presidencial, estando também sujeitas à intervenção do Presidente da República no que concerne à coordenação das políticas públicas. O regime das agências independentes acaba por se aproximar das executivas, visto haver ainda alguma espécie de subordinação e obrigatoriedade de ligação à vontade maior do Chefe do Poder Executivo.

⁹⁵ CARBONELL PORRAS, Eloísa. *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 48-49. A constitucionalidade desta limitação do poder do Presidente tem suscitado um amplo debate nos Estados Unidos da América que somente pode ser compreendido a partir

Delimitada a noção de agência independente, o conceito de agência executiva compreenderia estruturas organizativas muito variadas, incluindo os diferentes Departamentos ministeriais, os serviços ou oficinas que os integram, assim como agências não integradas, estruturalmente, em nenhum Departamento. As relações entre os Departamentos e as diferentes agências, que dependem da correspondente norma de criação, não são claras nem respondem a critérios sistemáticos como os existentes no nosso sistema de Direito, sobre a base das noções de órgão e personalidade.⁹⁶

Há que se ressaltar apenas que no caso dos Estados Unidos da América, em princípio e sem prejuízo do que dispõe a correspondente lei de criação, os procedimentos administrativos estabelecidos na APA (Lei de Procedimentos Administrativos) aplicam-se a qualquer agência federal que se relacione com os cidadãos, à margem de seu grau de dependência dos Departamentos executivos, existindo ou não limitação ao poder presidencial de destituição.

Percebe-se a diferença entre as Agências nos Estados Unidos da América e as do Brasil, apesar de se considerar que as brasileiras se baseiam naquelas.

Na década de 1990, o Estado argentino abandonou o papel de prestador direto dos serviços públicos e grupos privados se transformaram em concessionários e licencitários dos serviços essenciais, principalmente os domiciliários. No entanto, o Estado reservou para si um lugar preponderante, na regulação e fiscalização, fundado em estruturas separadas e independentes da Administração direta, tendo tal função reguladora o especial objetivo, além de outros, de amparar os usuários.

Na Argentina, a partir de 1990, teve início o processo de privatização de serviços públicos, tais como eletricidade, gás, obras e serviços sanitários. Paralela e

de uma ampla perspectiva político-constitucional que, ademais, difere do sistema romano-germânico, o que deve se ter em conta ao analisar a matéria.

⁹⁶ CARBONELL PORRAS, Eloísa. *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 51. Prova disso são as diferentes classificações doutrinárias. Agências independentes propriamente ditas, diferenciando-se os Departamentos executivos em sentido estrito que se ligam diretamente de um determinado Secretário de Estado, estando integrados por distintos serviços – por exemplo, o Serviço de Imigração e Naturalização, que depende do Departamento de Justiça. Agências executivas que se integram, com uma estrutura diferenciada, em Departamentos executivos – como a Administração de Alimentos e Drogas que se integra no Departamento de Saúde e Serviços Humanos. Há ainda agências executivas que não se integram em qualquer Departamento, como a de Proteção ao Meio Ambiente ou a Oficina de Pressupostos da Casa Branca.

concomitantemente, foram criados, por lei, os Entes Reguladores destes mesmos serviços, cabendo o esclarecimento do caráter nacional dos dois primeiros (eletricidade e gás) e da tripartição do último (obras e serviços sanitários) a nível da nação argentina, da província de Buenos Aires e da municipalidade da cidade de Buenos Aires. No entanto, há uma única exceção quanto à criação por lei, visto que o Ente Nacional Regulador Nuclear foi criado pelo Decreto nº 1.540/94, do Poder Executivo Nacional, convertido hoje na atual Autoridade Regulatória Nuclear, criada pela Lei nº 24.804. Há também que se citar sobre a existência de outros organismos e formas de controle estatal, que não os Entes, do que se tratará, oportunamente.

O controle pelo Estado argentino da prestação privada dos serviços concedidos, valendo também para o caso brasileiro, aconteceu porque: (1) materialmente, os serviços caracterizam-se como públicos (se alguma atividade deixou de ser controlada, é porque se entendeu que tal necessidade não é mais crucial como antes parecia - v. g.: provisão de alimentos); (2) a maioria dos serviços continuam sendo prestados em condições de monopólio ou privilégio, ainda quando se procura promover o regime de concorrência (o ideal seria a regulação pelo próprio mercado, no entanto, o setor dos serviços públicos não tem dado sinais claros de autolimitação, sendo então indispensável a fiscalização estatal para se evitar condutas abusivas); (3) ainda que exista uma firme vontade política de acabar com os monopólios, a implementação do sistema de mercado em algumas atividades é material ou juridicamente impossível (imaginem tubulações, trilhos ou postes paralelos, pertencentes às diversas concessionárias, vistos como única solução para o avanço tecnológico com técnicas diferenciadas, como vem ocorrendo, por exemplo, com as telecomunicações. Enquanto isto não ocorrer, a única maneira será o da existência de monopólio, de interconexão de meios e de entes reguladores) e (4) há a obrigação legal das autoridades velarem pela proteção dos direitos dos consumidores e pelo controle dos monopólios.

Portanto, a desestatização trouxe os entes reguladores com as tarefas de supervisionar e controlar os processos de transferência dos ativos, bem como a gestão futura dos concessionários. Devem se referir ao conjunto da atividade regulada, em todas as suas facetas, e não somente controlar o cumprimento dos contratos. A Constituição da Nação Argentina, promulgada em 22 de agosto de 1994, no seu art. 42, veio a prescrever a existência constitucional dos entes reguladores argentinos.

“Artículo 42: Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.”⁹⁷

Entre os principais Entes Reguladores argentinos tem-se⁹⁸: o ENRE (Ente Nacional Regulador de la Eletricidad), ENARGAS (Ente Nacional Regulador del Gas), CNC (Comisión Nacional de Comunicaciones), ETOSS (Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios), CNTC (Comisión Nacional de Correos e Telégrafos), cabendo acrescentar a Comisión Nacional de Regulación del Transporte, OCRABA (Organo de Control de las Concesiones de la Red de Accesos a la Ciudad de Buenos Aires), ORSEP COMAHUE (Organismo Regional de Seguridad de Presas COMAHUE), CNT (Comisión Nacional de Telecomunicaciones), CNTF (Comisión Nacional de Transporte Ferroviario), Ente Nacional Regulador Nuclear, dentre outros. Gordillo argüi ainda se se encontram em situação similar outros Entes que não tenham a seu cargo o controle de serviços privatizados em condições de monopólio, mas que, por exercerem outros tipos de controles legais, deveriam receber análogo tratamento, quais sejam a Inspección General de Justiça, Superintendencia de Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones, CNV (Comisión Nacional de Valores), Superintendencia de Seguros de la Nación, CNCE

⁹⁷ Artigo 42: Os consumidores e usuários de bens e serviços têm direito, na relação de consumo, à proteção de sua saúde, segurança e interesses econômicos; à informação adequada e verdadeira; à liberdade de eleição e a condições de tratamento equitativo e digno.

As autoridades proverão a proteção destes direitos, a educação para o consumo, a defesa da concorrência contra toda forma de distorção dos mercados, o controle dos monopólios naturais e legais, da qualidade e eficiência dos serviços públicos e a constituição de associações de consumidores e de usuários.

A legislação estabelecerá procedimentos eficazes para a prevenção e solução de conflitos e os marcos regulatórios dos serviços públicos de competência nacional, prevendo a necessária participação das associações de consumidores e usuários e das províncias interessadas, nos organismos de controle. (tradução nossa).

⁹⁸ Citados por GORDILLO, A.. *Tratado de direito administrativo*. Parte Geral, cap. XV, p. XV-2-3. Disponível em <<http://www.gordillo.com>>. Acesso em 17.11.1998 e CICERO, Nidia Karina. *Servicios publicos: control y proteccion*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996, p. 67.

(Comisión Nacional de Comercio Exterior) e outros.

Há que se acrescentar também a possibilidade de, como ocorre com a energia elétrica, a existência no sistema de outro ente regulador independente, formalmente constituído como Sociedade Anônima (S.A.), participando, neste caso, a Subsecretaria de Energia Elétrica e as associações de geradores, distribuidores, transportadores e grandes usuários.

Os princípios diretores da ação dos entes devem ser: independência, transparência, objetividade, exequoriedade e eficiência. Para tal, devem ser organizados como uma empresa privada, com (1) estrutura orgânica pequena, (2) quadro de pessoal reduzido, integrado por técnicos e profissionais altamente especializados e (3) direitos a escalas salariais competitivas de acordo com os correspondentes da iniciativa privada. O pessoal técnico deve ser regido por contrato de trabalho e apenas os diretores pelo regime jurídico do funcionalismo público. A direção do ente deve estar a cargo de órgão colegiado, sendo os membros designados pelo Poder Executivo, com ou sem intervenção do Legislativo, no caso o Congresso. Deverão ter grande experiência e serem versados na matéria a regular, com dedicação exclusiva e regime de incompatibilidade, própria dos funcionários públicos. Todos devem gozar de garantias quanto a remoções “ex officio”, com o fito de se manterem radicalmente independentes.⁹⁹

A respeito dos entes, duas questões chamam a atenção. Primeiro, o papel que eles exercem frente aos usuários e concessionários, entendendo-se que seu principal dever é amparar os usuários, pelas próprias características dos serviços públicos a estes prestados, como as da essencialidade e a da prestação em condições de monopólio. Segundo, a necessidade de resguardar os funcionários da direção de pressões, lobbys e influências de todo tipo, a fim de preservar a independência, objetividade e eficiência das ações.

É impossível generalizar conclusões, à vista da disparidade de origem normativa dos entes e do conteúdo dos respectivos textos, bem como da diferente composição e modo de nomeação de suas autoridades, dentre outros aspectos menos

⁹⁹ CICERO, Nidia Karina. *Servicios publicos: control y proteccion*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996, p. 83.

relevantes. Assim, as colocações até o momento feitas devem ser consideradas como de caráter introdutório, encaradas como uma reflexão constitucional e legislativa acerca do debate e evolução legislativa que se dará nos próximos anos, e não como uma exata descrição de um ordenamento pronto e acabado.¹⁰⁰

Do mesmo modo que nas democracias modernas observa-se o princípio da separação de poderes, baseada em Montesquieu; neste ponto, o sistema deve ser complementado por um novo princípio: “*aquele que concede ou outorga um monopólio não deve ser o que o controla*”. É, pois, o mesmo princípio, atualizado, da divisão de poderes, complementado pelo sistema de freios e contrapesos, que as Constituições modernas prescrevem. Na seara da desregulamentação ou desestatização, o poder político é quem tem dado as concessões ao poder econômico. Desta forma, a fim de tentar tornar mais transparente o processo, sempre em favor dos interesses coletivos, o exercício do controle por aquele que não o concedeu se reveste ainda de maior importância quando se trata de poder vulnerável a pressões e a tomada de decisões com base em interesses políticos, não obrigatoriamente comungados com o bem ou interesse comuns, como ocorre nestes casos.

Não só na Argentina como no Brasil é consagrado o direito ao devido processo legal, também em face de atos praticados pela Administração Pública. A Constituição Federal brasileira o prevê no inc. LIV do art. 5º¹⁰¹. Desta forma, hoje em dia, pode-se sustentar que o direito ao devido processo inclui a existência de organismos imparciais e independentes do poder concedente, que se ocupam, em sede administrativa, da tutela dos direitos e interesses dos usuários, sujeito ao necessário controle jurisdicional. No caso do Brasil, complementa o dispositivo o inc. XXXV, art. 5º da Constituição Federal, que prescreve que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”.

As Constituições argentina e brasileira garantem ao usuário, mesmo sem reunir os elementos próprios necessários de acesso ao Judiciário, a possibilidade de recorrer a organismos imparciais e independentes, dotados de estabilidade e meios adequados para o cumprimento de seus fins. Estando tais órgãos ou entes previstos nas

¹⁰⁰ GORDILLO, Agustín. *Tratado de direito administrativo*. Parte Geral, cap. XV, p. XV-3. Disponível em <<http://www.gordillo.com>>. Acesso em 17.11.1998.

¹⁰¹ Inc. LIV, art. 5º, Constituição Federal Brasileira: “*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*”.

respectivas Constituições, há que se observar que a imparcialidade e a independência são características primordiais, necessárias e imprescindíveis, não podendo jamais serem olvidadas.¹⁰²

Conceituou-se, para finalidade desta pesquisa, Ente Regulador como “a entidade integrante da Administração Pública indireta, nos três níveis, submetida a

¹⁰² É interessante expor algo a respeito de competência, legislação e jurisdição federal na Argentina para se ter um paralelo, ou parâmetro de entendimento. Na Argentina, a competência legislativa é federal toda vez que exista comércio interprovincial. A partir deste princípio, conclui-se que a Corte Suprema de Justiça da Nação, nos lugares onde se haja instalado estabelecimentos de utilidade nacional nas Províncias, podem estas exercer (portanto descentralizadamente) seus poderes tanto e enquanto não se refiram ao objeto mesmo do estabelecimento, nem invadam o que pode ser entendido como comércio interprovincial. Colocada tal assertiva como precedente, os Entes Reguladores, na Argentina, são encarados como estabelecimentos de utilidade nacional, sendo determinante o princípio que institui a jurisdição federal nestes estabelecimentos, ainda que situados na área geográfica das Províncias. Cabe ressaltar que em algumas épocas chegou-se a reconhecer, na União, a jurisdição exclusiva e excludente em qualquer ato ou fato que se celebrava ou tinha ocorrência dentro do limite físico do estabelecimento de utilidade nacional, chegando-se até a falar de uma suposta “federalização” do lugar.

Sem problemas, tanto a legislação como a jurisprudência se inclinaram finalmente para a tese das competências legislativa e jurisdicional concorrente da União e das autoridades locais, tanto provinciais como municipais, tendo sido esta a solução existente no momento da reforma constitucional Argentina de 1994. Porém, esta concorrência tem particularidades, existindo somente enquanto não atinja de maneira direta e imediata o objeto do estabelecimento de utilidade. Dito em outras palavras, não há concorrência alguma quanto ao que constitui o fim específico do estabelecimento de utilidade nacional. A competência (legislativa e jurisdicional) federal é exclusiva e excludente nos casos em que se atinge de forma direta o objeto mesmo da atividade do estabelecimento federal, sendo local no restante.

Resumindo, a situação atual apresenta-se como de competência concorrente, já que tudo o que diz respeito aos fins ou objetos próprios do estabelecimento de utilidade nacional é encarado como situação de competência legislativa e jurisdicional federal, cabendo todo o demais à competência local. Agustín Gordillo apresenta como exemplo o caso de um porto federal em território provincial. Haverá jurisdição federal sobre tudo o que se referir à atividade portuária, mas é aplicável a jurisdição local, seja provincial, seja municipal, em matéria de impostos locais, segurança, higiene, habilitações e outros dispositivos que envolvam atividades não estritamente portuárias, como restaurantes, por exemplo. Quanto à segurança portuária, no que diz respeito à operação específica do porto, é caso de jurisdição federal. E complementa que a privatização ou a provincialização de portos, agora admitidas por lei, delega jurisdição portuária à autoridade local, mas não modifica a cláusula do comércio interprovincial, portanto, persistindo a competência federal com base no inc. 13, art. 75 da Constituição Argentina.

A tendência não é considerar a jurisdição federal em razão do território ocupado pelo estabelecimento, mas em razão do objeto fim deste. Pode-se dizer tratar-se de caso “*ratione materiae*” e não “*ratione locci*”. Especificamente sobre competência legislativa, o inc. 30, art. 75 da Constituição Argentina dispõe que cabe ao Congresso legislar exclusivamente no que diz respeito ao cumprimento dos fins específicos dos estabelecimentos de utilidade nacional no território da República. Embora o ente esteja em local de propriedade da província ou do município, o que se disser a respeito do seu objeto ou do seu fim é de competência Federal, ou melhor, do Congresso da Nação. Apesar da alteração, não se modificou o direito constitucional vigente anteriormente, visto que a jurisprudência já havia resolvido a questão. Portanto, a jurisdição federal nasce do objeto ou fim mesmo do estabelecimento de utilidade nacional, de acordo com esta interpretação da Constituição, recordando sempre que os Entes Reguladores são considerados como estabelecimentos de utilidade nacional.

O Congresso Nacional Argentino (Congreso de la Nación) continua tendo jurisdição federal exclusiva e excludente em tudo o que se refere ao objeto ou fim do estabelecimento de utilidade nacional. Esta solução e interpretação não é pacífica, pois as províncias questionam tal jurisdição federal e tentam exercer jurisdição provincial nas matérias próprias dos Entes Reguladores previstos no art. 42 da Constituição Argentina.

regime autárquico especial e vinculada a algum Ministério, com a função de controlar a prestação do serviço público adequado, a elaboração de obras públicas ou o uso de bens públicos, mediante concessão ou permissão do Estado, geralmente com sede na localidade onde esteja instalada a pessoa jurídica de direito público a que se encontra ligada, podendo estabelecer unidades regionais e/ou locais”.¹⁰³

Outro ponto primordial é o da informação da população a respeito da existência, atribuições e eficiência dos Entes Reguladores.

Nos moldes da pesquisa realizada, no Brasil, em agosto de 1999, pela Folha de São Paulo, houve uma pesquisa quase idêntica na Argentina realizada em dezembro de 1994.¹⁰⁴ No caso argentino, a pesquisa foi realizada pelo Centro de Opinião Pública e publicada no Suplemento Econômico do periódico *Clarín*, de 11 de dezembro de 1994. A pesquisa revelou que 54% das pessoas pesquisadas, portanto pouco mais da metade dos Argentinos, ressalvadas as peculiaridades e particularidades das situações em que são utilizadas amostragens, como é o caso, desconhecem a existência de agências encarregadas de controlar a qualidade dos serviços públicos, regular o crescimento dos conglomerados, controlar a aplicação de tarifas em conformidade com os documentos licitatórios e promover a concorrência.

Ressalte-se estar falando tão somente de conhecimento da existência, sem sequer estar tal parte da pesquisa a se referir sobre competência, eficiência, composição ou outro parâmetro mais específico. Para estes outros dados, parte-se de um grupo menor que a metade dos pesquisados (46%) que, ao menos, têm conhecimento da existência de agências de controle naquele país. Entre os que sabem da existência dos Entes, Órgãos ou Agências Reguladoras (46% do universo de pesquisados), 49% (quase metade, ou metade frente às oscilações de uma pesquisa por amostragem) crê que o controle é ruim e, 33%, que

(Agustín Gordillo, *Tratado de direito administrativo*. Parte Geral, cap. XV, p. XV-27-34. Disponível em <<http://www.gordillo.com>>. Acesso em 17.11.1998).

¹⁰³ Conceituação elaborada a partir da Lei nº 9.478/97 - que 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 - e da Lei nº 9.472/97 - que 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, de 1995.

¹⁰⁴ Demonstrem as datas que, em comparação com o país vizinho (Argentina), no que diz respeito ao cuidado que se deve ter com a prestação do serviço e esclarecimento do usuário frente à nova estrutura da prestação, o Brasil está, no mínimo, cinco anos atrasado.

o controle é regular. São 82% (esmagadora maioria) que concluem estar descontentes ou insatisfeitos com o trabalho executado pelos Entes, na Argentina.

Ainda relacionado àqueles que sabem da existência destes organismos e referindo-se agora especificamente a cada um dos Entes, a pesquisa aponta que 84% considera que a Comissão Nacional de Telecomunicações controla mal. Índices bastante parecidos são registrados no caso do Ente Nacional Regulador de Gás (77%), Ente Nacional Regulador de Eletricidade (87%) e Ente Tripartido de Obras e Serviços Sanitários (87%). Portanto, os usuários, além de não esclarecidos e não informados, quanto àqueles que o são, estão descontentes e reclamam da atuação dos Entes, tratando-se de porcentagens bastante altas, todas acima dos 75%.¹⁰⁵

No Brasil, a situação se apresentou bastante parecida. Aqui, a pesquisa foi realizada pelo instituto Datafolha, da Folha de São Paulo, e publicada num Caderno Especial denominado “Pós-privatização”, em 20 de agosto de 1999. Tratou-se de um levantamento por amostragem estratificada por sexo e idade, com escolha aleatória dos entrevistados. As entrevistas se deram em 10 e 11 de agosto de 1999, tendo sido ouvidas 1.816 pessoas com 16 anos ou mais, distribuídas em São Paulo (418), Rio de Janeiro (308), Belo Horizonte (252), Curitiba (252), Recife (250) e interior dos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais (336).¹⁰⁶

A respeito do conhecimento da existência de órgãos que fiscalizam as empresas privatizadas, 43% dos entrevistados declararam não existir, 51% conheciam da existência de tais órgãos e 6% não sabiam. Dos que declararam existirem órgãos reguladores, portanto pouco mais da metade, ou seja, 51%, avaliando agora o desempenho de tais órgãos, 19% julgaram ótimo/bom, 44% regular, 25% ruim/péssimo e 12% não sabiam. E a pesquisa foi além, verificando sobre alguns serviços se estes melhoraram, bem como se a tarifa aumentou após as privatizações, questionando assim sobre a adequação do serviço.

No que se referiu ao sistema elétrico, 40% dos entrevistados

¹⁰⁵ NEIRA, César Carlos. *Entes reguladores de servicios. La defensa del usuario*. Buenos Aires: Ad-Hoc SRL, 1997, p. 15.

¹⁰⁶ A margem de erro para o total da amostra foi de 2% para mais ou para menos, sendo de 5% para São Paulo e 6% para as demais capitais e interior dos Estados de São Paulo, Rio e Minas.

consideraram que o serviço continuou igual após a privatização, 28% julgou que este piorou e apenas 27% que melhorou*. No que diz respeito à tarifação, 20% foi de opinião que a tarifa não mudou, 71% que a tarifa de energia elétrica aumentou e apenas 4% que ela diminuiu*. Quanto à telefonia, 40% julgou que o serviço piorou, 30% que continuou igual e apenas 24% que melhorou*. Relativo à tarifa, 45% julgou que aumentou, 26% que continuou igual e 13% que diminuiu*.

Sobre rodovias, 21% dos entrevistados deixaram de viajar por causa do preço dos pedágios, enquanto 79% não. Quanto à segurança nas rodovias, 30% achou estar igual, 38% melhor e 23% pior*; quanto às condições da pista, 22% que está igual, 50% que melhorou e 21% que piorou*. No item sinalização, 25% julgou que está igual, 53% que melhorou e 14% que está pior* e no que disse respeito ao custo da viagem, 61% julgou estar pior, portanto maior, 18% igual e 14% menor*. Concluiu a pesquisa que “*a privatização melhorou a condição das pistas, a sinalização e os serviços oferecidos nas rodovias. Policiamento e fiscalização não mudaram. ... Os novos pedágios elevaram muito o custo das viagens, especialmente no interior de São Paulo e do Rio*”.

Sobre a ignorância do público, Henocho D. Aguiar apud César Carlos Neira aponta, o que também parece ser aplicável ao caso brasileiro, que a forma de se atacar a ignorância do público usuário dos serviços acerca de seus direitos é abrir os Entes, através da informação, proporcionando com que o usuário o utilize como forma de garantir sua defesa¹⁰⁷. Sobre direito à informação tem-se algumas considerações. A Constituição Federal brasileira, no art. 5º, inc. XXXIII preceitua: “*Todos têm direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.*”

A informação e outros dispositivos relacionados à liberdade de manifestação do pensamento, constantes, principalmente, no art. 5º da Constituição Federal, devem ser interpretados levando-se em consideração uma visão de conjunto, englobando os dispositivos dos inc. X, que trata da inviolabilidade à honra e à vida privada, inc. XXVII, direito de autor e inc. V, proteção à imagem, tudo sob pena de responsabilização do agente divulgador por danos materiais e morais. O direito de receber informações verdadeiras é um

* Além de outras respostas não especificadas na pesquisa.

direito de liberdade, caracterizado por estar apontado a todos os cidadãos, independentemente de raça, credo ou convicção político-filosófica, tendo por finalidade o fornecimento de subsídios para a formação de convicções relativas a assuntos públicos. Tal proteção às informações verdadeiras também engloba aquelas eventualmente errôneas ou não comprovadas em processo judicial, desde que não tenha ocorrido comprovada negligência ou má-fé por parte do informador. A Constituição Federal brasileira não protege as informações, levianamente, não verificadas ou astuciosa e propositadamente errôneas, transmitidas com total desrespeito à verdade, pois as liberdades públicas não podem se prestar à tutela de condutas ilícitas. Complementa que a proteção constitucional à informação deve ser relativa, distinguindo as informações a respeito de fatos de interesse público, da vulneração de condutas íntimas e pessoais, protegidas pela inviolabilidade à vida privada e que não podem ser devassadas.¹⁰⁸

A Lei nº 9.051, de 18 de maio de 1995¹⁰⁹, em complemento à Constituição, estatui que:

“Art. 1º - As certidões para a defesa de direitos e esclarecimentos de situações, requeridas aos órgãos da administração centralizada ou autárquica, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às fundações públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios deverão ser expedidas no prazo improrrogável de quinze dias, contado do registro do pedido no órgão expedidor.

Art. 2º - Nos requerimentos que objetivam a obtenção das certidões a que se refere esta Lei, deverão os interessados fazer constar esclarecimentos relativos aos fins e razões do pedido”.

É oportuno apresentar uma sugestão, para que se adote, quanto aos Órgãos Reguladores, o que já existe no Brasil relativo ao meio ambiente. Preconizava Leme Machado, quando dos debates para a elaboração da Lei nº 6.938/81¹¹⁰, que o direito de informação é pedra basilar para o exercício de uma política independente e atuante, referindo-se, no caso, ao meio ambiente, hipótese perfeitamente aplicável às Agências

¹⁰⁷ NEIRA, César Carlos. *Entes reguladores de servicios*. Buenos Aires: Ad-Hoc SRL, 1997, p. 15.

¹⁰⁸ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Editora Atlas SA, 2000, p. 162.

¹⁰⁹ BRASIL. Lei nº 9.051, de 18 de maio de 1995. Dispõe sobre a expedição de certidões para a defesa de direito e esclarecimentos de situações.

¹¹⁰ BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação e dá outras providências. No seu art. 6º, § 3º, prescreve que: “Os órgãos central, setoriais, seccionais e locais mencionados deverão fornecer os resultados das análises efetuadas e sua fundamentação, quando solicitados por pessoa legitimamente interessada.”

Reguladoras. Assim, o direito de informação acerca das atividades fiscalizatórias do Poder Público quanto ao meio ambiente foi consagrado em lei, através de anteprojeto apresentado pela Sociedade Brasileira de Direito do Meio Ambiente. Guardadas as devidas proporções, é cabível também a justificativa das emendas do Senador Passos Porto e dos Deputados Federais Adhemar Grisi, Adhemar Santillo, Horácio Ortiz, José Frejat e Walter Silva. Dizia a justificativa:

“O controle da poluição ambiental ganhará em dinamismo e seriedade se os dados colhidos pelos organismos públicos não ficarem restritos aos meios administrativos. Com a medida proposta, cria-se oportunidade para as vítimas da poluição e também aos poluidores tomarem conhecimento das análises levadas a efeito e de debaterem as conclusões com os responsáveis pelos órgãos de defesa do meio ambiente, melhorando o nível de informação dos que têm competência para decidir sobre esses temas. Os dados poderão servir, eventualmente, para embasar ações judiciais daqueles que entenderem tenham sido vulnerados seus direitos”.

O relator do projeto na Comissão Mista do Congresso Nacional, Senador Milton Cabral, acrescentou ao texto das emendas dos parlamentares supra referidos a parte final *“quando solicitados por pessoa legitimamente interessada”*. O acréscimo foi motivado pelo receio de que muitos poderiam solicitar a mesma informação, tumultuando a Administração que não teria condições de atender àqueles que realmente necessitassem daquela providência. Vê-se, pois, que a modificação introduzida não visou impedir ou dificultar a informação, mas ordená-la.¹¹¹

Desta forma, guardadas as devidas proporções, como já dito, abrir-se-ia aos usuários dos serviços fiscalizados e respectivas associações, a possibilidade de estarem sendo informados de todas as medidas tomadas pelos organismos, possibilitando inclusive aos prestadores dos serviços fiscalizados terem ciência dos motivos, causas e conseqüências da fiscalização.

Aponta-se a legislação ambiental para mostrar que não se trata de novidade ou invenção, mas tão somente de aplicação, na área de prestação privatizada de serviços públicos, do que já existe com relação ao meio ambiente, conhecido, e com razão, como direito locomotiva, visto estar sempre tracionando as novidades.

¹¹¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 7ª ed. rev., atualiz. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1998, p. 123-124.

Sobre a possibilidade de existência de outros organismos de controle dos serviços públicos, a doutrina Argentina os aponta, citando as “comissões nacionais” e os “órgãos de controle das concessões”, por também participarem do sistema regulador e fiscalizador estatal argentino. As primeiras, “comissões nacionais”, ao contrário dos Entes, são criadas por Decretos Presidenciais, podendo-se citar a Comissão Nacional de Transporte Automotor, de Correios e Telégrafos, Regulação Ferroviária, Transporte Ferroviário e Telecomunicações. Quanto aos segundos, “órgãos de controle das concessões”, também criados por Decreto Presidencial, podem ser exemplos o Órgão Regulador da Rede de Acesso à cidade de Buenos Aires, bem como o Órgão de Controle das Concessões Viárias (Decreto nº 2.039/90).

Entre uns e outros pode-se fazer a distinção de que ente regulador é toda pessoa jurídica pública estatal que, com aptidão legal para se auto-administrar, cumpre fins públicos específicos. Ao contrário, Comissão é aquele órgão colegiado, composto por um número reduzido de membros que colaboram na função administrativa ou governamental. Prescindindo-se da denominação, a função que cumprem esses organismos é a gestão e controle público do serviço com observância às normas legais aplicáveis que instrumentam as políticas de governo. Devem assegurar a continuidade e a regularidade dos serviços e garantir a existência de um mercado competitivo na prestação dos mesmos, enquanto não sujeitos a regimes de exclusividade, mediante fiscalização permanente. Os Entes, como entidades autárquicas, têm plena capacidade jurídica para atuar nos âmbitos do direito público e privado. Seu patrimônio é integrado pelos bens que lhes são transferidos nos respectivos atos de criação e pelos que, no futuro, adquiram a qualquer título. Além disso, percebem uma taxa de fiscalização a ser recolhida pelas empresas operadoras dos serviços diante do controle e fiscalização.

Na Argentina, constituem-se sob forma de um diretório designado pelo Poder Executivo – exceto o Ente Tripartido de Obras e Serviços Sanitários, cujos membros são nomeados pelo Poder Executivo Nacional, pelo governo da província de Buenos Aires e pela municipalidade da cidade de Buenos Aires – com um presidente e vogais, que dão o tom necessário à adoção das decisões que lhes competem. Seus salários são determinados por decreto publicado em “*Boletín Oficial*”. Em certos casos, o pessoal deve ser nomeado mediante concurso público, de conformidade com as pautas do Sistema Nacional da

Profissão Administrativa (Dec. 993/91), regidas suas relações de acordo com o regime jurídico da administração pública (Lei 22.140). Excetuam-se o Ente Nacional Regulador da Energia Elétrica, a Comissão Nacional de Transporte Ferroviário, a Autoridade Regulatória Nuclear, o Ente Nacional Regulador de Gás e a Comissão Nacional de Telecomunicações, que o fazem pela Lei de Contrato de Trabalho.¹¹²

César Carlos Neira, citando Roberto Dromi¹¹³, ensina que o controle do poder deve estar nas mãos do próprio poder e que os órgãos do Estado se restringem uns aos outros, reciprocamente. Não é possível manter o rigor imaginado por Montesquieu diante da ação expansiva do Poder Executivo na função governamental, atribuindo-se, por isso, aos Poderes Legislativo e Judiciário, a função de limitar o poder. A autolimitação do poder não é comum, havendo que se prever meios, instrumentos e instituições de controle. Baseado em Juan Bautista Cincunegui¹¹⁴, César Carlos Neira faz alusão aos Entes Reguladores como um dos organismos que têm competência sobre a regulamentação, fiscalização e controle dos serviços públicos de gestão privada, bem como a proteção e exercício da tutela dos direitos dos usuários, através da proteção e fortalecimento do interesse público.¹¹⁵

Com tais colocações, fica claro que os Entes representam uma das espécies de organismos de controle, fiscalização e regulamentação, tornando possível a existência de outros. Dentre estes cita-se, a título exemplificativo, na Argentina, a Auditoria Geral da Nação no âmbito do Poder Legislativo (Auditoría General de la Nación en el ámbito del Poder Legislativo), o Defensor do Povo (Defensor del Pueblo), o *ombudsman* da cidade de Buenos Aires, a Comissão de Defesa da Concorrência (Comisión de Defensa de la Competencia), os meios de comunicação, o Poder Legislativo, o Poder Judiciário e as associações de usuários e do bem comum.

Desta forma, a função reguladora e fiscalizadora do Estado nas concessões e permissões de serviços públicos não está apenas nas mãos ou a cargo dos Órgãos Reguladores, visto que, outras instituições, organismos, Poderes e até a mídia, através da imprensa, têm a força, o poder, a eficácia e até mesmo a obrigação de auxiliar o

¹¹² NEIRA, César Carlos. *Entes reguladores de servicios*. Buenos Aires: Ad-Hoc SRL, 1997, p. 27-29.

¹¹³ DROMI, Roberto. *Instituciones de derecho administrativo*. Buenos Aires: Astrea, 1973.

¹¹⁴ CINCUNEGUI, Juan Bautista. Los derechos de los usuarios de los servicios públicos. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, nº 193, out., 1994.

Estado, nestas suas funções. Porém, algumas destas não exercem tal fiscalização diretamente, mas o fazem fornecendo subsídios para que os órgãos competentes e institucionalmente criados para tal o façam, talvez, com mais presteza e responsabilidade, por conhecedores da existência de um “controle externo”.

Ao se falar em controle externo, embora não possuindo funções específicas de controle dos serviços públicos, ao atuar como fiscal da lei, na defesa da legalidade e dos interesses gerais da sociedade, a Constituição Argentina de 1994, em seu art. 120, refere-se ao Ministério Público. No Brasil, nada ainda há sobre tais questões, sendo perceptível, no entanto, a proximidade das instituições, órgãos, necessidades e situações fáticas entre os dois ordenamentos jurídicos.

2. Criação e natureza jurídica dos órgãos reguladores

Indicado como um dos importantes pontos a serem observados, há que se citar a necessidade de criação dos Entes Reguladores através de atos normativos com força de lei. Por isso, no Brasil, há que se observar a promulgação de lei, ato normativo que tramitou e preencheu as etapas do processo legislativo previsto na Constituição Federal. No entanto, fala a doutrina mundial em “ato normativo com força de lei”, visto que em outros países, como a Argentina, é possível a criação de ente regulador também por decreto.¹¹⁶

No Brasil, tais entes serão criados por lei, entendendo-se esta, restritivamente, no seu sentido técnico. As autarquias no Brasil são criadas por lei, conforme disposição do inc. XIX, art. 37 da Constituição Federal e, em se tratando de descentralização de uma função regulatória, tal lei deverá ser de iniciativa privativa do Presidente da República, conforme disposição do inc. II, art. 84 c/c letra “e”, inc. II, § 1º, art. 61, tudo da Constituição Federal. O art. 246 do mesmo diploma legal não autoriza criação de Entes Reguladores sequer por Medida Provisória.

Vários já são, pois, os órgãos reguladores criados no Brasil. Por força

¹¹⁵ NEIRA, César Carlos. *Entes reguladores de servicios. La defensa del usuario*. Buenos Aires: Ad-Hoc SRL, 1997, p. 32.

¹¹⁶ CICERO, Nidia Karina. *Servicios publicos: control y proteccion*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996, p. 80.

do art. 3º da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996¹¹⁷, foi criada a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL – adotando a configuração jurídica de autarquia especial, vinculada ao Ministério das Minas e Energia, com sede no Distrito Federal, podendo, no entanto, estabelecer unidades administrativas regionais. Em outro setor, qual seja, das telecomunicações, o art. 8º da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997¹¹⁸, criou a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL – como a “*entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais. É formada (§ 1º) por um Conselho Diretor, um Conselho Consultivo, uma Procuradoria, uma Corregedoria, uma Biblioteca e uma Ouvidoria, além das unidades especializadas incumbidas de diferentes funções*”. Da mesma forma, através do art. 7º da Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997¹¹⁹, foi criada a Agência Nacional de Petróleo -ANP – como entidade integrante da Administração Federal indireta, submetida ao regime autárquico especial, com a missão de ser o ente regulador da indústria do petróleo, vinculado ao Ministério das Minas e Energia.

Mais recentemente surgiu o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e a conseqüente criação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária por força do art. 3º da Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999¹²⁰, também instituída sob o regime de autarquia especial e vinculada ao Ministério da Saúde, o mesmo ocorrendo com a Agência Nacional de Saúde, Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000¹²¹. No entanto, sobre estas últimas há a ressalva de, diante da diferenciação havida, tratem-se mais de agências do tipo executiva do que de agências reguladoras propriamente ditas. Isto em virtude do entendimento que

¹¹⁷ BRASIL. Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências.

¹¹⁸ BRASIL. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995.

¹¹⁹ BRASIL. Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências.

¹²⁰ BRASIL. Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária e dá outras providências.

¹²¹ BRASIL. Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS e dá outras providências

estando as agências reguladoras investidas de poder regulamentador, no sentido de disciplinar a execução de serviço público delegado, não estão elas ligadas a qualquer serviço desta espécie.

Há que se falar ainda do âmbito estadual, o que será tratado no momento oportuno.

Muitas outras Agências, com funções de órgãos reguladores, ainda deverão ser criadas, além de outros modos de controle, como o CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Lei n.º 8.884/94), o PND - Programa Nacional de Desestatização (Lei n.º 8.031/90) e a futura Agência de Defesa da Concorrência¹²². Outros setores ainda carecem de controle, como o de transportes, rodovias, trânsito urbano, gás (setor sob competência dos Estados-Membros), águas (citando-se a criação da Agência Nacional de Águas - ANA, através da Lei nº 9.984, de 17.07.2000, também parecendo tratar-se mais de agência executiva do que reguladora), dentre outros.

Percebe-se que as agências federais pertencem todas à administração indireta, sob a forma jurídica de autarquia especial, valendo falar algo a respeito de sua natureza jurídica, por se tratar de assunto do mais alto interesse.

Na década de 1920, iniciou-se o desenvolvimento da idéia de autarquia no Brasil, tomando força a partir da década de 1930, diante da necessidade de se promover a descentralização do poder público. Porém, somente pela definição legal do inc. I, art. 5º, do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967¹²³, chegou-se a uma idéia precisa:

“Art. 5º - Para os fins desta lei, considera-se:

I - autarquia - o serviço autônomo, criado em lei como personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da administração pública, que requeiram para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.”

O diploma legal não diferenciou, ou melhor, sequer citou o que viria a ser autarquia especial, forma pela qual são tratados os Entes Reguladores brasileiros. No entanto, como tem feito a doutrina, se fixada a noção de autarquia, poder-se-á traçar os

¹²² Indica-se como leitura complementar o artigo “*Agência da concorrência e agências reguladoras*”, de autoria de Celso Fernandes Campilongo, publicada no Estado de São Paulo, Caderno A-2, em 01/01/2001.

¹²³ BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências.

pontos dos dois regimes das mesmas.

José Cretella Júnior analisa etimologicamente o termo, que significaria “*comando próprio, direção própria, auto-governo*”. Citando Santi Romano, o mesmo autor ensina que: “... *autarquia é uma forma específica da capacidade de direito público ou, mais concretamente, a capacidade de governar por si os próprios interesses, embora esses se refiram ao Estado*” e conforme DAlessio, “*é a capacidade reconhecida às pessoas jurídicas públicas secundárias de se regerem por si e no próprio nome alguns dos próprios interesses*”.¹²⁴

Marcelo Caetano define autarquia como “*a pessoa coletiva de direito público criada para assegurar a gestão de um serviço administrativo determinado*”, esclarecendo que o termo é utilizado no direito português como autarquia local.¹²⁵

Por sua vez, Mário Masagão, adotando uma posição de vanguarda, considera que “*o tipo e a organização de cada autarquia obedecem à finalidade a que ela se destina, e assim variam de acordo com a natureza do serviço personalizado, fugindo aos moldes convencionais das repartições públicas.*”¹²⁶

Colocadas estas noções, há que se dizer que mesmo possuindo representação jurídica e orçamentária próprias, as autarquias são vinculadas ao poder central do Estado, sempre atreladas a uma ordem superior do Poder Executivo, o que, na prática, tolhe-lhes o desenvolvimento e a independência. Por tal razão, leis especiais têm facultado a determinadas autarquias um grau maior e mais intenso de autonomia gerencial¹²⁷, criando o que se convencionou chamar de autarquias especiais.

Desta forma, as autarquias comuns, assim chamadas para diferenciá-las das especiais, possuem menor autonomia e privilégios, estando mais dependentes do Poder Central. As autarquias especiais, que interessam diretamente a este estudo, possuem privilégios e autonomias estipuladas pelas respectivas leis instituidoras que exorbitam as

¹²⁴ CRETILLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1972, v. VII, p. 12 e 19.

¹²⁵ CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo*. 7ª ed., 1965, p. 137.

¹²⁶ MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1977, p. 80.

¹²⁷ Pode-se citar como casos a Comissão de Energia Nuclear – CNEN, criada pela Lei nº 4.118/62 e o Banco Central do Brasil, criado pela Lei nº 4.595/64.

comuns, sem ferimento, no entanto, de qualquer preceito constitucional.¹²⁸

Hely Lopes Meirelles ilumina a situação colocando que “*diante dessa imprecisão conceitual é de se dizer que autarquia de regime especial é toda aquela que a lei instituidora conferir privilégios específicos e aumentar a sua autonomia comparativamente com as autarquias comuns, sem infringir os preceitos constitucionais pertinentes a essas entidades de personalidade pública*”. Complementa que “*o que posiciona a autarquia como regime especial são as regalias que a lei criadora confere, para o pleno desempenho de suas finalidades específicas*”.¹²⁹

Caio Tácito, comentando o Decreto-Lei 200/67, defende que, apesar da falta de precisão do legislador sobre a conceituação de autarquia especial, esta é a que possui um grau mais intenso de autonomia operacional.¹³⁰

Sendo consideradas como autarquias sob regime especial, e aqui reside um ponto muito importante da questão e sua principal característica, os entes reguladores brasileiros possuem uma margem bastante dilatada de autonomia e independência, conforme definição nas respectivas leis criadoras, com poderes de supervisão, fiscalização e normatização das empresas às quais foram delegados os serviços públicos. Essas autarquias, mesmo que estejam sujeitas à supervisão ministerial como todos os órgãos da administração indireta, não deverão estar tão ligadas à tradicional burocracia do Estado, o que lhes configurará um melhor desempenho e funcionamento, em decorrência da maior margem de discricionariedade, estimulada e determinada pela legislação.

3. Distinção e características das agências reguladoras

No Brasil, inicialmente, o “Plano Diretor da Reforma do Estado” usou o termo “agências autônomas”, sem diferenciar entre *agências reguladoras*, destinadas a influenciar em mercados específicos, regulando a relação entre oferta (com qualidade e

¹²⁸ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Agências reguladoras e as suas características. *Revista de Direito Administrativo*, out./dez., v. 218, 1999, p. 76-77.

¹²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 15ª ed., 1990, Rio de Janeiro: RT, p. 310.

¹³⁰ TÁCITO, Caio. *Ensino superior oficial. Autarquia ou Fundação?* Parecer dado ao Conselho Federal de Educação em 03.06.81 e publicado pela UFRJ, Rio de Janeiro, 1981, p. 6.

preço acessível) e demanda; e *agências executivas*, voltadas à implementação de políticas, sem envolvimento, porém, na formulação destas políticas, na regulação ou influência em mercados.

Conforme experiência da reforma estatal inglesa, americana, francesa e da Nova Zelândia, o Ministério da Administração e Reforma do Estado buscou instituir unidades da Administração altamente especializadas, com vistas à implementação (e não formulação) de políticas públicas. As primeiras experiências em regulação deram-se com o Banco Central - BANCEN - e com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, no entanto, com o processo de desestatização (que envolveu privatizações e concessões) e com o novo tratamento legal, o papel das agências reguladoras tornou-se relevante, como nos casos do petróleo, do setor elétrico e das telecomunicações.

Diferentemente, agência executiva é uma autarquia com tratamento especial, ou seja, com maior autonomia de gestão, com sua atuação em setores de implementação de políticas, em campos como o tributário, o previdenciário social básico, o de segurança pública, o de proteção ambiental, dentre outros. Embora possa participar da formulação de políticas, seu papel primordial é de execução. A ampliação da autonomia gerencial, prevista no § 8º, art. 37 da Constituição Federal, conforme redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, dá-se por um contrato de gestão com elementos típicos (consistentes em objetivos estratégicos, metas, indicadores de desempenho, condições de execução, gestão de recursos humanos, gestão de orçamento, gestão de compras e contratos) que são as condições para que a entidade ou o órgão seja transformado em agência executiva.¹³¹

Tendo ocorrido a constituição das agências, quer executivas, quer reguladoras, sob a forma de autarquia, diga-se de passagem, autarquia especial, esta deverá ter como características intrínsecas: (1) personalidade jurídica própria, o que lhe dá legitimidade para atuar em nome próprio, litigar, celebrar contratos, representar interesses, etc.; (2) possibilidade de funcionar dentro da órbita de um Ministério ou Secretaria; (3) perceber taxas dos usuários e concessionários, bem como constar no orçamento da Administração a que estiver ligado; (4) capacidade para administrar-se a si mesma, sendo independente, resolvendo todas as questões que disserem respeito à sua pessoa; (5)

obrigatoriedade de criação por atos normativos com força de lei (leis ou decretos - estes no caso da Argentina); (6) submissão ao sistema de controle do setor público e (7) sujeição de revisão das decisões em sede administrativa e/ou judicial.

Uma característica primordial a ser comentada é a da independência dos Entes Reguladores - entes autárquicos supondo ação livre e com autonomia financeira - a qual deve ser perseverada (a) frente ao poder político, com permanência dos diretores no cargo, não sujeitos à sorte dos funcionários políticos, submetidos à vontade política dos governantes, (b) frente aos próprios controlados, a fim de se evitar que entrem ou caiam na órbita de influência destes, evitando-se isto pela promoção de mecanismos de controle através da participação comunitária e pela seleção de pessoal idôneo e honesto; bem como (c) frente à pressão dos usuários e da opinião pública, principalmente através da mídia. Entende-se que uma regulamentação eficiente deve atender a dois requisitos: a independência da agência reguladora e a escolha de instrumentos que incentivem sua eficiência produtiva.

A doutrina tem conceituado a independência como “*a capacidade de buscar prioritariamente o atendimento dos direitos e interesses do usuário e a eficiência da indústria, em detrimento de outros objetivos conflitantes, tais como a maximização do lucro, em sistemas monopolistas, a concentração de empresas em setores mais rentáveis do mercado, ou a maximização das receitas fiscais.*”¹³² Há que se citar que, nos Estados Unidos da América, as agências reguladoras são independentes, na Europa e Japão, a regulação é exercida pelos ministérios setoriais e no Reino Unido, instituiu-se agências autônomas setoriais para regular os seus serviços públicos privatizados.

Algumas dimensões caracterizam a independência de uma agência reguladora: a independência decisória, a independência de objetivos, a independência de instrumentos, a independência financeira, a independência funcional e a independência política.

A independência decisória está presente na faculdade da agência resistir às pressões de grupos de interesse ao tomar decisões importantes. Previsão de

¹³¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Agências reguladoras. *Revista de Direito Administrativo*, abr./jun., v. 216, 1999, p. 127.

¹³² WALD, Arnold; MORAES, Luiza Rangel. Agências reguladoras. *Revista de Informação Legislativa*, a. 36, n° 141, jan./mar., 1999, p. 145.

procedimentos para a nomeação e demissão de dirigentes, associados à fixação de mandatos longos, escalonados e não coincidentes com o ciclo eleitoral, são meios que procuram isolar a direção da Agência de interferências indesejáveis, seja por parte do governo, seja por parte da empresa regulada.

A independência de objetivos compreende a escolha de objetivos que não sejam conflitantes com a busca prioritária do bem-estar do consumidor. Uma Agência com um número pequeno de objetivos, bem definidos e não conflitantes, tende a ser mais eficiente que uma outra com objetivos numerosos, imprecisos e conflitantes.

A independência de instrumentos é a capacidade da agência escolher os instrumentos de regulação - tarifas, por exemplo - de modo a alcançar os seus objetivos da forma mais eficiente possível.

A independência financeira se refere à disponibilidade de recursos materiais e humanos necessários e suficientes para a execução das atividades de regulação.

A independência funcional é a capacidade de cada membro da diretoria, visto que a direção e a administração dos Entes Reguladores está a cargo de órgãos colegiados, pautar-se conforme suas convicções. Deve-se assegurar tal independência funcional como pressuposto para que o órgão possa desempenhar, com autonomia, suas funções, evitando-se todo e qualquer tipo de influência. Para tal, pode-se viabilizar garantias de estabilidade e inamovibilidade dos diretores, bem como métodos de escolha e destituição destes. A própria autonomia financeira pode assegurá-la, com geração de recursos próprios, por meio de exigibilidade de taxa de regulação ou de fiscalização, instituída na própria lei de criação do ente regulador.

A independência política consiste na impossibilidade de intervenção administrativa e avocação de funções nos entes reguladores. Tais medidas são encaradas como sanções, utilizadas na hipótese das decisões dos Entes, quando submetidas à convalidação superior, serem consideradas desconformes com os interesses políticos dominantes. Ainda sobre este aspecto e esperando que não venha a ocorrer no Brasil, é interessante citar que tem começado, na Argentina, a aparecer situações de intervenção, que indicam caminho totalmente diverso ao da necessária independência política.

A questão que se põe é a da definição se a independência conferida às

agências reguladoras se realiza nos níveis da independência legal, conferida pela lei de sua criação, ou da independência real, que depende de outros fatores, além das disposições legislativas, como, por exemplo, a qualidade de seu corpo técnico, a disponibilidade de recursos, o relacionamento entre a agência, o governo e a indústria regulada e até a personalidade de seus diretores. A independência, imperiosamente, deve existir, classificando-se seus elementos garantidores como o normativo, o pessoal, o funcional, o financeiro e o relacional.

No entanto, Eduardo J. Rodriguez Chirillo critica esta classificação, dizendo que considerações político-partidárias dominam a seleção de reguladores num grau alarmante. Alarmante, na medida que outros fatores - tais como competência, experiência e inclusive em certas ocasiões, filosofia reguladora - são somente considerações secundárias. A maioria das designações a comissões são resultado de campanhas bem executadas, levadas a cabo no momento oportuno e com os patrocinadores adequados. Da mesma forma, muitas seleções podem ser explicadas em termos de conexões políticas importantes e nada mais. Os lugares dentro das comissões são bons prêmios de consolação para congressistas derrotados; recompensas úteis para pessoas que estão fazendo carreira e que consideram a designação como resultado de uma campanha; repouso apropriado para quem tem trabalhado duro e por muito tempo em determinado partido político e encosto conveniente para pessoas que têm atuado, insatisfatoriamente, em outros postos mais importantes do Governo.¹³³

Ainda sobre independência e imparcialidade, percebe-se na legislação moderna certa tendência à criação de autoridades independentes. Tais autoridades administrativas independentes incluem, também no direito comparado europeu, os entes reguladores, segundo o modelo genérico norte-americano adotado, em seus traços gerais, por vários países, dentre eles a Argentina e o Brasil. Pode-se dizer que a independência funcional dos órgãos reguladores é decisiva, porque a experiência tem demonstrado que o poder político é, muitas vezes, capaz de subsumir-se às tendências de sacrificar objetivos a longo prazo, em face de metas diárias e imediatas da política, pelo que são indispensáveis algumas garantias, tais como a de inamovibilidade nos cargos do ente.

Outro aspecto a ser considerado é o da legitimação democrática,

corolário do sistema de designação e nomeação dos membros da diretoria, que deve ser por concurso público de provas e títulos, pois é sabido que hoje em dia a democracia não é somente uma forma de ascender ao poder, senão também uma forma de exercê-lo. Então, exige-se uma autoridade reguladora dotada, ao mesmo tempo, de preparação técnica, independência política e legitimação democrática. Resta ver se, no momento de ditar os novos marcos reguladores, o legislador atenderá às necessidades a longo prazo ou, ao contrário, cederá à tentação da política partidária, diária e imediatista.¹³⁴

4. Fins e objetivos do órgão regulador

De forma bastante genérica, a doutrina mundial tem apontado algumas atribuições que os entes reguladores devem desempenhar para, realmente, marcarem presença nesta nova dimensão que vem sendo dada ao Estado. São as funções, os encargos e as incumbências, tudo como sinônimo de fins dos entes reguladores.¹³⁵

Aponta-se como fins a obrigação de (1) informar e assessorar os usuários sobre seus direitos, seja individualmente ou coletivamente, através das associações. Volta-se a ressaltar, e aqui se comprovará pela grande quantidade de fins apontados, que esta não é a única atribuição dos entes. (2) Receber e processar as reclamações dos consumidores, tomando as providências necessárias e cabíveis à manutenção da prestação adequada do serviço é outro dos fins. (3) Prevenir condutas discriminatórias que impeçam acesso de usuários, pois a informação sempre deve estar

¹³³ CHIRILLO, Eduardo J. Rodríguez. *Privatización de la empresa pública y post privatización - análisis jurídico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p.128.

¹³⁴ GORDILLO, Agustín. *Tratado de direito administrativo*. Parte Geral, cap. XV, p. XV-6-7. Disponível em <<http://www.gordillo.com>>. Acesso em 17.11.1998, citando COMADIRA, Júlio Rodolfo. *Reflexiones sobre la regulación de los servicios públicos privatizados y los entes reguladores*. “E.D.”, reproduzido em *Direito Administrativo*, 1996, p. 217 e seguintes e ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Economía y Estado*. Cap. XI, Madrid: Ed. Marcial Pons, s/d, p. 376-377.

¹³⁵ Apesar de não diretamente relacionada ao assunto, aponta-se a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, com os fins de promoção à proteção da saúde da população, por intermédio de efetivo controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, incluindo o controle de portos, aeroportos e fronteiras, devendo: (1) coordenar o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária; (2) fomentar e realizar estudos e pesquisas relacionadas com as suas atribuições; (3) estabelecer, propor, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações de vigilância sanitária; (4) estabelecer normas e padrões sobre limites de contaminação por resíduos tóxicos, desinfetantes, metais pesados e outros que envolvam risco à saúde; (5) coordenar as ações de vigilância sanitária realizados por todos os laboratórios de controle de qualidade em saúde; (6) estabelecer, coordenar e monitorar os sistemas de vigilância toxicológica e farmacológica; (7) promover a revisão e a atualização periódica da farmacopéia, etc.

aberta aos interessados, especialmente àqueles que se utilizam diretamente do serviço prestado. (4) Organizar e conduzir o regime de audiências públicas, como se verá. (5) Resolver, em instância administrativa, os conflitos entre os prestadores dos serviços e os usuários ou outras partes interessadas (função quase jurisdicional). (6) Assegurar que o serviço seja prestado respeitando normas de eficiência, qualidade e em condições de regularidade e continuidade, ou, de modo mais técnico, que seja prestado, adequadamente. (7) Controlar a prestação do serviço e o crescimento industrial para que não afete o meio ambiente, não causando danos a terceiros. Dá-se um enfoque maior ao meio ambiente vez que, no caso de dano a terceiros, estes procurarão as vias cabíveis para o ressarcimento de seus prejuízos, no entanto, no que diz respeito ao meio ambiente, encarado como direito difuso, aos próprios entes se determina tal finalidade. (8) Aprovar quadros tarifários justos e razoáveis, buscando-se sempre o equilíbrio econômico-financeiro. (9) Requerer aos concessionários as informações necessárias, seja para instrução e conhecimento da própria agência, seja para esclarecimentos a terceiros. (10) Efetuar e coordenar auditorias de gestão. (11) Controlar o cumprimento do plano de investimentos, de modo a manter a modernização e o padrão de tecnologia necessários à boa e adequada prestação do serviço delegado. (12) Prevenir condutas anti competitivas nas atividades desestatizadas, visto que é primordial a concorrência, como fator de equilíbrio e busca incessante do progresso, evitando-se a estagnação da tecnologia por parte daquele que detenha monopólio. (13) Aplicar sanções, demonstrando assim sua força coercitiva no cumprimento das determinações legais e regulamentares. De nada valeria toda uma estrutura e poderes se não houvesse qualquer sanção no caso de descumprimento das normas, tornando inócua a função fiscalizadora. (14) Propiciar subsídios para o Poder Executivo outorgar, prorrogar e declarar a caducidade das concessões, ou seja, controlar todo trâmite das concessões, desde a sua instituição até a extinção. E finalmente, (15) ditar regras em matéria de sua competência, tratando-se de seu poder normatizador.

No caso brasileiro, além de todas as determinações supra descritas, há ainda que se falar no que dispõe o parágrafo único do art. 175 da Constituição Federal.

“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.

Tal dispositivo estabelece os princípios do regime de concessões e permissões de serviços públicos a empresas particulares, atrelando a outorga à realização de processo licitatório, sendo que a lei disporá sobre tais empresas, assim como sobre o determinado nos quatro incisos. Contudo, surge o questionamento: que lei? E a resposta aponta para a própria lei do poder concedente, que pode ser a União (lei federal), o Estado (lei estadual), o Distrito Federal (lei distrital) ou o Município (lei municipal), visto não ser mais admissível que lei federal normatize concessões estaduais, distritais ou municipais, como possibilitava o art. 167 da Constituição de 1967. Com isto, as entidades estatais recuperaram sua plena autonomia normativa nessa matéria, apenas ficando sujeitas às normas gerais federais sobre licitação e contratação, no caso da concessão dos respectivos serviços públicos, à vista do disposto no inc. XXVII, art. 22, do diploma constitucional.

No que se refere à normatização infra-constitucional, as respectivas leis de criação de cada um dos Entes estabelecem os específicos fins de cada um, configurando e delimitando as suas competências, em consonância com o princípio da especialidade.

Desta forma, no caso da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL (Lei nº 9.427/96), além das incumbências prescritas nos artigos 29 e 30 da Lei nº 8.987/95, compete-lhe: (1) implementar as políticas e diretrizes do Governo Federal para a exploração de energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei nº 9.074/95; (2) promover as licitações destinadas à contratação de concessionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica; (3) definir o aproveitamento ótimo de que tratam o § 2º e o § 3º do art. 5º da Lei 9.074/95; (4) celebrar e gerir os contratos de concessão de uso do bem público, expedir as autorizações, bem como fiscalizar, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, as concessões e a

prestação do serviço de energia elétrica; (5) dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus usuários; (6) fixar os critérios para cálculo do preço de transporte de que trata o § 6º do art. 15 da Lei nº 9.074/95 e (7) articular com o órgão regulador do setor de combustíveis, quando destinados à geração de energia elétrica, para arbitramento de seus valores, nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos.

Por sua vez, o art. 19 da Lei 9.472/97 fixou para a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL - uma atuação embasada na independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, elencando como atribuições, dentre outras: (1) implementar a política nacional de telecomunicações; (2) representar o Brasil nos organismos internacionais; (3) adotar medidas a que se referem os incisos I a IV do art. 18 da lei em comento; (4) expedir normas para outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público; (5) editar atos de outorga e extinção do regime público; (6) celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções; (7) controlar, acompanhar e proceder a revisão de tarifas dos serviços prestados no regime público, podendo homologar reajustes; (8) administrar o espectro e o uso da radiofrequência, fiscalizando e aplicando sanções; (9) expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado; (10) expedir e extinguir autorização para prestação de serviço no regime privado, bem como aplicar sanções; (11) expedir normas e padrões de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem; (12) expedir ou reconhecer a certificação de produtos; (13) realizar busca e apreensão de bens no âmbito de sua competência; (14) deliberar sobre a interpretação da legislação de telecomunicações e sobre os casos omissos; (15) compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações; (16) reprimir infrações aos direitos dos usuários; (17) arrecadar e aplicar suas receitas; (18) aprovar o seu regimento interno; (19) contratar pessoal por prazo determinado, etc.

Finalmente, a Lei 9.478/97, que dispõe sobre a política energética nacional e as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo, elencando como finalidades da ANP a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da

indústria do petróleo, cabendo-lhe (art. 8º): (1) implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional do petróleo e gás natural, contida na política energética nacional; (2) promover estudos visando a delimitação de blocos, para efeito de concessão das atividades de exploração, desenvolvimento e produção; (3) regular a execução de serviços de geofísica aplicados à prospecção petrolífera, visando o levantamento de dados técnicos, destinados à comercialização, em bases não exclusivas; (4) elaborar os editais e promover as licitações para a concessão de exploração, desenvolvimento e produção, celebrando os contratos delas decorrentes e fiscalizando a sua execução; (5) autorizar a prática das atividades de refinação, processamento, transporte, importação e exportação, na forma estabelecida na lei em comento e sua regulamentação; (6) estabelecer critérios para o cálculo de tarifas de transporte dutoviário e arbitrar seus valores, nos casos e na forma prevista na lei; (7) fiscalizar diretamente, ou mediante convênios com órgãos estaduais, as atividades integrantes da indústria do petróleo, bem como aplicar as sanções administrativas e pecuniárias previstas em lei, regulamento ou contrato; (8) instituir processo com vistas à declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação, das áreas necessárias à exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, construção de refinarias, de dutos e de terminais; (9) estimular a pesquisa e a adoção de novas tecnologias na exploração, produção, transporte, refino e processamento. Além das atribuições que são conferidas à ANP pelo art. 8º da Lei 9.478/97, o preceito subsequente do comando legal citado, estabelece que a partir da sua implantação, fica a Agência responsável pelas atribuições até então cabíveis ao Departamento Nacional de Combustíveis - DNC, relacionadas com as atividades de distribuição e revenda de derivados de petróleo e álcool.¹³⁶

Quanto aos objetivos, genericamente, diz-se que foram estipuladas as Agências Reguladoras para: (1) proteger os usuários; (2) promover a concorrência leal e efetiva na indústria ou atividade regulada; (3) velar pelo cumprimento dos contratos de concessão e dos marcos reguladores; (4) assegurar a continuidade, regularidade, igualdade e generalidade dos serviços regulados; (5) controlar o cumprimento do plano de investimentos; (6) fomentar a expansão das indústrias e um aumento no número de usuários e; (7) controlar a qualidade dos serviços prestados.

¹³⁶ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Agências reguladoras e as suas características. *Revista de Direito Administrativo*, out./dez., v. 218, 1999, p. 83-84.

A legislação também estabeleceu diversos objetivos para as agências reguladoras, requerendo harmonização recíproca para que o sistema possa funcionar de forma integrada. Dentro desta vertente, constata-se que a razão maior elencada pelos comandos legais citados possui como objetivo a garantia da proteção dos usuários, com a continuidade dos serviços a um menor custo e maior eficiência.

A função básica e os objetivos dos entes reguladores consiste em buscar uma harmonia participativa entre os interesses em jogo e contribuir, desse modo, para que seja alcançada a harmonia social, mediante procedimentos mais inovadores, como o das audiências públicas. Entre os objetivos que se têm atribuído aos entes reguladores, destaca-se o relacionado à promoção da concorrência, à defesa do mercado e das liberdades econômicas das pessoas vinculadas à prestação dos serviços públicos, paralelamente, à justiça e razoabilidade das tarifas. Esta nova função estatal tende a proteger o funcionamento eficiente de todo o ciclo econômico, no qual o poder de polícia operava por meio de mecanismos que alteravam, artificialmente, a oferta e a procura ou as decisões que correspondiam ao mercado. Roberto Dromi apud Juan Carlos Cassagne completa que os entes reguladores são aqueles que, criados por lei ou decreto (no caso da Argentina), supervisionam e controlam o cumprimento das obrigações assumidas pelos concessionários, licencitários ou permissionários de serviços públicos no que se refere a condições de segurança e qualidade de sua prestação, manutenção e uso dos bens públicos afetados pelo serviço, tarifas, relações com os usuários e defesa do meio ambiente.¹³⁷

Portanto, dotado de finalidades e objetivos próprios, os entes reguladores perseguem a harmonia entre a prestação de serviços públicos executados por empresas privadas e a regularidade, eficiência, qualidade e custo razoável para o usuário do serviço (serviço adequado). Tais objetivos funcionam como pedra angular dos aludidos entes.

A solução de controvérsias é outra missão também afeta às Agências Reguladoras. Repara-se que tais controvérsias não se resumem apenas entre o Estado e o concessionário, mas também entre o Estado, o concessionário, o prestador do serviço e os usuários, diretamente. Buscam ainda a prevenção de condutas monopolísticas por parte dos operadores do sistema e a conseqüente competitividade do mercado, tendendo à eliminação

da regulamentação desnecessária, devendo ficar claro que é facultativo aos usuários a submissão às decisões destes organismos.¹³⁸ Referindo-se à Argentina, os entes têm competência administrativa em toda controvérsia que se suscite com relação ao serviço, em virtude da aplicação do regime regulatório e do funcionamento e condições destes. Em suas relações com os particulares, com os operadores privados e com a administração pública, regem-se pela Lei 19.549 de Procedimentos Administrativos, alterada pela Lei 21.686 e suas disposições regulamentares (Dec. 1.759/72 t. o. 1991).¹³⁹

5. Participação dos Estados-Membros

Também os Estados-Membros têm adotado programas de desestatização, estimulando as concessões e o surgimento de Entes Reguladores. Tem-se criado, com mais freqüência, espécies de agências multisetoriais, sem especialização, com competência para todos os serviços concedidos ou permitidos no âmbito do respectivo Estado-Membro.

Em decorrência do distanciamento das agências federais aliada à necessidade de convivência, às vezes, in loco, com problemas vividos nos Estados-Membros e Municípios, exige-se uma descentralização em Agências de Regulação nos Estados. Esta descentralização, obrigatoriamente, deve se dar através de previsão legal para, através de convênio, ser possível a delegação de competências. Desta forma, busca-se, principalmente, a redução da influência das empresas fiscalizadas sobre o ente e a conseqüente redução de custos. No setor de gás natural, por exemplo, o monopólio de distribuição de gás canalizado pertence aos Estados, por força constitucional do § 2º, art. 25. A entidade reguladora deverá ser criada nos Estados, para exercer as competências inerentes a tal atividade, visto que, no tocante às demais atividades, de atribuição da ANP, poderão ser firmados convênios entre a agência reguladora federal e a agência reguladora estadual, para que esta exerça as funções inseridas na sua órbita de atuação.

¹³⁷ CASSAGNE, Juan Carlos. Los nuevos entes regulatórios. *Revista de Derecho Administrativo*, ano 5, 1993, Buenos Aires: Depalma, p. 489.

¹³⁸ Salvo no caso da ENARGAS, na Argentina, que tem jurisdição prévia e obrigatória (art. 66, Lei 24.076).

¹³⁹ NEIRA, César Carlos. *Entes reguladores de servicios. La defensa del usuario*. Buenos Aires: Ad-Hoc SRL, 1997, p. 30.

No âmbito estadual tem havido algumas diferenciações. Alguns Estados criaram agências reguladoras únicas, como a ASEP (Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos) no Rio de Janeiro, outros com prognósticos de criação de várias agências, como São Paulo. Há ainda os casos setorizados, como ocorre com o gás natural, para o qual, pelo que tudo indica, vários Estados-Membros adotarão uma fórmula uniforme.

Como visto, o Estado de São Paulo optou por agências especializadas. A Lei Complementar nº 833, de 17 de outubro de 1997, criou a Comissão de Serviços Públicos de Energia – CSPE, tratando-se de uma autarquia vinculada à Secretaria de Estado de Energia, com a finalidade de regular, controlar e fiscalizar a qualidade do fornecimento dos serviços públicos, os preços, tarifas e demais condições de atendimento aos usuários de tais serviços, coibindo os abusos e discriminações. Tem por principal remuneração, entre outras receitas, o produto da arrecadação da taxa de fiscalização paga pelos titulares de concessões, permissões e autorizações de serviços de energia, calculada mediante aplicação de um limite máximo de cinco décimos por cento da receita bruta auferida.

Compõe-se de um órgão superior, o Conselho Deliberativo, com um Comissário-Geral, (em regime de dedicação exclusiva e sujeito à prestação de contas), um representante da Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON, um representante da sociedade civil, indicado pelos Conselhos de Consumidores (art. 13 da Lei Federal nº 8.631, de 04.03.93), dois representantes das empresas prestadoras de serviços públicos de energia do Estado, sendo um das empresas de serviços locais de gás canalizado e outro das empresas de energia elétrica, dois representantes dos trabalhadores nas referidas empresas, um representante dos servidores da Comissão, um representante da FIESP, um representante da Federação do Comércio do Estado de São Paulo e três membros de livre escolha do Governador.

Difere da linha adotada pelas agências federais e pela ASEP, do Rio de Janeiro, por se tratar, quase, de uma auto-regulação de interesses, dada a presença de agentes regulados, no conselho fiscalizador.

Há ainda um Comissariado, com funções de órgão de execução, composto por um Comissário-Geral e dois Comissários-Chefes, nomeados em comissão pelo Governador do Estado, dentre cidadãos com notória capacidade técnica e

administrativa em suas respectivas áreas de atuação. É ainda previsto um quadro de servidores provido mediante concurso público.

A lei foi regulamentada pelo Decreto nº 43.036, de 14.04.98, que trata das competências dos órgãos administrativos e dos procedimentos, inclusive no que concerne aos requisitos do auto de infração e dos recursos.

Há que se citar ainda outros Estados que vêm instituindo seus Entes. O Ceará, pela Lei nº 12.786, de 30.12.97, instituiu a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará – ARCE; o Rio Grande do Sul, pela Lei Estadual nº 10.931, de 09.01.97, criou a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – ACERGS e Sergipe, que tem idéia de criar a Agência Reguladora de Serviços Concedidos do Estado de Sergipe – ASES, todos nos moldes da ASEP do Rio de Janeiro.

IV. OS LIMITES DO PODER REGULADOR E FISCALIZADOR DOS ÓRGÃOS REGULADORES

1. Princípios aplicáveis

Encarado como um aspecto demais delicado e controverso, diferentemente tratado nas doutrinas de vários países, como se verá, encontra-se a limitação, o controle (se for admitida qualquer forma de limitação ou controle) a que os Entes Reguladores devem estar submetidos. Já de início parece cristalina a impossibilidade de existência de qualquer órgão não submetido a controle, agindo livre e ilimitadamente. Parece ainda mais absurda a hipótese em se tratando de organismos relacionados à verificação da prestação adequada de serviços públicos, envolvido no permanente conflito entre concessionários e usuários, sem se falar no interesse imanente do Estado nesta relação. Inexistindo regras e parâmetros para as ações de tais Órgãos, correr-se-ia o risco da criação de um verdadeiro *Leviatã*, mais forte que o próprio Estado *Leviatã* vislumbrado por Thomas Hobbes em sua obra de 1651.

Surge uma segunda questão, até mais relevante que a primeira, ou seja, “*quis custodies custodiat?*” ou, “quem controla o controlador?”, tratando-se de uma das interrogações mais pertinentes na discussão sobre os órgãos reguladores. Funcionando como órgãos de controle, claro está que devem estar sujeitos a múltiplos controles. Na Argentina, este controle dá-se: “*por el Congreso de la Nación y los jueces del Poder Judicial, por el Defensor del Pueblo nacional, la Auditoría General de la Nación, la Sindicatura General de la Nación, la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, la opinión pública y los usuarios, reforzada por la necesaria participación de las Provincias y asociaciones de usuarios*”,¹⁴⁰ associações estas criadas a partir da previsão constitucional da parte final do art. 42 da Constituição da Nação Argentina.

¹⁴⁰ GORDILLO, Agustín. *Tratado de direito administrativo*. Parte Geral, cap. XV, p. XV-50. Disponível em <<http://www.gordillo.com>>. Acesso em 17.11.1998.

Roberto Dromi¹⁴¹ apud César Carlos Neira cita duas espécies de técnicas de controle: (01) os controles horizontais, consistindo na vinculação que tem os órgãos entre si, em igualdade de situação, como mecanismo interno de controle previsto na Constituição Argentina para a atuação dos órgãos e (02) os controles verticais, correspondendo aos derivados de uma relação hierárquica político-administrativa, abarcando o federalismo, regionalismo, centralização, descentralização, desconcentração, delegação, etc.¹⁴²

No Brasil, cita-se alguns órgãos e instituições existentes, com atribuição e capacidade para tal. Sem esquecer dos vários escalões do Poder Executivo a que estiver ligado o Ente, somam-se, nesta função, os órgãos do Poder Legislativo, Ministério Público, sindicatos, associações de usuários, opinião pública devidamente instruída em conformidade com o direito à informação, órgãos de imprensa, além dos usuários individualmente considerados. Ressalta-se, todavia, que o rol ora apresentado é tão somente exemplificativo, buscando-se alinhar uma rede de controle. Tudo isto sem esquecer da previsão do inc. XXXV, art. 5º, da Constituição Federal do Brasil, segundo o qual sequer a lei “*excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”, estando sempre aberta, portanto, a via judicial.

Nos Estados Unidos da América, apesar das diferenças e peculiaridades daquele sistema, as Agências são reguladas, quanto ao procedimento e atividades administrativas, pelas suas respectivas leis de criação e, genérica e globalmente, pela Lei de Procedimento Administrativo de 1946 (*Federal Administrative Procedure Act - APA*). Tal procedimento, porém, só é aplicável às agências administrativas federais, pois as agências estaduais regem-se por suas próprias leis procedimentais, que reconhecem em grande medida as previsões de um modelo geral – *Model State Administrative Procedure Act* – aprovado pela *American Bar Association* – ABA e pela *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (Conferência Nacional de Comissários em Uniformização Legislativa do Estado). O modelo estadual e a Lei de Procedimento Administrativo (APA) apresentam numerosos aspectos comuns, pois ambos foram elaborados simultaneamente, sob influência de opiniões da *American Bar Association*.

¹⁴¹ DROMI, Roberto. *Instituciones de derecho administrativo*. Buenos Aires: Astrea, 1973.

¹⁴² NEIRA, César Carlos. *Entes reguladores de servicios. La defensa del usuario*. Buenos Aires: Ad-Hoc SRL, 1997, p. 23.

Diversamente do que institui o ordenamento jurídico brasileiro, as ações administrativas norte-americanas podem ser conduzidas de duas maneiras: pelo estabelecimento de normas de aplicação geral - *rules* - e através da resolução de conflitos concretos, ou seja, casuisticamente - *orders* - que, sem prejuízo de posteriores regulamentações sobre o assunto, podem se equiparar à distinção entre regulamento e ato administrativo. Em função de qual seja a natureza da ação, a agência se sujeita a um procedimento diferente. A delegação, pelo Congresso, de poderes quase legislativos e quase judiciais, também se projeta nos correspondentes procedimentos administrativos.¹⁴³

A respeito de delegação de funções pelo Congresso, traçando um roteiro de sua evolução, o ponto de partida teórico-constitucional é a *nondelegatio*, como máxima do *commom law*, que impede ao Congresso delegar o que já exerce por delegação popular. Neste aspecto, a Suprema Corte dos Estados Unidos tem recorrido a diferentes critérios para flexibilizar tal posição inicial, apesar da sua jurisprudência caminhar lenta, confusa, ambígua e até contraditoriamente. Revendo a história, a princípio, a Suprema Corte admitiu que o Presidente pudesse exercer funções que não lhe estivessem, expressamente, previstas, somente se se supusesse a ocorrência de fatos e condições fixados em lei e, neste caso, aplicando as predeterminações do Congresso. Depois, aceitou que o Executivo exercesse uma discricionariedade mínima, no marco de concretas condições legislativas, posto que o Congresso não teria condições de prever todos os detalhes. Tal jurisprudência se embasava em diferentes teorias - *contingented delegatio*, *named delegatio*, *fillings in detail* - que têm em comum, destacar que o Executivo se limita a cumprir os fins e objetivos do legislador.

Uma mudança significativa, com a qual se iniciou o reconhecimento de amplas cessões de poder, surgiu com o que se chamou teoria do princípio inteligível – *intelligible principle*. Caracteriza-se este por amparar as delegações sempre que o Congresso haja predeterminado o alcance do poder que se transfere, assinalando um modelo legislativo suficientemente claro e concreto, para que, em todo caso, a agência atue segundo a vontade do legislador, com a mínima discricionariedade. Sem óbices, a interpretação da presença do princípio inteligível foi cada vez mais permissiva e flexível, evoluindo desde os

¹⁴³ CARBONELL PORRAS, Eloísa. *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de*

chamados *meaningful standards*, que permitiam a predeterminação do poder da agência, pela lei, ao estabelecer diretrizes claras, até os chamados *meaningless standards*, que não permitiam limitação aos poderes administrativos. Esta tolerante atitude jurisprudencial se interrompe, em 1935, com duas sentenças que declararam a inconstitucionalidade de delegações que não estabeleciam modelos significativos. Ambas sentenças foram proclamadas em relação a National Industry Recovery Act, de 16 de junho de 1933. No caso *Panama Refining Company v. Ryan* (293 US 388 - 1935), analisou-se o art. 9º, que delegou o poder de proibir o transporte interestadual de petróleo e seus derivados quando se excedesse a produção autorizada; no *ALA Chechter Poultry Corporation v. United States*, o art. 3º, que permitia estabelecer regras de justa concorrência entre as indústrias.

A Suprema Corte, ainda que admitindo as extraordinárias circunstâncias econômicas existentes, afastou que se pudessem criar poderes diferentes dos constitucionalmente previstos e decretou a inconstitucionalidade das delegações, visto que o Congresso não havia assinalado nenhuma diretiva para orientar o Presidente, nem exigia a motivação de sua decisão. No entanto, esta linha careceu de continuidade, não se produzindo nenhuma anulação posterior, admitindo-se delegações tão ou ainda mais amplas do que as que foram anuladas, aceitando-se, assim, a validade de modelos imprecisos. Não significou, porém, como poderia parecer, que o debate houvesse encerrado.

Nos últimos anos, têm ressurgido os defensores da *nondelegatio*, que reclamam uma atitude decidida do Congresso, não delegando suas funções, bem como dos Tribunais, que devem se pronunciar pela inconstitucionalidade. Esta recuperação do traçado original tem influenciado a Suprema Corte que, como assinala a doutrina, poderia decretar a inconstitucionalidade a qualquer momento.

No entanto, apesar desta retidão teórica da proibição de delegação, a prática impõe uma solução diferente. As delegações são necessárias, seja para proliferação das atividades das agências em setores muito diversos, seja pela impossibilidade do Congresso reunir os conhecimentos técnicos e a experiência necessária para legislar, exaustivamente, sobre todos os assuntos.¹⁴⁴

América. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 55-56.

¹⁴⁴ CARBONELL PORRAS, Eloísa. *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 25-27.

Tal posicionamento é perfeitamente aplicável à realidade e desenvolvimento dos Entes Reguladores, no Brasil. Como ocorre no direito norte-americano, com base na situação atual da questão, a nova teoria da não delegação ainda se faz presente, ao insistir que em hipótese de delegações, precise-se, claramente, quais são os critérios aos quais se deve ajustar a agência, fixando-se modelos concretos.

Cabe ainda comentar sobre a distinção entre regulamento e ato administrativo no Direito Administrativo norte-americano. Fundamenta-se esta diferença em um duplo critério: por um lado o critério temporal, por outro o critério da particularidade ou da generalidade (como regra, os regulamentos são abstratos e afetam uma pluralidade de pessoas, enquanto que os atos administrativos são particulares, afetando pessoas determinadas). Há que ser ressaltado que, diferentemente do sistema romano-germânico, não se afirma o caráter normativo do regulamento, que, no caso do Brasil, integra-se ao ordenamento jurídico. A confusão é acentuada se se tiver em mente que é a agência que, em cada caso concreto, decidirá qual a técnica a ser utilizada para exercer sua atividade.

Sobre esta base, torna-se plausível a apreciação se a agência tem seguido o procedimento, legalmente, exigido. Por sua vez, a escolha de um meio ou outro de atuação está estritamente relacionado aos requisitos procedimentais, ou melhor, determinar o procedimento pressupõe fixar a natureza da atuação administrativa. Em função de qual seja a ação da agência, deverá ser adotado um procedimento distinto, mas a escolha da ação a empreender, pela agência, estará condicionada pelos requisitos procedimentais exigidos, em cada caso. A relação entre o procedimento seguido e o resultado é fundamental para a legitimação da ação administrativa, que somente será lícita se os requisitos procedimentais tiverem sido respeitados. Por isso, afirmar-se que os procedimentos administrativos são o complemento das amplas delegações do Congresso às agências norte-americanas, reduzindo a discricionariedade e legitimando, parcialmente, suas ações.¹⁴⁵

Percebe-se, a partir de posição jurisprudencial norte-americana, que as agências, naquele país, seja qual for seu âmbito de atuação, estão submetidas às mesmas

¹⁴⁵ CARBONELL PORRAS, Eloísa. *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 57-58.

regras de comportamento e, especialmente, aos procedimentos administrativos previstos na Lei de Procedimentos Administrativos - APA. O regime jurídico de cada agência está determinado em sua norma de criação, bem como os limites e condições para o desenvolvimento de suas atividades, não se podendo sustentar diferenças gerais conforme as matérias nas quais intervenham.

Nos Estados Unidos da América, dois critérios são utilizados para diferenciar as agências, conforme o nível de controle a que se submetam. Por um lado, há a determinação dos poderes de que estão investidas as agências para se relacionarem com os cidadãos e, por outro, a existência ou não de limites à livre destituição presidencial do pessoal ocupante de cargo de direção da agência e, ainda ligado a esta segunda acertiva, questão relacionada aos poderes delegados às agências, tratando-se claramente de formas de controle.

Para se entender a existência de cláusulas que limitem o poder de destituição do Presidente, recorda-se que todo o sistema administrativo norte-americano parte da necessidade de uma delegação de poderes às agências, o que, ademais, não é, pacificamente, admitido. A cessão a uma agência administrativa de poderes quase legislativos e quase judiciais seria acompanhado de garantias a seu pessoal diretivo na permanência do cargo, para que atuasse segundo sua experiência e conhecimento, sem ceder à pressão do Presidente, que não poderia, livremente, destituí-lo. Isto explica por que na prática são as agências independentes as que exercem amplos poderes normativos e resolutivos. Finalizando, se o Congresso pode delegar seu poder, também pode condicionar sua destituição; ao contrário, nas agências executivas em sentido estrito, que careceriam de ditos poderes ou os teriam em menor extensão, não se pode limitar a livre destituição presidencial.

Feitas estas considerações gerais, é perceptível a diversidade e diferenciação entre o sistema das Agências nos Estados Unidos da América e o adotado no Brasil, apesar de se pregar que as nossas se baseiam naquelas.

Voltando aos princípios norteadores da necessidade de controle a ser exercido sobre as agências, constituídas no Brasil sob a forma de autarquia, do tipo especial, tal controle é uma de suas características, interessando, a esta parte da pesquisa,

(1) a submissão a sistema de controle do setor público e (2) a sujeição de revisão das suas decisões em sede administrativa e judicial¹⁴⁶.

Sobre tais controles, na Argentina, valendo também para o Brasil, guardadas as devidas proporções, os Entes dependem, hierarquicamente, do Poder Executivo e concretamente, do Ministério a que estejam ligadas. Estão sujeitos a controle de auditoria e legalidade, bem como aos sistemas de controle do setor público, sem prejuízo das auditorias privadas que possam ser requeridas em determinados casos¹⁴⁷.

Volta-se à colocação de Agustín Gordillo: “*quis custodiet custodiat?*”, percebendo que, realmente, trata-se de uma questão importante e pertinente na discussão sobre os órgãos reguladores. Já é possível concluir que tal controle dos Entes dá-se, inicialmente, pela própria estrutura do Poder Executivo, aliado a outras várias, diversas e possíveis formas de controle, desde que legalmente previstas.

2. Limites reguladores

A respeito da faculdade regulatória, concernente à capacidade de regulação ou, mais tecnicamente, à atribuição de competências aos Entes para normatizar geral e abstratamente relações jurídicas, aspecto muitíssimo importante, tem-se tal faculdade como possível aos Órgãos Reguladores. Diante de tal possibilidade, a faculdade regulatória, conforme denominada por Agustín Gordillo¹⁴⁸, deve ser considerada separadamente da capacidade normatizadora do poder concedente, tudo à vista do princípio da independência dos Entes Reguladores. A doutrina e a jurisprudência mundiais são fartas quanto às faculdades que têm as autoridades competentes para regulamentar o serviço, inclusive modificando as condições de sua prestação para adequá-lo às mutantes circunstâncias fáticas e tecnológicas.

Segundo conclusões do Conselho de Estado da França, conforme citações de Agustín Gordillo,

¹⁴⁶ CICERO, N. K.. *Servicios publicos: control y proteccion*. Argent.: Ed. Ciudad Argentina, 1996, p. 80.

¹⁴⁷ NEIRA, César Carlos. *Entes reguladores de servicios. La defensa del usuario*. Buenos Aires: Ad-Hoc SRL, 1997, p. 28-29.

“ ‘a Administração tem direito a dispor as modificações e agregados necessários para assegurar, à vista do interesse público, o normal funcionamento do serviço’ (Conselho de Estado, arrêt de 11 de março de 1910, *Compagnie française des tramways*, Recueils, p. 216 e ss.). ‘Ao impor ao concessionário um serviço diferente do previsto pelas partes contratantes, a Administração não excede seus poderes’. Agrega León Blum em suas conclusões sobre o caso *Compagnie française des tramways* que: ‘a convenção não estabelece, de maneira imutável, sem variação, as cargas assumidas pelo concessionário’; no caso *Société d’éclairage de Poissy*, Corneille assinala que ‘a organização do serviço não é de competência do concessionário..., por conseguinte, esta organização poderá se modificar a qualquer momento, segundo as necessidades sociais e econômicas do momento’. Conclui Jèze (Gaston Jèze. *Principios generales del derecho administrativo*, tomo IV, Buenos Aires: Depalma, 1950, p. 139), logo seguido pela doutrina nacional neste aspecto, que ‘este princípio – função normatizadora - é hoje indiscutível na jurisprudência’ ”.¹⁴⁹ (tradução nossa)

Buscando aspectos básicos da questão, há a possibilidade de modificação da organização do serviço prestado a qualquer momento, segundo as necessidades sociais e econômicas preponderantes na ocasião. Claro que não se pode esquecer que diante de tais alterações, obrigatoriamente, deverá haver a reestruturação do contrato regulador da prestação do respectivo serviço.

Segundo Rafael Bielsa apud Agustín Gordillo¹⁵⁰, na doutrina Argentina, é antiga a posição de que a concessão dá ensejo a duas situações jurídicas: uma legal ou regulamentar e outra contratual. A primeira é a mais importante e prepondera em toda a operação; a segunda, com enfoque público administrativo, e não de direito civil, atribui direitos e impõe obrigações ao concessionário, como ato administrativo que é. Ressaltam a importância da questão relativa à faculdade que a Administração Pública tem para alterar as condições e, especialmente, o funcionamento do serviço público objeto da concessão. É óbvio que o serviço público deve ter em vista sempre o interesse público, e ante esta consideração primordial, o argumento contratual perde toda importância. E apontam que se for admitido que a vontade dos concessionários possa conflitar com as decisões da Administração, num fim de utilidade pública, poder-se-ia pensar o sistema de

¹⁴⁸ GORDILLO, Agustín. *Tratado de direito administrativo*. Parte Geral, cap. XV, p. XV-8. Disponível em <<http://www.gordillo.com>>. Acesso em 17.11.1998.

¹⁴⁹ GORDILLO, Agustín. *Tratado de direito administrativo*. Parte Geral, cap. XV, p. XV-9. Disponível em <<http://www.gordillo.com>>. Acesso em 17.11.1998.

¹⁵⁰ BIELSA, Rafael. *Derecho administrativo y ciencia de la administración. Legislación administrativa argentina*. Buenos Aires: Lajouane & Cia. Editores, 1929, t. 1, p. 123 e ss., citado por GORDILLO, Agustín. *Tratado de direito administrativo*. Parte Geral, cap. XV, p. XV-10. Disponível em <<http://www.gordillo.com>>. Acesso em 17.11.1998.

concessão como contrário ao interesse geral.

Desta forma, dois princípios regem a situação regulamentar do Estado. O primeiro é que o serviço público deverá ser melhorado por novas regulamentações; e o segundo, voltado aos usuários, é que estes não deverão sofrer quaisquer conseqüências derivadas do fato do serviço ter saído da esfera da prestação direta estatal, ou seja, ter sido concedido. Isto porque o serviço deve conservar sua flexibilidade institucional, prestado por quem quer que seja.

Tratando das faculdades regulatórias, é interessante citar que toda construção da doutrina argentina foi elaborada em decorrência do apoio e sustentação da jurisprudência da Corte Suprema de Justiça da Nação. Assim, percebe-se que diante de tão importante construção, assegurando aos usuários o melhor serviço e a prestação deste da melhor maneira, merece consideração especial a participação técnica, imparcial e engajada do Poder Judiciário, o que se espera que também ocorra, no Brasil.

Sobre a capacidade regulatória das Agências Reguladoras, é preciso verificar alguns casos e situações em que esta regulação pode se fazer presente. É indiscutível o fato da legislação e doutrina argentinas preverem a possibilidade de normatização e regulamentação por parte de seus Entes. Os Entes estabelecem os regulamentos a que deverão se ajustar todos os sujeitos envolvidos no processo que engloba o serviço prestado, incluídos os usuários, o que demonstra sua força coercitiva. Nesta linha, a doutrina argentina cita como exemplos dos limites da ação regulamentadora e fiscalizadora do Estado, por meio de seus Entes, a determinação de tarifas, através do estabelecimento das bases de cálculo destas, proteção aos bens jurídicos primordiais, dentre eles a vida, a saúde (através da defesa ao meio ambiente), a segurança pública e a propriedade, tudo dentro de seus respectivos âmbitos de competência. Estão, ainda, os Entes, investidos de capacidade jurídica, podendo promover, perante os tribunais competentes, as ações judiciais cabíveis e necessárias à defesa e garantia de seus direitos, sempre para assegurar o cumprimento de suas funções e alcançar os fins dispostos nas leis (que lhes deram origem), nos regulamentos e nos respectivos contratos.

Os Entes também regulamentam o procedimento para a aplicação de sanções (multa, inabilitação, suspensão, caducidade de licenças, confisco) por violação das disposições legais, regulamentares ou contratuais, sempre com a observância do princípio

do devido processo legal. Os mesmos têm que dar publicidade das decisões que tomam, incluindo os antecedentes que as embasaram.¹⁵¹

Vale sempre ressaltar que, como em toda relação jurídica contratual, também os Entes devem observar as normas dispostas na legislação, nos regulamentos e nos específicos contratos a que estiverem relacionados.

Nos Estados Unidos da América, de modo geral, as agências podem ditar normas jurídicas e atos administrativos, se o Congresso lhes conferir poderes que o povo, na Constituição, delegou ao Poder Legislativo. A intervenção do Presidente da República na atividade das agências se desenvolve internamente, para coordenar as diferentes ações públicas com a política presidencial, portanto, marcado por um forte sentido político. Pode-se sustentar que qualquer agência, a que se deleguem poderes para ordenar as atividades dos particulares, deve ser criada pelo legislador. É a lei que determina, precisamente, as regras que regem seu funcionamento, os procedimentos a seguir, os princípios basilares que condicionam sua atuação e as técnicas de controle que se reservam ao Congresso.¹⁵²

Assim, uma constatação óbvia, mas primordial, é a da necessidade de criação e determinação desta faculdade por lei, entendendo-se lei em seu sentido técnico-jurídico, ou seja, o ato proveniente do Poder Legislativo que obedeceu e tramitou conforme o procedimento legislativo previsto, ou outro ato com tal força.

A tradicional interpretação da divisão de poderes tem dificultado aceitar uma delegação que não esteja, constitucionalmente, prevista. No entanto, não se poderia regular, na Constituição, a delegação de poderes, nem se determinar, exaustivamente, as funções do Presidente, porque um Poder Executivo forte, completa e minuciosamente organizado, é impensável. Tampouco se concebia a divisão de poderes de forma tão rígida como se tem pretendido, podendo-se comprovar neste sentido a possibilidade do veto legislativo em face de atos do Presidente, a ratificação pelo Senado de nomeações feitas pelo Presidente ou até mesmo a destituição do próprio Presidente, por ato

¹⁵¹ NEIRA, César Carlos. *Entes reguladores de servicios. La defensa del usuario*. Buenos Aires: Ad-Hoc SRL, 1997, p. 28-29.

¹⁵² CARBONELL PORRAS, Eloísa. *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 22.

do Congresso.¹⁵³

A fim de facilitar a compreensão, diz-se que a doutrina e a jurisprudência se referem à cessão de poderes “quase legislativos” e “quase judiciais” às agências. Assim, pode-se relacionar o primeiro ao poder regulamentar, de normatização de hipóteses gerais e abstratas. O segundo compreenderia todos os supostos nos quais as agências devem resolver conflitos de interesses entre pessoas, individualizadas ou difusamente organizadas, determinando o Direito aplicável ao caso.

No caso norte-americano, a polêmica constitucional centra-se, fundamentalmente, na delegação de poder normativo às agências, pois se questiona o princípio da representatividade e responsabilidade democrática. Neste caso, a regulamentação não é elaborada pelos representantes democraticamente eleitos, aqueles a quem o povo cedeu o poder legislativo e que estão submetidos a seu controle pelo processo eleitoral. Por isso, apesar da construção norte-americana, toda dúvida ainda persiste quanto ao alcance e limites deste poder regulamentar das Agências Reguladoras.

A necessidade de justificar a legitimidade democrática de uma norma que não foi elaborada pelo legislador tem-se construído sobre diferentes teorias, conforme sistematiza Juan José Rubira¹⁵⁴: primeiro, a teoria da transmissão democrática, pois é o legislador quem cria a agência, que se considera uma arma do próprio Legislativo, e legitima sua atuação – *transmissio belt model*. Segundo, a teoria que aceita as atribuições de poder às agências porque estão integradas por burocratas especialistas na matéria correspondente – *expertise model*. Terceiro, a teoria do procedimento, que legitima a ação das agências quando atuam conforme procedimentos que asseguram a intervenção dos cidadãos – *procedural model*. Todas elas têm sido relevantes no processo de construção do Direito Administrativo norte-americano¹⁵⁵ na seara da discussão e aceitação da existência de limites ao poder regulador (normatizador) dos Entes Reguladores.

¹⁵³ CARBONELL PORRAS, Eloísa. *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 22, citando ARANSON, Peter H.; GELHORN, Ernest e ROBINSON, Glen O. A theory of legislative delegation. *Fornell law review*, v. 68, nº 1, 1982, p. 2-3.

¹⁵⁴ RUBIRA, Juan José Lavilla. *La participación pública en el procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América*. 1991, p. 104 e ss.

3. Limites fiscalizadores

Paralelamente à discussão dos limites do poder regulador, ou seja, normatizador dos Entes Reguladores, tratado no item anterior, há que se falar do poder fiscalizador. Intrinsecamente ligado ao poder normatizador, parece transparente o entendimento pela possibilidade de investidura de poder fiscalizador aos Órgãos Reguladores, até porque inócua seria a atuação destes se, na sua função primordial de controlar a prestação adequada dos serviços públicos sob regime de permissão ou concessão, não tivessem atribuições, força e instrumentos para fazer valer, mesmo que coercitivamente, suas decisões.

Diante da possibilidade de normatizar, geral e abstratamente, relações jurídicas, o que se viu relacionado ao seu poder regulador, e baseado na colocação supra da necessidade de efetivas ações para que se façam valer as decisões e determinações dos Entes, parece indiscutível, não a possibilidade, mas a necessidade de previsão de poder fiscalizador.

Na Argentina, os Entes também regulamentam o procedimento para a aplicação de sanções, que podem ser impugnadas ante a Câmara Nacional de Apelações do Contencioso Administrativo Federal. O recurso, com efeito suspensivo, deve ser interposto dentro dos 30 dias úteis posteriores à notificação.¹⁵⁶

Desta forma, concomitantemente ao tratamento das sanções a serem aplicadas pelos Entes, a doutrina trata do limite a este poder, pela possibilidade de revisão da decisão do Ente em sede de recurso no âmbito do contencioso administrativo. Óbvio que, se ocorre a previsão de poder desta espécie, não pode ser desmedido, tendo que ser controlado. Fundamenta-se tal necessidade, dentre outros argumentos, no simples fato de estar o Ente envolvido no tratamento de relações jurídicas e interesses de particulares, sejam concessionários ou usuários, além do próprio Estado e até da coletividade, difusamente, no que se refere a questões de meio ambiente e relações de consumo, por exemplo. Portanto, se o Ente se encontra investido de poderes para alterar relações jurídicas, diante de uma simples possibilidade de ameaça a direito de qualquer que seja, ao

¹⁵⁵ CARBONELL PORRAS, Eloísa. *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 23.

menos a via judicial, pelo que dispõe o sistema Constitucional brasileiro, não poderá ser afastada (inc. XXXV, art. 5º, Constituição Federal).

Se encarados os poderes dos Entes como se fossem uma norma jurídica, conforme ensinou Hans Kelsen, verifica-se que a previsão de poderes aos Entes está completa, composta de preceito primário e de preceito secundário. Entende-se como preceito primário a possibilidade da normatização, regulamentação das relações entre as partes envolvidas no setor a ser controlado por determinado Órgão; o preceito secundário é representado pelas várias categorias de sanções cabíveis e passíveis de aplicação, conforme a gravidade e situação fática peculiar e particular de cada caso concreto. Vale repetir que são previstas como sanções, tanto na Argentina como no Brasil, a multa, a inabilitação, a suspensão, a caducidade de licenças e até o confisco, sanções estas possíveis diante da inobservância da lei, dos regulamentos e das normas contratuais.

Nos Estados Unidos da América também estão as Agências Reguladoras investidas de poder fiscalizador, e até mais. Em contrapartida à exaustiva polêmica existente sobre o poder das Agências norte-americanas instituírem normas, admite-se, sem dificuldades, que o Congresso delegue às agências o poder de resolver casos concretos, que, teoricamente, deveriam ser solucionados pelo Poder Judiciário, com todas as garantias inerentes às ações judiciais. Tal cessão é aceita até pelos autores mais conservadores. Há que se explicar que uma progressiva flexibilização da interpretação constitucional ampara esta delegação, desde que a agência administrativa garanta a igualdade das partes nos procedimentos, bem como a inafastável possibilidade de posterior controle judicial.¹⁵⁷

Tornando mais clara a exposição, é admitida a intervenção da agência administrativa em qualquer âmbito, sempre que se assegure a igualdade no procedimento de todas as partes - particulares (usuários e prestadores privados de serviços públicos) ou agência - e se permita o controle judicial.

¹⁵⁶ NEIRA, César Carlos. *Entes reguladores de servicios. La defensa del usuario*. Buenos Aires: Ad-Hoc SRL, 1997, p. 29.

¹⁵⁷ Em um primeiro momento defendeu-se que a competência dos Tribunais, segundo o previsto no art. III e nas Emendas VI e VII da Constituição norte-americana, não teria necessariamente o caráter de jurisdição originária. Por isso, entendia-se que os Tribunais eram competentes para resolver os conflitos entre particulares, enquanto que as agências – às quais se denomina *Tribunals non article III* – poderiam resolver aqueles em que se questionavam direitos de caráter público.

Em se tratando desta face do poder fiscalizador de que estão investidas as Agências Reguladoras norte-americanas, o qual consiste na capacidade de resolução de casos concretos, apesar da diferença teórico-constitucional entre esta atribuição da Agência e o Poder Jurisdicional do Estado, na prática, o problema se aproxima ao do poder normatizador, pelas dificuldades que a doutrina e a jurisprudência encontram para diferenciar regulamento - poder normativo - e ato administrativo, ou seja, aplicação de normas a casos concretos.

O Congresso dos Estados Unidos da América atribui à agência a competência para aplicar a lei, mas não predetermina se deve fazê-lo mediante normas de geral aplicação ou mediante atos que resolvam conflitos entre partes. Por isso, o relevante não é determinar qual é o poder delegado à agência – quase legislativo ou quase judicial - mas em que termos e condições pode ser delegado.¹⁵⁸

Verificado, portanto, os poderes normativo e fiscalizador, aliado aos limites impostos a estes, resta tratar dos controles administrativo e judicial a que estão sujeitas as ações e decisões dos Entes Reguladores.

4. Controle administrativo e judicial dos atos dos Órgãos Reguladores.

Evitando-se abalar o alicerce em que se apoia o chamado Estado Regulador ou Fiscalizador, pelo nascimento e desenvolvimento de um *Leviatã*, que devoraria e destruiria a certeza das relações jurídicas envolvidas na questão da desestatização, ao invés de dar-lhes a proteção e segurança devidas, faz-se, inevitável, a previsão e provisão de meios para existência eficiente de sistemas de controle das ações e decisões dos Entes Reguladores. Tratam-se dos sistemas administrativo e judicial, deixando clara a necessidade concomitante das duas espécies de controle, independentes e não cumulativas.

¹⁵⁸ ROBINSON, Glen O. *American bureaucracy, public choice and public law*. Michigan: The University of Michigan Press, 1991, p. 69, citado por CARBONELL PORRAS, Eloísa. *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 24. Esta distinção entre regulamento e ato administrativo não é levada em consideração nem pela Suprema Corte, nem pela maioria da doutrina, quando estuda a delegação.

Analisando a situação no sistema norte-americano, grande parcela de controle da atividade administrativa das Agências está adstrita ao Congresso, que possui amplos poderes de supervisão e controle sobre as Agências. Dentro do sistema constitucional de freios e contrapesos, como função atípica do Poder Legislativo, é perfeitamente aplicável o controle legislativo, também no Brasil. O Congresso tem o dever e a obrigação de identificar todos os erros e irresponsabilidades da ação administrativa e, se possível, corrigi-los, desempenhando a espécie de controle externo mais relevante, pela enorme transcendência pública que pode alcançar. Apesar de amplas e variadas modalidades de controle, diferenciam-se os controles de natureza fundamentalmente política que, com alcance geral, o legislador exerce uma vez criada a agência administrativa e os controles que o legislador especifica nas normas reguladoras de cada agência. Naquele país, incluem-se nos controles de natureza política, o sistema de nomeação e destituição dos altos cargos e a existência de uma pluralidade de Comitês do Congresso, cuja específica missão é supervisionar as atividades das agências. Também se destaca o veto legislativo, que tem por finalidade assegurar um controle legislativo das normas aprovadas pelas agências.¹⁵⁹

Quanto à nomeação e destituição de altos cargos, conforme a seção 2 do art. II da Constituição dos Estados Unidos da América, o Presidente dos Estados Unidos:

“Designará e, com o conselho e consentimento do Senado, nomeará os embaixadores, outros ministros e cônsules públicos, juizes da Suprema Corte e todos os demais funcionários dos Estados Unidos cuja nomeação não esteja prevista de outra forma na Constituição e que se estabeleça por lei. No entanto, o Congresso, quando o considere necessário, pode, por lei, recomendar ao Presidente, aos Tribunais ou aos Chefes dos Departamentos, a nomeação dos funcionários inferiores.”¹⁶⁰

Relativamente à nomeação, o procedimento caracteriza-se pela realização de audiências nas quais o Senado pode comprovar, não somente a idoneidade pessoal e profissional do candidato proposto, mas também sua trajetória política. Não se

¹⁵⁹ CARBONELL PORRAS, Eloísa. *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 29-30.

¹⁶⁰ *“Shall nominate, and by and with the advice and consent of the Senate, shall appoint ambassadors, other public ministers and consuls, judges of the Supreme Court and all other officers of the United States, whose appointment are not here in otherwise provided for, and which shall be established by law; but the Congress may by law vest the appointment of such inferior officers, as they think proper, in the President alone, in the*

pode ignorar a possível influência pública da intervenção senatorial, embora, com freqüência a confirmação seja automática, os contatos políticos prévios são decisivos à tendência natural do Presidente a não propor a nomeação de quem não será aceito.

Quanto à destituição, o procedimento é diverso. Depende da vontade do Presidente, salvo nas agências independentes que, precisamente, caracterizam-se pelo fato do Congresso, na norma de criação da agência, limitar este poder presidencial. A Constituição norte-americana consagra na seção 4 do art. I, procedimento excepcional e extraordinário de remoção que, ainda que pouco freqüente, deve-se apontar: “*o Presidente, o Vice-presidente e todos os ocupantes de cargos civis dos Estados Unidos poderão ser destituídos por acusação e condenação por traição, suborno ou outros altos crimes.*”¹⁶¹ Por este procedimento, o Congresso pode destituir os altos cargos dos Poderes Executivo e Judiciário, quando da ocorrência de alguma das causas, constitucionalmente, previstas.

O controle do Congresso dá-se através dos comitês e subcomitês do Senado e da Câmara de Deputados, tanto em razão da matéria como por motivos econômico-orçamentários, tratando-se de uma supervisão permanente e contínua. Todos os dados e informações são analisados e avaliados, sendo propostas as decorrentes alterações legislativas. As próprias agências são obrigadas a fornecer os dados a serem controlados. A técnica fundamental de controle consiste na necessidade de aprovação, pelo Congresso, do orçamento anual da Agência, o qual especifica quanto, como e em que objetivos gastará, assim como expressa as autorizações para realização de gastos concretos, cujas hipóteses não interessam. O orçamento não é somente uma forma de controle externo do Poder Legislativo, mas também do Poder Executivo, que o controla direta e internamente. Os Comitês podem investigar todas as atividades das Agências, quaisquer que sejam, tudo para o exercício eficiente da sua função legislativa.¹⁶²

Courts of law, or in the heads of departments.” CARBONELL PORRAS, Eloísa. *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 30.

¹⁶¹ “*The President, the Vice-president and all civil officers of the United States shall be removed from office on impeachment for, and conviction of, treason, bribery, or other high crimes and misdemeanors.*” CARBONELL PORRAS, Eloísa. *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 31-32.

¹⁶² Foster diferencia três formas de se produzir a fiscalização legislativa. A primeira, *reactive monitoring*, é uma entrada passiva, produzida em função de uma solicitação prévia ante uma atuação incorreta de alguma agência. A segunda, *sampling monitoring*, produz-se ante o receio que suscita o funcionamento de alguma agência, analisando-se, aleatoriamente e por amostragem, alguns procedimentos e atos da dita agência. A terceira, *concentrated monitoring*, implica uma supervisão concreta, específica e intensa das funções e programas administrativos que apresentem alto risco de corrupção e atividades não éticas. (J. W. Foster. *Administration: theory and practice*. New Jersey, 1980, p. 311 e ss.) conforme citação em CARBONELL

Limitado o poder investigatório do Congresso somente com relação à pessoa do Presidente dos Estados Unidos da América, qualquer aspecto, ação ou operação de uma agência pode ser, legitimamente, analisado e controlado. Podem ser utilizados todos os meios legais, como a exigência de comparecimento de funcionários da agência ou de cidadãos para depoimentos ou esclarecimentos, dentre muitos e muitos outros.

Como consequência de todas estas intervenções do Poder Legislativo nas agências, despontam relacionamentos permanentes e profundamente técnicos entre alguns membros do Congresso e determinadas agências, pois passam tais membros a conhecer em profundidade o funcionamento, as diversas relações e os serviços das mesmas. Fruto desta relação, os congressistas, a título individual, influenciam nas decisões administrativas, exercendo medidas de pressão e se interessando pelos problemas dos cidadãos que, descontentes com as agências federais, solicitam a colaboração de seu representante. Desta forma, dentro de uma rede intrincada de relações tem-se, sempre em mente, a boa prestação do serviço (no caso do Brasil) e o atendimento das necessidades e expectativas dos cidadãos.

Percebe-se que nos Estados Unidos da América, o Congresso tem poderes suficientes para controlar as agências, inclusive as reguladoras. A doutrina assinala, porém, a contradição existente nas relações entre o Congresso e as agências, pois mesmo o Congresso gozando de grandes possibilidades para controlá-las, tem sido este o fato gerador da atribuição de muito ampla liberdade de ação às mesmas, através da delegação de funções sem a determinação precisa de critérios concretos e bem definidos. Contudo, para superar os inconvenientes dos amplos poderes delegados às agências, o Direito norte-americano tem idealizado diversas técnicas que fomentam o controle legislativo sobre as ações administrativas, destacando-se o controle regulamentar - *rules review* - e o veto legislativo - *legislative veto*.

O controle regulamentar consiste na obrigatoriedade das agências remeterem as propostas de regulamento a um comitê legislativo específico, tudo em decorrência de previsão legal, para comprovar se no exercício do poder normatizador da agência, serão respeitadas as intenções do legislador. Ao contrário, o veto legislativo é uma

concreta previsão nas leis reguladoras das agências, que condicionam a entrada em vigor do regulamento bem como seu controle pelo Congresso. É uma cláusula que condiciona a ação da agência à revisão pelo Congresso. Três são os pressupostos desta técnica: primeiro, a lei de delegação; segundo, o exercício da ação correspondente pela agência e terceiro, uma reserva de poder do Congresso para anular a dita ação. São, portanto, técnicas diferentes: a primeira supõe uma intervenção legislativa sistemática, geral e prévia à formal aprovação do regulamento, enquanto a segunda é assistemática e posterior ao procedimento regulamentar.¹⁶³

Dentro do mesmo assunto, agora quanto ao relacionamento das Agências com o Poder Executivo, mais especificamente com o Presidente da República dos Estados Unidos da América, para fins de comparação, a intervenção presidencial desenvolve-se internamente, tanto para coordenar as atividades das diferentes agências e departamentos, como para assegurar que se respeite sua política geral. Para isto, o Presidente conta com uma completa estrutura de assessoramento, consistindo, porém, no

¹⁶³ CARBONELL PORRAS, Eloísa. *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 36 e 64-65. O instituto originou-se em 1932, incorporando-se em muitos corpos legislativos. Pode corresponder à casa alta e à casa baixa em conjunto, a uma delas somente, ou até a Comitês, em separado. Quanto ao seu caráter, pode ser negativo, afirmativo ou deliberativo. Na forma negativa, a ação administrativa entra em vigor se em nenhum plano for ela vetada; na forma afirmativa, a ação somente será efetivada se alcançada a aprovação; e na forma deliberativa, a ação é submetida a debate e entrará em vigor se durante um prazo predeterminado não for deliberada sua proibição. Esta espécie de controle - veto legislativo - permite a cessão de amplos poderes às agências, já que suas ações resultariam legitimadas, posteriormente, pelos representantes populares. Assim, se o Congresso não pode fixar modelos concretos e precisos, o veto é uma alternativa tanto à não delegação como à ampla delegação, pois retém o poder para confirmar ou desaprovar a ação da agência.

Críticas também existem e não são pouco numerosas, consistindo a mais veemente no questionamento à constitucionalidade, argumentando-se que o veto legislativo viola as funções constitucionais de cada um dos poderes, pois, a grosso modo, ao Executivo corresponde executar as leis e ao Judiciário interpretar como estas têm sido executadas. Discute-se sobre as funções do Judiciário quanto a conhecer e julgar uma ação administrativa que foi aprovada pelo veto, pois o alcance do controle é desigual sobre as leis e sobre as ações administrativas; sobre a falta de respeito ao procedimento constitucional de aprovação e promulgação da lei que se seguiu para a delegação; condiciona a participação dos cidadãos, usuários, no procedimento regulamentar, que se pode ver vulnerado se o Congresso introduzir modificações no regulamento; expõe problemas à eficácia das normas que sejam parcialmente vetadas e, por último, o veto dos regulamentos influi negativamente para que as agências implementem as políticas públicas mediante disposições de geral aplicação, recorrendo-se a soluções particularizadas casuisticamente.

No entanto, verdadeiro precedente foi o debate ocorrido em 1983 na ação judicial entre o Serviço de Imigração e Naturalização v. Chadha, a propósito da Lei de Imigração e Nacionalidade de 1952. A Suprema Corte decidiu pela inconstitucionalidade do veto porque violava o princípio da separação de poderes, obrigando o Congresso a seguir o procedimento legislativo (edição de lei) e não vias alternativas, pois se o legislativo delegou poder à agência, é a ela que corresponde decidir, sendo que o Congresso somente poderia modificar a normatização seguindo o mesmo procedimento que fora necessário para a delegação, ou seja, por outra lei, com todo o seu procedimento e formalidades. Esta sentença interpreta rigidamente a divisão de poderes para limitar os do Poder Legislativo, o que tem sido muito criticado, porque a jurisprudência não tem sido tão estreita ao analisar as amplas delegações feitas às agências.

ponto mais importante, o respeito à política presidencial. A Ordem Executiva nº 12.498, de

04 de janeiro de 1985, impôs às agências executivas a obrigação de remeterem, anualmente, ao *Office of Budget and Management* - OMB (Escritório de Orçamento e Administração), o rol dos regulamentos que pretende aprovar, para comprovar sua coerência com a política presidencial. Há obrigatoriedade também de elaboração e remessa de um programa de atuação, que é remetido à Casa Branca, para análise, pela Administração. É a via que assegura o controle do Presidente sobre as atividades de todas as agências administrativas, com participação efetiva do Vice-presidente.

Percebe-se, no caso norte-americano, que tanto o Poder Legislativo quanto o Executivo, na esfera do controle administrativo, visto que o judicial será tratado posteriormente, gozam de instrumentos para controlar a presente e eficaz ação das agências na edição de normas que regulem a conduta dos particulares. No caso argentino, há que se ressaltar a diversidade quanto ao recurso cabível, tratando-se de peculiaridade daquele país, até porque é admissível recurso em âmbito do Contencioso Administrativo Federal, totalmente diverso do sistema adotado pelo Brasil, que não admite tal espécie de Justiça especializada. No entanto, é importante citar tal situação para chamar a atenção da necessidade de que no Brasil também se preveja a possibilidade de se recorrer das decisões dos Entes, administrativamente, fora da esfera destes, sem necessidade da intervenção do Poder Judiciário em causas de menor importância. Ainda na Argentina, os Entes Reguladores, anualmente, encaminham relatório de atividades e sugestões (em benefício do interesse público, proteção dos usuários e desenvolvimento das atividades pertinentes) ao Poder Executivo e ao Congresso da Nação.

Trata a doutrina Argentina do Recurso de Alçada (*Recurso de Alzada*), previsto na Lei nº 19.549. Inexistente no ordenamento jurídico brasileiro, naquele país, as decisões dos Entes Reguladores, dentre outros atos, podem ser submetidas à decisão do Poder Executivo Nacional, ou seja, Poder Executivo central, mediante o citado remédio. No entanto, esgotada a via administrativa ou não, está sempre aberta a possibilidade de se levar a questão à discussão pelo Poder Judiciário, que, no caso argentino, deve ser promovida perante o Contencioso Administrativo Federal da Capital Federal, ou seja, Buenos Aires.

Importa ainda colocarmos alguns detalhes do caso argentino, tais como: para o esgotamento da via administrativa não é imprescindível a interposição do Recurso de Alçada, que se encontra excluído de tal esquema, tratando-se de uma espécie própria de recurso, bem como se critica a centralização na capital federal, por causar grandes dificuldades às pessoas domiciliadas no interior do país.

Parece supérfluo, mas nunca é demais destacar que os Entes não são órgãos do Poder Judiciário, mas autoridade administrativa independente, não jurisdicional. Os membros do diretório dos Entes são funcionários públicos administrativos e não magistrados, resultando na impossibilidade de confundi-lo, ou pretender confundi-lo, com um órgão do Poder Judiciário, qualquer que seja a terminologia empregada, na legislação.¹⁶⁴

Quanto às ações e recursos contra atos dos Entes Reguladores, vislumbra-se, inicialmente, recurso ao próprio Ente, podendo-se, no caso brasileiro e em se tratando de órgão administrativo, chegar até a esfera do Ministro da pasta respectiva a que esteja ligado o serviço privatizado. O Recurso de Apelação ante a Câmara Nacional de Apelações no Contencioso Administrativo Federal, existente no ordenamento jurídico argentino, não encontra paralelo no Brasil. Outro caminho é a via judicial, não se devendo, neste caso, ser excluída a possibilidade de ações ordinárias. Conforme regra geral do direito administrativo, contra os atos do Ente Regulador são cabíveis recursos administrativos e, sem a necessidade de esgotamento desta esfera, poderá a parte, julgando-se prejudicada, recorrer ao Poder Judiciário para ver dirimido o litígio.

Enfocando o controle judicial, cumpre este um papel de grande importância: a satisfação aos cidadãos que sofrem danos pela atuação ilegal ou arbitrária dos poderes públicos, servindo para manter as agências no cumprimento dos seus fins, bem como garantindo a observância dos procedimentos que o legislador estabeleceu. No Brasil, por disposição Constitucional, “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*” (inc. XXXV, art. 5º), o que não ocorre no sistema norte americano que, apesar de prever a possibilidade de controle judicial de todas as atuações das agências, ao mesmo tempo, deixa lacunas que se encontram excluídas deste controle. Cita-se, como

¹⁶⁴ GORDILLO, Agustín. *Tratado de direito administrativo*. Parte Geral, cap. XV, p. XV-14. Disponível em <<http://www.gordillo.com>>. Acesso em 17.11.1998.

exemplo, os atos que tenham sido expressamente excluídos pela lei e os que se encontram dentro do âmbito de discricionariedade da agência. No caso norte-americano, tanto a determinação quanto a exclusão se dão pela APA.

A exclusão do controle judicial, porém, não é absoluta, podendo-se observar que, na maioria dos casos, tal exclusão de revisão do ato é mais parcial que completa. Para executar uma ação ou regulamentar determinado assunto, as Agências realizam uma série de determinações, algumas legais, outras de fato e outras ainda de caráter direcional, em decorrência de seu poder discricionário. Portanto, dizer que um ato administrativo não é passível de revisão pelo Judiciário quer dizer, simplesmente, que os Tribunais poderão examinar algumas destas determinações, não podendo examinar outras, o que, mesmo assim, não é encarado como correto. Mesmo no campo da discricionariedade, é admitido o controle judicial, sempre que envolvidas questões de legalidade. Defende-se que para verificação da legalidade serão examinadas a proporcionalidade, a razoabilidade e a finalidade do ato discricionário, havendo quem entenda tratar-se da discussão do próprio mérito de tais atos.

No direito norte-americano, tem-se o conceito de “madurez” dos atos administrativos (“*ripeness*”), sobrepondo-se ao de esgotamento prévio (“*exhaustion*”) em um grau bastante considerável. A idéia expressada pelo termo “*exhaustion*” enfatiza a posição dos particulares em busca de revisão judicial; na essência, a questão reside em poderem os particulares dar por finalizado o procedimento administrativo, tratando-se de um problema que tem sua solução dentro da agência, na estrutura organizativa da mesma. Já “*ripeness*”, ao contrário, liga-se, inicialmente, às relações institucionais entre tribunais e agências e a competência dos primeiros para resolver as lides sem o amplo conhecimento que têm as últimas sobre as questões materiais, ou seja, esta doutrina põe o alvo nas características do assunto que será revisto pelo Tribunal. Assim, um assunto está “maduro” quando a agência diz a última palavra sobre a matéria.¹⁶⁵

Diante da concretude legislativa da extensão dos poderes da agência, conforme exposto no número 1 deste capítulo, a certeza, retidão e clareza dos limites da delegação é ponto fundamental para reduzir a discricionariedade administrativa e

¹⁶⁵ MUÑOZ, José Luiz Muga. *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 127.

possibilitar um efetivo controle judicial.¹⁶⁶ Porém, ao contrário, este modelo se rompe quando se deixa às Agências ampla liberdade de atuação tanto do ponto de vista de uma perspectiva material como procedimental

Admitida a constitucionalidade da lei delegante, os Tribunais devem controlar que a Agência exerça seus poderes dentro dos termos por ela fixados; é dizer, inicialmente, que se comprove (1) se a delegação se ajusta à Constituição - *article I Review* - e, superado este controle, (2) analisar se a concreta ação da agência está respaldada na lei - *ultra viere review*. O modelo de Estado Democrático de Direito adotado e que se procura sempre aperfeiçoar baseia-se no fato de que se as leis se legitimam pelo princípio democrático, da mesma forma, a legitimidade das ações das agências administrativas deve derivar da legitimidade da habilitação conferida pelo Poder Legislativo. Logo, sempre que a agência atue dentro dos limites fixados pelo legislador, sua atuação será, deste ponto de vista, lícita. Contrariamente, se a agência carece de poder ou o excede em seu exercício, sua atuação será inválida.¹⁶⁷

Aproveitando a experiência norte-americana, aplicável ao caso brasileiro, de modo geral, tem-se que os conflitos não são muito frequentes porque as agências permanecem no tempo, o que permite assentar regras claras sobre suas funções. Em relação às recentes criações, ainda mais necessária é a interpretação coerente da lei, não levando ao surgimento de problemas, já que, como assinala a doutrina, a agência procura não suscitar conflitos que questionem sua criação e se agiu com excesso de poder, ocupando-se em atuar no âmbito central de sua competência. Ademais, os Tribunais são complacentes a respaldar as ações das agências, interpretando, flexivelmente, a lei.¹⁶⁸

No caso argentino, cabe opção na revisão da instância administrativa, podendo-se escolher entre o Recurso de Alçada ou a via judicial. O Recurso de Alçada suspende a decisão do Ente até se esgotar a instância administrativa. As autoridades

¹⁶⁶ CARBONELL PORRAS, Eloísa. *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 28, citando STEWARD, Richard B. *The reforming of american administrative law*. 1996, p. 31 e ss.

¹⁶⁷ No direito norte-americano, em conformidade com a seção 706 (c) da APA, os Tribunais controlam, entre outros aspectos, que não exista abuso de competência ou atribuição, segundo a lei de criação. Recorre-se a diversos critérios para sua interpretação, como a linguagem da lei, a exposição de motivos, a história legislativa, as opiniões da própria agência em função de sua experiência e conhecimentos, etc.

¹⁶⁸ CARBONELL PORRAS, Eloísa. *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 28-29.

competentes são diferentes conforme o Ente, variando entre o Ministro ou Secretário respectivo. Quanto à revisão judicial, apesar de se entender que o Ente resolve de forma definitiva controvérsias entre particulares, antigo posicionamento jurisprudencial prevê que *“somente é admissível o exercício de funções jurisdicionais por órgãos administrativos, na medida em que o particular tenha acesso a uma instância judicial que controle o órgão administrativo”*. O juiz não está vinculado à decisão, mesmo técnica, dos entes; da mesma forma que não se encontra obrigado a acatar os laudos periciais. No entanto, em se convencendo contrariamente, deverá justificar e muito bem fundamentar sua decisão.¹⁶⁹

Percebe-se, mais uma vez, que todos os órgãos, em todas as esferas e hierarquias, devem estar perfeitamente imbuídos da importância e necessidade em se atingir o interesse comum em sua plenitude.

5. Considerações gerais

O melhor controle na desestatização será aquele efetivado por órgãos independentes, não esquecendo da possibilidade de ação do Poder Judiciário. Caso o controle esteja adstrito tão somente ao Poder Executivo concedente, sujeito às forças e influências dos concessionários de serviços que ele mesmo concedeu, não se terá um controle tão transparente, efetivo e eficaz a ponto de conseguir angariar a confiança da comunidade de usuários, que devem enxergar nos Entes a figura do defensor de seus interesses, mas, com a imparcialidade que o assunto requer.

Apesar da tão necessária e ressaltada independência que deve ser inerente aos órgãos reguladores, sem sujeição aos poderes estatais, especificamente Poderes Executivo e Legislativo, ou à esfera de influência do poder econômico, não indica que se esteja apontando para órgãos intencionalmente sem controle. Muito pelo contrário, prega-se pela construção de uma verdadeira rede ou teia intrincada de controles que, cercando os Entes por todos os lados, impeça-os de cometerem irregularidades, seja por abuso ou omissão, forçando-os a exercerem, com firmeza, suas atribuições.

É o que a doutrina administrativista internacional aponta como caso de

¹⁶⁹ CICERO, Nidia Karina. *Servicios publicos: control y proteccion*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad

transferência de poder a todo um sistema de autoridades públicas independentes que interagem, como numa teia, em mecanismos de controle recíproco, num sistema de freios e contrapesos, a exemplo do que ocorre na tripartição dos poderes do Estado, tudo à luz da opinião pública e sob a supervisão parlamentar e judicial, com a devida e necessária transparência.

Frente ao Poder Público concedente e a terceiros, o responsável pelo serviço prestado defeituosamente, ou não prestado, somente pode ser o próprio concessionário, que terá possibilidade de ação regressiva em face de terceiros. Porém, os Órgãos Reguladores devem ser passíveis de responsabilização por seus atos, sendo que a mesma possibilidade de aplicação dos conceitos de culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando* que há em face do Estado, vislumbra-se em face dos Órgãos Reguladores do serviço prestado inadequadamente, seja em decorrência da responsabilidade subsidiária do Estado ou da responsabilidade principal deste.

A Câmara Nacional do Contencioso Administrativo Federal da Argentina já decidiu que “*as funções estatais atinentes ao poder de polícia, tais como o resguardo à vida, à saúde, à tranqüilidade, ao bem estar das pessoas, mesmo que licitamente exercidas, não obstam a responsabilidade do Estado na medida em que com tais atitudes se prive um terceiro de sua propriedade, ou seja esta lesada em seus atributos essenciais.*”¹⁷⁰ (tradução nossa). Nada há o que se possa apontar de diferente para o caso brasileiro.

Há ainda a responsabilidade do concessionário prestar o serviço em condições de adequação, sob pena de ressarcimento pelos prejuízos causados em decorrência da não prestação, ou da prestação inadequada. O funcionamento defeituoso do serviço público é um dos casos de responsabilidade objetiva, não sendo necessária a demonstração de culpa, bastando que o dano se tenha produzido em decorrência do funcionamento irregular do serviço. A responsabilidade caberá tanto em face do concessionário, seja prestador direto, seja indireto do serviço (quando deve escolher e controlar o executor do serviço), como em face do Estado e, conseguinte e inevitavelmente,

Argentina, 1996, p. 79.

¹⁷⁰ GORDILLO, Agustín. *Tratado de direito administrativo*. Parte Geral, cap. XV, p. XV-56. Disponível em <<http://www.gordillo.com>>. Acesso em 17.11.1998.

do órgão regulador do serviço.¹⁷¹

Faz-se tais considerações com a única e exclusiva intenção de não se passar a idéia de impossibilidade de responsabilização dos Órgãos Reguladores, pois, se submetidos a diversas formas de controle nas suas variadas atuações, também óbvio se mostra a existência de responsabilidade destes. Deixa-se claro, porém, que tal assunto não faz parte desta pesquisa, motivo pelo qual apenas faz-se estas breves considerações.

¹⁷¹ Ibidem, p. XV-56.

V. ÉTICA E MORALIDADE NOS ÓRGÃOS REGULADORES

Sobre a origem dos termos ética e moral, há que se dizer que o primeiro vem do grego, “*ethos*”, e o segundo do latim, “*more*”, residindo a diferenciação não só na língua como também na significação.¹⁷² Ética é construção participativa, discutindo e, principalmente, construindo o bem comum, o que se buscava na “*Polis*” grega, diferentemente da moral, em cuja concepção não existe tal preocupação de construção, mas de obediência a preceitos ou normas, o que ocorria nos palácios romanos.

A ética, inserida no contexto mundial, tem se desenvolvido com dificuldade, devido à modificação dos costumes das sociedades, chegando-se a falar, atualmente, na morte da ética, devido à falta de espiritualidade e desprendimento com que o ser humano se comporta, passando a visualizar apenas a satisfação imediata de suas necessidades materiais, dispensando sua observação enquanto pessoa que possui potencialidades subjetivas, envolvendo o desenvolvimento de uma consciência. Finalmente, não deve a ética se submeter a intenções pessoais, sob pena de sacrificar a coletividade para

¹⁷² Na Grécia, por volta dos séc. VIII ou VII a. C., os pensadores começaram a discutir e refletir a respeito da possibilidade e realidade da alteração do meio pelo homem, tanto no sentido físico quanto no psicológico, não aceitando o ser humano como um mero produto do meio em que vive, mas com capacidade de interferir, interagir e, principalmente, alterar seu “*ethos*” (e = letra “*eta*”). Neste sentido, o termo era usado, na Grécia, inicialmente, como toca, caverna, ninho, cova e mais tarde estábulo, portanto, resumidamente, com sentido de “*habitat*”. O termo referia-se à dimensão de local onde se vive, de moradia, de “*casa*”, ou seja, *espaço onde se está seguro e protegido*. Somente no séc. V a. C. surge o termo “*êthos*” (e = letra “*epsilon*”) e assim grafado, com “*epsilon*”, recebe o sentido de hábito, bom uso e ainda mais tarde os sentidos de caráter, índole, numa dimensão interior, psicológica. Há que se ressaltar, finalmente, que tal transição foi fruto de nada menos que três séculos de evolução.

O povo grego, pelo que se tem notícia, foi o primeiro a aceitar a interação com o estrangeiro, o “*extraneus*”, e abrir-se para o diferente, para a diversidade. Foram levados pela própria situação geográfica, condição muito bem trabalhada pelos gregos, visto tratar-se de um porto e haver a necessidade de se ligarem ao mundo. Fascinados pela “*politica*”, a arte da “*Polis*”, chegaram à “*demo kratia*” (democracia), tratando-se do primeiro e único povo da antigüidade a concebê-la e vivê-la. A “*Polis*” se revestia de grande importância, visto ser o instituto que tratava do *bem comum*, valor estudado e embasado pela *ética*. Por isso, concluiu-se que a *ética*, o *bem comum*, consistia ou produzia o amálgama, a “*cola*”, que ligava as pessoas em um sociedade, formando um povo.

Com o declínio da civilização grega e o apogeu da romana, aparece o termo “*mores*” (“*mor*”), com sentido de repetição de costumes, de preceitos, de modos amparados pela legislação, pela normatização existente,

satisfação de interesses individuais, o que acabaria por desarmonizar o ambiente pacífico da convivência humana, alterando aspectos e noções de bem e mal, justo e injusto.

Preocupado com a questão ética nas esferas governamentais, em 21 de agosto de 2000, o Presidente da República do Brasil aprovou o Código de Conduta da Alta Administração Federal, tratando-se de um conjunto de normas às quais se sujeitam as pessoas nomeadas pelo Chefe do Executivo Federal para ocupar qualquer dos cargos nele previstos, sendo que a transgressão de suas normas não implicará necessariamente violação da lei, mas, principalmente, descumprimento de um compromisso moral e dos padrões qualitativos estabelecidos para a conduta da alta administração, além da exigência de que o administrador observe o decoro inerente ao cargo. As punições, assim, são de caráter político, como advertência e “censura ética”, além de sugestão de exoneração, dependendo da gravidade da transgressão.

O Código é instituído no art. 1º, que estabelece também suas finalidades, sendo elas: (I) tornar claras as regras éticas de conduta das autoridades da alta Administração Pública Federal, para que a sociedade possa aferir a integridade e a lisura do processo decisório governamental; (II) contribuir para o aperfeiçoamento dos padrões éticos da Administração Pública Federal, a partir do exemplo dado pelas autoridades de nível hierárquico superior; (III) preservar a imagem e a reputação do administrador público, cuja conduta esteja de acordo com as normas éticas estabelecidas neste Código; (IV) estabelecer regras básicas sobre conflitos de interesses públicos e privados e limitações às atividades profissionais posteriores ao exercício de cargo público; (V) minimizar a possibilidade de conflito entre o interesse privado e o dever funcional das autoridades públicas da Administração Pública Federal e (VI) criar mecanismo de consulta, destinado a possibilitar o prévio e pronto esclarecimento de dúvidas quanto à conduta ética do administrador.

Por força do art. 2º, são aplicadas tais normas aos (I) Ministros e Secretários de Estado; (II) titulares de cargos de natureza especial, secretários-executivos, secretários ou autoridades equivalentes ocupantes de cargo do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores — DAS, nível seis; (III) **presidentes e diretores de agências nacionais, autarquias, inclusive as especiais**, fundações mantidas pelo Poder Público,

havendo que se ressaltar que a moral era a normatização estabelecida pela sociedade, porém não na sua

empresas públicas e sociedades de economia mista, os quais “*deverão pautar-se pelos padrões da ética, sobretudo no que diz respeito à integridade, à moralidade, à clareza de posições e ao decoro...*” (art. 3º).

Os artigos 13 e 14 tratam de propostas de trabalho ou de negócio futuro, no setor privado, bem como, após deixar o cargo, atuar a autoridade em nome ou em benefício de pessoa física ou jurídica, em razão do cargo, ou prestar consultoria valendo-se de informações a que tivera contato nos seis meses anteriores ao término do exercício da função pública.

Já no campo penal, sem prejuízo das determinações do Código Penal Brasileiro, que será aplicado subsidiariamente, há que se falar da Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992¹⁷³, responsabilizando “*os atos de improbidade praticados por qualquer agente público*” (art. 1º). Os artigos 9º a 11 tipificam os atos que assim serão considerados, cujas penas são arroladas no art. 12.

Feitas estas considerações preliminares, há que se tratar dos sujeitos que todas estas normas visam proteger, ou seja, os usuários.

1. Usuários

Distintos são os termos “cliente”, “consumidor” e “usuário”. Por cliente, entende-se a pessoa que tenha certo vínculo permanente com o fornecedor de bens ou serviços. Por consumidor, o indivíduo posto no elo final da economia, que adquire, por compra, coisa para seu próprio proveito¹⁷⁴. Melhor a definição legal do art. 2º da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990¹⁷⁵ (Código de Defesa do Consumidor), segundo o qual “*consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*”. Trata-se de definição puramente objetiva, não importando se

totalidade, já que era criada em palácios e gabinetes.

¹⁷³ BRASIL. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.

¹⁷⁴ Dicionário Jurídico, Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 4ª ed. rev. atualiz. ampl., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 84.

¹⁷⁵ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

pessoa física ou jurídica, tendo ou não fim de lucro, ou seja, é aquele que retira o produto do mercado e o utiliza como destinatário final¹⁷⁶. Usuário, por sua vez, é o indivíduo ou a coletividade a quem é oferecido certo serviço ou endereçada sua publicidade. Para os efeitos jurídicos, identificam-se os direitos do usuário aos do consumidor¹⁷⁷, visto que o usuário é o beneficiário, efetivo ou potencial, do serviço público, pois em todos os casos trata-se daquele que dele goza.

Também não se confunde usuário com cidadão, para fins de tutela de seus direitos, pois nem se cogita da exigência da titularidade de direitos políticos para a defesa de seus interesses legítimos, em nada se identificando com o instituto da ação popular.

Na Constituição da República Federativa do Brasil, a proteção ao usuário está inserida nos dispositivos que tratam da função reguladora e normatizadora da atividade econômica, quais sejam, o art. 174 que, juntamente com o parágrafo único do art. 175, são tomados como os dispositivos constitucionais que prevêm a necessidade de um órgão regulador, na fiscalização das empresas permissionárias e concessionárias. Os órgãos reguladores alcançam os direitos dos usuários, a política tarifária e a obrigação de manter o serviço adequado. Assim, a importância dada aos usuários chama a atenção, pois os seus direitos devem ser preservados por força de disposição constitucional.

O art. 7º da Lei nº 8.987/95 (Lei de Concessões), de modo não exaustivo, prevê os direitos e obrigações dos usuários:

“Art. 7º - Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.78, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:

I - receber serviço adequado;

II - receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos;

III - obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha, observadas as normas do poder concedente;

IV - levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado;

¹⁷⁶ OLIVEIRA, José Carlos de. *Código de proteção e defesa do consumidor. Doutrina - jurisprudência - legislação complementar*. 2ª ed., Leme/SP: Editora de Direito, 1999, p. 11-12.

¹⁷⁷ Dicionário Jurídico, Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 4ª ed. rev. atualiz. ampl., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 186.

V - comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço;

VI - contribuir para a permanência das boas condições dos serviços públicos através dos quais lhes são prestados os serviços.”

No mesmo sentido, o art. 22 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) prescreve que:

“Art. 22 - Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

***Parágrafo único** - Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.”*

Desta forma, os dois dispositivos interagem, reconhecendo-se a extensão do regime do Código de Defesa do Consumidor à prestação dos serviços públicos. Diante do que melhor lhes convier, os usuários prejudicados poderão invocar em seu favor tanto as normas inerentes ao desenvolvimento dos serviços públicos como aquelas relativas ao direito do consumidor. Limita-se a extensão à vista das peculiaridades do regime de direito público e do direito do consumidor.

No ordenamento jurídico argentino, seu tratamento dá-se no já citado art. 42 da Constituição Nacional de 1994 (promulgada em 22/08/94), o qual prevê novos direitos e garantias que devem ser assegurados pelo Estado e que têm vinculação com o tema dentro da perspectiva do usuário. Prevê o art. 42 da Constituição da Nação Argentina:

“Artículo 42: Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas,

*en los organismos de control.*¹⁷⁸

Percebe-se que tal artigo é bastante completo e complexo, englobando vários assuntos. Citado quando se tratou de previsão dos Entes nas Constituições, especificamente sobre usuários, o artigo envolve a proteção à saúde, à segurança, aos interesses econômicos, à informação adequada e verdadeira, às condições de tratamento igualitário e digno, à educação para o consumo, à qualidade e eficiência dos serviços públicos e à constituição de associações para o agrupamento dos mesmos. Estabelece, inclusive, os instrumentos necessários a tais finalidades, citando procedimentos eficazes para a prevenção e solução de conflitos e participação nos organismos de controle dos serviços públicos, bem como de liberdade de eleição, nestes mesmos organismos. A participação dos usuários, na Argentina, ocorre através das associações, com atuação junto aos diretórios dos órgãos reguladores¹⁷⁹, mas, a Constituição não define o critério de participação do usuário no diretório dos Entes, apesar de assegurar tal direito. O mais comum é o usuário participar das audiências públicas (pois do contrário haveria risco de corporativismo) ou, em se sentindo lesado, participar reclamando à empresa prestadora ou ao departamento de atendimento aos usuários do órgão regulador.

A doutrina argentina reconhece a necessidade de proteção ao usuário diante de possíveis situações que possam resultar do menosprezo de seus direitos por parte dos prestadores de serviços: pela indicação da indevida aplicação do sistema legal do serviço, incluindo também a indevida aplicação da tarifa; pela autolimitação da responsabilidade por parte de quem presta o serviço, valendo-se, para isto, da inserção de cláusulas limitativas da responsabilidade; pela prestação defeituosa do serviço, determinante de prejuízos para o usuário. Da mesma forma, aponta os remédios legais, citando a possibilidade de recursos administrativos, segundo as circunstâncias, bem como recurso ao Poder Judiciário, através de ações judiciais, seja no contencioso-administrativo

¹⁷⁸ Artigo 42: Os consumidores e usuários de bens e serviços têm direito, na relação de consumo, à proteção à sua saúde, segurança e interesses econômicos; à informação adequada e verdadeira; à liberdade de eleição e a condições de tratamento equitativo e digno.

As autoridades proverão a proteção destes direitos, a educação para o consumo, a defesa da concorrência contra toda forma de distorção dos mercados, o controle dos monopólios naturais e legais, da qualidade e eficiência dos serviços públicos e a constituição de associações de consumidores e de usuários.

A legislação estabelecerá procedimentos eficazes para a prevenção e solução de conflitos e os marcos regulatórios dos serviços públicos de competência nacional, prevendo a necessária participação das associações de consumidores e usuários e das províncias interessadas, nos organismos de controle. (tradução nossa)

¹⁷⁹ Em Portugal, por exemplo, isto se dá por indicação do Instituto de Defesa do Consumidor.

ou na esfera comum.¹⁸⁰

A proteção legal do usuário nos serviços públicos “*uti singuli*” e, particularmente, nos de tipo industrial ou comercial, é uma conseqüência lógica do fim de sua criação: a satisfação das necessidades coletivas. A lei ou o regulamento do serviço não são suficientes, só por si, para assegurar seu funcionamento regular e contínuo. Ademais, os usuários ou consumidores são os verdadeiros interessados em seu estrito cumprimento. Não há que se subestimar que é o público quem, por meio da taxa ou do preço, paga os gastos do serviço. Coloca ainda que o serviço se organiza para o usuário que é, por conseguinte, o primeiro interessado em que as prestações se realizem na forma e modo instituídos pela lei ou regulamento, quer sejam serviços a cargo direto ou indireto da administração pública. Como pode ocorrer que as prestações devidas não se cumpram ou, se cumpridas, não o sejam regularmente, por negligência ou omissão do funcionamento do serviço, é necessário - visto que a administração pública deve estar sempre sujeita a um regime de direito - que o usuário tenha os meios jurídicos de tutela, que por outra parte não é, senão, a observância da lei. Ademais, como o funcionamento do serviço pode causar danos e prejuízos ao usuário, é mister a previsão e possibilidade de uma justa indenização.

Esta proteção legal compreende duas questões diferentes: (1) a atinente à responsabilidade pelo serviço, que se traduz na responsabilidade da administração pública ou do concessionário ou da sociedade de economia mista e (2) a concernente aos recursos administrativos ou judiciais. A primeira se fundamenta no vínculo que une o usuário ao serviço e a segunda se refere às vias processuais para assegurar o direito ou o interesse legítimo do usuário.¹⁸¹

Percebe-se a importância do usuário em receber o serviço adequado, devendo este ter meios, modos e instrumentos para fazer valer seus direitos e interesses, seja individual ou coletivamente.

Complementa-se que os usuários e terceiros afetados de qualquer modo são encarados como participantes da relação jurídica que se apresenta entre o

¹⁸⁰ NEIRA, César Carlos. *Entes reguladores de servicios. La defensa del usuario*. Buenos Aires: Ad-Hoc SRL, 1997, p. 34.

¹⁸¹ NEIRA, César Carlos. *Entes reguladores de servicios. La defensa del usuario*. Buenos Aires: Ad-Hoc SRL, 1997, p. 35, citando VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamin. *Derecho administrativo*. t. III (Servicios Públicos-Función Pública), Buenos Aires: TEA, 1951.

concessionário e o Estado. O usuário pode intervir nas relações jurídicas que rodeiam a prestação do serviço porque afetam de um modo direto e imediato o bem comum. É tão importante tal participação, que a figura do concessionário, numa visão extremada, é reduzida ao modesto papel de intermediário entre a Administração e o usuário.¹⁸²

Conforme a doutrina, a participação do usuário e de terceiros na relação jurídica existente na concessão ou permissão não alcança a qualidade de parte, no entanto, podem ser considerados sujeitos desta relação. Todos os contratos celebrados pela Administração estão destinados ao benefício público e nem todos os usuários (administrados) podem formular reclamos diretos. Somente na concessão de serviços públicos estão habilitados os usuários e terceiros ao exercício de numerosos direitos de forma direta, frente aos que se podem considerar como “partes”. É preciso, no entanto, saber que os usuários não estão apenas cobertos de direitos, cabendo-lhes também obrigações, como a do pagamento das tarifas, dentre outros.

Os usuários e os terceiros não são partes do contrato de concessão ou permissão, mas são sujeitos da relação jurídica de direito público originada daquele, possuindo direitos e obrigações que dele emanam.

Os Entes Reguladores são organismos que têm competência sobre a regulamentação, fiscalização e controle dos serviços públicos de gestão privada, bem como sobre a proteção dos direitos dos usuários. Assim, constituem organismos dentro de cujas funções se encontra a defesa dos direitos dos usuários, através de seu objetivo primordial que é a proteção e fortalecimento do interesse público, dentro do qual se encontram incluídos os direitos dos usuários, o exercício da tutela dos mesmos, ou seja, a permanente observância da lei e dos regulamentos por parte dos prestadores privados.¹⁸³

Dentre os múltiplos controles a que devem estar sujeitos tais órgãos, o exercido pela opinião pública e usuários, reforçada pela necessária participação das associações de usuários, criadas a partir de previsão constitucional (no caso argentino, parte final do art. 42 da Constituição), não pode ser esquecido. Sem o devido tratamento

¹⁸² HUALDE, Alejandro Pérez. *El concesionario de servicios públicos privatizados. La responsabilidad del Estado por su accionar*. Argentina: Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, p. 17-21.

¹⁸³ NEIRA, César Carlos. *Entes reguladores de servicios. La defensa del usuario*. Buenos Aires: Ad-Hoc SRL, 1997, p. 32, citando CINCUNEGUI, Juan Bautista. Los derechos de los usuarios de los servicios públicos. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, n° 193, out., 1994.

legislativo, as associações de usuários, aliadas à opinião pública, devidamente instruída em conformidade com o direito à informação, não terão oportunidade de desempenhar seu primordial papel de controlador.¹⁸⁴

Só assim, a defesa integral do usuário estaria aperfeiçoada, visto que este se encontra, por definição, em situação de inferioridade de condições perante os concessionários, não somente sob o ponto de vista da capacidade econômica e de “lobby” junto aos Entes, mas também pelas dificuldades que devem ser vencidas quando da necessidade do efetivo exercício dos direitos que goza para enfrentar os abusos. Para os prestadores dos serviços públicos privatizados, tais serviços nada mais são do que mera exploração comercial e, portanto, animada pelo objetivo do lucro, a que dedicam todo seu potencial.¹⁸⁵

A fim de se tentar vencer tal inferioridade, cabe às associações de consumidores intervir em defesa dos seus interesses, o que, ultimamente, tem-se tentado incrementar na Argentina e no Brasil. No entanto, não se pode esquecer do alto percentual de pessoas que nem sequer sabem da existência dos Entes Reguladores, qual seja, 54% dos argentinos (1994) e 43% dos brasileiros (1999). A este índice acrescenta-se a falta de publicidade dos endereços onde a população possa se socorrer dos entes, dos serviços por estes prestados, da devida orientação de como proceder quando do encaminhamento de qualquer reclamação ou de divulgação de números de telefones para atendimento. Na Argentina, muitos entes permitem consultas gratuitas e, mesmo assim, são desconhecidos.

Há que se ressaltar ainda e mais uma vez que um dos objetivos dos Entes Reguladores é a proteção aos usuários, que mesmo não sendo encarada como a mais importante, é apontada pela doutrina como primeira. Visa-se o fomento e a expansão das indústrias e um conseqüente e necessário aumento no número de usuários, aumentando-se me conseqüência a arrecadação de tarifas. Também consiste em uma de suas funções ou encargos, informar e assessorar os usuários sobre seus direitos, receber e processar as reclamações dos consumidores e prevenir condutas tendentes à discriminação, que impeçam acesso dos usuários.

¹⁸⁴ GORDILLO, Agustín. *Tratado de direito administrativo*. Parte Geral, cap. XV, p. XV-50. Disponível em <<http://www.gordillo.com>>. Acesso em 17.11.1998.

¹⁸⁵ NEIRA, César Carlos. *Entes reguladores de servicios. La defensa del usuario*. Buenos Aires: Ad-Hoc SRL, 1997, p. 38.

Os entes têm, portanto, um papel importante frente aos usuários, com primordial dever de ampará-los. Decorre tal dever das próprias características dos serviços públicos, chamando a atenção, dentre outras, a da essencialidade e a da prestação em condições de monopólio. Vale repetir, como defende Nidia Karina Cicero, não poder haver neutralidade, necessitando-se de uma postura “pró usuário”, visto que os sujeitos em conflito, usuários e concessionários, não se encontram em plano de igualdade¹⁸⁶. No entanto, ousando discordar, defende-se que a independência, característica primordial e mais importante para um trabalho transparente e eficaz dos Entes, só se dará se este estiver desvinculado de toda e qualquer esfera de influência, inclusive dos usuários e suas associações.

2. Audiências públicas

A necessidade de viabilizar a efetivação de direitos - não somente individuais, mas sociais, coletivos e difusos - enfoca a figura do cidadão-administrado como indivíduo detentor de direitos perante o Estado-Administração, que cria ou implementa mecanismos institucionais desta natureza. Impõe-se, portanto, a institucionalização de canais destinados a permitir que os cidadãos, individualmente ou mediante entidades representativas, expressem suas razões e opiniões acerca dos assuntos públicos, mas com reflexos, na atuação administrativa.

No Brasil, observando o que prescreve o caput do art. 1º da Constituição Federal, institucionalizou-se o Estado Democrático de Direito. Entende-se que no Estado de Direito há a imposição de limites ao exercício do poder estatal, com a criação de uma autêntica garantia constitucional aos cidadãos, paralelamente à democracia - ou princípio democrático - que acarreta implicações de grande relevância, com reflexos (1) no âmbito da legitimação e exercício do poder do Estado, (2) em suas organizações político-institucionais e, principalmente, (3) na outorga de direitos e garantias fundamentais, de ordem individual e coletiva. Neste Estado Democrático de Direito, uma das formas de participação popular na gestão e no controle da Administração é, sem qualquer dúvida, a realização de audiências públicas.

É importante que da concepção de democracia se extrai uma outra noção: a de legitimidade, conceituada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto como “*submissão do poder estatal à percepção das necessidades e dos interesses do grupo nacional que lhe dá existência*”.¹⁸⁷

Assim, a configuração da República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito (Constituição Federal, art. 1º, caput) e o tratamento metucioso conferido à Administração Pública pelo legislador constituinte (artigos 37 a 42, principalmente), são fatores que, aliados a outros não menos importantes, vêm contribuir, e muito, para uma maior democratização da Administração brasileira. Indicou o texto constitucional, em diversos momentos, o caminho para uma maior participação popular, na Administração.

Porém, forçoso é admitir que “processo” e “participação” são institutos indissociáveis. É preciso, aqui, ressaltar que o processo administrativo é o instrumento jurídico que viabiliza o exercício efetivo da participação dos cidadãos. A doutrina sustenta que a participação teria uma dupla função. Uma primeira legitimadora, que pretende assegurar uma maior legitimidade político-democrática às decisões da Administração e ao exercício da função administrativa, bem como uma outra corretiva, cujo objetivo se traduz em aumentar a correção das decisões administrativas, quer sob o ponto de vista técnico-funcional, quer sob o prisma da sua justiça interna.

No direito comparado, as práticas participativas dão-se, nos Estados Unidos da América, pelo *Federal Administrative Procedure Act* de 1946; em Portugal pelo Código do Procedimento Administrativo Português (Decreto-Lei nº 442, de 15.11.91) e na Espanha, pela Lei Espanhola do Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum (Lei nº 30, de 26.11.92). Tais diplomas legais são citados como os que favorecem a intervenção regulada dos cidadãos na Administração pública. Agustín Gordillo apud Gustavo Henrique Justino de Oliveira comenta, no entanto, que na América Latina é difícil e pouco propícia a institucionalização de mecanismos de

¹⁸⁶ CICERO, N. K.. *Servicios publicos: control y proteccion*. Argent.: Ed. Ciudad Argentina, 1996, p. 84.

¹⁸⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial: fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 65.

participação popular, na Administração Pública¹⁸⁸, pois além das dificuldades expostas neste trabalho, há que se levar em conta a barreira cultural, que só será vencida pela efetiva informação e educação do povo.

Diretamente tratando de audiência pública, como instrumento de participação popular, está ela inserida, ao lado da coleta de opinião, debates e consultas públicas, colegiado público e diversas formas de co-gestão, no rol dos mecanismos ou instrumentos de participação dos cidadãos na esfera administrativa. Uma conceituação é encontrada em Diogo de Figueiredo Moreira Neto, como

*“um instituto de participação administrativa aberta a indivíduos e a grupos sociais determinados, visando à legitimidade da ação 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 consensual.”*¹⁸⁹

Diante da realização de tais audiências, garantem-se direitos fundamentais aos cidadãos, dentre eles o de ser ouvido e o de poder opinar, de modo eficaz, a respeito daqueles assuntos que interessam à coletividade. A Constituição Federal do Brasil estabelece em vários dispositivos a colaboração entre a Administração e a população, cabendo destacar o art. 29, inc. X, em que se admite *“a cooperação das associações representativas no planejamento municipal”*, concretizando-se, por exemplo, na idealização do plano diretor (artigos 182 e seguintes). O art. 194, parágrafo único, inc. VII, possibilita uma gestão democrática e descentralizada da seguridade social, *“com participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados”*. Igualmente, os artigos 198, inc. III (serviços de saúde), art. 204, inc. II (assistência social) e art. 206, inc. VI (ensino público), assim o fazem. O mesmo ocorre no que se refere à conservação do patrimônio cultural brasileiro (art. 216, § 1º) e ao meio ambiente (art. 225, caput). Das exemplificações supra citadas, percebe-se o caráter social das atividades, preferindo Ada Pelegrini Grinover empregar o termo direito coletivo¹⁹⁰ para qualificar o campo de atuação em que a realização de audiências públicas seja pertinente, pois se a um for benéfico, sê-lo-á a todos que estiverem numa mesma situação. Logo, se os direitos coletivos estiverem em jogo, haverá espaço para a realização de audiências públicas, sendo vastíssimas as

¹⁸⁸ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, ano 34, nº 135, jul./set., 1997, p. 273-274.

¹⁸⁹ MOREIRA NETO, Diogo de F.. Audiências públicas. *Revista de Direito Administrativo*, v. 210, p. 13.

¹⁹⁰ GRINOVER, Ada Pelegrini. *Revista de processo*. nº 58, p. 79.

possibilidades de participação dos cidadãos.

Salienta-se o caráter pedagógico dessas audiências, pois se estabelece uma real oportunidade de conscientização e educação da população sobre as diretrizes e políticas públicas. No entanto, básico é ponderar que, para ser considerado um mecanismo cooperativo útil, tudo aquilo que foi discutido em sede de audiência pública deve ser observado pelo órgão administrativo com capacidade decisória. Assim, a concordância dos cidadãos com os provimentos emitidos pelos centros administrativos competentes acarretará maior eficácia das decisões administrativas, bem como uma maior legitimidade do poder estatal.

A colaboração dos sujeitos interessados dar-se-á por intermédio de um processo, sendo-lhes outorgadas as garantias processuais próprias, derivadas da cláusula constitucional do devido processo legal, citando-se o contraditório e a ampla defesa. Incidem, igualmente, os princípios constitucionais que orientam e restringem o atuar administrativo, devendo ser, diligentemente, observados os da legalidade, publicidade, impessoalidade (entendida aqui como imparcialidade do órgão “decididor”), moralidade, razoabilidade, proporcionalidade e motivação.

Há que se considerar que a discussão travada em sede de audiências organizadas pela Administração enseja uma maior publicidade e transparência no que tange à condução dos assuntos que envolvem a coletividade, aplicação concreta do princípio da publicidade, previsto no caput do art. 37 da Constituição Federal. Ressalte-se a possibilidade aberta aos cidadãos de maior e melhor informação e conhecimento das diretrizes dos órgãos administrativos, conforme preconizado no inc. XXXIII, art. 5º da Constituição Federal. Como num ciclo, tal caráter informativo integra e garante o contraditório e a ampla defesa, previstos no inc. LV do art. 5º da Carta Magna. Desta forma, melhor seria se as audiências públicas fossem realizadas antes da edição de decisões gerais, ou anteriormente à aprovação de um projeto de grandes proporções.

Concluindo parcialmente, tem-se que as audiências públicas exercem um duplo papel: de um lado, propiciam a obtenção de dados por parte dos cidadãos; de

outro, habilitam o órgão de decisão, tornando-o apto a emitir um provimento mais acertado e mais justo, diante de um maior conhecimento acerca da situação.¹⁹¹

A doutrina distingue vários graus de intensidade dos mecanismos participativos, cujos resultados poderão ser *vinculantes* ou *não-vinculantes* para a Administração. Tendo lugar na fase instrutória, preparatória ou pré-decisional, o objetivo perseguido é o de possibilitar uma ampla instrução do feito. Logo, há um forte sentido *informativo*, tanto para a Administração quanto para os cidadãos. No que concerne aos órgãos públicos, invoca-se ainda o sentido de *consulta*, decorrente do fato de poder a Administração ouvir os interessados, e isso previamente à tomada de decisão. Salvo disposição legal em contrário, o resultado da audiência pública inserida, nesta fase processual, não vincula os órgãos públicos, visto que a participação popular teve a finalidade de possibilitar a manifestação de opiniões, propostas e, sobretudo, informar a Administração e os cidadãos.¹⁹²

Se inserida na fase processual de decisão, o resultado da audiência pública será vinculante para a Administração. Assim é considerada “*quando a eficácia pretendida for constitutiva de vontade, gerando uma condição vinculatória; estar-se-á introduzindo um órgão popular de decisão e uma nova função orgânica no sistema existente da administração pública, comprometendo-se, em consequência, o exercício de função similar por órgão regular da estrutura do Poder Executivo.*” Com base no prescrito na letra “e”, § 1º, art. 61 da Constituição Federal, defende-se que tais audiências públicas devem ser instituídas por lei “*de competência privativa do Poder Executivo que pretender, dessa forma, valer-se da participação do administrado.*”¹⁹³

Outro ponto a destacar é o da obrigatoriedade da Administração realizar a audiência pública se a lei assim o estipular, contrariamente à situação da lei querer facultar sua implementação. Distintos são os resultados da não realização em cada

¹⁹¹ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, ano 34, nº 135, jul./set., 1997, p. 277.

¹⁹² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial: fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 88 e 125. No entanto, em se tratando de caso de decisão discricionária, eventual posicionamento da população firmado em sede de audiência pública é mais um elemento na limitação da liberdade de atuação da Administração, pois, ainda que não vinculante, as exposições dos interessados deverão ser minuciosamente consideradas pelo órgão “decididor”, podendo inclusive constituir-se na motivação expressa de sua decisão.

¹⁹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial: fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 126.

caso. Se obrigatória, a realização da audiência pública será condição de validade do processo administrativo em que está inserida e, caso não implementada, portanto ao arrepio da determinação legal, o processo estará viciado e a decisão administrativa correspondente será inválida. Por outro lado, havendo mera faculdade na sua promoção, com as ressalvas de previsões legislativas em contrário, nenhuma implicação haverá em consequência de sua não realização.

No que se refere a processo administrativo e audiências públicas, muito poucas eram as referências normativas antes da promulgação da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999¹⁹⁴, pois só se referiam ao instituto o processo licitatório (caput do art. 39 da Lei nº 8.666/93) e o licenciamento ambiental (Resolução CONAMA nº 009/97 - DOU de 05.07.90). Atualmente, as audiências públicas estão previstas na lei nº 9.784/99, cujo projeto foi elaborado por uma comissão de juristas presidida por Caio Tácito. Tal lei privilegia a consulta pública (art. 31) e outros meios de cooperação e participação dos administrados (art. 33), prescrevendo em seu art. 32 que *“antes da tomada de decisão, a julzo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo”*. Há porém uma crítica a ser feita, pois poderia ter sido outorgada legitimidade a entidades associativas ou mesmo a grupos de cidadãos para formular requerimento de realização de audiências públicas, o que conferiria maior amplitude ao direito de participação popular, a exemplo do que ocorre em matéria ambiental.

O campo administrativo atual, todavia, é bastante fértil à realização de audiências públicas, pois vários dispositivos legais prevêem a cooperação dos usuários, como a Lei nº 8.987/95 (Lei de Concessões e Permissões).

O aspecto jurídico mais interessante é dado pela faculdade, que se assinala aos entes ou comissões reguladoras, de convocar uma audiência pública quando se considera que qualquer ato de um prestador infringe as garantias constitucionais, o estabelecido no marco regulatório, nos decretos, nas regulamentações ditadas pelos próprios entes ou nos termos das licenças, audiências estas como consequência de procedimentos iniciados de ofício ou por denúncia. Contempla-se também o procedimento para a solução de controvérsias entre os prestadores de serviços e os usuários, ou entre os

diferentes sujeitos envolvidos na atividade.

Para tal, na Argentina, são notificadas as partes envolvidas no conflito, de acordo com o previsto no art. 41 do Decreto nº 1.759/72. Os demais interessados o são mediante publicações com antecedência suficiente, expondo a forma, os lugares e o modo, conforme disponha a regulamentação dos próprios entes. Estes têm a seu cargo ditar as normas de procedimento sob as quais deverão se realizar as audiências públicas.

Comenta César Carlos Neira que até o início da impressão de sua obra *Entes reguladores de servicios. La defensa del usuario*, somente o Ente Nacional Regulador da Eletricidade (ENRE) havia regulamentado a tramitação das audiências públicas. A regulamentação deu-se por Resolução que, no caso, foi a de nº 39/94, publicada no *Boletín Oficial* de 09 de maio de 1994. Desta forma, apesar da previsão, muito pouco de prático, sobre a normatização das audiências públicas, foi feito.

Na Argentina, o procedimento é oral e se divide em duas etapas: uma preparatória, a cargo de um instrutor, na qual se determina o objeto da audiência, as partes e as provas aceitas; a outra, de audiência propriamente dita, em que se apresentam as provas e as alegações sobre o mérito, com intervenção voluntária do público, ditando-se a resolução definitiva pelo diretório ou pelos funcionários delegados. A título exemplificativo, foram levadas a efeito Audiências Públicas convocadas pela Comissão Nacional de Telecomunicações, nos dias 21 de novembro e 5 de dezembro de 1994, em Buenos Aires e Mendoza, respectivamente, motivada na reestruturação da tarifa de telefonia, notícia difundida amplamente nos periódicos de Buenos Aires (*El Cronista* e *La Prensa*, 22/11/94). Naquela ocasião, os cidadãos demonstraram com sua participação que o forte impacto causado pelas audiências logrou deter o aumento certo das tarifas, mesmo pesando que a decisão não era vinculante para o diretório. Mais recentemente, em janeiro de 1996, estas também ocorreram, por temas similares.¹⁹⁵

No sistema norte-americano, a aprovação de regulamentos, o que também ocorre nas Agências, deve refletir tanto as opiniões dos usuários como os critérios próprios da agência, visto a necessidade de (1) uma comunicação pública da intenção de

¹⁹⁴ BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

¹⁹⁵ NEIRA, César Carlos. *Entes reguladores de servicios*. Buenos Aires: Ad-Hoc SRL, 1997, p. 30-31.

aprovar um regulamento; (2) a participação obrigatória dos cidadãos (através de audiência pública, por exemplo) e (3) a publicação do texto definitivo. Conclui-se assim que o procedimento determinante da natureza jurídica da ação da agência passa por um processo de legitimação popular. Se a agência pretende aprovar um regulamento que tenha força de lei e efeitos vinculantes, deverá assegurar a participação dos cidadãos mediante o procedimento regulamentar próprio para o caso.¹⁹⁶

Há que se citar, ainda, que é encarada como uma das funções, encargos ou incumbências dos Entes Reguladores a organização e condução do regime de audiências públicas.¹⁹⁷

Conclui-se sobre audiências públicas que a realização destas nos processos administrativos vem ao encontro do postulado de legitimidade do poder, inerente ao Estado Democrático de Direito. Está relacionada à aplicação dos princípios previstos no caput, art. 37, da Constituição Federal, tendo por escopo tornar efetivo o direito de defesa

¹⁹⁶ Como leitura complementar indica-se: CARBONELL PORRAS, Eloísa. *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 60-63, 67-72 e 84, onde trata dos procedimentos regulamentares, dentre os quais o informal que, analisado mais a fundo, apresenta quatro etapas: **(1)** Iniciativa e negociação prévia: antes de se iniciar o procedimento é freqüente que a agência exteriorize sua intenção publicando uma notícia geral sobre o regulamento cuja aprovação se está considerando - *general notice of proposed rulemaking*. Esta comunicação permite conhecer, antes da decisão do início do procedimento, qual o pensamento coletivo a respeito e as possíveis dificuldades para sua aprovação. Anunciada a intenção de tramitar um regulamento, as agências podem se reunir com os setores interessados para alcançar um texto negociado que permita a consecução do longo procedimento regulamentar. A negociação regulamentar não é realmente um novo procedimento, mas uma via alternativa e prévia para evitar, no que for possível, os posteriores conflitos de interesse entre a agência e os distintos setores afetados pelo regulamento proposto. A agência tem amplos poderes para decidir quando proceder a negociação e manter reuniões periódicas com os cidadãos para alcançar, diante dos intercâmbios de informações e proposições, um acordo, um texto consensual. **(2)** Publicação da proposta de regulamento: pois, adotada a proposta de regulação, seja esta consensual ou unilateralmente decidida pela agência, publica-se no Registro Federal - *notice of proposed rulemaking*. **(3)** A participação dos cidadãos e sua valoração pela agência: a lei americana (seção 555 (c) da APA) estabelece que as pessoas interessadas podem intervir no procedimento mediante a remissão de dados, pontos de vista ou argumentos, podendo fazê-lo por escrito ou oralmente. Desta maneira, no procedimento regulamentar informal se reconhece à agência uma ampla liberdade para decidir como canalizará a participação pública. Em cada caso, a eleição dos métodos de participação depende do tipo (ou forma) do regulamento proposto, tendo em mente que o objetivo é assegurar a informação sobre a ação administrativa e uma adequada proteção aos interesses privados. A legitimação para participar do procedimento regulamentar é muito aberta, compreendendo os cidadãos e suas associações, cujos interesses estejam afetados, inclusive de forma incidental, sobretudo nas áreas de saúde, segurança, meio ambiente e relações de consumo. É possível o surgimento de um regulamento bastante alterado do inicialmente proposto, devendo porém existir uma estreita relação entre o regulamento cuja tramitação se anunciou e o definitivamente aprovado. **(4)** A publicação do regulamento: o texto definitivo é levado a registro no Registro Federal. A entrada em vigor dos regulamentos substantivos se produz, de modo geral, transcorridos trinta dias. Como comparação e esclarecimento, nos Estados Unidos da América, relativamente aos procedimentos administrativos das agências, a audiência tem como finalidade fixar os fatos e circunstâncias do caso controvertido, pois precisamente são as particularidades materiais que devem ser determinadas em atenção às provas que as partes tragam ao expediente administrativo, em função das quais se decide.

¹⁹⁷ CICERO, N. K. *Servicios publicos: Control y proteccion*. Argent.: Ed. Ciudad Argentina, 1996, p. 83.

dos cidadãos, o direito de opinar e ser ouvido, principalmente, quando a situação envolva direitos coletivos e difusos. Assim, sempre que estes estiverem em discussão, as audiências públicas possibilitam a real observância do direito de informação (art. 5º, inc. XXXIII), bem como das garantias do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV), integrantes da cláusula constitucional que fundamenta o processo administrativo: o devido processo legal.

3. Quarentena dos dirigentes e funcionários

A independência do Ente Regulador, já enfocada, é apontada pelos estudiosos do assunto como o ponto primordial da discussão. Deverá ser abrangida não só em relação ao poder político - apesar de no Brasil, Argentina e Estados Unidos da América estarem estreitamente ligados ao Poder Executivo, diretamente ou através de algum Ministério - mas também, relativamente, ao poder econômico e, até mesmo e porque não, aos usuários. César Carlos Neira, em sua obra *Entes reguladores de servicios. La defensa del usuario*, p. 37, aponta, como uma forma de se escapar à órbita de influência destes, a possibilidade de participação dos cidadãos nos diretórios e demais órgãos internos, pois, definitivamente, são estes os destinatários finais dos serviços, possibilitando um acompanhamento preciso diante da garantia ao direito à informação sobre os mesmos.

Tal fator se relaciona, diretamente, à estrutura organizacional adotada pelo Ente, mais especificamente, ao pessoal que o compõe, nos vários níveis, dizendo-se de passagem, tratar-se de um problema que aflige não só o caso brasileiro. Diante dos princípios diretores da ação dos entes (independência, transparência, objetividade, executoriedade e eficiência)¹⁹⁸, deve o Ente Regulador ser estruturado à maneira de uma empresa privada: (1) estrutura orgânica pequena, (2) quadro de pessoal reduzido, integrado por técnicos e profissionais altamente especializados e (3) dotados de escalas salariais competitivas com os correspondentes da iniciativa privada. O pessoal técnico sob regime de contrato de trabalho e apenas os diretores sob o regime jurídico do funcionalismo

¹⁹⁸ CICERO, Nidia Karina. *Servicios publicos: Control y proteccion*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996, p. 83.

público.¹⁹⁹

César Carlos Neira, na obra supra citada, e José Carlos de Oliveira²⁰⁰ comentam a respeito do interesse e necessidade de estabilidade funcional nos cargos e intangibilidade das remunerações dos funcionários técnicos. Ideal seria a designação dos funcionários com aquiescência do Senado, após concurso público de provas e títulos, bem como avaliação dos antecedentes (investigação social). Desta forma, poder-se-ia conseguir a contratação e manutenção nos quadros dos mais capazes e honestos, apesar dos percalços eleitoreiros. Certamente, tais direitos dos funcionários dos Entes seriam garantidos, observando seus titulares bom desempenho e idoneidade no exercício da função.

A Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina sustenta, e o Judiciário no Brasil também deverá fazê-lo, ou melhor, deverá sustentar como requisito primordial da garantia e defesa dos usuários, que os entes sejam compostos por funcionários imparciais. Encara-se a existência do órgão como corolário do direito dos usuários, sendo necessária a observância de requisitos objetivos que garantam a imparcialidade, consistentes em uma espécie de “quarentena”.

Sem deixar de lado a independência e eficiência do órgão na execução de suas funções, propõe-se que a direção do ente esteja a cargo de órgão colegiado, composto por membros designados pelo Poder Executivo com ou sem intervenção do Legislativo, versados na matéria a regular e com grande experiência, sujeitos ao regime de incompatibilidade dos funcionários públicos e com dedicação exclusiva, sendo as garantias quanto à remoção, primordiais²⁰¹. José Carlos de Oliveira defende que o ente regulador deve ser composto por um colegiado, gozando seus membros de estabilidade funcional, designados pelo Poder Executivo, com prévio acordo do Legislativo, escolhidos dentre brasileiros, idôneos, possuidores de capacidade técnica e jurídica sobre a atividade e apresentando antecedentes ou pesquisas sobre o controle de serviços públicos²⁰². Tais requisitos são necessários para se evitar o que de mais grave é apontado sobre o assunto, ou

¹⁹⁹ A Lei nº 9.649/98, ao dispor sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, no art. 35, outorgou à ANEEL e à ANP a prerrogativa de requisitar, com ônus para as Agências, servidores ou empregados públicos lotados em outro órgão ou entidade.

²⁰⁰ OLIVEIRA, José C. de. *Concessões e permissões nos serviços públicos*. Bauru/SP: Edipro, 1997, p. 139.

²⁰¹ CICERO, Nidia Karina. *Servicios publicos: control y proteccion*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996, p. 83.

²⁰² OLIVEIRA, José C. de. *Concessões e permissões nos serviços públicos*. Bauru/SP: Edipro, 1997, p. 139.

seja, a transformação do ente regulador, nos seus níveis de direção, em postos apropriados para membros do Poder Legislativo que perderam seus mandatos mas ainda gozam de grande influência política, ou em “aposentadoria” para aqueles que não conseguiram atingir objetivos políticos mais elevados, ou ainda em meio de se premiar aqueles que tenham prestado bons serviços a partidos políticos, etc. Estando desta forma envolvidos nas malhas de influência do poder político ou do poder econômico, geram, de qualquer modo, grande prejuízo aos usuários do serviço a ser fiscalizado.

Além de todas estas considerações, devido à essencialidade das atividades a serem desempenhadas pelos Entes Reguladores, do seu profundo impacto social e da confiança pública delas decorrentes, exige-se do pessoal que os compõe condutas extremamente éticas. A legislação instituidora das várias Agências de Controle no Brasil prevê uma espécie de “quarentena”, visando a conscientização da importância da função exercida a nível diretivo e descompatibilização, seja quando da assunção ou do afastamento do cargo.

O art. 13 da Lei nº 9.478/97 impede de exercer um dos cinco cargos de Diretor da Agência Nacional de Petróleo - ANP - a pessoa que mantenha, ou haja mantido, nos doze meses anteriores à data do início do mandato, vínculos com empresa que explore qualquer atividade integrante da indústria do petróleo - detalhando-se tais vínculos nos três incisos - ou cargo de direção em entidade sindical ou associação de classe, de âmbito nacional ou regional, representativas de interesses de empresas que explorem também atividades desta natureza (parágrafo único).

O mesmo também se dá no art. 6º da Lei nº 9.427/96, com os cinco Diretores da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL - sem a previsão de prazo que deve anteceder a descompatibilização.

Quanto ao Conselho Diretor da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, seus cinco componentes, por força do art. 28 da Lei nº 9.472/97, estão vedados de exercer qualquer outra atividade profissional, empresarial, sindical ou de direção político-partidária, salvo a de professor universitário, sendo vedado ainda ter interesse significativo, direto ou indireto, em empresa relacionada com telecomunicações.

Não sendo suficiente focar a descompatibilização tão somente quando do ingresso no exercício do cargo, mas também quando de seu afastamento, previu, inicialmente, a Lei nº 9.427/96, no art. 9º, que o ex-dirigente da ANEEL, terminado o mandato ou uma vez exonerado do cargo, continuará vinculado à autarquia nos doze meses seguintes ao exercício da função, durante os quais estará impedido de prestar qualquer tipo de serviço às empresas sob sua regulamentação ou fiscalização, inclusive controladas, coligadas e subsidiárias, incorrendo, no caso de descumprimento, na prática de advocacia administrativa, estando sujeito às penas do art. 321 do Código Penal, conforme prevê o § 2º do mesmo artigo. Disposição no mesmo sentido é encontrada no art. 14 da Lei nº 9.478/97, relativamente à ANP, sendo que no caso da ANATEL, o art. 30 da Lei nº 9.472/97 estabelece que até um ano após deixar o cargo é vedado ao ex-conselheiro diretor representar qualquer pessoa ou interesse perante a Agência.

É interessante que tal ética, nas condutas, não atinge tão somente os membros dos Entes que, se envolvidos em circunstâncias danosas, serão responsabilizados pecuniária e criminalmente, se for o caso, mas também os concessionários que infringirem, por suas condutas, normas éticas, visto que sem prejuízo da sanção pecuniária, deverão devolver o que tenham recebido, injustamente.²⁰³

²⁰³ OLIVEIRA, José Carlos de. *Concessões e permissões nos serviços públicos*. Bauru/SP: Edipro, 1997, p. 146.

CONCLUSÃO

O Estado passa por uma completa reforma, com vistas à modernização e maior eficiência. Neste processo, não existe desregulação, mas desestatização, pois ele não se afasta de suas primordiais funções reguladora e fiscalizadora.

Para isto, desatrela-se o Poder Público das tarefas de execução direta de serviços públicos, para assumir as de elaboração e execução da política reguladora dos setores da economia deixados à iniciativa privada. Guia-se pela necessidade de crescimento econômico com harmonia, tentando atingir um ponto de equilíbrio, sem perder de vista a situação do usuário do serviço, peça principal e objetivo do serviço a ser prestado.

O Estado, então, passou a definir sua posição de garantidor da eficiência e qualidade dos serviços públicos, através dos Entes Reguladores, propiciando meios aos usuários para se defenderem de empresários gananciosos. Assim, conclui-se:

I - Quanto à evolução do Estado:

1. Vencendo o regionalismo e o universalismo medievais, o Estado moderno teve por objetivo a formação de sociedades nacionais, caracterizadas por um idioma comum, um território definido, soberania e a formação de um exército permanente.

2. O Estado Liberal era mínimo, limitando-se a atividades de segurança, saúde, soberania, justiça e diplomacia; neutro quanto aos aspectos sócio-econômicos.

3. O Estado Social é caracterizado pela intervenção econômica (limitação, planejamento e incentivos a determinados setores da economia, chegando a desempenhar, diretamente, algumas atividades econômicas). Baseia-se na valorização dos direitos econômicos e sociais e na busca da justiça social.

4. Em decorrência, os gastos públicos com proteção social cresceram exponencialmente nas décadas de 1960 e 70, persistindo no início da de 1980.

II - Quanto à ordem econômica e serviços públicos:

5. O princípio da subsidiariedade prega a desobrigatoriedade do Estado conservar a titularidade e o exercício direto de certos encargos. Deve, quando cabível, entregá-los aos particulares, ficando com a obrigação de intervir no caso de insuficiência destes. Tem aplicação no direito comunitário e no direito interno, sendo uma das fronteiras que delineiam a atuação econômica estatal.

6. Diante da desestatização, o Estado não abre mão do poder de regular, normatizar e controlar. O Estado Subsidiário é tipificado como uma organização binária, composto por uma unidade de hierarquia superior a exercer algumas funções indelegáveis (justiça, defesa, seguridade social, relações exteriores, atividade legislativa), integrando-se a outra, representada por funções desenvolvidas por um conjunto de organizações menores que cumprem uma missão supletiva da atividade privada (educação, saúde, serviços públicos). Neste esquema, o Estado tem a missão de desenvolver as atividades que os particulares não podem ou não querem desenvolver.

7. Conforme o caput do art. 174 da Constituição Federal brasileira, como agente econômico e regulador da atividade econômica, o Estado tem as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. Pode executar três espécies de atividades econômicas. A primeira, vista como reservada à iniciativa privada, conforme art. 173 da Constituição Federal, é aquela que o Estado só pode executar quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo. Quando assim age, estará atuando na esfera de ação dos particulares e sujeitando-se, obrigatoriamente, ao regime das empresas privadas, salvo algumas derrogações contidas no próprio texto constitucional. A segunda é a assumida pelo Estado em caráter de monopólio, como se depreende dos artigos 176 e 177 do mesmo diploma legal. A terceira é exercida como serviço público, aplicando-se o art. 175 da Constituição Federal, executado direta ou indiretamente. Se indiretamente, por meio de concessões ou permissões, atribuíveis sempre através de licitação.

8. A qualificação de um serviço como público dá-se pela “publicatio”, ou seja, por previsão em norma jurídica (de qualquer nível).

9. São princípios do serviço público: a regularidade, a continuidade, a eficiência, a segurança, a atualidade, a generalidade, a cortesia na sua prestação e a modicidade das tarifas (§ 1º, art. 6º da Lei nº 8.987/95). Aponta-se outros, como o da

generalidade (ou da igualdade dos usuários), da mutabilidade do regime jurídico, da neutralidade e da reserva relativa ao exercício do objeto da outorga.

10. No Brasil, o primeiro passo de inversão da tendência expansionista da Administração Pública, portanto desestatização, manifestou-se com o Decreto nº 83.740/79, que adotou o Programa Nacional de Desburocratização. Em 1985, o Decreto nº 91.991 aperfeiçoou o programa com a criação do Conselho Interministerial de Privatização, sucedido, em 1988, nos termos do Decreto nº 95.886, pelo Conselho Federal de Desestatização. Uma terceira etapa se instaura com o Programa Nacional de Desestatização (PND), inicialmente através da Medida Provisória 155/90, convertida na Lei nº 8.031/90, que conseguiu diminuir a participação do Estado como empresário. Várias Emendas Constitucionais foram promulgadas com o intuito de adaptar o ordenamento jurídico brasileiro ao Programa de Desestatização. Finalmente, a Lei nº 9.491/97 revogou a Lei nº 8.031/90, bastante alterada por aproximadamente cinquenta Medidas Provisórias.

11. As concessões e permissões regem-se: (1) pelo art. 175 da Constituição Federal; (2) pela Lei nº 8.987/95; (3) por normas legais pertinentes e (4) por cláusulas dos indispensáveis contratos.

12. Concessão é uma delegação, a particulares, da incumbência de prestar um serviço que, pela sua essencialidade, tem características de público, mas que, por diversas razões, pode vir a ser prestado por terceiros, mediante licitação.

13. É caracterizada pela: (1) não transferência de propriedade ao concessionário; (2) não despojamento de qualquer direito ou prerrogativa; (3) possibilidade de retomada do serviço a qualquer tempo, mediante indenização; (4) para os fins da lei ou do contrato, os concessionários se equiparam a autoridades públicas e (5) findo o prazo, reverterem-se ao concedente os direitos e os bens vinculados à prestação do serviço, nas condições do contrato.

III - Quanto aos Entes Reguladores:

14. Conceituou-se Ente Regulador como “a entidade integrante da Administração Pública indireta, nos três níveis, submetida a regime autárquico especial e vinculada a algum Ministério, com a função de controlar a prestação do serviço público adequado, a elaboração de obras públicas ou o uso de bens públicos, mediante concessão ou

permissão do Estado, geralmente com sede na localidade onde esteja instalada a pessoa jurídica de direito público a que se encontra ligada, podendo estabelecer unidades regionais e/ou locais”.

15. Os princípios diretores da ação dos entes devem ser: imparcialidade, independência, transparência, objetividade, executoriedade e eficiência. Para tal, devem ter (1) estrutura orgânica pequena, (2) quadro de pessoal reduzido, integrado por técnicos e profissionais altamente especializados e (3) escalas salariais competitivas, de acordo com os correspondentes da iniciativa privada.

16. A informação ao usuário sobre os Entes Reguladores é a forma de se atacar a ignorância do público usuário dos serviços acerca de seus direitos.

17. É possível a existência de outros órgãos com as mesmas finalidades dos Entes Reguladores: regulamentação, fiscalização, controle dos serviços públicos de gestão privada e proteção e exercício da tutela dos direitos dos usuários.

18. Os Entes são criados, e seus poderes determinados, por atos normativos com força de lei, ou seja, aquele ato normativo que tramitou e preencheu as etapas do processo legislativo previsto na Constituição Federal.

19. Os entes reguladores são autarquias sob regime especial, possuindo uma margem bastante dilatada de discricionariedade, autonomia e independência, com poderes de normatização, supervisão e fiscalização. São caracterizados por: (1) personalidade jurídica própria; (2) possibilidade de funcionar dentro da órbita de um Ministério; (3) perceber taxas dos usuários e concessionários, bem como constar no orçamento da Administração a que estiver ligado; (4) capacidade para administrar-se a si mesmo, resolvendo todas as questões que disserem respeito à sua pessoa; (5) obrigatoriedade de criação por atos normativos com força de lei; (6) submissão ao sistema de controle do setor público e (7) sujeição de revisão das decisões em sede administrativa e/ou judicial.

20. As agências reguladoras devem ser dotadas, ao mesmo tempo, de preparação técnica, independência e legitimação democrática.

21. A independência abrange: independência decisória, independência de objetivos, independência de instrumentos, independência financeira, independência

funcional e independência política, classificando-se seus elementos garantidores como o normativo, o pessoal, o funcional, o financeiro e o relacional.

22. São objetivos das Agências Reguladoras: (1) proteger os usuários; (2) promover a concorrência leal e efetiva na indústria ou atividade regulada; (3) velar pelo cumprimento dos contratos de concessão e dos marcos reguladores; (4) assegurar que o serviço regulado seja prestado adequadamente; (5) controlar o cumprimento do plano de investimentos e (6) fomentar a expansão da indústria e um aumento no número de usuários.

23. Também os Estados-Membros têm adotado programas de desestatização, estimulando as concessões e o surgimento de Entes Reguladores estaduais.

24. A faculdade regulatória (poder normatizador ou regulador) é reconhecida aos Entes Reguladores. É a atribuição de poderes para normatizar geral e abstratamente relações jurídicas.

25. Dois princípios regem a faculdade regulatória: (1) o serviço público deverá ser melhorado por novas regulamentações e (2) os usuários não deverão sofrer quaisquer conseqüências do fato do serviço ter saído da esfera da prestação direta estatal.

26. As agências, conforme doutrina e jurisprudência, possuem poderes “quase legislativos” e “quase judiciais”. O primeiro é o poder regulamentar, de normatização; o segundo se refere às situações em que as agências devem resolver conflitos de interesses entre pessoas, individualizadas ou difusamente organizadas, determinando o Direito aplicável ao caso.

27. Os entes reguladores também estão investidos de poder fiscalizador, até porque inócua seria a atuação destes se, na sua função primordial de controlar a prestação adequada dos serviços públicos sob regime de permissão ou concessão, não tivessem atribuições, força e instrumentos para fazer valer suas decisões, aplicando sanções.

28. São sanções aplicáveis pelos Entes, diante da inobservância da lei, dos regulamentos e das normas contratuais: a multa, a inabilitação, a suspensão, a caducidade de licenças e o confisco.

29. É necessária a previsão e provisão de meios para existência eficiente de sistemas, administrativo e judicial, de controle das ações e decisões dos Entes Reguladores.

30. A precisa previsão legislativa dos limites dos poderes da agência é fundamental para estabelecer claramente sua discricionariedade, possibilitando um efetivo controle judicial dos atos dos Entes.

31. As audiências públicas são canais destinados a permitir que os cidadãos, individualmente ou mediante entidades representativas, expressem suas razões e opiniões acerca dos assuntos públicos, mas com reflexos, na atuação administrativa. Exercem um duplo papel: (1) propiciam a obtenção de dados por parte dos cidadãos e (2) habilitam o órgão de decisão, tornando-o apto a emitir um provimento mais acertado e mais justo, diante do maior conhecimento da situação.

32. No Brasil, à vista da importância dos cargos de diretoria dos Entes, a legislação prevê uma espécie de “quarentena” de descompatibilização quando da assunção ou do afastamento de pessoas destes cargos.

SILVA, Roberto José Procópio da. *The State and your regulator and fiscalizator power in the concessions and permissions of public services*. Franca, 2001, 168p. Dissertação (Mestre em Direito) - Faculdade de História, Direito e Serviço Social - Universidade Estadual Paulista - UNESP.

ABSTRACT

The changings suffered by the State in elapsing of the times, lately it has suffered new and important alterations. From State render services, working directly for the search of well being of its population, which is, Welfare State, changed its focus. Before the crisis lived by this kind of State, disabled maintaining and accompanying with respect to the installment of public services, the technological evolution and need of every time bigger demand in the installment of these, allied to the lack of resources to continuity of the supports and aids then rendered, obligatorily there was the need to review the functions and mainly performances of the State entily, in order not to run a risk of causing a collapse in the relationships to its position.

Like this, it settled that stipulated call State Regulator and Inspector, that means, the direct installment was transfered of some public services into privates, stopping the State exercising the installment of these directly, without however, to give up hand of police power, that means, of planning, controling and fiscalization. Now a new phase of the history settles, which a balanced, smaller State, even so not less present and active.

Word-keys: State; Public service; Regulatory Agencies.

BIBLIOGRAFIA

1. LIVROS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Global Editora e Distribuidora, 1993.

AGUIRRE, Marta González de (Coord.). *Los servicios públicos: regimen jurídico actual*. Buenos Aires: Depalma, 1994.

AMARAL FILHO, Marcos Jordão Teixeira. *Privatização no Estado contemporâneo*. São Paulo: Cone Editora, 1996.

ANDRADE, Odilon C. *Serviços públicos e de utilidade pública*. São Paulo: Saraiva, 1937.

ANHAIA MELLO, Luiz. *O problema econômico dos serviços de utilidade pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1940.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Economía y Estado - el Estado productor: de las nacionalizaciones a las privatizaciones; el Estado regulador: del monopolio a la competencia*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 5. ed. Porto Alegre: Editora Globo, 1969.

BANDEIRA DE MELLO, Celso A. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

_____. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. rev. atualiz. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

BARRACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

BIELSA, Rafael. *Derecho administrativo y ciencia de la administración. Legislación administrativa argentina*. t. 1, Buenos Aires: Lajouane & Cia. Editores, 1929.

BNDES, A regulação da infra-estrutura: a experiência recente no Brasil, out. 1996.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1987.

_____. *Liberalismo e democracia*. 2. ed., São Paulo: Brasiliense, 1988.

_____. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 2. ed., Rio de Janeiro: Paz e terra, 1991.

BRANCO, Plínio A. *Diretrizes modernas para a concessão de serviços de utilidade pública: com aplicações práticas e comentários da experiência brasileira*. São Paulo: Prefeitura de São Paulo, 1949.

BRUNHOFF, Suzanne. *A hora do mercado: crítica ao liberalismo*. São Paulo: Unesp, 1991.

BULLRICH, Rodolfo. *La naturaleza jurídica de la concesión de servicios públicos y la jurisdicción competente para interpretar sus cláusulas*. Buenos Aires: Jesús Menéndez, 1936.

CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. 6. ed. rev. e ampl. Coimbra: Almedina, 1993.

_____ *Manual de direito administrativo*. 7. ed., Coimbra: Almedina, 1965.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARBAJO, Joel. *Droit des services publics*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1995.

CARBONELL PORRAS, Eloísa; MUÑOZ, José Luiz Muga. *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. t. 1, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.

_____ *Estudios de derecho público*. Buenos Aires: Depalma, 1995.

_____ *La huelga en los servicios esenciales*. Madri: Civitas, 1993.

_____ *La intervencion administrativa*. 2. ed. atual., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.

_____ *Los principios generales del derecho en el derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. v. I a IV. São Paulo: Editora Livraria Freitas Bastos, 1955.

_____ *Curso de direito administrativo*. 10. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.

CHIRILLO, Eduardo J. Rodríguez. *Privatización de la empresa pública y post privatización: análisis jurídico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.

CICERO, Nidia Karina. *Servicios públicos: control y protección*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina. 1996.

CRETELA JÚNIOR, José. *Direito administrativo do Brasil*. v. I a V. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

_____ *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____ *Tratado de direito administrativo*. 1. ed., v. VII, Rio de Janeiro: Forense, 1972.

_____ *Curso de direito administrativo*. 14. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____ *Dos contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 19. ed. atual., São Paulo: Saraiva, 1995.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Los principios generales del derecho*. Barcelona: Bosch, 1978.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 11. ed., São Paulo: Atlas, 1999.
- _____. *Discricionabilidade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.
- _____. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. São Paulo: Atlas, 1996.
- Dicionário Jurídico, Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 4. ed. rev. atual. ampl., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.
- DROMI, Roberto. *Reforma del Estado y privatizaciones*. t. I (*Legislación y Jurisprudencia*), t. II (*Regimen Juridico del Pliego de Condiciones*) e t. III (*Regimen Juridico de los Contratos Administrativos*). Buenos Aires: Editorial Astrea, 1991.
- _____. *Transformaciones del derecho publico*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1994.
- _____. *Derecho administrativo*. 4. ed. atual., Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995.
- _____. *Instituciones de derecho administrativo*. Buenos Aires: Astrea, 1973.
- ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. *Curso de derecho administrativo*. Madri: Civitas, 1981.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 1997.
- FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. *Pesquisa em direito e redação de monografia jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, s.d.
- GARCÍA, Jorge Sarmiento. *Concesion de servicios publicos*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 4. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 1995.
- GIANNINI, Massimo Severo. *Derecho administrativo*. Madri: Ministério para las Administraciones Publicas, 1991.
- GONZALES, Manuel-Jesus; MENDOZA, Isabel. *¿Aonde va el setor publico? Del Estado de bienestar al bienestar com menos Estado: informes del instituto de estudios y analisis economicos*. Madri: Ministerio de Economia y Hacienda, 1997.
- GORDILLO, Agustín. *Derecho administrativo de la economia*. Buenos Aires: Editora Macchi, 1967.
- GORDILLO, Agustín. *Teoria general del derecho administrativo*. Madrid: MAP, 1984.
- _____. *Tratado de derecho administrativo*. 4. ed. atual., Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1997.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.

HUALDE, Alejandro Pérez. *El concesionario de servicios públicos privatizados: la responsabilidad del Estado por su accionar*. Buenos Aires: Depalma, 1997.

IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.

JÉZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1949.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessão de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997.

LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Madri: Civitas, 1985.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 7. ed. rev. atualiz. e ampl., São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1998.

MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. 23. ed. ver. e atual., São Paulo: Saraiva 1995.

MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1977.

_____. *Natureza jurídica da concessão de serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 1933.

MEDAUAR, Odete (Coord.). *Concessão de serviços públicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *Direito administrativo moderno*. 3. ed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. atual., São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 1986.

MENEZES, Anderson. *Teoria geral do Estado*. 7. ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial: fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MORENO, Alfonso Pérez (Coord.). *Administracion Instrumental*. t. II. Madrid: Instituto Garcia Oviedo - Universidad de Sevilla e Editorial Civitas SA, 1994.

MUKAI, Toshio. *Concessões e permissões de serviços públicos: comentários à Lei n° 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 e à Medida Provisória n° 1.017, de 1995, das concessões do setor elétrico*. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Concessões, permissões e privatizações de serviços públicos*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1997

NEIRA, César Carlos. *Entes reguladores de serviços: la defensa del usuario*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.

OLIVEIRA, José Carlos de. *Código de proteção e defesa do consumidor. Doutrina - jurisprudência - legislação complementar*. 2. ed., Leme/SP: Editora de Direito, 1999.

_____. *Concessões e permissões de serviços públicos: serviços públicos da União, Estados, Municípios e entes reguladores*. Bauru: Edipro, 1996.

PABLO, Marcos M. Fernando. *Derecho general de las telecomunicaciones*. Madri: Colex, 1998.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. *Reforma administrativa: o Estado, o serviço público e o servidor*. 2. ed. rev. e ampl. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

PEREZ, Augusto Martinez (Coord.). *Transformações do Estado: caráter das mudanças*. Franca: UNESP, 1998.

PEREZ, Jesus Gonzalez. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. 2. ed. Madri: Civitas, 1989.

PORTO NETO, Benedicto. *Concessão de serviço público no regime da Lei nº 8.987/95: conceitos e princípios*. São Paulo: Malheiros, 1998.

RAWL, John. *Uma teoria da justiça*. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

RIBEIRO, Vinicio. *O Estado de direito e o princípio da legalidade da administração*. Coimbra: Almedina, 1983.

RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Estudos sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva 1996.

ROJAS, Francisco José Villar. *Privatización de servicios públicos: la experiencia española a la luz del modelo británico*. Madri: Tecnos, 1993

SARMIENTO GARCÍA, Jorge et al. *Los servicios públicos*. Buenos Aires: Depalma, 1994.

SARMIENTO GARCÍA, Jorge. *Concesión de servicios públicos*. Buenos Aires: Universidad, 1996.

SESIN, Domingo. *Administración pública. Actividad reglada, discrecional y técnica: nuevos mecanismos de control judicial - analisis jurisprudencial*. Buenos Aires: Depalma, 1994.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 1998.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização, privatização, concessões e terceirizações*. 3. ed. atual., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

STASON, E. Blythe. *The law of administrative tribunals*. Callaghan and Company: Chicago, 1947.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Fundamentos de direito público*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 6. ed. ver. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

TOSTES, Lahyr Paletta de Rezende. *Serviços de utilidade pública e alguns de seus problemas*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos 1941.

VEDEL, Georges; DELVOVÉ, Pierre. *Droit administratif*. 12. ed., Paris: PUF, 1992.

VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamin. *Derecho administrativo*. t. III (Servicios Públicos - Función Pública), Buenos Aires: TEA, 1951.

WEIL, Prosper. *Derecho administrativo*. Madri: Civitas, 1994.

ZANOBINI, Guido. *Scritti vari di diritto public*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1955.

ZARATE, Enrique Carlos. *El control de las concesiones de servicios públicos*. Buenos Aires: Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1937.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. 2. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1984.

2. PERIÓDICOS

ALVARENGA, Lúcia Barros Freitas de. A concessão de serviços públicos: encargos da concessionária; intervenção do poder concedente. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 5, n. 17, out./dez 1996, p. 275-288.

ANHAIA MELO, Luiz; SOUSA, Antônio José Alves; PINTO, Bilac; BRANCO, Plínio A. Regulamentação dos serviços de utilidade pública. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 87, jul., 1941, p. 10-12.

BANDEIRA DE MELLO, Osvaldo Aranha. Aspectos da regulamentação dos serviços públicos. In: *Revista Forense*. v. 87, jul., 1941, p. 13-26.

BASTOS, Celso. Concessão de serviços públicos. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 4, n. 15, abr./jun., 1996, p. 25-31.

BIELSA, Rafael. Los principios de derecho sobre concesiones de servicios públicos. In: *Anuario del Instituto de Derecho Publico*. Buenos Aires, t. 1, v. 1, 1938, p. 522-547.

BORGES, Alice Gonzalez. Interesse público: um conceito a determinar. In: *Revista de Direito Administrativo*. n. 205, jul./set., 1996, p. 109-116.

BRANCO, Plínio A. A regulamentação dos serviços públicos concedidos. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 87, jul., 1941, p. 27-41.

CARDÓN, Rubén C. A. Reflexiones sobre la reforma del Estado y los organos de control. In: *Revista Argentina del Regimén de la Administración Publica (RAP)*. Argentina, v. 146, 1989, p. 56-60.

CASSAGNE, Juan Carlos. El servicio público y las técnicas concesionales. In: *Revista de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, v. 7, n. 18-20, 1995, p. 21-43.

_____ En torno a la noción de servicio publico. In: *Revista Juridica de Buenos Aires*. Buenos Aires, v. 2, 1988, p. 45-57.

_____ Los nuevos entes regulatórios. In: *Revista de Derecho Administrativo*. a. 5, Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 34-56.

_____ Marcos regulatorios y regulacion economica. In: *Revista Argentina del Regimén de la Administración Pública* (RAP). Argentina, v. 183, 1993, p. 21-25.

_____ Reflexiones sobre la regulacion economica y el servicio publico. In: *Revista el derecho: jurisprudencia general*. Buenos Aires, t. 162, 1995, p. 857-861.

CASTRO, Heitor Faro de. Globalização e defesa da concorrência. In: *Revista de Direito Econômico*. n. 22, jan./mar. 1996, p. 25-27.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes. In: *Revista de Direito Administrativo*. v. 219, jan./mar. 2000, p. 253-270.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Regulamentação dos serviços de utilidade pública. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 87, jul. 1941, p. 5-9.

CINCUNEGUI, Juan Bautista. Les inversiones en servicios públicos prestados por empresas privadas. In: *Revista Juridica Argentina La Ley*. Buenos Aires T-A, 1997, p. 781-792.

_____ Los derechos de los usuarios de los servicios públicos. In: *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, n. 193, out., 1994. p. 452-463.

_____. Regulacion y control de servicios publicos de gestion privada. In: *Revista Argentina del Regimén de la Administración Pública* (RAP). Argentina, v. 198, 1995, p. 12-15.

CINCUNEGUI, Juan de Dios. Fundamentos legales de la regulacion e el control de los servicios públicos. In: *Revista Juridica Argentina La Ley*. Buenos Aires T-D, Sec. doctrina, 1995, p. 1261-1283.

COLLAZO, Oscar Juan. Del la delegación en la prestacion de servicios o en la ejecucion de obras publicas a empresas privadas o mixtas mediante contratos de concesion. su necesario control. proposicion de medidas a adoptar. In: *Revista Argentina del Regimén de la Administración Pública* (RAP). Argentina, v. 149, 1990, p. 7-26.

COMADIRA, Julio Rodolfo. Reflexiones sobre la regulacion de los servicios publicos privatizados y los entes reguladores (com particular referência al ENARGAS, ENRE, CNT y ETOSS). In: *Revista el Derecho: jurisprudencia general*. Buenos Aires, t. 162, 1995, p. 1134-1154.

DALLARI, Adilson Abreu. Conceito de serviço publico. In: *Revista Trimestral de Direito Público*. n. 15, 1996, p. 112-117.

EISENMANN, Charles. O direito administrativo e o princípio da legalidade. In: *Revista de Direito Administrativo*. n. 56, abr./jun. 1959, p. 47-70.

ESTOUP, Luis Alejandro. Telecomunicaciones: piedra angular para la integracion del Mercosur. In: *Revista Juridica Argentina La Ley*. 1997, p. 1189-1197.

FERREIRA FILHO, Manoel. A reforma do Estado. In: *Revista de Direito Administrativo*. n. 205, jul./set., 1995, p. 1-10.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Competências administrativas dos estados e municípios. In: *Revista de Direito Administrativo*. n. 207, jan./mar., 1997, p. 01-19.

FREIRE, Marisa Vasconcelos. A atuação do CADE diante da desestatização. In: *Revista de Direito Econômico*. n. 23, abr./jun., 1996, p. 67-72.

- GARCÍA, Jose Eugenio Soriano. Desregulación y servicios públicos: las dificultades y obstáculos que puede encontrar un proceso desregulador y privatizador. In: *Revista de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, v. 7, n. 18-20, 1995, p. 307-336.
- GARCÍA, Maria Yolanda Fernández. Subsidiariedad e integración supranacional: luces y sombras en la construcción comunitaria europea. In: *Revista de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, v. 7, n. 18-20, 1995, p. 337-356.
- GORDILLO, Agustín. Organismos de control. In: *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública (RAP)*. Argentina, v. 194, 1994, p. 107-111.
- GRINOVER, Ada Pelegrini. Direitos difusos. In: *Revista de processo*, n. 58, ano 15, abr./jun., 1990, p. 59-98.
- MANNHEIMER, Sergio Nelson. Agências estaduais reguladoras de serviços públicos. In: *Revista Forense*. a. 94, jul./set., 1998, p. 221-233.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Agências reguladoras e as suas características. In: *Revista de Direito Administrativo*. v. 218, out./dez., 1999, p. 71-91.
- MERTEHIKIÁN, Eduardo. La Regulacion de los Servicios Públicos Privatizados. In: *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública (RAP)*. Argentina, v. 197, 1995, p. 5-14.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Audiências públicas. In: *Revista de Direito Administrativo*. v. 210, out./dez., 1997, p. 11-15.
- _____ Globalização, regionalização, reforma do Estado e da Constituição. In: *Revista de Direito Administrativo*. n. 211, jan./mar. 1998, p. 1-20.
- MOREIRA, Egon Bockmann. Agências administrativas, poder regulamentar e o sistema financeiro nacional. In: *Revista de Direito Administrativo*. v. 218, out./dez., 1999, p. 93-112.
- MUKAI, Toshio. Privatizações de serviços públicos. In: *Revista jurídica*. v. 65, n. 235, maio, 1997, p. 15-21.
- OLIVEIRA, Gesner. Globalização, abertura e concorrência. In: *Revista de Direito Econômico*. n. 23, abr./jun., 1996, p. 9-11.
- OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. In: *Revista de Informação Legislativa*. a. 34, n. 135, jul./set. 1997, p. 35-53.
- OLIVEIRA, José Carlos de. O Estado regulador nas concessões de serviços públicos. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 129, 1996, p. 99-107.
- PINHO, Judicael Sudário de. Responsabilidade do Estado por intervenção no domínio econômico. In: *Revista de Direito*. a. 1, n. 1, ago., 1992, p. 24-36.
- PISERCHIA, Raúl Oscar. Las concesiones de servicios publicos en la reforma del Estado. In: *Revista Juridica Argentina La Ley*. Buenos Aires, 1997, p. 1406-1423.
- PRITZ, Osvaldo A. F. La concesión de servicio público. In: *Jornadas sobre derecho administrativo*. Buenos Aires: Ciencias de la administración, 1996, p. 84-98.
- RIGOLIN, Ivan Barbosa. A verdadeira “precariedade” das permissões. In: *Boletim de Direito Administrativo*. out., 1988, p. 23-29.

RODRIGUES, Carlos Alberto Martins. A crise e a evolução do conceito de serviço público. In: *Revista de Direito Público*. v. 14, n. 57-58, jan./jun., 1981, p. 130-146.

SÁNCHEZ, Alberto M. Intervención estatal, desregulación y principio de subsidiariedad. In: *Revista de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, v. 7, n. 18-20, 1995, p. 83-108.

SILVA, José Afonso da. O Estado democrático de direito. In: *Revista de Direito Administrativo*. v. 173, jul./set. 1988, p. 15-34.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Agências reguladoras. In: *Revista de Direito Administrativo*. v. 216, abr./jun. 1999, p. 125-162.

TÁCITO, Caio. *Ensino superior oficial. Autarquia ou Fundação?* Parecer dado ao Conselho Federal de Educação em 03.06.81 e publicado pela UFRJ, Rio de Janeiro, 1981.

_____ O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. In: *Revista de Direito Administrativo*. v. 202, out./dez. 1995, p. 1-10.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. Permissão e concessão de serviço público. In: *Revista de Direito Público*. n. 6, out./dez. 1968, p. 100-134.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel. Agências reguladoras. In: *Revista de Informação Legislativa*. a. 36, nº 141, jan./mar 1999, p. 143-171.

WALD, Arnoldo. Os serviços públicos no estado moderno. In: *Revista de Informação Legislativa*. v. 23, n. 89, jan./mar.1986, p. 199.

3. JORNAIS

INFRA-ESTRUTURA desafia CADE em 98. Órgão forma especialistas para acompanhar setores privatizados e novas parcerias da Petrobrás. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 02 jan. 1998, Caderno B-3 - Economia.

O PAPEL da ANEEL é defender o consumidor. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 10 jan. 1998, Caderno B-1 - Economia.

A PRIMEIRA prova para a ANP. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 11 jan. 1998, Caderno A-3.

ANP põe fim ao domínio da Petrobrás. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 17 jan. 1998, Caderno A-1.

ANP quebra poder histórico da Petrobrás. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 17 jan. 1998, Caderno B-1 - Economia.

PRIVATIZAÇÕES dão R\$ 35 bilhões em ano eleitoral. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 18 jan. 1998, Caderno A-8 - Política.

FHC teme uso político de privatizações. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 20 jan. 1998, Caderno A-4 - Política.

RODRIGUES, Pedro Luiz. Agências e a defesa da concorrência. Fazenda propõe modelo de articulação entre ANATEL, ANEEL, ANP e órgãos de defesa da concorrência. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 23 jan. 1998, Caderno B-2 - Economia.

GENOÍNO, José. As privatizações e a farra reeleitoral. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 24 jan. 1998, Caderno A-2.

ANATEL promete fiscalizar a qualidade dos serviços. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 30 jul. 1998, Caderno Dinheiro, p. 3.

CALDAS, Suely. ANATEL no banco dos réus. Órgão regulador das telecomunicações, agência não está preparada para cumprir suas funções. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 02 ago. 1998, Caderno B-1 - Economia.

SIQUEIRA, Ethevaldo. Os desafios pós-privatização. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 02 ago. 1998, Caderno B-2 - Economia.

COSTIN, Cláudia. O brasileiro como cliente. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 18 set. 1998, Opinião 1, p. 3.

GOVERNO convoca 32 telefônicas para avaliação. Agência Nacional de Telecomunicações vai analisar indicadores de qualidade de serviço. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 06 jan. 1999, Caderno C-3 - Cidades.

ANP defende venda de refinarias da Petrobrás. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 07 jan. 1999, Caderno B-1 - Economia.

ANATEL avisa que auditorias podem ocorrer este ano. Caso não estejam se esforçando para cumprir metas, operadoras serão inspecionadas. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 08 jan. 1999, Caderno C-4 - Cidades.

AGÊNCIA Nacional de Vigilância Sanitária funcionará a partir de março. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 16 jan. 1999, Caderno A-11 - Geral.

COSTIN, Cláudia. O processo de reforma do Estado brasileiro caminha na direção certa? Sim. Além da visão circunstancial. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 10 jul. 1999, Caderno A-3 - Opinião 1.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. O processo de reforma do Estado brasileiro caminha na direção certa? Não. O lado oculto da reforma. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 10 jul. 1999, Caderno A-3 - Opinião 1.

ANATEL inicia estudo para ressarcir usuários prejudicados com o DDD. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 10 jul. 1999, Caderno Campinas, p. 4.

TELEFÔNICAS anunciam normalização do DDD. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 12 jul. 1999, Caderno B-6 - Economia.

ANATEL ameaça multar empresas em R\$ 30 milhões. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 17 jul. 1999, Caderno B-7 - Economia.

ALEMNHA propõe cortes nos gastos com bem-estar social. Schoeder pede apoio a cortes. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 21 jul. 1999, Caderno Mundo 1, p. 11.

INEPAR terá de se explicar à ANATEL. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 22 jul. 1999, Caderno Dinheiro, p. 3.

ABREU, Marcelo de Paiva. Interesse público e interesses privados. Estratégia econômica desejável deve modernizar fórmulas ultrapassadas. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 05 ago. 1999, Caderno B-2 - Economia.

O FIASCO das privatizações. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 20 ago. 1999, Caderno Especial 1 - Pós-privatização, p. 01-08.

MULTA à Embratel é só aviso, diz ANATEL. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 22 ago. 1999, Caderno Dinheiro 2, p. 6.

AGÊNCIA contrata FGV para mapear setor de combustíveis. ANP descarta controle de preços; objetivo é vigiar os cartéis. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 27 ago. 1999, Caderno Dinheiro 2, p. 3.

ANEEL autoriza aumento e volta atrás. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 27 ago. 1999, Caderno Dinheiro 2, p. 5.

FERROVIA enfrenta abandono, mesmo privatizada. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 03 out. 1999, Caderno C-10 - Cidades.

GOVERNO quer melhorar serviços privatizados. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 28 nov. 1999, Caderno B-1 - Economia.

SERVIÇOS privatizados viram inferno do carioca. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 28 nov. 1999, Caderno B-3 - Economia.

BENEFÍCIO a comprador de estatal supera ganho obtido pelo governo. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 05 dez. 1999, Caderno 1 Brasil, p. 14.

OBJETIVO é ganho social, afirma BNDES. Os números das privatizações. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 05 dez. 1999, Caderno 1 Brasil, p. 16.

BLAIR inaugura site oficial de consulta médica. *O Globo*. Rio de Janeiro, 08 dez. 1999, p. 45.

ANATEL multa Embratel e adverte Telefônica. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 24 dez. 1999, Caderno Campinas, p. 3.

META da ANATEL deixa 7.000 na fila de espera por telefone. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 26 dez. 1999, Caderno Campinas, p.9.

SAIBA o que é a dívida líquida do setor público. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 22 jan. 2000, Caderno 1 Brasil, p. 6.

PRIVATIZAÇÕES terão novas regras. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 23 jan. 2000, Caderno 1 Brasil, p. 6.

CERJ é multada em R\$ 2,9 mi pela ANEEL. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 03 jun. 2000, Caderno Dinheiro, p. 5.

EMPRESAS não cumprem metas da ANATEL. Agência quer melhor serviço a usuário. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 21 jul. 2000, Caderno B-5 - Dinheiro.

CALDAS, Suely. Agências fortes, consumidor protegido. Relação de órgão fiscalizador de serviços públicos com o usuário tem de ser direta e facilitada. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 30 jul. 2000, Caderno B-2 - Economia.

PINHEIRO, Armando Castelar. A pulverização de controle acionário é um modo de democratizar as privatizações? Sim. Privatização e crescimento econômico. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 12 ago. 2000, Caderno A-3.

CARVALHO, Joaquim Francisco de. A pulverização de controle acionário é um modo de democratizar as privatizações? Não. Apenas dourando a pílula. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 12 ago. 2000, Caderno A-3.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Agência da concorrência e agências reguladoras. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 01 jan. 2001, Caderno A-2.

FHC oficializa criação da ANA, a agência de água. *O Estado de São Paulo Online*. São Paulo, 20 dez. 2000. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br>>. Acesso em 03 fev. 2001.