

AGÊNCIAS REGULADORAS E AS SUAS CARACTERÍSTICAS

*Mauro Roberto Gomes de Mattos
Advogado no Rio de Janeiro. Vice Presidente do
Instituto Ibero Americano de Direito Público – IADP,
Membro da Sociedade Latino-Americana de Direito do
Trabalho e Seguridade Social, Membro do IFA –
Internacional Fiscal Association. Conselheiro efetivo da
Sociedade Latino-Americana de Direito do Trabalho e
Seguridade Social.*

INTRÓITO

O traço marcante do final do século passado e início do presente era o intervencionismo do Estado na economia e, conseqüentemente, a convivência da sociedade com leis reguladoras desta intervenção.

O serviço público em geral ficou encapsulado pelo domínio do Poder Estatal, tendo o seu nascimento florescido na França, que através de uma administração direta ou indireta construiu o “velho” direito administrativo. As concessões do serviço público eram regradas por uma margem bem dilatada de discricionariedade do administrador, sendo certo que a natureza do contrato administrativo assumia certos contornos sempre voltados para a manutenção do intervencionismo ou da ingerência pública, com a prestação direta do Estado dos serviços essenciais para a sociedade.

O Estado passado faliu, abrindo campo para o nascimento do moderno conceito de Estado, voltado pela concepção do bem comum, com a preocupação da qualidade do serviço prestado à coletividade.

Não havia a menor dúvida que o Estado necessitava reduzir o seu tamanho, permitindo que vários segmentos da atividade econômica, que estavam estrangulados, fossem revitalizados pelos investimentos privados e pela própria dinâmica operacional do setor privado.

Nas áreas de telefonia, energia elétrica, petróleo, vigilância sanitária, dentre outras, o Estado não conseguia mais realizar os investimentos necessários tanto para a modernização dos citados segmentos quanto para o atendimento pleno das necessidades básicas do consumidor.

Toda vez que o consumidor ou usuário do serviço se defrontava com um serviço público relevante sendo prestado de forma deficiente e a um custo elevado para a sociedade, alguma coisa estava errada.

Após a constatação deste elevado ônus para a sociedade como um todo, e visando diminuir o *déficit* público em face da grande e emperrada envergadura do Estado empresário, o único caminho saudável foi a desestatização, implementada pelas inúmeras e necessárias privatizações.

Compar com esta evolução, necessário se fez que o Estado fosse submetido a uma completa reforma, objetivando navegar no rumo da modernização, adotando nova metodologia de financiamento da infra-estrutura, abrangendo as privatizações, as concessões e as parcerias de modo geral.

A orientação da nova política mundial foi a de incentivar a iniciativa privada a assumir a prestação de serviço de certas atividades públicas, com o firme compromisso de aportar investimentos necessários para a realização de um serviço eficiente e com economicidade para o consumidor.

No Brasil tal fenômeno se verificou também, eis que a perda progressiva da capacidade de investimento do nosso país em infra-estrutura comprometia diretamente a qualidade da prestação dos serviços públicos, causando desequilíbrios econômicos pela elevação do chamado “custo Brasil”.

Com a vinda da Lei das Concessões (8.897/95), o poder público foi dotado de instrumento legal capaz de possibilitar a elevação da qualidade de vida dos usuários e gerar empregos com a retomada dos investimentos, sanando o significativo *déficit* de investimentos, inclusive nos âmbitos estaduais e municipais.”¹

Agustin Gordillo, com pena de ouro, tece considerações importantes sobre este enfoque de cunho mundial, onde os Estados, no final do século XX, optaram pelas privatizações, com a desmonopolização do serviço, passando para o particular a responsabilidade de executá-lo com modernidade:

“A partir de los años 90 se recepta en el país el cambio de orientación mundial de las ideas económicas, tanto abandonando la regimentación de la economía privada como traspasando nuevamente a la actividad privada ciertas actividades asumidas medio siglo antes por el Estado. Al efectuarse la desestatización algunas actividades quedaron además desmonopolizadas, libradas a las reglas del mercado y la libre competencia, sin una destacada regulación estatal. Por cierto, el Estado mantiene el deber de controlar si se produce una tendencia monopolizante o de abuso de posición dominante en el mercado, con la finalidad de mantener la competencia como regla. Y hay casos en que la regulación existe sin que se aplique la calificación de servicio público: bancos y entidades financieras, seguros, etc.”²

Com a desvinculação do Poder Público das suas responsabilidades de executar obras e serviços públicos, para que o usuário do serviço não ficasse desguarnecido, cuidou o Estado de assumir a elaboração e execução da política regulatória de todos os setores da economia em que as empresas estatais assumiam o papel de concessionários de serviços públicos.³

Não seria salutar para a sociedade que as empresas que eram dominadas pelo setor público e, agora, passaram, através do processo licitatório, para as mãos do setor privado, ficassem sem uma regulamentação e fiscalização própria, com agilidade eficaz e permanente, tendo em vista que o serviço prestado pelo concessionário constitui atividade própria do Estado.⁴

Se tal incumbência ficasse a cargo do Poder Executivo diretamente, a burocracia seria total, emperrando a fiscalização da qualidade e das metas traçadas pelo contrato de concessão/permissão, prejudicando o próprio processo de privatização.

Por isto é que foi imperioso que o Estado criasse as agências, autarquias de caráter especial, com competência e personalidade jurídica própria, possuindo inspiração no direito norteamericano,

¹ Cf. Prefácio do Presidente Fernando Henrique, in “O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões”, Arnaldo Wald e outros, 1996, RT, p. 7

² Agustin Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 2, 3ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, 1998, Buenos Aires, p. VI-5.

³ Cf. Arnaldo Wald e Luiza Rangel de Moraes, “Agências Reguladoras”, *Revista de Informação Legislativa*, Janeiro/Março 1999, Brasília, p. 143

⁴ Cf. Patrícia Raquel Martínez, “Sistema de Control de Los Servicios Públicos “Privatizados” en la Argentina”, in *Los Servicios Públicos*, Ed. Depalma, 1994, p. 119.

onde elas exercem uma administração singular, com o exercício de tutela e poder de polícia sobre o prestador de serviço público.

Portanto, cabe ao setor privado contribuir com o crescimento econômico, financiando o desenvolvimento traçado pelo Governo, bem como, ser o agente executor dos serviços públicos privatizados, sob vigilância de perto das chamadas agências, que dentro do princípio da legalidade e das metas jurídicas em que elas possuem como fim, fiscalizam e regulamentam os serviços prestados. Nesse novo cenário econômico, como afirmado vigorosamente pelo Presidente da República Fernando Henrique Cardoso: “Ao Governo compete como missão irrevogável e fundamental, a regulamentação e fiscalização dos serviços, representando e defendendo os usuários e os interesses da sociedade.”⁵

Surge, por conseguinte, a figura da Agência Reguladora, que possui a missão de traçar metas, objetivos, regras estáveis e tudo o mais que for necessário para o aprimoramento dos serviços públicos entregues a iniciativa privada, sempre na busca da eficiência e regularidade do serviço com preços razoáveis e módicos, sem que, com isto, macule a livre concorrência.

À Agência Reguladora compete a permanente tarefa de fiscalizar a implementação das técnicas gerenciais modernas, com o objetivo que o concessionário preste serviço público com eficiência, qualidade e preços competitivos. Para isso, o Estado deverá criar e manter condições favoráveis ao desenvolvimento econômico (infra-estrutura), defendendo o mercado e as liberdades econômicas das pessoas vinculadas a prestação dos serviços públicos.

Esta é a nova era do direito administrativo, que desenvolve-se atualmente, com a verificação da teoria dos contratos de colaboração, que apesar de inexistir no início do presente século, segundo Arnold Wald,⁶ passou a ser resultado prático do “direito da crise.”

PERSONALIDADE JURÍDICA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A Agência Nacional de Petróleo – ANP, foi criada pela Lei 9.478, de 06 de agosto de 1997, como entidade integrante da Administração Federal indireta, submetida ao regime autárquico especial, com a missão de ser o órgão regulador da indústria do petróleo, vinculado ao Ministério de Minas e Energia.⁷

A Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, teve a criação por força da Lei 9.427/96, também adotando a configuração jurídica de autarquia especial, vinculada ao Ministério das Comunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades administrativas regionais.

Por sua vez, a recente Lei 9.782, de 26 de janeiro de 1999, define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, também instituída sob o regime de autarquia especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro no Distrito Federal, com atuação em todo território nacional.⁸

⁵ Prefácio cit. ant., p. idem

⁶ “A colaboração entre a empresa privada e a Administração, direta ou indireta, decorre da necessidade de ser dada ao contrato administrativo maior flexibilidade, que se torna indispensável para a realização da obra pública, em virtude das próprias cláusulas exorbitantes existentes no contrato e do atendimento imperativo do interesse público”. (Arnaldo Wald, Luíza Rangel de Moraes e Alexandre de M. Wald, *O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões*, ed. RT, 1996, p. 36).

⁷ Art. 7º da Lei 9.478/97.

⁸ Art. 3º da Lei 9.782/99.

Por fim, o setor de telecomunicações foi abrangido pela Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997, que institui a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, como órgão regulador desse segmento, vinculada ao Ministério das Comunicações, e possuindo também a personalidade jurídica de autarquia especial, com sede no Distrito Federal, muito embora possam ser estabelecidas unidades regionais.⁹

Como visto, as agências reguladoras pertencem a administração indireta, sob o rótulo de autarquia especial.

O conceito de autarquia foi se desenvolvendo em nosso país na década de 20 e, acentuadamente, de 1930 para frente, com a necessidade de se promover a descentralização do poder público.

Contudo, foi pela definição do art. 5º, I, do Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, que o legislador fixou a conceituação de autarquia:

“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.”

Não cuidou a lei em comento de qualificar o regime da autarquia especial, para que os cultores do direito pudessem diferenciá-la das autarquias comuns.

Todavia, fixada a noção de autarquia como um todo, não é difícil traçar os componentes legais dos dois regimes das autarquias. Estas, etimologicamente, podem ser definidas como: “comando próprio, direção própria, auto-governo.”¹⁰

Cretella, se escorando na doutrina italiana do início do século, cita o posicionamento de Zanobini sobre a autarquia e a sua correlação com autonomia:

“Autarquia, ao contrário, é a faculdade reconhecida ao ente de administrar-se por si mesmo, isto é, de agir para a consecução dos próprios fins, mediante o desdobramento, onde ocorra, de uma atividade administrativa, que tem a mesma natureza e os mesmos efeitos da administração pública do Estado. Autonomia e autarquia identificam-se, assim, como formas de legislação e de administração, que são próprios de um ente público e, ao mesmo tempo, próprios, no campo de sua eficiência jurídica, ao Estado.”¹¹

A seguir, o citado mestre traz à tona o posicionamento autorizado de Santi Romano:

“... autarquia é uma forma específica da capacidade de direito público ou, mais concretamente, a capacidade de governar por si os próprios interesses, embora estes se refiram ao Estado.”¹²

⁹ Art. 8º da Lei 9.472/97.

¹⁰ Cf. José Cretella Junior, *Tratado de Direito Administrativo*, Vol. VII, Forense, 1ª Edição, 1970, p. 12.

¹¹ *Ob. cit. ant.*, p. 15.

¹² *Ob. cit. ant.*, p. 19.

Para D'Alessio, autarquia “é a capacidade reconhecida as pessoas jurídicas públicas secundárias de se regerem por si e no próprio nome alguns dos próprios interesses.”¹³

Marcelo Caetano, sublinha que a palavra autarquia no direito português é empregada como autarquia local, definindo-a como “a pessoa coletiva de direito público criada para assegurar a gestão de um serviço administrativo determinado.”¹⁴

A seu turno, Mário Massagão empreende ao conceito em tela uma visão mais futurista:

“O tipo e a organização de cada autarquia obedecem a finalidade a que ela se destina, e assim variam de acordo com a natureza do serviço personalizado, fugindo aos moldes convencionais das repartições públicas.”¹⁵

Apesar de possuir representação jurídica e orçamentária própria, as autarquias sempre foram muito vinculadas ao poder central do Estado, o que, na prática, engessava a modernização dos seus passos, sempre atrelados a uma ordem superior do Poder Executivo.

Na teoria, a autarquia possui autonomia maior que na prática, eis que emperrada por uma burocracia pouco eficiente.

Por esta razão, leis especiais tem facultado a determinadas autarquias um grau mais intenso (especial) de autonomia gerencial.

Foi o caso concreto do Banco Central do Brasil, criado na Lei 4.595, de 31.12.64, que teve no seu art. 8º, a garantia de possuir uma autonomia operacional toda especial, gozando de disciplina própria em relação às suas contas, orçamentos e balanços, e também no tocante a celebração e execução de contratos (Decreto-lei n.º 278, de 28.12.67).¹⁶

Outra autarquia com poderes especiais é a Comissão de Energia Nuclear – CNEN, criada pelo artigo 3º da Lei 4.118, de 27.08.62, como integrante do monopólio estatal em matéria nuclear¹⁷, possuindo regalias operacionais que transcendem as autarquias comuns.

No mesmo sentido, segue a Lei n.º 9.649/98, que ao dispor sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, outorgou a ANEEL e a ANP a prerrogativa de requisitar, com ônus para as Agências, servidores ou empregados públicos lotados em outro órgão ou entidade:

“Art. 35 – A Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e a Agência Nacional do Petróleo – ANP poderão requisitar, com ônus para as Agências, servidores ou empregados de órgãos e entidades integrantes da Administração Pública Federal direta, indireta ou fundacional, quaisquer que sejam as atividades a serem exercidas. §1º - Durante os primeiros trinta e seis meses subsequentes à instalação da ANEEL e da ANP, as requisições de que trata este artigo serão irrecusáveis e desde que aprovadas pelos Ministros de Estado de Minas e Energia e da Administração Federal e Reforma do Estado. 2º - A ANEEL e a ANP poderão solicitar, nas mesmas condições do caput, a cessão dos servidores ou empregados de órgãos e entidades integrantes da

¹³ *Ob. cit. ant.*, p. 19.

¹⁴ Marcelo Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, 7ª Edição, 1965, p. 137.

¹⁵ Mário Massagão, *Curso de Direito Administrativo*, ed. RT, 6ª Edição, 1977, p. 80.

¹⁶ Cf. Caio Tácito, *Ensino Superior Oficial. Autarquia ou Fundação?*, Parecer dado ao Conselho Federal de Educação em 03.06.81, e publicado pela UFRJ, Rio, 1981, p. 6.

¹⁷ Art. 1º da Lei 6.189, de 16.12.74.

administração pública do Distrito Federal dos Estados ou dos Municípios, mediante prévio consentimento do órgão ou entidade de origem. §3º - Quando a requisição ou cessão implicar redução de remuneração do servidor requisitado, ficam a ANEEL e a ANP autorizadas a complementá-la até o limite da remuneração percebida no órgão de origem. §4º - Os empregados requisitados pela ANP de órgãos e entidades integrantes da Administração Pública Federal indireta ou fundacional ligados à indústria do petróleo, de acordo com o estabelecido no caput deste artigo, não poderão ser alocados em processos organizacionais relativos às atividades do Monopólio da União. §5º - Após o período indicado no §1º, a requisição para a ANP somente poderá ser feita para o exercício de cargo do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores, vedada, também, a utilização de pessoal de entidades vinculadas à indústria do petróleo”.

Assim, pode-se concluir que as autarquias-comuns diferem-se das autarquias-especiais pelo fato destas últimas possuírem privilégios e autonomias estipuladas pela sua lei instituidora que exorbitam as primeiras, sem que com isto seja ferido preceito constitucional.

Em abono ao que foi dito, o saudoso Hely Lopes Meirelles, no “alto de sua cátedra”, deixou cristalino 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.”¹⁸

Na mesma esteira, Caio Tácito, ao tecer comentários sobre o art. 5, I, do Decreto-lei 200/67, deixou assente 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.¹⁹

Mais uma vez é de se abrir parênteses para consignar a autorizada ótica do pranteado Hely Lopes Meirelles:

“O que posiciona a autarquia como regime especial são as regalias que a lei criadora confere, para o pleno desempenho de suas finalidades específicas.”²⁰

Como autarquia sob o regime especial, as agências reguladoras possuem uma margem bem dilatada de independência e autonomia, definida sempre na lei que as instituiu, com poderes de supervisão, fiscalização e normatização das empresas às quais foram delegados os serviços públicos.

Mesmo sofrendo a supervisão ministerial a que se sujeitam os órgãos da Administração Indireta, incluídas neste contexto as autarquias sob o regime comum e especial, não deverá haver prejuízo para o bom funcionamento das agências reguladoras que possuem como objetivo central a produção de resultados, vinculados a um determinado plano de execução. Portanto, a agilidade da agência reguladora e a sua dedicação ao controle de eficiência dos serviços privatizados não contempla a tradicional burocracia do Estado.

¹⁸ Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 15ª Edição, 1990, ed. RT, p. 310.

¹⁹ “Não se qualificou, porém, nessa lei orgânica da administração pública federal, ou em qualquer outra, diferenciação entre autarquias comuns e autarquias de regime especial. Unicamente leis especiais têm facultado a certas autarquias um grau mais intenso de autonomia operacional”. (Caio Tácito, *Parecer Ensino Superior Oficial. Autarquia ou Fundação?*, cit. ant., p. 6

²⁰ *Direito Administrativo Brasileiro*, cit. ant., p. 310.

É claro que as agências não possuem “cheque em branco” para agir como bem entendem, divorciada do princípio da legalidade, eis que vinculada a este princípio por submissão aos comandos legais voltados para a administração pública direta e indireta.²¹

Possuem, contudo, uma margem maior de discricionariedade, estimulada, por óbvio, pela lei e decretos reguladores, que fiéis a nova era do serviço público entregue ao ente de direito privado, com o objetivo de ser moderno e mais econômico ao consumidor, fixou a personalidade jurídica das agências reguladoras como autarquias especiais.

Por esta órbita, a supervisão ministerial visará assegurar o estatuído no artigo 26, do Decreto-lei 200/67, *verbis*:

“Art. 26 – No que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente: I – A realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade; II – A harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade; III – A eficiência administrativa, operacional e financeira da entidade.”

Se de um lado existe uma grande margem de atuação administrativa das agências reguladoras, por certo que seus atos deverão guardar sintonia com os princípios constitucionais voltados para a Administração Pública em geral, evitando-se abusos ou excessos de poder.

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 aferoados as 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.

INDEPENDÊNCIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Para a obtenção de uma regulação eficiente e atual, as agências foram dotadas pela lei de certa independência²², necessária para alcançar a sua finalidade de fiscalizar e regulamentar os setores de infra-estrutura respectivos.

E Arnoldo Wold identifica a independência que caracteriza uma agência reguladora em quatro dimensões: a independência decisória, a independência de objetivos, a independência de instrumentos e a independência financeira:

²¹ “As leis que criaram as Agências fixam as suas finalidades, sendo que o art. 19 da Lei 9.472/97, estipula à Agência Nacional de Telecomunicações que adote medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, impessoalidade e publicidade.”

²² “A independência jurídica é a que coloca a pessoa fora da autoridade de outrem para que possa agir por si mesma, não necessitando da intervenção de outrem para que pratique os atos jurídicos de seu interesse. É situação decorrente da capacidade jurídica, como a dependência demonstra a incapacidade. Em relação as instituições, a independência jurídica se apresenta como ausência de qualquer mando ou autoridade de outro órgão na sua administração, embora possa existir entre eles uma certa interferência de ordem administrativa, em virtude da qual tenham que atuar ou agir em harmonia, na defesa de interesses comuns.

É o caso dos poderes públicos, independentes e harmônicos entre si. Neles, como se evidencia, está a exata compreensão do sentido independência, na acepção jurídica, relativa às instituições: cada uma é independente no exercício das suas funções e atribuições, de modo que uma não investe no poder jurisdicional da outra. Mas é independência relativa, pois que entre si há uma interdependência que as orientam e harmonizam para a realização de objetivos de interesse comum.” (De Plácido Silva, *Vocabulário Jurídico*, atualizado por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela, 13ª ed., ed. Forense, p. 425)

“A independência decisória consiste na capacidade da agência de resistir à pressões de grupos de interesse no curto prazo. Procedimentos para a nomeação e demissão de dirigentes, associados com a fixação de mandatos longos, escalonados e não coincidentes com o ciclo eleitoral são arranjos que procuram isolar a direção da agência de interferências indesejáveis tanto por parte do Governo quanto da indústria regulada. A independência de objetivos compreende a escolha de objetivos que não conflitem 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. Finalmente, a independência financeira refere-se à disponibilidade de recursos materiais e humanos suficientes para a execução das atividades de regulação.”²³

E para alcançar a tão almejada independência, o legislador²⁴ criou expedientes próprios, com o objetivo de possibilitar o funcionamento harmônico e independente da agência reguladora frente ao Ministério fiscalizador da sua atuação gerencial:

“Autarquias especiais, as Agências Reguladoras assumem as atribuições próprias do poder concedente, inclusive com poderes normativos.”²⁵

No geral, os comandos legais que criaram as agências estipularam que elas serão dirigidas por um Diretor-Geral e quatro Diretores, em regime colegiado, com funções específicas, sendo que um deles funciona como ouvidor, com a função de zelar pela qualidade do serviço público privatizado, recebendo, apurando e solucionando as reclamações dos usuários.

Sendo nomeados pelo Presidente da República, com prévia aprovação do Senado Federal, nos termos da alínea “f”, do inciso III, do artigo 52 da Constituição Federal, bem como com característica especial de possuírem garantia capaz de ofuscar a dispensa imotivada.

Aliás, esta é uma questão bem intrigante, uma vez que alguns comandos legais criadores das aludidas agências preconizam expressamente que seus dirigentes possuem estabilidade, ao passo que outros fixam a impossibilidade da exoneração imotivada, a saber:

- O §2º do art. 8º da Lei 9.472/97 caracteriza a Agência Nacional de Telecomunicações pela ausência de subordinação hierárquica, “mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira”;
- Já a ANEEL, por submissão ao art. 8º da Lei 9.427/96, possui um estágio probatório de quatro meses iniciais, findo os quais é assegurado o pleno e integral exercício do seu dirigente, que somente perderá o cargo antes do

²³ Arnaldo Wald e Luiza Rangel Moraes, “Agências Reguladoras”, *Revista de Informação Legislativa*, 141 – Janeiro/Março de 1999, Senado Federal, p. 146.

²⁴ De forma expressa o parágrafo único do art. 4º da Lei n.º 9.782/99, que criou a Agência Nacional de Vigilância deixou assente a sua independência administrativa: “Parágrafo Único – A natureza da autarquia especial conferida à Agência é caracterizada pela independência administrativa, estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.”. Por sua vez, o §2º do art. 8 da Lei 9.472/97, também preconiza expressamente a independência da Agência Nacional de Telecomunicações: “§2º - A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira”.

²⁵ Caio Tácito “A Reforma do Estado e a Modernidade Administrativa”, in *RDA* 215:5

fim do seu mandato, em qualquer época, se praticar ato de improbidade administrativa, tiver condenação penal transitada em julgado, ou descumprir injustificadamente o contrato gestão;

- Por sua vez, a Lei 9.782/99, garante aos dirigentes da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, a estabilidade (parágrafo único do art. 3º): “*Parágrafo único – A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada pela independência administrativa, estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira, e...*”.

Apesar da Lei 9.478/97 (que criou a ANP) ser omissa quanto a estabilidade dos seus dirigentes, extraem-se considerações que, apesar de vetado o seu art. 12, as razões que embasaram a sua rejeição não são incompatíveis com a garantia de que não ocorra a dispensa imotivada dos seus dirigentes.

Esta era a redação do vetado art.12 da citada lei:

“Art. 12 – Os membros da Diretoria da ANP somente poderão ser exonerados em razão de: I – condenação penal, transitado em julgado; II – prática de ato de improbidade apurado em processo administrativo; III – violação administrativa grave ou descumprimento manifesto de suas atribuições, reconhecidos em decisão fundamentada do Senado Federal, por provocação do Presidente da República. Parágrafo único – Nas hipóteses deste artigo, o Presidente da República poderá afastar temporariamente do cargo de Diretor sob investigação, até decisão final do Senado Federal”.

E as razões que serviram para banir o artigo 12 do cenário legal da Lei 9.478/97, tiveram como “foco de mira” a inconstitucionalidade apenas do inc. III²⁶ do aludido artigo, não refutando a garantia da impossibilidade de dispensa imotivada dos dirigentes da ANP.

Isto porque, no caso expresso das agências reguladoras, os seus dirigentes são indicados pelo Presidente da República com a aprovação pelo Senado Federal, sendo certo que, neste caso, tanto faz o agente público ser estável ou não, pois só poderá ser exonerado se não cumprir a cláusula do *during good behavior* à coletividade, após a aferição em procedimento administrativo, em conformidade com o art. 5º, LV da CF.

A punição máxima para representante de uma agência somente poderá ser consumada com a prova inequívoca de que o administrador não está cumprindo com a cláusula de bem servir a coletividade (*during good behavior*), descumprindo a própria finalidade da sua nomeação.

Jamais será permitido que haja a dispensa imotivada do dirigente da ANP, que apesar de não possuir expressamente a estabilidade, possui a independência como “bandeira” de uma atuação, em busca das metas traçadas para a agência que comanda.

²⁶ “Razões do veto: Por inconstitucional, pois o inciso III do art. 12 condiciona a exoneração de membros da Diretoria da ANP pelo Presidente da República ao reconhecimento pelo Senado Federal, em decisão fundamentada, numa flagrante ingerência em área de competência privativa do Presidente da República, qual seja a de dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal (CF art. 84, VI), configurando-se assim infringência ao princípio da independência dos poderes reconhecido pela Constituição Federal em seu art. 2º.”

Nessa esteira, a dispensa imotivada serviria para infringir a própria independência²⁷ que deverá reger a respectiva autarquia especial.

Os exercentes do cargo de direção das agências não podem manter vínculos com qualquer empresa concessionária, permissionária, autorizada, produtor independente, autoprodutor ou prestador de serviço contratado dessas empresas sob regulamentação ou fiscalização da autarquia, sendo que estas incompatibilidades variam de cada segmento que está a seu cargo regular.

Portanto, a independência funcional dos dirigentes das agências funciona como verdadeiro pressuposto para que eles exerçam seus misteres com autonomia e dinamismo, traçando e fiscalizando o cumprimento das metas previamente estipuladas para a prestação do serviço público correspondente.

Assim, a garantia da dispensa imotivada, inamovibilidade dos diretores e dos métodos de escolha e destituição desses dirigentes²⁸, alicerçados a devida autonomia financeira, com geração de recursos próprios por meio de imposição de taxa de regulamentação ou de fiscalização, instituída na própria lei de criação do ente regulador, possui o ingrediente especial da independência das agências, ou seja, estas providências possuem a finalidade de dotarem as aludidas agências de flexibilidade e autonomia, capaz de gerar independência administrativa.

Corroborando o que foi dito, o art. 4º da recente Lei 9.782/99, ciente das necessidades administrativas da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, deixou expresso que a sua atuação se dará com independência:

“Art. 4º - A Agência atuará como entidade administrativa independente, sendo-lhe assegurada, nos termos desta Lei, as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de suas atribuições.”

Possuem, assim, as agências, independentemente da literalidade das suas leis instituidoras, a autonomia e independência necessárias para a consecução dos seus objetivos.

Não resta dúvida que a independência das agências reguladas pela lei (independência legal), se agregam a independência real, fruto de outros fatores que não se confundem com as disposições legislativas, tais como o relacionamento entre a agência, o Governo e a indústria regulada, além da escolha qualificativa do seu corpo técnico, com a aplicação e disponibilidade de recursos para o seu funcionamento.

Esta independência real se afigura como mais um componente das agências para seguirem as suas trilhas preestabelecidas, sendo a autonomia o fator necessário para o atingimento das suas finalidades.

Não vai daí um salvo conduto para que haja, à título de independência real, um transbordamento das próprias prerrogativas legais, pois serão ilegítimos atos administrativos baixados sob o rótulo da ilegalidade.

O ex-Diretor adjunto do Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica – DNAEE, Demóstenes Barbosa da Silva, em artigo

²⁷ “Por ello se han creado, en gran cantidad, estas administraciones instrumentales, normalmente dotados de una conducción colegiada, capaces de atender con independencia de criterio, objetividad, autonomía funcional y solvencia técnica (trasdisciplinar), a los numerosos conflictos que ocasiona un área de actividad tan sensible como la de los servicios públicos”. (Daniel Fernando Socia, “El Agotamiento de la Vía en el Proceso Administrativo da la Provincia de Buenos Aires”, *in Revista de Derecho Administrativo n.ºs 24/26, año 9*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 60).

²⁸ Em *Humphrey’s Executor x United States*, decidido em 1935, a Corte Suprema Norteamericana negou ao Presidente a faculdade de remover discricionariamente os membros da Comissão Federal de Comércio, podendo praticar tal ato somente nas causas previstas em lei.

“Função Regulatória do Setor Elétrico²⁹”, destacou:

a) o regulador deve ter legitimidade político-administrativa no desempenho da regulação dos serviços, que, no Brasil, passa pela ativação do canal de comunicação com o Conselho dos Consumidores, criado pela Lei n.º 8.631, de 4 de março de 1993; b) deve ter uma clara e assegurada autonomia na condução do processo decisório sobre tarifas; c) sua direção deve ser estável, protegida contra pressões naturais da própria indústria de energia elétrica; e d) sempre que possível ou pertinente, o processo regulatório deve ser desempenhado descentralizadamente, em articulação com esferas governamentais mais próximas do mercado para o qual estão sendo prestados os serviços.”

Guardadas as devidas peculiaridades, o grau de independência das agências vem concebido em suas leis criadoras, umas com grau mais elevado que outras, com alguns comprometimentos, necessários para a regulação eficiente e sólida das empresas prestadoras do serviço público.

Este tempero se faz necessário, pois a direção do serviço público pertence ao Estado, que através do ente regulador encontra o mecanismo correto para o bom funcionamento dos serviços públicos prestados pelos particulares.

Nessa moldura, Tawil adverte a independência política da agência reguladora. “Admitido que la dirección del servicio público pertenece al Estado, corresponde examinar si esa atribución debe ser ejercida por el ente regulador o por algún otro órgano o persona estatal. (...)”

Desde esta óptica, “el papel atribuido a los entes reguladores debe ser necesariamente distinto al del Estado concedente a fin de evitar conflictos de interés y asegurar la transparencia del sistema. Mientras que los entes reguladores deben ser esencialmente organismos técnicos independientes del poder político cuyo objetivo es verificar y asegurar la calidad de los servicios comprometidos, el Estado concedente es una de las partes de una relación contractual de derecho público cuya actividad se rige por criterios políticos y que, como tal, carece de la independencia necesaria para pronunciarse en situaciones de conflicto con aquél a quien le transfirió el servicio³⁰.”

FINS E OBJETIVOS QUE PERSEGUEM

Os respectivos ordenamentos legais estabelecem os distintos fins específicos que perseguem as agências reguladoras, configurando e delimitando as suas competências, conforme o princípio da especialidade.

No caso da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, além das incumbências prescritas nos artigos 29 e 30 da Lei n.º 9.987, de 13 de fevereiro de 1995, compete-lhe:

a) 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 n.º 9.074/95;

²⁹ Publicado na Gazeta Mercantil em 10/4/96

³⁰ “Derecho Administrativo”, obra Coletiva Em Homenagem ao Professor Miguel S. Marienthoff, organizado por Juan Carlos Cassagne, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 1358.

b) promover as licitações destinadas à contratação de concessionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para o aproveitamento de potenciais hidráulicos;

c) definir o aproveitamento ótimo de que tratam os §§ 2º e 3º do artigo 5º da Lei 9.074/95;

d) 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;

e) dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores;

f) fixar os critérios para cálculo do preço de transporte de que trata o § 6º do artigo 15 da Lei n.º 9.076/95 e; g) articular com o órgão regulador do setor de combustíveis fósseis e gás natural os critérios para fixação dos preços de transportes desses 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 9472/97 fixou para a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL a sua atuação embasada pela independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, elencando como atribuições, dentre outras:

a) implementar a política nacional de telecomunicações;

b) representar o Brasil nos organismos internacionais;

c) adotar medidas a que se referem os incisos I a IV do art. 18 da lei em comento;

d) expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público;

e) editar atos de outorga e extinção do regime público;

f) celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções;

g) controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços prestados no regime público, podendo homologar reajustes;

h) administrar o espectro da radiofrequência e o uso de radiofrequência e de órbita, fiscalizando e aplicando sanções;

i) expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado;

j) expedir e extinguir autorização para prestação de serviço no regime privado, bem como aplicando sanções;

k) expedir normas e padrões de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem;

l) expedir ou reconhecer a certificação de produtos;

m) realizar busca e apreensão de bens no âmbito de sua competência;

n) deliberar na esfera quanto à interpretação da legislação de telecomunicações e sobre os casos omissos;

o) compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações;

p) reprimir infrações dos direitos dos usuários;

q) arrecadar e aplicar suas receitas;

r) aprovar o seu regimento interno,

s) contratar pessoal por prazo determinado e etc.

Já a Agência Nacional de Vigilância Sanitária tem por finalidade institucional promover a 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 de fronteiras, devendo:

- a) coordenar o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária;
- b) fomentar e realizar estudos e pesquisas relacionadas com as suas atribuições;
- c) estabelecer, propor, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações de vigilância sanitária;
- d) estabelecer normas e padrões sobre limites de contaminantes, resíduos tóxicos, desinfetantes, metais pesados e outros que envolvem risco à saúde;
- e) coordenar as ações de vigilância sanitária realizados por todos os laboratórios de controle de qualidade em saúde;
- f) estabelecer, coordenar e monitorar os sistemas de vigilância toxicológica e farmacológica;
- g) promover a revisão e atualização periódica da farmacopéia e etc.

Por fim, a Lei 9478/96 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, elencando como finalidade da ANP a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, cabendo-lhe (art. 8º):

- a) implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional do petróleo e gás natural; contida na política energética nacional;
- b) promover estudos visando à delimitação de blocos, para efeito de concessão das atividades de exploração, desenvolvimento e produção;
- c) regular a execução de serviços de geofísica aplicados à prospecção petrolífera, visando ao levantamento de dados técnicos, destinados à comercialização, em bases não exclusivas;
- d) 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;
- e) autorizar a prática das atividades de refinação, processamento, transporte, importação e exportação, na forma estabelecida nesta Lei e sua regulamentação;
- f) estabelecer critérios para o cálculo de tarifas de transporte dutoviário e arbitrar seus valores, nos casos e da forma prevista nesta lei;
- g) 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;
- h) 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;
- i) estimular à pesquisa e a adoção de novas tecnologias na exploração, produção, transporte, refino e processamento e etc.

Além das atribuições que são conferidas a ANP pelo Art. 8º da Lei 9.478/97, o preceito subsequente do comando legal citado, estabelece que a partir da sua implantação, fica responsável pelas atribuições do Departamento Nacional de Combustíveis – DNC, relacionadas com as atividades de distribuição e revenda de derivados de petróleo e álcool.

Como se nota, a política legislativa consagrou diversos objetivos para as agências reguladoras, que requerem harmonização recíproca para que o sistema possa funcionar de forma integrada. Dentro desta vertente, se constata que a razão maior elencada pelos comandos legais citados, possui como objetivo garantir a proteção dos usuários, com a continuidade dos serviços, com menor custo e maior eficiência.

Juan Carlos Cassagne,³¹ em laço de extrema felicidade sublinha:

³¹ “Los Nuevos Entes Regulatorios”, Revista de Derecho Administrativo, ano 5, 1993, ed. Depalma, Buenos Aires, p. 488

“En tal sentido, los entes regulatorios no se limitan sólo a la tutela de los usuarios ni a ejercer su representación, ya que tienen que cumplir todos los fines que han justificado su creación mediante una serie de funciones – que superan el esquema estricto de la división de poderes – tendientes a resguardar los derechos e intereses de los diferentes protagonistas que se relacionan con la actividad prestacional.”

A seguir, o ilustre mestre portenho destaca a função básica e os objetivos dos entes reguladores:³²

“Su función básica consiste en lograr una armonía participativa entre los intereses en juego y contribuir, de ese modo, a que se alcance la armonía social, mediante procedimientos más innovadores, como el de las audiencias públicas. Entre los objetivos que se han atribuido a los entes regulatorios se destacan el relacionado con la promoción de la competencia, la defensa del mercado y de las libertades económicas de las personas vinculadas a la prestación de los servicios públicos, junto a la justicia y razonabilidad de las tarifas. Esta nueva función estatal, que tiende a proteger el funcionamiento eficiente de todo el ciclo económico con el propósito de mejorar la calidad de vida de las personas, viene a invertir la función que antaño cumplía el Estado en campo de la regulación económica, donde el poder de policía operaba mediante mecanismos que alteraban artificialmente la oferta y la demanda o las decisiones que corresponden al mercado.”

E Roberto Dromi,³³ aduz:

“Los entes reguladores son aquellos que, creados por ley o por decreto, supervisan y controlan el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los concesionarios, licenciatarios o permisionarios de servicios públicos en lo inherente a condiciones de seguridad y calidad de su prestación, así como también en cuanto a inversiones comprometidas, mantenimiento y uso de los bienes públicos afectados al servicio, tarifas, relaciones con los usuarios y defensa del medio ambiente.”

Dotado de objetivos e finalidades próprias, as agências reguladoras perseguem a harmonia entre a prestação de serviços públicos feita por empresas privadas, com regularidade, eficiência, qualidade e custo razoável para o usuário do serviço. Estes objetivos funcionam como pedra angular das aludidas agências.

AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO DIREITO COMPARADO

Foi no direito norte-americano que se verificou o modelo das agências.

Todavía, o vocábulo agência naquele país tem sentido amplo, e segundo a Lei de Procedimientos Administrativos (Administrative Procedure ACT), abrange “qualquer autoridade do governo dos Estados Unidos, esteja ou não sujeita ao controle de outra agência, com exclusão do Congresso e dos Tribunais.”³⁴

³² *art. cit. ant.*, p. 489

³³ Roberto Dromi, *Empresas Públicas. De Estatales a Privadas*, Ediciones Ciudad Argentina, 1997, Buenos Aires, ps. 85/86.

³⁴ Cf. Maria Sylvania Zanella Di Pietro, *Parcerias na Administração Pública*, 3ª ed., Atlas Jurídico, 1999, 133

Assim, excluídos os Três Poderes do Estado , todas as demais repartições públicas são denominadas de agências.³⁵

Em uma passagem sumária, as agência administrativas são divididas em reguladoras – *regulatory agency* – e não reguladoras – *non regulatory agency*. As agências reguladoras são as que exercem, por delegação do Congresso, poderes normativos e decisão que afetam aos administrados com que se relacionam, condicionando seus direitos, liberdades ou atividades econômicas, resolvendo conflitos entre a própria administração e os mesmos cidadãos. Já as agências não reguladoras eram aquelas caracterizadas do Estado do bem-estar, de serviços sociais cuja a atividade se reduzia a reconhecer benefícios e ajudar aos mais desfavorecidos.

Outra diferença verificada é que as agências executivas – *executive agency* – e independentes – *independ regulatory agency or commissions* -, reside na limitação do poder de destituição pelo Presidente, do pessoal que dirige a agência reguladora. Por sua vez, a agência não reguladora pode ter os seus dirigentes exonerados sumariamente pelo Presidente.

O fenômeno das agências marcaram a transformação dos serviços públicos, que deixaram de ser prestados diretamente pelo Estado, passando para os particulares tal tarefa. Este novo quadro significa que os modelos anglo-saxão e norte-americano não seguiram o tradicional modelo francês adotado pela Europa continental e pelo nosso país, pois o Estado fica com a incumbência de regular os serviços públicos prestados pelo ente de direito privado.

Nessa moldura, Héctor A. Mairal destaca que a Argentina imitou o modelo norte-americano, tecendo considerações sobre a diferença de sistemas.³⁶

“La cesación de la prestación de los servicios públicos por el Estado, su asignación a los particulares y la creación de entes reguladores para controlar su funcionamiento, significa una imitación de modelos anglosajones y el abandono del tradicional modelo francés seguido hasta ahora. Se pasa así de la tradicional teoría del servicio público desarrollada en la Europa continental, a un modelo más cercano al public utility del derecho norteamericano e inglés, o sea, del servicio público como actividad estatal delegada a los particulares, al servicio público como actividad privada reglamentada por el Estado. De los tres modelos posibles de regulación que define Ariño Ortiz (la actividad reglamentada, el servicio público y la nacionalización), la Argentina ha abandonado la nacionalización para pasar a un sistema de actividades reglamentadas, sistema que en nuestro país cabe calificar de servicio público aunque con notas diferenciales a los del clásico modelo de Europa continental. Ello con la advertencia de que tal clásico modelo está siendo actualmente objeto de revisión en Europa, comenzando a aperecer datos tomados del sistema norteamericano. Como dice Ariño Ortiz : “El viejo concepto de titularidad estatal de las actividades declaradas servicios públicos en sentido estricto está en crisis – aunque todavía se plasme en las leyes – ante las exigencias de un mercado abierto en el eu se prohíben los monopolios comerciales, se declara la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento de un país a outro, se reducen a su mínima expresión dos llamados sectores <estratégicos> y se recupera, en una palabra, la idea de

³⁵ “Nos Estados Unidos, falar em Administração Pública significa falar nas agências, excluído do conceito de Poder Executivo.” (*ob. cit.*, p. 133)

³⁶ “La Ideología Del Servicio Público”, in *Revista de Derecho Administrativo* n.º 12, ano 5, 1993, ed. Depalma, Buenos Aires, p. 418/419

mercado y competencia incluso en aquellos sectores tradicionalmente considerados <monopolios naturales>. Esto há ocurrido, total e parcialmente, en sectores com el petróleo y sus derivados, la producción y suministro de gas, las telecomunicaciones, la navegación aérea o la generación de electricidad.”

As agências nos Estados Unidos, como já dito anteriormente, são classificadas como reguladoras (*regulatory agency*), e as não reguladoras (*non regulatory agency*), possuindo poderes delegados pelo Congresso para baixar as normas necessárias para o desempenho das suas atividades.³⁷

“As agências recebem funções quase-legislativas, porque editam normas; e funções quase-judiciais, porque resolvem determinados conflitos de interesses, determinando o direito aplicável para solucioná-los. A função quase-judicial é aceita sem maiores contestações, uma vez que submetida ao controle dos Tribunais, mas passou por toda uma evolução, no sentido da ampliação desse controle.

A função quase-legislativa tem sido objeto de grandes contestações, tendo em vista principalmente a idéia de indelegabilidade de poder, decorrente do princípio da separação de poderes, bastante rígido no direito norte-americano; esse princípio impede que o Legislativo delegue sua função de legislar a órgãos de outros Poderes.”

À guisa de ilustração, como o tema é polêmico, gerando inúmeras indagações por parte das várias correntes doutrinárias, analizaremos o caso concreto do direito pátrio, em especial a atuação da ANP, que tem “como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo...” (art. 8 da Lei 9.478/97), bem como baixar regulamentação (art. 36) própria para fins de licitação que prescede a outorga dos contratos de concessão referidos no art. 23 da lei *sub-oculis*.

Nessa vertente, a lei *genesis* permite que a ANP funcione como órgão normativo do segmento ao qual regula, baixando competentes Portarias, tal como a de nº 6, de 12 de janeiro de 1999, que aprova o regulamento dos procedimentos para a realização de licitação de blocos destinados à contratação das atividades de exploração desenvolvimento e produção de petróleo e de gás natural.

Por igual, a Portaria 29, de 09 de fevereiro de 1999, do Diretor-Geral da ANP, revoga Portaria n.º 8, de 16.01.97, do MME e regula a atividade de distribuição de petróleo.

Instado a se manifestar sobre a legalidade de Portaria normatizadora similar às citadas, o Superior Tribunal de Justiça, “espancou” qualquer dúvida sobre a legalidade das mesmas, impondo a obrigação do administrado em segui-la fielmente:

“... IV – É lícito ao Ministro de Minas e Energia restringir, em Portaria, a prática de operações interestaduais, envolvendo compra e venda de produtos do petróleo (CF. Art. 155, X, b e Art. 174). V – Se o posto varejista negocia combustíveis cuja origem não corresponde a sua bandeira, ele estará enganando o consumidor e se locupletando às custas do titular do logotipo. VI – O Ministro das Minas e Energia dispõe de autoridade para, em Portaria, impedir que o granelista venda combustível ao varejista ligado a bandeira que não a sua. Em assim fazendo, não ultrapassa os limites do poder de polícia.”³⁸

³⁷ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *ob. cit. ant.*, p. 134

³⁸ STJ, MS nº 4.578 (96.0035654-8), Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 1ª Seção, julgado em 23.09.98, DJ de 18.12.98.

Dessa forma, motivada por interesse público, e no legítimo direito de intervenção do órgão público, a ANP, objetivando normatizar o setor de distribuição de combustíveis, vem editando as suas competentes Portarias, visando cumprir as metas traçadas pela lei de sua criação.

Voltando ao direito comparado, na Argentina, a Lei 24.076 cria e estipula os objetivos da Agência Nacional Reguladora de Gás – ENERGÁS, assim elencados:

- a) proteção adequadas aos direitos dos consumidores;
- b) promover a competitividade dos mercados de oferta e demanda de gás natural;
- c) possibilitar uma melhor operação, confiabilidade, igualdade, livre acesso, sem discriminação e uso generalizado dos serviços e instalações de transporte e distribuição de gás natural;
- d) regular as atividades de transporte e distribuição de gás natural, assegurando que as tarifas sejam justas e razoáveis;
- e) incentivar a eficiência no transporte e distribuição e uso de gás natural; f) incentivar o uso racional de gás natural, velando por uma adequada proteção do meio ambiente.

A sua vez, a Lei 24.065 cria o ente Nacional Regulador da Eletricidade – ENRE, e o seu artigo 2 estipula as suas metas:

- a) proteger adequadamente os direitos dos usuários;
- b) promover a competitividade dos mercados de produção e demanda de eletricidade;
- c) promover a operação, confiabilidade, igualdade e livre acesso, sem discriminação e uso generalizado dos serviços e instalação de transporte e distribuição de eletricidade;
- d) regular as atividades do transporte e distribuição de eletricidade, assegurando que as tarifas sejam justas e razoáveis;
- e) incentivar o abastecimento, transporte, distribuição e uso eficiente da eletricidade, fixando metodologias tarifárias apropriadas; e) alentar a realização da produção, transporte e distribuição, assegurando a competitividade dos mercados.

Já no que pertine ao serviço telefônico, o artigo 8º do Decreto 1.185/90, estatui que os fins da Comissão Nacional de Telecomunicações – CNT consistem em:

- a) assegurar a regularidade, continuidade, igualdade e generalidade dos serviços;
- c) a promoção do caráter universal do serviço básico telefônico com preços justos e razoáveis;
- c) lograr uma competência leal e efetiva dos que estão sujeitos ao regime de exclusividade.

Por sua parte, o art. 2º, do Decreto 999/92 estabelece uma série de objetivos para os serviços públicos de provisão de água potável e a expansão do sistema, mantendo os mesmos princípios elencados para as outras Agências Reguladoras.

E inúmeros outros exemplos existem em países vizinhos ao nosso, apenas, para não dar maior dimensão ao presente tópico, encerramos no exemplo argentino, em face da sua similitude com as agências reguladoras do Brasil.

CONCLUSÃO

Efetivamente muito se disse, aqui como no Exterior, sobre a hipertrofia do Estado, sobre o Estado do bem estar e sobre o Estado Empresário – vivíamos momento em tudo diferente, convivendo com os conceitos programáticos do NEW DEAL, da Nova Fronteira e da Grande Sociedade, para lembrarmos os exemplos mais eloqüentes importados dos Estados Unidos. Em todos eles, em menor ou maior densidade, pregava-se o desenvolvimento orgânico do Estado, indutor da multiplicação de pessoas administrativas, batizadas com inspiração conceitual de criaturas do Estado.

Entre nós, notadamente nos Governos Militares, o Estado afirmou-se como o grande investidor - política que o exauriu ao longo do tempo - , e que o levou a aumentar o número de entidades paraestatais, todas com personalidade jurídica própria, geradas com fim específico (princípio da especialidade).

As companhias de transportes, as de geração e distribuição de energia, as de telecomunicações, as de extração de petróleo, habitando o setor de produção e nele explorando monopólios, passaram a cumprir dinamicamente os seus objetos sociais. E nesse dia-a-dia, de prestação de serviços públicos, *latu sensu*, o exercício da atividade fim tinha no contrato administrativo a sua espinha dorsal. Fazer fazer, eis a fórmula praticada.

O Contrato Administrativo passou a ter importância estratégica, agasalhando-se em doutrina de favorecimento, que por vezes colocou em conflito a espécie e o gênero.

Enquanto a capacidade de investimento concentrava-se no setor público, o primado do interesse coletivo, visto como dogma, justificou a adoção do regime jurídico especial e a presença das cláusulas exorbitantes no Contrato Administrativo. No momento em que exaurido, o Estado vende os seus grandes ativos, privatizando-os, o nosso instituto, sem perder importância, muda de roupagem.

A espécie aproxima-se do gênero e nesse movimento as duas grandes armas do cidadão, estão numa Regulamentação eficiente e sobretudo num bom contrato de concessão, capaz de contemplar o adequado exercício do serviço público *vis a vis* dos direitos do usuário cidadão.

Tempos de globalização são tempos novos e neles o direito tem de se revigorar.

A doutrina não pode repetir velhos chavões. O desafio para quem escreve, passa pela criatividade, antes de tudo. Afinal, se não for assim não haverá contribuição e será inevitável a revolta dos fatos contra o direito, de que nos fala Ripert.

Ninguém ousa discordar que a expansão da intervenção pública nas atividades econômicas privadas determina uma correspondente dilatação da ingerência dos órgãos administrativos no exercício da autonomia contratual, e que este processo corresponde a uma linha de tendência provavelmente irreversível; de onde poderia retirar-se a conclusão de que o papel do contrato está destinado a ser, cada vez mais, comprimido e circunscrito a nova realidade econômica do país que exige verdadeira terceirização de algumas funções públicas. Este é, no entanto, apenas um aspecto da evolução das relações do Estado Moderno, com a coletividade, visto ser o contrato o instrumento cada vez mais utilizado e necessário para as finalidades da ação administrativa, quando contrai com o particular determinados direitos e obrigações.

Não se admite mais, que em plena mudança de século, onde os entes públicos navegam intensamente no tráfego contratual com os sujeitos privados, e no mesmo plano destes, haja contrato leonino e desproporcional à realização do negócio jurídico.

Ratificando o que acabamos de afirmar, Enzo Roppo, exemplifica:

“...para um exemplo de fácil perceptibilidade, pense-se nos contratos de fornecimento estipulado pelas administrações públicas com empresas privadas, para conseguir os bens e os serviços necessários ao cumprimento dos seus compromissos cada vez mais vastos. Solicitados, por causa das profundas transformações determinadas na organização do capitalismo e nas relações entre Estado e economia, a intervir diretamente no mercado e a participar como protagonista nas transferências de riqueza que aí tem lugar, os aparelhos

administrativos servem-se sem mais, para este fim, do instrumento clássico das operações que implicam transferências de riqueza – justamente o contrato. Quando tal acontece, ao contrato entre privada e ente público aplicam-se, em linha de princípio, as regras comuns do direito contratual, as mesmas que se aplicariam se o contrato tivesse sido concluído entre dois sujeitos privados: fala-se, de fato, a este respeito de contratos “de direito privado” da administração pública.”³⁹

A seguir, o citado mestre italiano, compassado com a modernidade do tema, aduz: “É um exemplo significativo daquele emprego crescente do direito privado em função do “direito comum a operadores públicos e privados” (M.S. Giannini), que caracteriza uma época em que o Estado e os outros aparelhos públicos assumem, com tanta freqüência, vestes de protagonistas diretos das trocas econômicas. A identidade de disciplina não pode, no entanto, ser absoluta, porque o regime jurídico dos contratos – embora seja “de direito privado” – dos quais seja parte um ente público, resulta necessariamente, influenciado pela natureza peculiar do sujeito e dos interesses de que este é portador. Sob este aspecto, os traços mais relevantes da sua disciplina respeitam, por um lado, ao procedimento necessário para que a “vontade contratual” do contratante público possa dizer-se regularmente formada e manifestada, e, por outro, à exigência de controles destinados a garantir a legitimidade da operação e a sua conformidade com o interesse público.”⁴⁰

Tem-se, portanto, que o mundo moderno exige da administração pública uma intensificação das suas relações com os particulares, no intuito de que seja prestado serviço à coletividade com qualidade e eficiência, tudo em nome do interesse público e da modernidade.

Nesse diapasão, surgiram as agências reguladoras, com a função específica de zelar pela boa e eficiente prestação de serviços das empresas que venceram os leilões de privatizações, prestando serviços diretamente à coletividade.

Os novos tempos levaram o atual Governo a percorrer a trilha da maior eficiência funcional e estrutural, ensejando a “reforma gerencial do Estado Brasileiro”.

Uma das salutares medidas implementadas pelo Estado foi a criação da Agência Reguladora, que terá o futuro como o julgador dos seus atos.

³⁹ “Il Contratto”, Enzo Roppo, Società Editrice il mulino, Bologna, ps. 342/343;

⁴⁰ ob. cit, ant. p. 343