MÁRCIA MARIA KOZONARA

**A IMPORTÂNCIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO
CONTEXTO ECONÔMICO BRASILEIRO**

**UNISAL
SÃO PAULO
2009**

MÁRCIA MARIA KOZONARA

**A IMPORTÂNCIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO
CONTEXTO ECONÔMICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada como exigência parcial para a obtenção do título de especialista em Direito Econômico no Curso de Especialização *lato sensu* do Centro Universitário Salesiano, sob a orientação do Professor Doutor Marcelo José Grimone.

**UNISAL
SÃO PAULO
2009**

K88i Kozonara, Márcia Maria.

A importância das agências reguladoras no contexto econômico brasileiro / Márcia Maria Kozonara; orientador Professor Doutor Marcelo José Grimone. – São Paulo, 2009.
65 f.

Monografia (Especialização *lato sensu* – Curso de Pós-Graduação em Direito Econômico.) – Centro Universitário Salesiano.

1. Agências reguladoras brasileiras: modelo institucional e controle econômico. 2. Constituição econômica de 1988. 3. Direito Administrativo. 4. Direito Econômico.

CDD 340

AUTORA: MÁRCIA MARIA KOZONARA

**TÍTULO: A IMPORTÂNCIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO
CONTEXTO ECONÔMICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada como exigência parcial para a obtenção do título de especialista em Direito Econômico no Curso de Especialização *lato sensu* do Centro Universitário Salesiano, sob a orientação do Professor Doutor Marcelo José Grimone.

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado em ___/___/___, pelo Professor Doutor Marcelo José Grimone.

Professor Doutor Marcelo José Grimone
Centro Universitário Salesiano

UNISAL
SÃO PAULO
2009

Dedico

aos meus pais, pelo carinho, compreensão e incentivo ao longo do curso e, principalmente, por sempre acreditarem em mim.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela inspiração e capacitação diária.

Ao Professor Doutor Marcelo Grimone pela orientação segura e pela motivação constante.

A todos os professores, pelos conhecimentos transmitidos.

E a todos meus amigos, pelos bons momentos de convivência e amizade.

“Legalidade e liberdade são as tábuas da vocação do advogado. Nelas se encerra, para ele, a síntese de todos os mandamentos. Não desertar a justiça, nem cortejá-la. Não lhe faltar com a fidelidade, nem lhe recusar o conselho. Não transfugir da legalidade para a violência, nem trocar a ordem pela anarquia. Não antepor os poderosos aos desvalidos, nem recusar patrocínio a estes contra aqueles. Não servir sem independência à justiça, nem quebrar da verdade ante o poder. Não colaborar em perseguições ou atentados, nem pleitear pela iniquidade ou imoralidade. Não se subtrair à defesa das causas impopulares, nem à das perigosas, quando justas. Onde for apurável um grão, que seja, de verdadeiro direito, não regatear ao atribulado o consolo do amparo judicial. Não proceder, nas consultas, senão com a imparcialidade real do juiz nas sentenças. Não fazer da banca balcão, ou da ciência mercatura. Não ser baixo com os grandes, nem arrogante com os miseráveis. Servir aos opulentos com altivez e aos indigentes com caridade. Amar a pátria, estremecer o próximo, guardar fé em Deus, na verdade e no bem.” (Rui Barbosa)

RESUMO

O presente trabalho apresenta uma análise dos limites e possibilidades da prática do controle econômico pelas agências reguladoras brasileiras em sua primeira década de existência, a partir da influência de duas variáveis: o modelo institucional adotado e os projetos políticos que orientam discursos e práticas de controle econômico das políticas públicas no período. Para tanto, apresenta um quadro conceitual para definição e operacionalização do conceito de controle econômico das políticas públicas, discutindo, os desafios para a concretização de formas amplas de controle econômico no que tange à inclusão de uma grande pluralidade de atores e o aprofundamento e politização do debate.

As agências reguladoras federais foram criadas no governo de Fernando Henrique Cardoso, inspiradas pela experiência internacional, como entes públicos dotados de autonomia em relação ao Poder Executivo. Para a sua criação foi importante a atuação do Congresso e do Conselho da Reforma do Estado, órgão consultivo ligado ao Presidente da República. O texto discute o tema da responsabilização no contexto da nova gestão pública no Brasil, enfocando o caso das agências reguladoras, criadas a partir de 1997, dentro de uma reforma gerencial do Estado. São reconstituídos seu processo de criação e implementação, e o debate atual suscitado pelo novo governo eleito no final de 2002. Assim, com o advento do governo Lula, iniciou-se um debate sobre o grau de autonomia destas agências, questionado a partir do Poder Executivo – Presidente e Ministros.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 ORIGENS HISTÓRICAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	10
1.1 Surgimento das agências reguladoras no quadro jurídico brasileiro.....	11
2 CLASSIFICAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	14
3 OS DESAFIOS DA REGULAÇÃO NO BRASIL.....	18
3.1 Meios de intervenção das agências reguladoras.....	19
4 SISTEMA ECONÔMICO E A CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA DE 1988.....	21
5 A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL: PRINCÍPIOS GERAIS.....	23
6 PODER NORMATIVO.....	27
7 OS ASPECTOS GERAIS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	29
7.1 Função regulatória.....	30
7.2 Natureza jurídica.....	32
7.3 Competência.....	33
7.4 Estrutura e receita.....	34
7.5 Fiscalização e contratos.....	37
7.6 Procedimento administrativo.....	38
8 DIREITO COMPARADO.....	40
9 AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS: MODELO INSTITUCIONAL E CONTROLE ECONÔMICO.....	42
10 AS AGÊNCIAS REGULADORAS E O VÍNCULO DOS SERVIDORES PÚBLICOS.....	45
10.1 As agências reguladoras e os cargos públicos.....	46
11 A CONSTITUIÇÃO E AS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	54
12 O PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NOS DIAS ATUAIS.....	57
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	63
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	64

INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é a elaboração de estudo geral sobre as características que envolvem as agências reguladoras no Brasil, tais como sua função e natureza jurídica.

Com a modernização do Estado administrativo, dos conceitos relacionados aos seus deveres, em especial, na prestação de serviço público adequado e de qualidade, aliado ao princípio do “Estado Bem-Estar”, surgiu o princípio da descentralização.

A descentralização do poder estatal visa facilitar a execução dos objetivos do Estado, para que o mesmo desempenhe suas funções com eficiência técnica, jurídica e financeira, proporcionando aos consumidores dos serviços públicos maior satisfação.

Hoje, a descentralização não se dá apenas com a criação de autarquias tradicionais ou entidades paraestatais, mas sim com a transferência, pelo Estado, do dever de execução de uma atividade a terceiros estranhos à estrutura da administração pública.

Com este modelo de descentralização, aliado à flexibilização dos monopólios estatais e a redução de barreiras à entrada de capital estrangeiro no país surgiram grandes grupos econômicos com interesse em explorar atividades que outrora eram de exclusiva função do Estado, como os serviços de telecomunicações e energia.

Sendo os serviços mencionados de responsabilidade, em última análise, do Estado, pois se traduzem em serviços essenciais ao bem comum, foram criadas, para sua segurança e controle, Agências Reguladoras cuja função é ditar as normas de condução entre os agentes envolvidos, ou seja, o Poder Público, o prestador de serviços, e os usuários.

1 ORIGENS HISTÓRICAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Existem três fases distintas da evolução da intervenção do Estado na economia. A primeira fase se passa no fim do século XIX e começo do século XX, em que o Estado se apresentava como um ente que prestaria a segurança, a justiça e os serviços públicos, galgado nas teorias liberalistas, de intervenção mínima.

Na segunda fase, o Estado molda-se de forma a suprir as necessidades do mercado, decorrentes das grandes guerras, da quebra de bolsas e falências de grandes empresas. Esse novo modelo adotado passou a se chamar *welfare state*, ou seja, estado de bem-estar, em que o Estado deveria intervir na economia, como meio de desenvolvimento social.

Verifica-se a evolução do intervencionismo Estatal na sociedade desde a primeira fase, mesmo quando se vislumbrava um modelo pouco intervencionista, sem que o Estado interferisse na ordem econômica.

O Estado se tornou o ente responsável por uma política distributiva de renda ao intervir e participar no processo de produção de bens de consumo, em que se propôs a ser um mediador, no sentido de regular a atividade econômico-social, embora nem sempre de forma incisiva.

Com o intuito de melhor servir à sociedade, o Estado começou a interferir nas atividades econômicas, através de instrumentos ágeis e independentes, que não sofressem ingerências político-econômicas, mas que da mesma forma exercessem certo controle perante o poder do mercado.

Na Alemanha, por exemplo, esta nova forma de ver a intervenção econômica do Estado é denominada "economia social de mercado", onde deve haver a liberdade econômica como princípio do desenvolvimento social, sem, contudo, esquecer-se do aspecto social, que o próprio sistema capitalista acaba por sufocar. Nesta esteira, é que o Estado deve intervir no plano econômico, fazendo-se presente nos assuntos que interfiram no bem comum.

As chamadas agências, dessa forma, surgiram com o fito de melhor regular a atividade econômica a que elas se destinam, salvaguardando o interesse público e com isso, proporcionando mais dinamismo da atuação estatal na economia.

1.1 Surgimento das agências reguladoras no quadro jurídico brasileiro

As agências reguladoras têm relação direta com as próprias mudanças no modelo de intervenção estatal do Brasil.

Houve três fases do desenvolvimento da ordem jurídico-econômica nacional no último século, que se complementam, sem, contudo, se confundirem:

Na primeira fase, verifica-se que as mudanças ocorridas na legislação brasileira visavam buscar uma maior liberdade econômica, por exemplo, no caso da extinção de restrições ao capital estrangeiro, trazendo com isto maiores investimentos e conseqüentemente maior desenvolvimento econômico ao país.

A segunda fase foi caracterizada pela quebra dos monopólios estatais em vários setores econômicos, que possibilitaram a exploração de determinada atividade econômica não só pelos entes estatais, mas também pela iniciativa privada.

Outra linha de reformas que modificaram a feição da ordem econômica brasileira foi a chamada flexibilização dos monopólios estatais. A Emenda Constitucional nº 5, de 15.08.95, alterou a redação do § 2º do art. 25, abrindo a possibilidade de os Estados-membros concederem às empresas privadas a exploração dos serviços públicos locais de distribuição de gás canalizado, que, anteriormente, só podiam ser delegadas às empresas sob controle acionário estatal. O mesmo se passou com relação aos serviços de telecomunicações e de radiodifusão sonora e de sons e imagens. É que a Emenda Constitucional nº 8, de 15.08.95, modificou o texto do inciso XI e alínea “a” do inciso XII do art. 21, que só admitiam a concessão à empresa estatal. E, na área do petróleo, a Emenda Constitucional nº 9, de 09.11.95, rompeu, igualmente, com o

monopólio estatal facultando à União Federal a contratação com empresas privadas de atividades relativas à pesquisa e lavra de jazidas de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro, a importação, exportação e transporte dos produtos e derivados básicos de petróleo, antes vedados pela CF, art. 177 e § 1º, e pela Lei nº 2.004/51.

Saliente-se, ainda, o importante Programa Nacional de Privatização, realizado pelo Governo Federal Brasileiro com o fito de transferir à iniciativa privada à exploração econômica de determinados serviços, como por exemplo, os serviços telefônicos.

A terceira transformação econômica de relevo – a denominada *privatização* – operou-se sem alteração do texto constitucional, com a edição da Lei nº 8.031, de 12.04.90, que instituiu o Programa Nacional de Privatização, depois substituída pela Lei nº 9.491, de 09.09.97. Entre os objetivos fundamentais do programa incluíram-se, nos termos do art. 1º, incisos I e IV: (I) reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; (II) contribuir para a modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia.(...) Acrescente-se, em desfecho do levantamento aqui empreendido, que, além das Emendas Constitucionais nºs 5, 6, 7, 8 e 9, assim como da Lei 8.031/90, os últimos anos foram marcados por uma fecunda produção legislativa em temas econômicos, que inclui diferentes setores, como: energia (Lei nº 9.247, de 26.12.96), telecomunicações (Lei nº 9.472, de 16.07.97) e petróleo (Lei nº 9.478, de 06.08.97), com a criação das respectivas agências reguladoras; modernização dos portos (Lei nº 8.630, de 25.02.93) e defesa da concorrência (Lei nº 8.884, de 11.06.94); concessões e permissões (Leis nºs 8.987, de 13.02.95 e 9.074, de 07.07.95), para citar alguns exemplos.

É importante ressaltar que apesar da diminuição da intervenção estatal na economia, o mesmo não pode ser considerado como um Estado mínimo, visto que exerce influência econômica, ao regular as atividades que anteriormente eram de sua responsabilidade. Pelo contrário, ao estabelecer regras e formas de intervenção econômica, verifica-se que este deslocou a atuação estatal do campo empresarial, através das empresas públicas, para o

campo da disciplina jurídica, ao ampliar o seu papel na regulação e fiscalização dos serviços públicos e atividades econômicas.

Com isto, o Estado não deixou de ser um fator decisivo. Verifica-se este fato, pela enorme quantidade de textos normativos editados nos últimos anos. Realmente, na década de 90 houve a flexibilização dos monopólios públicos e a consequente abertura de setores ao capital estrangeiro. Foi também nesse período que se introduziu no país uma política específica de proteção ao meio ambiente, limitativa da ação dos agentes econômicos, e se estruturou um sistema de defesa e manutenção das condições de livre concorrência que, embora longe do ideal, constituiu um considerável avanço em relação ao modelo anterior. Nesse ambiente, surgiram as agências reguladoras como instrumento da atuação estatal.

2 CLASSIFICAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Existem diversos meios para classificarmos os tipos de agências reguladoras. Dentre os tipos de classificação podemos enquadrar as agências quanto à sua esfera federativa, como a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL (Lei nº 9.472/97), a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL (Lei nº 9.427/96), a Agência Nacional de Petróleo e Gás - ANP (Lei nº 9.478/97), a Agência Nacional de Águas - ANA (Lei nº 9.984/2000), a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA (Lei nº 9.782/1999), a Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ (Lei nº 10.233/2001), a Agência Nacional de Cinema - ANCINE (MP nº 2.219/01) e a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS (Lei nº 9.961/2000).

Há também agências de competência estadual, como por exemplo, a Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transporte e Comunicações da Bahia (Lei Estadual nº 7.314/98), a Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado do Rio Grande do Sul (Lei Estadual nº 10.931/97) e a Agência Catarinense de Regulação e Controle (Lei Estadual nº 11.355/2000).

Na mesma linha de classificação, há as agências reguladoras municipais como a Agência Municipal de regulação dos Serviços de Saneamento de Cachoeiro do Itapemerim - AGERSA (Lei nº 4.798/99).

Quanto ao seu caráter legal, as agências reguladoras podem ser de *“caráter constitucional, como no caso da ANATEL e a ANP, ou de caráter exclusivamente legal, criadas por lei infraconstitucional, incluindo aqui, todas as demais agências”*, segundo o entendimento de Alexandre Santos Aragão.

A classificação que será adotada na presente pesquisa monográfica é a que se dá segundo a atividade regulada pela Agência. Assim, teríamos as agências reguladoras de serviços públicos (agências reguladoras estaduais e a

ANATEL), as agências reguladoras da exploração de monopólios públicos (ANP), as agências reguladoras da exploração de bens públicos (ANA) e as agências reguladoras de atividade econômicas privadas (ANVISA e ANS).

Várias agências foram criadas no cenário nacional, a partir de 1997. No plano federal, dez agências foram instituídas com característica unissetorial, isto é, especializada no âmbito de cada um dos setores dos serviços concedidos. São elas:

Agências Reguladoras Federais (10)

1. ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica – Brasília
2. ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações – Brasília
3. ANP - Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – Rio de Janeiro
4. ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Brasília
5. ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar – Rio de Janeiro
6. ANA – Agência Nacional de Águas – Brasília
7. ANTT - Agência Nacional de Transportes Terrestres – Brasília
8. ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Brasília
9. ANCINE - Agência Nacional do Cinema – Brasília
10. ANAC - Agência Nacional de Aviação Civil – Brasília

Já nos Estados, vinte e uma agências se encontram atuando. São elas:

Agências Reguladoras Estaduais (21)

1. ADASA - Agência Reguladora de Águas e Saneamento Distrital –Brasília
2. AGEAC - Agência Reguladora de Serviços Públicos do estado do Acre
3. AGENERSA – Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Rio de Janeiro
4. AGEPAN - Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos do Mato Grosso do Sul
5. AGER – Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado do Mato Grosso

6. AGERBA - Agência de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transportes e Comunicações da Bahia
7. AGETRANSP – Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro
8. AGR - Agência Goiana de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços Públicos
9. ARCE - Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado do Ceará
10. ARCON - Agência Estadual de Regulação e Controle dos Serviços Públicos do Pará
11. ARPB - Agência de Regulação do Estado da Paraíba
12. ARPE - Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Pernambuco
13. ARSAL - Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de Alagoas
14. ARSAM – Agência Reguladora dos Serviços Públicos Concedidos do Estado do Amazonas.
15. ARTESP – Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo
16. ASPE – Agência de Serviços Públicos de Energia do Estado do Espírito Santo
17. ATR – Agência Tocantinense de Regulação Controle e Fiscalização de Serviços Públicos – Tocantins
18. ARSESP - Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo
19. ARSEP – Agência Reguladora de Serviços Públicos do Rio Grande do Norte
20. AGERGS - Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul
21. AGESC - Agência Reguladora de Serviços Públicos de Santa Catarina

Em relação aos municípios, sete deles criaram sua própria agência de regulação, a maior parte delas voltadas à regulação dos serviços de saneamento e transporte municipal de passageiros. São elas:

Agências Reguladoras Municipais (07)

1. AGERSA – Agência Municipal de Regulação dos Serviços Públicos Delegados de Cachoeiro do Itapemirim – Espírito Santo
2. AMAE – Agência Municipal de Água e Esgoto – Joinville – Santa Catarina
3. ARCG – Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados de Campo Grande - Mato Grosso do Sul
4. ARSBAN – Agência Reguladora de Serviços de Saneamento Básico do Município de Natal – Rio Grande do Norte
5. ARSAE – Agência Reguladora dos Serviços de Água e Esgotos do Município de Mauá – São Paulo
6. ARSAEG - Agência Reguladora do Serviço de Água, Esgotos e Resíduos do Município de Guaratinguetá – São Paulo
7. ARSET - Agência Municipal de Regulação de Serviços Públicos de Teresina – Piauí

Muitas delas têm função multissetorial, vale dizer, sem especialização específica de um setor, mas abrangendo todos os serviços concedidos no Estado, além da competência descentralizada da União e das atribuições que foram delegadas pelos municípios (como é a questão do saneamento). Algumas delas agrupam à função regulatória, as atribuições de poder concedente, adotando o modelo federal. Outras, como a AGERGS, ficaram apenas com a regulação, já que foram mantidas, na estrutura estatal as autarquias já existentes às quais foram conferidas as funções do poder concedente.

3 OS DESAFIOS DA REGULAÇÃO NO BRASIL

O modelo institucional introduzido no Brasil, a partir da Reforma Administrativa de 1995, para as agências de regulação visaram conformá-las a uma natureza jurídica peculiar indispensável para a realização de suas finalidades específicas e próprias. A independência técnica e decisória, aliada à autonomia administrativa e financeira, e o necessário afastamento das decisões de caráter político do poder central foram considerados como de relevância inafastável para o desempenho do papel que lhes foi destinado.

O direito administrativo brasileiro, entretanto, sofreu forte e decisiva influência francesa caracterizada pelas idéias de centralização administrativa e forte hierarquia entre as instituições da Administração pública.

Na perspectiva de desde logo, implantar e garantir estabilidade aos marcos regulatórios dos setores econômicos privatizados após a reforma do Estado e o processo de desestatização, o modelo regulatório que serviu de paradigma para sua implantação no país sofreu forte influência do Direito Norte-americano, onde, em contrapartida, não só há uma larga e centenária experiência de atuação das agências de regulação, exercida com autonomia e competência ampla, como também inexistente este modelo centralizado e burocrático de organização da Administração Pública.

Este descompasso jurídico-institucional advindo da importação de modelo de gerenciamento estatal próprio de culturas jurídicas e políticas, distintas e peculiares ao regime específico da *common law*, representa um verdadeiro desafio para a consolidação não só das agências como do processo regulatório. A incorporação efetiva das agências na organização administrativa brasileira vai além da mera necessidade de adaptação organizacional. Depende da versatilidade da própria Administração Pública, da separação do que é atividade de governo da função estatal, além da compreensão do conteúdo contemporâneo do princípio da separação dos poderes.

3.1 Meios de intervenção das agências reguladoras

As agências reguladoras mostram-se mais dinâmicas e independentes, não sofrendo ingerências político-partidárias, pois, caso contrário, tais ingerências prejudicariam a sua atuação.

Vale destacar que as agências reguladoras não escapam do controle que o Poder Judiciário exerce, em razão do princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, como preceitua o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Destaca-se que, por ser uma autarquia, esta se mantém por recursos próprios, como no caso da ANATEL, por uma taxa de fiscalização instituída em sua lei criadora, o que não significa que a entidade possa realizar despesas não previstas na lei orçamentária, ou que não se submete às normas de execução financeira. Alguns estudiosos deste tema admitem a possibilidade de ser aplicado às agências reguladoras o que dispõem os artigos 163 e 165, da Constituição Federal, como também os mandamentos dos artigos 167 e 169 da Lei Federal nº 4.320/64, que dispõe sobre normas de execução orçamentária e financeira e a Lei complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

Verifica-se, desta forma, que apesar de serem independentes, as agências reguladoras, como a ANATEL, possuem uma independência diferenciada, sem, contudo distanciar-se dos órgãos a que estão relacionados, como o Ministério das Comunicações.

As funções das agências reguladoras são traçadas na forma da Lei que as institui. No caso da ANATEL, estas funções são regidas pelo artigo 19 da Lei nº 9.472/97, que determina o âmbito de sua competência.

As atribuições dadas às agências reguladoras são amplas e abrangentes: regular determinado setor, organizando o funcionamento do respectivo serviço público, fiscalizar a prestação da atividade pelo concessionário, arbitrando conflitos entre as partes envolvidas na relação jurídica (Poder Concedente, concessionários e usuários).

A agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL foi criada para

regular a abertura das telecomunicações no país tendo como principais atribuições fiscalizar as novas prestações de serviços que assumiram o mercado e traçar diretrizes para desenvolver o setor, protegendo e favorecendo concomitantemente os usuários de tais serviços.

4 SISTEMA ECONÔMICO E A CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA DE 1988

A Ordem Econômica constitucional de 1988 foi estruturada essencialmente tendo por base a livre iniciativa que mereceu destaque no *caput* do art. 170, e o dever de atuação subsidiária do Estado na exploração direta de atividade econômica, art. 173, ambos determinantes indispensáveis à manutenção de um novo modelo estatal face ao pressuposto histórico da derrocada do liberalismo. Para Eros Roberto Grau, "o declínio do Estado Liberal impõe a renovação do futuro do capitalismo e, para tanto, atribui a função de agente ao Estado, que passa a assumir a condução do processo econômico". Da mesma forma, afirma José Afonso da Silva que a "atuação do Estado, assim, não é nada menos do que uma tentativa de pôr ordem na vida econômica e social, de arrumar a desordem que provinha do liberalismo".

O direito à liberdade, princípio do Estado de Direito e do sistema capitalista, quando inserido na Ordem Econômica passa a ser encarado sob a forma de liberdade de iniciativa e liberdade de concorrência, delineados pelos princípios de similar denominação dispostos no art. 170 da Constituição. Essa nova perspectiva se faz necessária para delimitar a esfera de liberdade privada nas relações econômicas, que passará a ser alvo de atuação do Estado Subsidiário regulador e fiscalizador.

A existência de uma atividade reguladora a encargo do Estado, atuante na mesma esfera de liberdade dos particulares, sem, contudo usurpar-lhes a função de agentes diretos e preferenciais da Ordem Econômica, inaugura um novo contorno no direito subjetivo individual à liberdade que, segundo a especificidade que lhe atribui a Ordem Econômica constitucional, passa a se subdividir em liberdade de iniciativa e liberdade de concorrência, ambas podendo ser referidas em conjunto como a "liberdade econômica", e assume a característica de direito subjetivo coletivo.

A ação reguladora não pressupõe ausência completa de intervenção do

Estado na economia e, conseqüentemente, na liberdade individual.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello: “O Estado pode intervir no domínio econômico atuando de três maneiras diversas: 1ª) como sujeito ativo, assumindo participação direta nas atividades econômicas, enquanto prestador de serviços públicos; 2ª) na qualidade de agente regulador, disciplinando os comportamentos dos particulares, influenciando suas esferas de liberdade por intermédio do poder de polícia; e 3ª) através de ação fomentadora, propiciando benefícios e estímulos à propriedade privada”.

No âmbito do Estado Subsidiário, o serviço público, este compreendido como espécie do gênero atividade econômica, cuja prestação é preferencialmente conferida ao Poder Público, não é mais por este exercido com exclusividade, promovendo-se o setor privado como agente prestador de serviços de interesse coletivo mediante concessão ou permissão. Além disso, a realização da atividade econômica em sentido estrito, esta compreendida como a exploração de atividade economicamente lucrativa de titularidade tipicamente privada, é reservada apenas aos particulares, sendo facultada a atuação estatal apenas em casos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo.

Com isso o Estado passa a deixar indefinidas quais atividades poderão ser exercidas pelos particulares sem intervenção, definindo apenas aquelas que estariam sujeitas à regulamentação. Tal perspectiva, todavia, coloca em risco a justiça social (bem comum), na medida em que os interesses motivadores das atividades particulares nem sempre serão claros ou benéficos à coletividade.

Como medida preventiva do possível conflito entre liberdades individuais (principalmente as de cunho econômico) e interesses de terceiros (interesse público), a realização social da liberdade econômica (aquela que ocorre em harmonia com o bem comum) pressupõe uma deliberação prévia, a encargo do Estado (via poder regulador), acerca do que é melhor à coletividade (garantia do interesse público ou bem comum). Sob este fundamento a realização social da liberdade econômica está condicionada a uma identificação entre idéia de liberdade e a necessidade interna do agente (Estado-regulador) de querer a si mesmo (enquanto coletividade) como a mais alta possibilidade, conforme enuncia o conceito de liberdade.

5 A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL: PRINCÍPIOS GERAIS

A Constituição Federal estabelece no artigo 170 que a Ordem Econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. A expressão justiça social, ainda que obscura, pode ser conceituada, em apertada síntese, como a busca do bem comum.

A importância dos princípios em um sistema jurídico encontra fulcro no fato que o Direito não é um simples amontoado de normas. É, acima de tudo, um sistema e, pois, dotado de unidade e coerência, que se dá pela existência dos referidos preceitos. Dessa maneira, é que a interpretação das disposições constitucionais deve ser feita em concordância com a força existente em cada um dos princípios, o que, indiscutivelmente, deve ocorrer ao se analisar as regras relativas à ingerência do Estado na economia.

A Ordem Econômica constitucional propõe-se em dois princípios elementares: a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa. Esses princípios apresentam-se, pragmaticamente, como condições que se impõem à atividade econômica, cujo exercício, seja em sentido amplo ou estrito, deverá obrigatoriamente observá-los como norte, com o exemplo é o caso dos tabelamentos de preços de medicamentos, porquanto é imprescindível, ao se analisar a constitucionalidade ou não do tabelamento de preços de remédios pelo Estado, que se proceda à prévia análise do conjunto principiológico constante na Constituição Federal de 1988, a fim de se verificar quais são as diretrizes por ela estabelecidas, na medida em que os citados preceitos se caracterizam como tal, de forma a concluir se a referida medida intervencionista está em conformidade com os dispositivos constitucionais, bem como objetivos.

Desta feita, consagra uma economia de mercado com uma ordem econômica que prioriza os valores do trabalho humano sobre todos os demais.

Essa importância objetiva delinear o caminho a ser seguido pelo Estado quando promover as eventuais intervenções na economia (tabelando preços, por exemplo), para que se façam valer os valores essenciais do trabalho, os quais, conjuntamente com a iniciativa privada, representam não somente o fundamento da ordem econômica, mas da própria República Federativa Brasileira (art. 1º, IV).

A soberania nacional, expressamente elencada como princípio da Ordem Econômica, está vinculada à idéia de insubmissão do Estado brasileiro à ingerência de Estados alienígenas. O direito à propriedade privada, em sua perspectiva de Ordem Econômica, não pode ser exercido de forma improdutiva e em afronta à dignidade humana, devendo cumprir sua função social. A livre concorrência é princípio basilar não só do ordenamento econômico, mas também de todo o sistema capitalista, pois assegura a cada indivíduo a oportunidade de participar na atividade econômica de maneira isonômica e colher os frutos produzidos em razão de seus esforços. A defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país, apresentam-se como os objetivos a serem buscados através do exercício da atividade econômica para fins de progresso e desenvolvimento nacional.

Pelo que se pode observar, os princípios gerais da atividade econômica são, de um modo geral, direitos fundamentais (propriedade e liberdade), fundamentos da República (soberania, dignidade e valorização do trabalho), objetivos da República (justiça social, redução das desigualdades regionais) e diretrizes de atuação estatal (nos demais casos), de modo que a sua eficácia está condicionada ao exercício da atividade econômica nos termos da norma contida no artigo 170, combinada, de forma unitária e sistemática, a todos os demais dispositivos da Constituição que lhe são correlatos.

Assim, tem-se que:

1. O movimento de internacionalização da garantia dos direitos econômicos pôde ser vislumbrado no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Constituição Federal de 1934, influenciada pelas constituições mexicana, de 1917, de Weimar, de 1919, e a espanhola de 1931, com

repercussão nas constituições de 1937, 1946, 1967 e Emenda Constitucional de 1969, e 1988.

2. A crise do Estado Liberal consagrou-se como pressuposto para fundação das bases do Estado Subsidiário e da regulação da ordem econômica.
3. Os direitos econômicos, que consubstanciam o conteúdo da Constituição Econômica, compreendem um conjunto normativo de racionalização da economia.
4. A inserção de normas econômicas na Constituição Federal implica não só na garantia de estabelecendo um limite negativo de atuação do Estado e uma determinação positiva para sua conduta, mas, acima de tudo, numa nova dimensão do direito à liberdade pautada pela preservação e realização do interesse público.
5. A Ordem Econômica constitucional de 1988 foi estruturada essencialmente tendo por base a livre iniciativa que mereceu destaque no *caput* do artigo 170, e o dever de atuação subsidiária do Estado na exploração direta de atividade econômica (art. 173), características do Estado Subsidiário.
6. A ação reguladora imposta pelo artigo 174 da Constituição Federal de 1988 ao Estado, que passa a cumular a função de fiscalização, incentivo e planejamento, deverá ser exercida sob os ditames dos princípios gerais que regem a atividade econômica e pela supremacia e indisponibilidade do interesse público, os quais se aplicam tanto à atividade da própria Administração quanto à dos particulares.
7. A ação reguladora do Estado, pautada pela liberdade econômica e pela supremacia e indisponibilidade do interesse público, consagrar-se-á como verdadeiro instrumento para afirmação dos direitos sociais e do desenvolvimento nacional.
8. A ordem econômica é calcada na livre iniciativa e na liberdade de concorrência, por isso que é assegurado a todos o exercício de qualquer atividade econômica (art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal).
9. É vedado ao Poder Público e ao intérprete do ordenamento antever exegese que transponha a intangibilidade da livre iniciativa que a todos é assegurada em relação a qualquer atividade.

10. O Princípio da Legalidade impõe que se permita o que a lei não proíbe, no campo da "livre iniciativa". Diante dos princípios constitucionais que regem a ordem econômica nacional, notadamente o princípio constitucional da livre iniciativa, da livre-concorrência e da proteção ao consumidor, bem como a determinação (também constitucional) de repressão ao poder econômico que vise a dominação do mercado, a eliminação da livre iniciativa, da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros, é inconcebível que uma norma legal delimite áreas para a instalação de estabelecimentos de determinado seguimento comercial, em detrimento de demais estabelecimentos do mesmo ramo a serem posteriormente instalados.

6 PODER NORMATIVO

Regulamentar a economia seria em outras palavras, uma intervenção *stricto sensu*, ou seja, uma atuação do Estado de forte cunho dirigente, com intenção de redirecionar a economia como ela é, e colocá-la como deve ser dentro de toda uma ideologia constitucionalmente adotada. Para tanto, vemos a necessidade de adotar medidas fortes no setor econômico sob pena de aplicação de sanções previstas em lei em caso de descumprimento das políticas econômicas adotadas.

A regulamentação está voltada para o Estado protetor-intervencionista do *welfare state*, enquanto a regulação, ao Estado neoliberal Estado mínimo, cuja interferência privilegiará o consenso em detrimento da aplicação de medidas com caráter sancionador.

A atuação inovadora da Administração, através do regulamento, reflete uma necessidade relacionada à própria idéia de produção normativa; sendo o regulamento, espécie de gênero “norma jurídica”. Negar qualquer inovação seria tornar o poder regulamentar instituto sem utilidade.

É inquestionável que o conflito entre lei e regulamento resolve-se a favor daquela. Portanto, uma determinação *contra legem* contida num regulamento é inválida. Logo, regulamento não pode conter inovações incompatíveis com a lei, e essa parece ser a melhor exegese do artigo 84, IV da Constituição Federal, que determina incumbir ao Presidente da República a competência para editar e regulamentos para fiel execução das leis. O que se busca é a perfeita e integral aplicação da norma produzida legislativamente, o que importa a necessidade de adição ao conteúdo normativo até então existente.

No entanto, a amplitude dessa faculdade depende diretamente do modo pelo qual a lei já regula determinada matéria. A lei poderá optar por uma disciplina completa e exaustiva, em que todos os pressupostos de incidência e todos os ângulos do comando normativo estão previamente determinados, de

modo abstrato, através da lei. Porém, a lei pode disciplinar certa matéria de modo a conferir maior autonomia ao seu aplicador, de modo que a este seja atribuída uma competência discricionária para identificar os pressupostos ou determinar os comandos normativos para o caso concreto.

Por isso vislumbra-se claramente que o poder normativo das autarquias reguladoras não pode extrapolar o instrumento da mera regulação. Isso porque uma vez adotada a ideologia do neoliberalismo na Constituição, entende-se que ao Estado ou a quaisquer de suas pessoas administrativas – compete tão somente corrigir desvios que a atividade econômica enseja naturalmente, mediante incentivos, fomento e fiscalização.

Em consequência disso, todas as disposições normativas expedidas por meio de resoluções pelas agências reguladoras ultrapassam o poder normativo deferido pela Constituição ao Estado na hipótese de serviços públicos delegados, quando tais instrumentos normativos – resoluções – preveem aplicação de multa nos casos de desobediência às respectivas determinações por parte dos delegatários.

Portanto, as agências reguladoras foram órgãos criados com o fim de adaptar o Estado brasileiro às transformações econômicas mundiais. Mudanças estas que requerem um aparelho estatal descentralizado e longe da iniciativa econômica, limitando-se a regê-la com normas bem abrangentes e fiscalizá-la.

As agências estão subordinadas à administração pública, porém possuem estruturação e verbas próprias, fato que lhe proporciona certa independência e confirma esse caráter descentralizador.

7 ASPECTOS GERAIS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Surgindo como contraponto ao liberalismo do século XIX, principalmente a partir da Primeira Guerra Mundial (1914 a 1918) e Revolução Russa (1917), e no campo jurídico com as Constituições do México (1917) e de Weimar (1919), que substituíram constituições liberais. O Estado do Bem-Estar não cumpriu seu papel no Brasil, sendo o país, até a década de noventa do século passado, um Pseudo-Estado do Bem Estar. Pseudo porque o Estado Brasileiro no século XX não ofertou, satisfatoriamente, educação, saúde, previdência, segurança, entre outras funções primordiais do Estado para proporcionar o bem-estar a toda coletividade.

Existem determinadas características na História brasileira muito diferentes dos países hoje desenvolvidos. Nos Estados Europeus e Estados Unidos da América, muito usados como modelo para tudo o que se pretenda implantar no Brasil, muitas características da formação do Estado foram distintas.

O Estado do Bem-Estar Social cumpriu seu papel nos países desenvolvidos, o que não ocorreu no Brasil e nem nos chamados “países periféricos”. Nessa realidade, os Governantes do Brasil na década de 90 tentaram inserir o pensamento neoliberal em nosso país, em que uma das idéias seria transformar o Estado do Bem-Estar em Estado Neoliberal.

Uma das pilastras do neoliberalismo é o discurso de que o Estado já cumpriu seu papel, e hoje pode permitir que o mercado seja mandante das atividades eminentemente públicas, voltadas à coletividade. O Estado seria apenas subsidiário, o qual a participação do Poder Público somente ocorreria em setores essenciais, com a diminuição em outras áreas, ou seja, a intervenção estatal na economia se daria de forma subsidiária, apenas Marçal Justen Filho aponta que, de qualquer forma, “não é admissível abandonar as conquistas fundamentais atingidas por via do que se poderia denominar Estado

Democrático de Direito Social”.

7.1 Função regulatória

A regulação exercida pelas agências possui papel fundamental no cumprimento das políticas determinadas pelo Estado, sua função é gerencial (técnica) e de controle sobre os entes relacionados.

O conceito de regulação, embora controvertido quanto a sua extensão, é único em delimitar como sendo a intervenção estatal junto aos setores privados conjunta ou isoladamente, para impor normas de conduta que visem obrigá-los a atingir o bem estar da comunidade.

A função regulatória é essencial para a eficiência do processo de desestatização, pois a maioria das vezes trata-se de processo complexo que são realizados mediante contratos de longo prazo. Isso faz com que ocorram mudanças inesperadas no curso do contrato que deve ser adaptado a nova realidade mediante o julgamento isento dos princípios que o norteiam.

A ação da regulação varia de acordo com o modelo do Estado que a desenvolve, intervencionista ou regulador, porém deve ter em mente o mercado a ser regulado., os princípios da autonomia e da especialidade, a transição dos monopólios, e principalmente o interesse público.

Portanto, deve sempre ser preservado o objetivo de harmonizar os interesses do consumidor, como preço e qualidade, com os do fornecedor, como a viabilidade econômica de sua atividade comercial, como forma de perpetuar o atendimento aos interesses da sociedade.

Em respeito ao princípio da legalidade, o instrumento regulatório deve ser determinado por lei, o que se denomina “marco regulatório”, podendo ser definido como “o conjunto social de atividades e serviços públicos, gerido por um ente regulador que deve poder operar todas as medidas e indicações necessárias ao ordenamento do mercado e à gestão eficiente do serviço público concedido, mantendo, entretanto, um grau significativo de flexibilidade que permita a adequação às diferentes circunstâncias que se configuram”.

Até o início da execução do programa de desestatização, o Brasil

contava apenas com regulações do Banco Central do Brasil, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica e da manutenção de estoques produtivos, tais regulações eram realizadas basicamente com o aumento ou diminuição de impostos para beneficiar este ou aquele setor, com o controle de fusões e incorporações, e com a venda de produtos no mercado interno para o controle da elevação de seus preços.

Após a instituição do programa, em 1997, foram criadas a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações), ANP (Agência Nacional do Petróleo) e a ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica), todas elas para a regulação e controle de atividades até então exercidas pelo Estado como monopólio.

A outorga aos entes privados, do direito de explorar atividade essencialmente pública, se deu através da Lei de Concessões dos serviços públicos, que regula a concessão destes serviços até então exercidos pelo Estado.

Essa lei cuidou de proteger os usuários de tais serviços, assegurando-lhes o direito de receber do poder concedente e da concessionária todas as informações necessárias para a defesa dos interesses individuais e coletivos, o direito de denunciar as irregularidades que venha a tomar conhecimento e o de formar comissões e conselhos para a fiscalização dos serviços prestados.

As agências reguladoras que são dotadas de autonomia política, financeira, normativa e de gestão, adotaram o modelo de formar conselhos compostos por profissionais altamente especializados em suas áreas, com independência em relação ao Estado, e com poderes de mediação, arbitragem e de traçar diretrizes e normas, com o objetivo de adaptar os contratos de longo prazo realizados a eventuais acontecimentos imprevisíveis no ato de sua lavratura.

A criação das agências especializadas vem ocorrendo nas esferas federais e estaduais, sendo a primeira formada com o objetivo de regular os serviços de rede de larga escala e os de interesse nacional e a segunda competente para regular todos os serviços concedidos ou permitidos pelos estados membros e municípios, para a melhor adaptação às realidades regionais.

Contudo, embora as agências regulatórias gozem de autonomia política, estrutural e financeira, elas permanecem sujeitas ao crivo do Poder Judiciário,

pois em respeito ao princípio da jurisdição uma, todo entre público ou privado que se sentir lesionado em seu direito, ou tê-lo ameaçado, poderá socorrer-se ao judiciário, para que suas alegações e direitos sejam juridicamente apreciados.

Em última análise, a função primordial das agências reguladoras é compatibilizar a qualidade do serviço prestado com a tarifa a ser paga e, tais elementos devem ser equivalentes e atender os anseios da sociedade, equacionando o serviço desejável com o preço que se dispõe a pagar e que deve ser justo para ser baixo ao consumidor, e garantir adequada taxa de retorno ao capital investido.

7.2 Natureza jurídica

As agências reguladoras são pessoas jurídicas de direito público, classificadas como autarquias. Tal natureza é essencial para que desempenhem efetivamente seu papel, que consiste em intervir no domínio econômico e fiscalizar a prestação de serviços públicos, ou seja deveres específicos do Estado.

Sendo a atividade econômica instrumento para a obtenção do desenvolvimento pelo qual deve haver criação de emprego, o respeito à dignidade e o bem-estar de todos, o Estado está legitimado para atuar em face da livre iniciativa, quando o interesse coletivo público assim exigir, ou seja, as agências reguladoras executam ações que podem implicar na restrição da liberdade empresarial em prol do interesse coletivo.

Por ter natureza autárquica, com todas as independências estruturais anteriormente explicitadas, as agências reguladoras devem ser constituídas através de lei, e por representar opção discricionária de descentralização de certa função, a mencionada lei é de iniciativa do Poder Executivo.

Da mesma forma deve-se proceder em caso de extinção das agências reguladoras ou seja, por iniciativa do Executivo, o legislativo deve votar a extinção ou não da agência em questão.

Nesse sentido, caso a extinção de uma agência reguladora implique em

transferir para o Estado o dever de regular a matéria até então por ela realizada, o particular que mantinha com a agência extinta contrato de concessão poderá pleitear alterações ou até mesmo sua extinção com base na teoria da imprevisão.

Tal possibilidade se dá, pelo fato de que através do contrato firmado o particular adquiriu o direito de ter política de regulação independente, fato modificado pela extinção da agência e pelo papel regulador exercido doravante pelo Estado.

Com isso, se busca atender o princípio da segurança jurídica, evitando os aumentos riscos econômicos que causariam a diminuição dos investimentos nos setores de regulação independente, gerando serviços caros e de má qualidade.

7.3 Competência

Embora muitas agências reguladoras exerçam o papel de poder concedente, estabelecendo as condições de transferência do serviço estatal para a iniciativa privada, sua função básica é exercida posteriormente, regulando, fiscalizando, mediando, e arbitrando os conflitos dentro de suas respectivas áreas de atuação.

Existem, contudo, várias situações de conflito de competência entre os poderes Federal, Estadual e Municipal, bem como entre diversas agências especializadas, que dependerão de intervenção externa para a solução do problema.

Assim, existindo conflito de competência entre agências reguladoras da mesma esfera de poder, da Federação, a solução deve dar-se o exercício do poder hierárquico do administrador. Contudo, se o conflito ocorrer entre entidades de unidades distintas da Federação, o problema deverá ser apresentado ao Supremo Tribunal Federal para a apreciação e a imposição da solução jurídica.

Uma das características mais importantes das agências reguladoras, como anteriormente demonstrado, é o papel da arbitragem nos conflitos

oriundos do contrato de concessão.

Todavia, também não raro as agências reguladoras assumem o papel de poder concedente, hipótese em que se torna extremamente desconfortável ao investidor que ela atue como parte e julgadora ao mesmo tempo.

A lei de concessões dos serviços públicos prevê a possibilidade de composição acerca de matérias até então controvertidas que podem ser amigavelmente solucionadas.

Embora haja grande discussão acerca da aplicabilidade do arbitramento no âmbito das agências reguladoras, pois a lei de arbitragem exclui em sua abrangência os contratos administrativos, parece mais acertado o posicionamento defendido por Diogo Figueiredo Moreira Neto, que toma como base o voto do Ministro Godoy Ilha, onde sustenta que restringir o juízo arbitral do Estado, e restringir-lhe sua própria autonomia contratual e sua capacidade de prevenir litígios pela via do pacto de compromisso, o que somente se aceita quando o Estado age como Poder Público, pois somente não se admite a transação quando os direitos são indisponíveis.

Portanto, mesmo no caso onde as agências reguladoras exerçam o papel de poder concedente é possível o uso da arbitragem, vez que, em última instância, as agências apenas representam poder concedente, que é exercido pelo Estado.

Assim, as controvérsias advindas do contrato de concessão, devem sequencialmente passar pela mediação, pela conciliação e pela arbitragem, que merece aplicação no direito administrativo.

7.4 Estrutura e receita

A principal característica das agências reguladoras é a autonomia, que se concretiza pelo mandato fixo de que dirigentes, que não devem coincidir entre si, pela captação de receita própria, pela isenção das regras salariais do setor público, e pelo período de transição por que devem passar seus dirigentes.

As agências reguladoras são compostas por um conselho diretor, com

cinco membros, secretaria executiva, câmaras técnicas especializadas e uma unidade fiscalizadora das relações mantidas entre usuários e concessionários, que deve funcionar como instância superior dos serviços de ouvidoria das concessionárias.

As leis que instituíram as agências reguladoras prescrevem processos singulares para a nomeação de seus dirigentes, processos distintos daqueles expressamente elencados pelo art. 37 da Constituição Federal.

Para a consagração da legitimidade da diretoria das agências, seus membros devem ser indicados pelo Chefe do Poder Executivo, devendo ser aprovados pelo Poder Legislativo, oportunidade em que serão nomeados com mandato fixo.

Questiona-se a validade jurídica do mandato com prazo fixo, sob a alegação de que havendo concurso trata-se de cargo de confiança, sendo demissível *ad nutum*. Contudo, insurge-se em defesa da constitucionalidade da norma, trazendo o contido no art. 37, I, da Constituição Federal, que prevê acesso aos cargos públicos de todos que preencham os requisitos legais.

Se os requisitos legais são a indicação pelo Chefe do Poder Executivo, a aprovação política pelo Poder Legislativo, a reputação ilibada do profissional, e a notória especialização no setor regulado, não poderá haver perda do cargo, salvo nos casos previstos em lei.

Outrossim, não se tratam, os dirigentes das agências, de agentes administrativos cuja vigência dos outros incisos do art. 37 da Constituição Federal se impõe, mas sim de agentes políticos que se submetem aos critérios definidos em leis, que limitam, por conseguinte, a liberdade do administrador na sua exoneração.

A lei mencionada deve ser de iniciativa do Poder Executivo, não podendo ser emendada pelo Legislativo, sob pena de inconstitucionalidade.

Tal lei deve determinar que os dirigentes não mantenham durante o mandato ou sua quarentena, vínculo com o poder concedente, concessionárias ou associação de usuários de bens públicos, devendo ser licenciados sem remuneração, sob pena de ser mantido o vínculo e a potencialidade de interferência da fonte pagadora.

Assim, os dirigentes somente devem perder seus cargos se cometerem falta grave, devidamente apurada em processo administrativo ou judicial, em

que sejam assegurados os princípios da ampla defesa e do contraditório, tal fato se advém da segurança jurídica que deve ser aplicada aos investimentos envolvidos e à autonomia das agências.

Outra possibilidade de extinção dos mandatos dos dirigentes das agências ocorre no caso de sua extinção, pois os mesmos não gozam de direito adquirido para o exercício do cargo para o qual foram nomeados.

Tal garantia de mandato é fundamental para assegurar aos dirigentes das agências a autonomia e independência necessária para lhes permitir julgar com imparcialidade, até mesmo contra interesses políticos ou econômicos, o que configura a essência da política regulatória e fortalece a segurança jurídica dos investimentos.

Nesse diapasão, as agências reguladoras devem ser estruturadas de maneira que, com facilidade, possam adaptar-se às evoluções contínuas do mercado que regula. Seu quadro de funcionários deve ser integrado por poucos servidores altamente qualificados, buscando no mercado, através de contratação de serviços terceirizados, os técnicos necessários para a solução de problemas específicos, podendo manter assim, seu quadro sempre coeso e atualizado.

A Receita é outro item fundamental para a garantia da autonomia das agências reguladoras e a independência financeira que ocorre através de mecanismo de atribuição de receita, sem que o recurso tenha que passar pelo erário público.

Para atingir tal objetivo, foi instituída taxa de regulação devida pelo concessionário diretamente à agência reguladora competente, taxa esta que tem relação direta com o proveito financeiro obtido com a concessão. Assim, as agências não dependem de verbas orçamentárias para seu custeio.

Tal taxa de regulação trata-se de prestação pecuniária obrigatória, instituída por lei e cobrada mediante atividade administrativa vinculada, que não constitui sanção por ato ilícito.

Existem entendimentos que a qualificam como tributo, pois tem como base de cálculo a receita auferida pela concessionária, sendo tal base de cálculo típica de impostos e imprópria para a fixação de taxas, e adviria do dever de serem ressarcidos os valores gastos pela administração pública na fiscalização da prestação dos serviços concedidos.

Contudo, entendemos não prevalecer tal entendimento pelo fato de não existir serviço público prestado, que é realizado pelo concessionário, e por não configurar obrigatoriedade pelo exercício do poder de polícia, pois não existe lei determinando tal cobrança.

A taxa de regulação tem natureza contratual, pois é do contrato de concessão de serviços firmado entre o poder concedente e a concessionária que se origina a cobrança de tal taxa, que é fixada como forma de contrapartida para contratação da concessão.

Trata-se de pagamento contratualmente estipulado, para que o controle dos serviços concedidos seja exercido autonomamente, como determina a legislação, o que é de interesse não somente do poder concedente como também do concessionário, pois assegura a mencionada segurança jurídica dos investimentos.

Oriundas de taxas contratuais as receitas auferidas pelas agências reguladoras constituem fundo gerido com autonomia financeira não de confundindo com as demais receitas orçamentárias, sendo reconduzido à dotação orçamentária da agência no exercício subsequente, caso não tenha sido totalmente utilizado no exercício em curso.

7.5 Fiscalização e contratos

As agências reguladoras são autarquias especiais, assim definidas por suas características peculiares, devendo contudo, obedecer a todos os ditames legais impingidos aos entes públicos, como os processos licitatórios e os contratos administrativos.

Assim, as agências reguladoras estão sujeitas às normas gerais de licitação, tanto para suas atividades fim, como para as instrumentais, sendo em ambos os casos, seus contratos considerados como contratos administrativos regidos pelo direito público.

Como não existe definição precisa de normas gerais de licitação, algumas agências reguladoras adotam procedimento licitatório distinto dos contidos na lei n° 8.666/93, sem que, contudo, se caracterize a

inconstitucionalidade do mesmo, pois os princípios gerais mantêm-se respeitados.

Como pessoa jurídica integrante da administração pública, os contratos realizados e o controle financeiro das agências reguladoras ficam a cargo dos Tribunais de Contas competentes, que anualmente devem apreciar os balanços, contratos, e todas as atividades realizadas pelas agências.

Salienta-se, que o controle exercido pelos Tribunais de Contas restringem-se à gestão dos recursos financeiros, não podendo ser exercido em nenhuma outra atividade das agências reguladoras.

Os demais atos das agências que não constituam gestão de recursos sofrem o controle externo do Poder Judiciário, quanto a sua legalidade ou abuso, devido ao mencionado controle jurisdicional da administração pública.

Assim, por força do princípio da jurisdição una, as decisões administrativas tomadas pelas agências reguladoras submetem-se a apreciação do judiciário.

Não se deve confundir, contudo, o controle externo exercido pelo Poder Judiciário, com a interferência direta do mencionado Poder nos juízos privativos da entidade legalmente competente para a fiscalização e regulação de setores da economia.

Essa interferência somente deve ocorrer para que se evite atos de ilegalidade exercidos pelas entidades em questão.

7.6 Procedimento administrativo

O processo administrativo, no âmbito das agências reguladoras, embora não conste expressamente nas leis de sua criação, não sofre qualquer prejuízo prático, posto que os principais princípios do processo, como a ampla defesa e o contraditório estão consagrados pela Constituição Federal, e os procedimentos administrativos não necessitam dos mesmos rigores impostos aos judiciais.

Ademais, existe lei federal estabelecendo as normas básicas dos processos administrativos no âmbito da administração pública direta e indireta,

o que deve ser aplicado subsidiariamente no caso de agências estaduais ou municipais.

Tendo como princípio de desenvolvimento do processo administrativo a legalidade, a finalidade, a proporcionalidade, a razoabilidade, a ampla defesa, a moralidade, a motivação, a segurança jurídica, o contraditório, e o interesse coletivo, as agências reguladoras devem assegurar transparência a seus atos, julgando seus processos em sessões públicas.

8 DIREITO COMPARADO

O sistema regulatório é amplamente exercido em âmbito mundial, nos mais diversos setores da economia, em alguns lugares, como na Inglaterra, tomam-se modelos mais centralizadores, em que as agências reguladoras atuam não apenas como agentes de fiscalização dos produtos e serviços concedidos, mas também como organismos normativos e orientadores da ação das concessionárias.

As agências inglesas não estão necessariamente vinculadas ao governo, e possuem autonomia ampla para a tomada de decisões e a realização de estudos para o aprimoramento do processo de ordenamento do sistema de concessões.

Por outro lado, as agências francesas adotam um modelo mais descentralizado, onde os contratos de concessões eliminam os controles administrativos e burocráticos do Estado, que passa a acompanhar os resultados atingidos, e compará-los às metas anteriormente pactuadas.

No caso específico do setor de energia elétrica, a Agência Nacional de Energia Elétrica sofreu grande influência da agência Argentina, denominada Entes Reguladores de Eletricidade – Argentina.

A agência reguladora da Argentina simula a existência de um competidor no mercado de energia, determina o preço e qualidade do produto e previne a prática de abuso de posição dominante.

Pelo princípio do livre acesso, os grandes consumidores de energia podem comprá-la no mercado, princípio também adotado no Brasil com a instituição do Mercado Atacadista de Energia.

Nos moldes atualmente realizados no Brasil, a geração de energia opera em mercado de concorrência e não possuem característica de serviço público, sofrendo os mesmos controles de preços do mercado comum, por outro lado os distribuidores de energia têm a obrigação de distribuir a totalidade da

energia demandada, o que obriga uma política de investimentos constantes e um adequado sistema de fixação comercial do preço pela oferta e procura.

Na Argentina as ações das empresas que transportam ou distribuam energia devem ser nominativas e não endossáveis, e as fusões devem ser autorizadas pelo órgão regulador competente, existe também o controle sobre os acionistas das empresas para que um mesmo acionista não exerça o controle e mais uma empresa.

No Brasil as ações das empresas são controladas pela Comissão de Valores Mobiliários e as fusões pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, em ambos os casos a intervenção do Estado ocorre de maneira semelhante.

O período anterior à transformação do mercado também era semelhante, pois a totalidade das atividades no setor de energia era exercida pelo Estado, de maneira inadequada, gerando déficit, e confusão entre a atividade reguladora e a gestão empresarial, o que gerou a incapacidade técnica de atender a expansão do setor.

Em ambos os casos o setor de energia foi segmentado em geração, transporte, e distribuição, para que posteriormente as empresas estatais fossem privatizadas, quando então se instituiu marco regulatório para a atividade.

A participação de usuários ocorre através de associações que possuem atuação junto à diretoria do órgão regulador, cuja participação é assegurada pela Constituição, na maioria das vezes através de audiências públicas.

O órgão regulador possui as funções de ditar normas de procedimento técnico, de segurança, de medição e faturamento, qualidade, interrupção e reconexão, dentre outras também aplicadas no Brasil.

9 AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS: MODELO INSTITUCIONAL E CONTROLE ECONÔMICO

Considera-se como fundamentais para definir o escopo de controle econômico implementado nas agências reguladoras brasileiras, as concepções herdadas de seu modelo paradigmático – as IRC norte-americanas.

Tendo em vista as possibilidades e limitações oferecidas ao anseio do controle econômico pelos distintos projetos políticos em disputa na construção democrática latino-americana e pelo modelo paradigmático de IRC, partimos em seguida para a análise da implementação das agências reguladoras do Brasil, seu contexto e desenho institucional específico, e concepções do lugar e dos sujeitos da política que orientam a aplicação prática de mecanismos de controle econômico.

Analisando o desenho institucional da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) – que fundamentou as outras agências criadas no período, que o modelo norte-americano de IRC. Estas semelhanças se dão especialmente em relação ao papel atribuído a estas instituições – de implementação da política, com uma concepção clara de separação entre técnica e política -, e a uma cultura dominante de sobreposição da técnica em relação à política na definição de suas atribuições e ações. Estas características herdadas do modelo paradigmático norte-americano serão fundamentais para orientar a aspiração do controle sócio-econômico implementado sobre estas agências quando de sua criação, durante a reforma do Estado empreendida pelo governo Fernando Henrique Cardoso.

Esses modelos encontram identificação com a concepção mais geral do projeto político que fundamenta a reforma do Estado empreendida neste governo. Visando dotar de maior eficiência a administração pública e redefinir o papel do Estado como regulador e mediador de relações, tal reforma centraliza as decisões sobre políticas em núcleo estratégico e repassa a função

de regulação econômica a estas agências autônomas, que, não sujeitas a controles “burocráticos” (de procedimentos) e a interferências políticas, poderiam regular de maneira neutra e eficiente as relações entre Estado, mercado e sociedade neste contexto de privatização dos serviços públicos monopolistas (Bresser Pereira, 1998^a, 1998b). A autonomia e a independência concedidas a estas instituições visam garantir a credibilidade do processo regulatório frente aos investidores.

Fica claro, portanto, que o papel das agências seria fundamentalmente técnico-administrativo, não havendo espaço para argumentação política quanto a suas ações. E, este papel seria cumprido de maneira neutra e isenta de política ou de influências políticas, resultando em um insulamento destas instituições, que garantiria esta neutralidade.

Tendo em vista que esta forma de controle econômico prevista decorre das concepções neoliberais que orientaram as reformas empreendidas durante o primeiro governo Fernando Henrique Cardoso, e que estas são distintas das concepções que fundamentam o ideal de controle econômico defendido pelo projeto democrático-participativo, passamos à análise das propostas do governo Lula quanto ao controle econômico sobre estas agências, questionando se este propôs práticas distintas de controle sócio-econômico no âmbito destas instituições.

A tensão entre técnica e política, constitutiva do modelo de origem, se combina com disposições presentes nos projetos dos governos em uma direção que pode tanto reforçar quanto desconstituir os fundamentos desta tensão. No caso do governo Lula, o discurso rompe com os elementos que estruturam esta tensão, mas a prática parece reforçar o modelo de origem. Já no governo Fernando Henrique, o projeto político orientador reforça os elementos da tensão.

De qualquer forma, ambos os projetos e governos explicitam o desafio de implementar e aprofundar mecanismos de controle econômico neste contexto específico de alta complexidade da política, em uma área estratégica e em um contexto de privatização dos serviços, e apontam para a necessidade urgente de se repensar o modelo de controle econômico.

Portanto, as limitações existentes à construção do controle econômico ampliado em tais instituições se dão tanto no nível de cultura predominante, de

supremacia da técnica e restrição da política na administração pública, que se potencializa no caso das agências reguladoras; quanto ao nível do modelo institucional base das agências, que restringe controles mais amplos no que tange à sua politização e sujeitos; e, por fim, na dificuldade de traduzir projetos políticos em práticas e modelos de gestão coesos, expressa pela experiência do governo Lula.

É possível, portanto, concluir que as duas variáveis adotadas na análise – projetos políticos e modelos de gestão – são responsáveis por desenhar e delimitar as possibilidades de controle social sobre as agências reguladoras brasileiras. As dimensões de análise que serviram de instrumento para compreender as distintas concepções que se colocam na constituição de projetos políticos e modelos institucionais, quais sejam o lugar da política, os sujeitos da política e formas de controle decorrentes, são capazes de demarcar distinções no que tange ao escopo do controle econômico idealizado e implementado em diferentes contextos.

10 AS AGÊNCIAS REGULADORAS E O VÍNCULO DOS SERVIDORES PÚBLICOS

As agências reguladoras são autarquias de regime especial, com inúmeras peculiaridades em relação às autarquias clássicas. A Emenda Constitucional nº 19/98 aboliu a obrigatoriedade do regime jurídico único à Administração Pública, permitindo a existência concomitante de cargos e empregos públicos. A diferença desses dois regimes é que os cargos públicos titularizam funções tipicamente de Estado, enquanto que os cargos públicos devem estar adstritos a funções subalternas e de execução material das atividades da Administração Pública. O artigo 1º da Lei nº 9.986/2000 determina que as agências reguladoras possuam apenas regime de empregos públicos, o que se mostra contraditório com as normas constitucionais vigentes.

As agências reguladoras são um fenômeno que se instalou no país no final do século XX, especificamente quando da vigência da Emenda Constitucional nº 19/98.

Segundo a Constituição federal de 1988, especificamente nos artigos 21, XI e 177, § 2º, III, as agências reguladoras estão previstas como “órgãos reguladores”, com competência específica a certas atividades. Deve ser destacado que o signo “órgão”, utilizado pelo legislador constituinte, distancia-se da boa técnica do Direito Administrativo, uma vez que confunde conceitos de descentralização, que é atinente a entes (como as agências reguladoras) e não à desconcentração, esta sim ligada a órgãos. Tendo em vista que as autarquias, no modelo tradicional, permaneciam muito vinculadas ao controle de resultados, passou-se a entender que era mais benéfico à atuação do Estado dar nova dinâmica a estes entes, mediante um controle dos meios de atuação. Assim, criadas foram as autarquias de regime especial, ou melhor, agências reguladoras. De forma sucinta: surgiram autarquias com maiores privilégios. Conforme artigos 21, XI e 177, § 2º, III da Constituição Federal, há

previsão de órgãos reguladores para certas atividades. Apesar de o legislador constituinte nominar desta forma as atuais agências reguladoras, não há dúvida que, hoje, o termo “órgão” não condiz com a realidade, uma vez que a criação das agências reguladoras é matéria atinente à descentralização e não à desconcentração, feita por intermédio da criação de órgãos.

No Brasil, as agências reguladoras foram criadas para regular os serviços públicos e as atividades típicas de Estado, as quais foram concedidas ao setor privado, mediante permissões e concessões. Não há uma normatização única na criação dessas autarquias de regime especial. Todas as agências reguladoras que existem foram criadas por legislações esparsas. “Embora não haja disciplina legal única, a instituição dessas agências vem obedecendo mais ou menos o mesmo padrão, o que não impede que outros modelos sejam idealizados posteriormente.” (Di Pietro 2001, p. 395)

Com a implementação da política que transfere para o setor particular a execução dos serviços públicos e reserva para a Administração Pública a regulamentação, o controle e a fiscalização da prestação desses serviços aos usuários e a ela própria, o Governo Federal, dito por ele mesmo, teve a necessidade de criar entidades para promover, com eficiência, essa regulamentação, controle e fiscalização, pois não dispunha de condições para enfrentar a atuação dessas parcerias. Tais entidades, criadas com essa finalidade e poder, são as agências reguladoras. São criadas por lei como autarquia de regime especial recebendo os privilégios que a lei lhes outorga, indispensáveis ao atingimento de seus fins. São entidades, portanto, que integram a Administração Pública Indireta. (Gasparini, 2000, p. 342)

Nesse contexto, a criação das agências reguladoras não obedeceu certos requisitos essenciais do Direito Administrativo. No presente caso, tratar-se-á do regime dos servidores públicos desses entes, o que, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2000), está em desconformidade com os padrões constitucionais vigentes.

10.1 As agências reguladoras e os cargos públicos

Agentes públicos são as pessoas físicas que atuam em nome do Poder Público para atender seus interesses, de forma contínua ou mesmo ocasional.

A classificação dos agentes públicos gera inúmeras controvérsias na doutrina, não sendo matéria pacífica. Assim, adotar-se-á a classificação de Celso Antônio Bandeira de Mello (2000) que divide os agentes públicos em agentes políticos, os servidores estatais e os particulares em atuação colaboradora com o Poder Público.

Especificamente quanto aos servidores estatais, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello são "[...] aqueles que entretêm com o Estado e suas entidades da Administração indireta [...] relação de trabalho de natureza profissional e caráter não eventual sob vínculo de dependência." (2000, p. 230). Segundo o autor, são subdivididos em: servidores públicos propriamente ditos e os empregados públicos. Estes últimos são os empregados das empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista) e as fundações de Direito Privado instituídas pelo Poder Público, sob regime celetista, obrigatoriamente. (Di Pietro, 2001, p. 427)

Os servidores titulares de cargos públicos, que se ligam à administração pública mediante um vínculo institucional, são os servidores da Administração direta do Executivo, das entidades da Administração indireta vinculadas ao regime de Direito Público (autarquias e fundações), do Poder Judiciário, e da esfera administrativa do Poder Legislativo. (Mello, 2000)

Já, empregados públicos são aqueles com vínculo empregatício, ou seja, regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Isso porque, após a Emenda Constitucional no 19/98, a Administração Pública deixou de possuir o regime único dos servidores, passando à opção, pelos gestores públicos, de um sistema misto. (Mello, 2000)

Segundo hermenêutica constitucional advinda da Carta cidadã de 1988, o regime jurídico celetista (ou trabalhista), é admitido para funções materiais subalternas; (Di Pietro, 2001, p. 427) também, os contratados para atenderem necessidade temporária de excepcional interesse público, celetistas, em consonância ao artigo 37, inciso IX, da Constituição Federal; e os remanescentes do regime anterior, no qual se admite o regime de emprego.

Em resumo, não há como se reservar um regime de cargos públicos para funções que não detenham poder decisório (no limite da

discricionariedade pública), ou que exijam maior complexidade e proteção de manobras políticas, ou que necessitem de proteção de interferências externas.

Nas relações contratuais, como se sabe, direitos e obrigações recíprocos, constituídos nos termos e na ocasião da avença, são unilateralmente imutáveis e passam a integrar de imediato o patrimônio jurídico das partes, gerando, desde logo, direitos adquiridos em relação a eles. Diversamente, no liame de função pública, composto sob égide estatutária, o Estado, ressalvadas as pertinentes disposições constitucionais impeditivas, deterá o poder de alterar legislativamente o regime jurídico dos seus servidores, inexistindo a garantia de que continuarão sempre disciplinados pelas disposições vigentes quando de seu ingresso. Então, benefícios e vantagens, dantes previstos, podem ser ulteriormente suprimidos. Bem por isto, os direitos que deles derivem não se incorporam ao patrimônio jurídico do servidor (firmando-se como direitos adquiridos), do mesmo modo que nele se integrariam se a relação fosse contratual. (Mello, 2000, p. 235-236)

Portanto, as pessoas jurídicas de Direito Público (Administração direta, autarquias e fundações de Direito Público) e, portanto, também, as agências reguladoras, devem ter, prioritariamente, regime de cargos públicos, mesmo após a Emenda Constitucional nº 19/98, por serem entes que exercem atividades típicas de Estado.

Conforme leciona José dos Santos Carvalho Filho, as regras estatutárias básicas devem estar contidas em lei: “O Regime estatutário é o conjunto de regras que regulam a relação funcional entre o servidor estatutário e o Estado. Esse conjunto normativo [...] se encontra no estatuto funcional da pessoa federativa”. (200, p. 436) Nessa linha ‘a adoção do regime estatutário, quando a atividade envolver atividade típica de Estado, é um imperativo’”. (Souto, 2000, p. 286)

Sobre o regime de cargos públicos, Celso Antônio Bandeira de Mello assim se manifesta:

Tal regime, atributivo de proteções peculiares aos providos em cargo público, almeja, para benefício de uma ação impessoal do Estado – o que é uma garantia para todos os administrados –, ensejar aos servidores condições propícias a um desempenho técnico isento, imparcial e obediente tão-só a diretrizes político-administrativas inspiradas no interesse público, embargando,

destarte, o perigo de que, por falta de segurança, os agentes administrativos possam ser manejados pelos transitórios governantes em proveito de objetivos pessoais, sectários ou político-partidários – que é, notoriamente, a inclinação habitual dos que ocupam a direção superior do País. A estabilidade para os concursados, após três anos de exercício, a reintegração (quando a demissão haja sido ilegal), a disponibilidade remunerada (no caso de extinção do cargo) e a peculiar aposentadoria que se lhes defere consistem em benefícios outorgados aos titulares dos cargos, mas não para regalo destes e sim para propiciar, em favor do interesse público e dos administrados, uma atuação impessoal do Poder Público. (2000, p. 239)

Não há como o regime estatutário ter qualquer acepção contratual.

Duas são as características do regime estatutário. A primeira é a da pluralidade normativa, indicando que os estatutos funcionais são múltiplos. Cada pessoa da federação, desde que adote o regime estatutário para os seus servidores, precisa ter a lei estatutária para que possa identificar a disciplina da relação jurídica funcional entre as partes. Há, pois, estatutos funcionais federal, estaduais, distrital e municipais, cada um deles autônomo em relação aos demais, porquanto a autonomia dessas pessoas federativas implica, necessariamente, o poder de organizar seus serviços e seus servidores. [...] A outra característica concernente à natureza da relação jurídica estatutária. Essa relação não tem natureza contratual, ou seja, inexistente contrato entre o Poder Público e o servidor estatutário. (Carvalho Filho, 2000, p. 436)

Quanto aos empregos públicos (celetistas), o autor citado afirma:

As características desse regime se antagonizam com as do regime estatutário. Primeiramente, o regime se caracteriza pelo princípio da unicidade normativa, porque o conjunto integral das normas reguladoras se encontra em um único diploma legal – a CLT. Significa que, tantas quantas sejam as pessoas federativas que adotem esse regime, todas elas deverão guiar-se pelas regras desse único diploma. Neste caso, o Estado figura como simples empregador, na mesma posição, por conseguinte, dos empregados de modo geral.

Outra característica diz respeito à natureza da relação jurídica entre o Estado e o servidor trabalhista. Diversamente do que ocorre no regime estatutário, essa relação jurídica é de natureza contratual. Significa dizer que o

Estado e seu servidor trabalhista celebram efetivamente contrato de trabalho nos mesmos moldes adotados para a disciplina das relações gerais entre capital e trabalho. (2000, p. 438)

Especificamente quanto às agências reguladoras, a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000 (que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras, e dá outras providências), no seu artigo 1º, determina que o regime dos servidores das autarquias em regime especial será o de emprego público: “Art. 1º - As Agências Reguladoras terão suas relações de trabalho regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e legislação trabalhista correlata, em regime de emprego público.”

Inconformado com o teor deste artigo, o Partido dos Trabalhadores (PT), propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.310/DF, questionando este dispositivo alegando que os contratados pelas agências reguladoras devam deter cargo público (cercado de garantias institucionais destinadas a dar proteção e independência ao servidor) e não emprego público (destinado a servidores cuja função é de menor responsabilidade política).

Assim dispõe parte do relatório do autor da referida ação:

“Argui o Requerente a impossibilidade de haver empregos públicos nas agências reguladoras, fazendo-o, primordialmente, com base no entendimento de que o exercício de função de fiscalização, inerente à atividade precípua do Estado, pressupõe prerrogativas não agasalhadas pelo contrato de trabalho, tal como previsto na Consolidação das Leis do Trabalho. [...] São apresentadas várias teses com fundamento nas seguintes premissas: a - da inconstitucionalidade da adoção do regime da Consolidação das Leis do Trabalho em autarquias executoras de serviços públicos típicos. Consoante o sustentado, as autarquias especiais [...] desenvolvem atividade a envolver o poder de polícia, exercendo, ainda, função de agente normativo e regulador da atividade econômica, [...]

A óptica externada é no sentido de que as atividades exclusivas de Estado não podem ser atribuídas a prestadores de serviços submetidos à Consolidação das Leis do Trabalho, devendo haver a subordinação a estatuto próprio. [...] É que funções de fiscalização e outras relativas ao serviço diplomático desenvolvidas por delegados de polícia, por membros do Ministério

Público e pela magistratura estariam a pressupor o regime estatutário, objetivando conferir [...] a autonomia funcional indispensável ao respectivo exercício;" (Supremo Tribunal Federal, 2005)

Na data de 19 de dezembro de 2000, o Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, determinou, em sede de liminar, que fossem suspensos todos os concursos destinados à contratação de pessoal nas agências reguladoras do Governo Federal.

Eis parte do seu voto:

"Inegavelmente as agências reguladoras atuam com poder de polícia, fiscalizando, cada qual em sua área, atividades reveladoras de serviço público a serem desenvolvidas pela iniciativa privada. [...] A problemática não se resolve pelo abandono, mediante alteração constitucional - Emenda 19/98 -, do sistema de regime jurídico único. Cumpre indagar a harmonia, ou não da espécie de contratação, ante a importância da atividade e, portanto, o caráter indispensável de certas garantias que, em prol de uma atuação eqüidistante devem-se fazer presentes, considerados os prestadores de serviços. [...] Não de estar as decisões desses órgãos imunes a aspectos políticos, devendo fazer-se presente, sempre, o contorno técnico. É isso o exigível não só dos respectivos dirigentes - detentores de mandato -, mas também dos servidores - reguladores, analistas de suporte à regulação, procuradores, técnicos em regulação e técnicos em suporte à regulação [...] que, juntamente com os primeiros, não de corporificar o próprio Estado nesse mister da mais alta importância, para a efetiva regulação dos serviços.

Prescindir no caso, da ocupação de cargos públicos, com os direitos e garantias a eles inerentes, é adotar flexibilidade incompatível com a natureza dos serviços a serem prestados, igualizando os servidores das agências a prestadores de serviços subalternos, dos quais não se exige, até mesmo, escolaridade maior, como são serventes, artífices, mecanógrafos, entre outros. [...] Está-se diante de atividade na qual o poder de fiscalização, o poder de polícia fazem-se com envergadura ímpar, exigindo, por isso mesmo, que aquele que a desempenhe sinta-se seguro, atue sem receios outros, e isso pressupõe a ocupação de cargo público, a estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição Federal.

Aliás, o artigo 247 da Lei Maior sinaliza a conclusão sobre a necessária

adoção do regime de cargo público relativamente aos servidores das agências reguladoras. Refere-se o preceito àqueles que desenvolvam atividades exclusivas de Estado, e a de fiscalização o é. Em suma, não se coaduna com os objetivos precípuos das agências reguladoras, verdadeiras autarquias, embora de caráter especial, a flexibilidade inerente aos empregos públicos, impondo-se a adoção da regra que é a revelada pelo regime de cargo público, tal como ocorre em relação a outras atividades fiscalizadoras - fiscais do trabalho de renda, servidores do Banco Central, dos Tribunais de Conta, etc. [...]

Por tais razões, ou seja, considerada a impropriedade da adoção do sistema de empregos públicos, defiro a liminar na extensão pretendida, suspendendo a eficácia dos artigos 1º, 2º e parágrafo único, 12 e § 1º, 13 e parágrafo único, 15, 24 e inciso I, 27 e 30 da Lei nº 9.986/2000". (Supremo Tribunal Federal, 2005)

Após suspensão do processo por longa data (quase três anos), no dia 15 de dezembro de 2004 foi publicada decisão do Min. Moreira Alves, acompanhado dos demais Ministros do STF, a qual julgou prejudicada a presente ADIN, proferindo a seguinte decisão:

"[...] verifica-se que o art. 37 da lei nº 10.871, de 20 de maio de 2004, que 'dispõe sobre a criação de carreiras e organização de cargos efetivos das autarquias especiais denominadas agências reguladoras, e dá outras providências', revogou expressamente, os art. 1º, 12 e 13, o parágrafo único do art. 14, os artigos. 15, 20, 21, 24, 27, 30, 33 e 34 da lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, (...). portanto, como os dispositivos originalmente impugnados não mais existem no mundo jurídico, tem-se a perda de objeto do presente pedido de declaração de inconstitucionalidade, pois a ação direta visa à 'declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em tese, logo o interesse de agir só existe se a lei estiver em vigor". (STF, 2005)

Paulo Roberto Ferreira Motta expõe que é:

"[...] evidente que o regime jurídico ideal para as agências reguladoras seria o estatutário, uma vez que é o regime jurídico que melhor responde à independência tão necessária para a perfeita prestação das funções de relevante interesse público". (2000, p. 120)

Diante do exposto, fica evidente que os servidores públicos das

agências reguladoras devem possuir o regime de cargos públicos, por desempenharem típicas funções de estado, e não o regime de empregos públicos, conforme correção feita pela Lei n. 10.871, de 10 de maio de 2004.

Parece evidente que As agências reguladoras são autarquias de regime especial, possuindo peculiaridades em relação ao conceito clássico de autarquias. Ainda, diante da inovação trazida pela Emenda Constitucional nº 19/98, extinguindo o regime jurídico único dos servidores públicos, contata-se que os cargos públicos devem ser criados para funções tipicamente de Estado, enquanto os empregos públicos (regidos pela CLT), devem ser criados para as funções subalternas e de execução material das atividades da administração pública. Nesse sentido, toma condão inconstitucional o artigo 1º da Lei nº 9.986/2000, que exige somente o regime celetista às agências reguladoras, quando que, deveria ser prevalente o regime de cargos públicos, pelo fato das agências reguladoras terem, em seu âmbito, atividades típicas de Estado, fator corrigido posteriormente mediante lei específica.

11 A CONSTITUIÇÃO E AS AGÊNCIAS REGULADORAS

A fonte das agências reguladoras somente poderá ser alicerçada na Constituição Federal, como se verifica no disposto no art. 21, inciso XI, e também no art. 177, § 2º, inciso III, que diz respeito à “flexibilização” do monopólio do petróleo, do gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, o transporte marítimo e do petróleo bruto ou de seus derivados básicos.

Nosso Ordenamento Jurídico não permite que obrigações, proibições, constrangimentos aos administrados, se façam por outro meio que não a lei (art. 5º, inciso II). Há exceção nas delegações do Legislativo ao Executivo, nos termos do art. 68 da Constituição da República, porém há todo um regime jurídico a ser observado, que, certamente não é a hipótese das agências reguladoras.

As determinações normativas oriundas das agências devem se limitar a aspectos estritamente técnicos. Ressalta-se a Prof^a. Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “(...) que a função reguladora só tem a validade constitucional para as agências previstas na Constituição. Para as demais ela não existe nos termos em que foi definida.”

E, ainda: “(..) No caso da ANATEL e da ANP as matérias que podem ser por elas reguladas são exclusivamente as que dizem respeito aos respectivos contratos de concessão, observados os parâmetros e princípios estabelecidos por lei.”

A lei pode dar papel normatizador em sentido estrito, pois houve a percepção de que esse fato poder-se-ia constituir em invasão das competências do Poder Legislativo. A lei, ao criar a agência reguladora, está tirando do Poder Executivo todas essas atribuições para colocar nas mãos da agência.

Com relação aos cargos sabe-se que são escolhidos pelo presidente da República, e por ele nomeados, após aprovação do Senado Federal, todavia,

não podem ser exonerados, discricionariamente, porque exercem mandato fixo, a prazo certo, e só podem perdê-lo antes de seu término, por processo administrativo disciplinar, devido à faltas funcionais ou condenação judicial transitada em julgado (art. 9º da Lei 9.986, de 18.07.2000).

Devem e podem as agências, respeitando o processo administrativo (Lei nº 9.784, de 29.01.1999, na esfera federal, além dos próprios dispositivos das leis específicas), sancionar as empresas privatizadas.

Assim, por força do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, se houver lesão de direito, ou mesmo, ameaça de lesão, a empresa concessionária poderá ir ao Judiciário.

As agências não possuem poder arbitral para dirimir conflitos entre o prestador de serviço e o Poder Público, seja Federal, Estadual ou Municipal. Podem dirimir controvérsias, ou então impor regras de convivência, entre as próprias empresas concessionárias.

Quanto ao regime jurídico do pessoal contratado pela agência é o do Servidor Público, não mais o regime único, abolido do texto constitucional. Os funcionários da agência não deixam de ser servidores públicos, salvo cargos de comissão, e devem prestar concurso. O art. 1º da Lei nº 9.986, de 18.07.2000, dispõe sobre a gestão dos recursos humanos das agências reguladoras.

A ANATEL foi criada pela Lei nº 9.472, de 16.07.1997 (Lei Geral das Telecomunicações), submetendo-a ao regime autárquico especial, vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de Órgão Regulador.

Percebe-se que o regime especial outorgado tem como escopo cortar as amarras com Administração Pública, entretanto, as autarquias são pessoas de direito público com capacidade administrativa, não importando que sejam denominadas agências. Transparece um desmonte do Estado, no que se refere à revelia da Constituição, no tocante aos meios de controle, que até então já bastante dificultosos, tornaram-se frouxos, e não se sabe o que irá acontecer com o serviço público a médio e longo prazo.

Já, a ANP (Agência Nacional de Petróleo), constituída pela Lei nº 9.478, de 06.08.1997, várias vezes modificada, sendo a última alteração de nº 10.453, de 13.05.2002, foi criada através da permissão do texto constitucional.

Por outro lado, inúmeras outras agências foram criadas sem previsão constitucional, sendo elas consideradas autarquias especiais, com maior autonomia e maior flexibilidade para contratar funcionários.

Finalmente, não existe lei específica disciplinando essas agências reguladoras, elas estão sendo criadas por leis esparsas, como as de nº 9.427, de 26.12.1996, 9.472 de 16.07.1997 e 9.478, de 06.08.1997, que instituíram, respectivamente a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e a Agência Nacional do Petróleo (ANP). Sendo que, a ANATEL e a ANP tem fundamento constitucional (arts. 21, XI e 177, § 2º, III), previstas sob a expressão órgão regulador. Note-se que a Constituição, apegada a tradição do direito brasileiro, empregou o vocábulo órgão e foi a legislação ordinária que copiou o vocábulo de origem norte americano, qual seja, agência.

Assim, depreende-se que a atuação das agências reguladoras, como entidades recentes, necessita de observação cautelosa, devido ao impacto que causam na economia do país, sendo que os fatores tratados como inconstitucionais ainda carecem do respectivo *status* perante o STF. Portanto, observa-se a discussão teórica, sem embasamento prático de temas novos, de modo que, apenas a partir do entendimento do Poder Judiciário, poderemos pôr e contrapor a abrangência constitucional do poder normativo e regulador das agências reguladoras federais, do contrário, a limitada consideração teórica acerca do tema jamais encontrará a realidade sócio-econômica.

12 O PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NOS DIAS ATUAIS

Tendo em vista a complexidade das funções desempenhadas pelo Estado e diante da necessidade da prestação de serviços eficientes e adequados à população, uma solução encontrada pelo próprio ordenamento jurídico foi a efetivação do princípio da descentralização.

Dessa forma, foram criadas inúmeras formas de descentralizar o poder, criando entidades cuja função seria auxiliar o poder público no desempenho de atividades e serviços previstos na própria Constituição da República Federativa do Brasil.

Assim, surgiram várias entidades que são ligadas ao poder público e desempenham determinadas funções.

Portanto, tendo em vista os vários entes que surgiram para auxiliar o desempenho da função pública, o presente trabalho irá prestigiar a questão das agências reguladoras dentro do contexto brasileiro e sua importância para o desenvolvimento de determinados setores.

A função regulatória exercida pelas agências reguladoras fixa-se na premissa de que há falhas no mercado que devem ser sanadas por meio de intervenção que garanta o bem estar dos indivíduos.

As falhas de mercado podem se dar de várias formas. Assim, verificam-se algumas hipóteses.

Primeiramente deve-se tratar da questão das externalidades, que são efeitos indiretos (positivos ou negativos) de uma atividade de consumo ou de produção sobre a atividade de outros produtores ou consumidores e que não podem ser adequadamente negociados em um mercado. Essas externalidades são prejudiciais, pois não há mecanismos de compensação no mercado entre a ação e o impacto da mesma.

Outra falha de mercado reside na existência de bens públicos, que são caracterizados como bens não-rivais e não-excludentes, ou seja: ninguém pode

ser excluído de seu consumo. Além disso, o consumo do bem por um indivíduo não reduz a disponibilidade para outro e não há como evitar que eventuais não-pagantes beneficiem-se dele. A ineficiência gerada pelos bens públicos é a impossibilidade de se cobrar adequadamente por eles. Nesse caso, o Estado deve intervir diretamente, assumindo a produção de tais bens ou utilizando mecanismos tributários para evitar o problema da não-excludência.

Ainda com relação às falhas no mercado identifica-se o comportamento não-competitivo das empresas, configurando monopólios, oligopólios e a concorrência monopolística. Quando há uma situação real nessas condições, a introdução de novos atores é ineficiente, pois há barreiras à entrada de novos competidores.

A assimetria de informação, apontada como uma outra falha de mercado, ocorre quando uma das partes da relação possui mais informações que a outra, gerando distorções no mercado. A consequência dessa ineficiência de informações é uma seleção adversa, e uma parte exerce determinada escolha sem o total conhecimento das condições estabelecidas. Outro resultado seria o risco moral, quando uma das partes, após a assinatura de determinado contrato muda seu comportamento, de maneira proposital, de forma a surgir uma distorção no caso concreto.

Por fim, pode-se apontar como uma falha de mercado os altos custos de transação. Essa hipótese ocorre quando determinados produtores de uma indústria se encontram dispersos geograficamente ou são excessivamente pequenos se considerados individualmente. Isso pode gerar ineficiências de mercado por conta de custos de transação proibitivos.

Dessa forma, houve a necessidade de se criar as agências reguladoras, de forma que auxiliem o Estado na prestação de serviços públicos necessários, com maior eficiência e livre dos problemas decorrentes das falhas de mercado.

As agências reguladoras surgiram em decorrência da idéia do “estado de bem-estar”, que se utilizava da intervenção estatal no domínio econômico sempre que julgasse necessário para a defesa dos interesses públicos. Assim, as agências reguladoras são dotadas de certa independência e autonomia, teriam a função de controlar e fiscalizar os vários setores, através da imposição de regulamentação, em setores que normalmente representariam uma fonte constante de problemas sociais.

Tendo em vista a natureza jurídica dessas entidades, pode-se dizer que as agências reguladoras são pessoas jurídicas de direito público, caracterizando-se como autarquias especiais, que possuem a função de regulamentar, fiscalizar e decidir, com autonomia sobre de determinados setores da atividade econômica e social de grande interesse público. Por serem autarquias, é necessário que sejam criadas por lei, como determina o art. 37, XIX da Constituição Federal. Em razão do princípio da simetria, sua extinção também só pode se dar através de lei específica e por motivos de interesse público.

Com o objetivo de adentrar mais especificamente ao tema proposto, primeiramente discute-se a questão da ANEEL, ou seja Agência Nacional de Energia Elétrica. Ela foi criada pela Lei nº 9.427, de 1996, e é vinculada ao Ministério de Minas e Energia.

A criação dessa agência reguladora, em especial, teve como principal motivação a questão da regulação econômica, de forma a contornar os efeitos maléficos causados pela falha no mercado.

A falha de mercado que ensejou a criação desta agência reguladora, tem por base dois motivos: a energia elétrica constitui um bem público e a formação de um monopólio natural.

A falha no mercado relativa à caracterização da energia elétrica como bem público diz respeito à essencialidade do serviço, pois nenhum indivíduo poderá ser excluído do consumo de um bem público, e seu custo marginal é nulo. Dessa forma, não há como atrair investimentos privados que queiram fazer parte desse mercado.

A solução, então, é a entrada do Estado como fornecedor desse serviço, pois caso seja deixado à livre iniciativa do mercado, a energia elétrica não seria produzida na quantidade eficiente, ou seja, quantidade necessária quando se está diante de uma situação de equilíbrio de mercado.

O problema dessa falha de mercado, é que ele ocasiona outra falha: a formação de um monopólio natural.

Os monopólios criam ineficiências, pois diante da falta de concorrência, a empresa pública pode controlar preços, obtendo lucros exorbitantes, bem acima dos seus custos marginais. Os representantes do conselho de administração, bem como os dirigentes são nomeados pelo poder público, o

que evidencia o total controle da empresa nas mãos de um só produtor – o Estado.

Ademais, não há também o incentivo à melhora dos serviços prestados, e o incremento da própria produção, pois não há a competitividade necessária que incentive a criação de novas tecnologias e melhora na qualidade.

Diante dessa realidade torna-se evidente a necessidade da sociedade ter em mãos instrumentos que possam coibir a ineficiência dessa situação, e é exatamente nesse ponto que se torna fundamental a atuação da ANEEL. A agência reguladora deve reproduzir as pressões de mercado sobre preço e qualidade.

As principais funções da ANEEL são: fiscalizar a geração, a transmissão, a distribuição e a comercialização da energia elétrica; mediar os conflitos de interesses entre os agentes do setor elétrico e entre estes e os consumidores; conceder, permitir e autorizar instalações e serviços de energia; garantir tarifas justas; zelar pela qualidade do serviço; exigir investimentos; estimular a competição entre os operadores e assegurar a universalização dos serviços.

Já a ANCINE, por sua vez, é uma agência reguladora regida pela Medida Provisória nº 2.228/01, e tem a com a função de promover a cultura nacional e a língua portuguesa, mediante o desenvolvimento da indústria cinematográfica e videofonográfica nacional.

Em princípio verifica-se que a criação dessa agência reguladora se deve principalmente às falhas de mercado que se relacionam aos elevados custos de transação e assimetria de informações, evidentemente presentes ao cenário do cinema nacional. Assim, a regulação se justifica diante da necessidade de coordenação do mercado.

As atribuições da ANCINE estariam mais relacionadas à atividade de fomento, do que a regulação propriamente dita. Dessa forma, acreditam alguns autores que não justificaria a criação dessa entidade sob a caracterização de agência reguladora.

O objeto sobre o qual irá atuar a ANCINE é a indústria cinematográfica e videofonográfica, entendida como atividade audiovisual, como películas, fitas, e DVDs, não abrangendo a radiodifusão e as telecomunicações.

A ANCINE possui várias diretrizes como, por exemplo, aumentar a competitividade por meio do fomento à produção, distribuição e exibição nos

vários segmentos de mercado; promover a auto-sustentabilidade, no sentido de conseguir manter-se a partir dos recursos existentes em seus próprios mercados; articular os vários elos da cadeia produtiva (começando pela produção e distribuição); fortalecer a produção independente e regional, favorecendo a diversidade; universalizar o acesso às obras produzidas, garantir a diversificação de obras estrangeiras no mercado, diversificar a presença da produção nacional nos mercados como vídeo, tevê paga, tevê aberta, internet, telefonia, bem como no mercado externo.

As agências reguladoras gozam de autonomia orçamentária e financeira, mandatos fixos para os dirigentes; estrutura de direção e decisões colegiadas, dentre outras características marcantes. Estas conferem um grau de independência às agências reguladoras em relação ao poder público.

Ao comparar as estruturas das agências reguladoras percebe-se que elas se prestam à mesma função, pois visam corrigir as falhas de mercado, contudo, quando se analisa a questão da função que cada uma exerce, nota-se uma diferença marcante.

A ANEEL foi criada com o objetivo de regular a questão econômica de um determinado setor de infra-estrutura, que é a energia elétrica. Já a ANCINE, por sua vez, se liga mais ao caráter social, coordenado o mercado existente.

Uma última distinção que vem a tona se refere à questão da caracterização das agências reguladoras enquanto agências de estado, agências de governo e forma intermediária.

Pode-se dizer que as agências de estado se ligam mais à questão econômica, cuja regulação se faz necessária em virtude das falhas de mercado. Já as agências de governo, por sua vez, participam e implementam políticas públicas, de interesse dos entes estatais. Por fim, as formas intermediárias se apresentam como modalidades mistas, que ora podem regular determinado setor, ora podem agir como agentes que implementam políticas públicas.

Levando-se em conta as funções desempenhadas por cada uma das agências reguladoras em análise, pode-se caracterizar a ANEEL como agência de estado, por se ligar mais à questão econômica diante das falhas de mercado e a ANCINE como forma intermediária, haja vista que embora seja uma agência reguladora, sua função liga-se mais ao incremento do setor

cinematográfico.

É importante, ressaltar, por fim que o papel das agências reguladoras no atual cenário institucional brasileiro é de suma importância, contudo pela forma como hoje são tratadas essas agências, percebe-se ainda uma grande ligação com o poder público, sobretudo pelo fato da designação dos dirigentes serem efetuadas pelo poder público. Por isso, faz-se necessária a criação de dispositivos e instrumentos eficientes que garantam que a agência reguladora atuará na forma prevista e de acordo com os objetivos determinados na sua lei de criação, e não como mera cumpridora dos interesses do poder público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado, verificando sua incapacidade de prover, de modo plausível, todas as necessidades da coletividade, com as necessárias adaptações às constantes mudanças ocorridas no mercado econômico, achou por bem transferir tal responsabilidade ao setor privado, que sempre se mostrou competente para a realização deste tipo de tarefa.

Contudo, para conter os abusos do poder econômico e manter a qualidade e os preços dos serviços prestados foram criadas pelo poder público, agências reguladoras para controlar e fiscalizar a atividade pública a ser realizada por companhias privadas.

Tal alternativa vem se mostrando a mais correta, pois descentraliza os deveres estatais, diminuindo a máquina administrativa do estado, permitindo com que ele possa concentrar-se nas atividades primordialmente sociais.

Cumprе salientar que tais concessões não limitam os poderes estratégicos do Estado, seja em que setor for, pois as atividades privadas devem obedecer aos limites impostos pelo setor público, e por tratar-se de contratos de concessão, o mesmo pode ser cassado quando ocorridos certos fatores que devem estar devidamente demonstrados no instrumento mencionado.

Outrossim, o Estado deixou de arcar com os custos de ineficiência das empresas que geria, passando a usufruir os impostos recolhidos pelas concessionárias de cada setor.

Portanto, o sistema de regulação adotado no Brasil parece correto e eficiente, sendo certo que o modo como é estruturado o torna capaz de gerir com propriedade os setores que regula.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, M. C. e TEIXEIRA, A C. “*Orçamentos Participativos: projetos políticos, partilha de poder e alcance democrático*”. In DAGNINO, OLVERA & PANFICHI (Orgs.) *A disputa pela Construção Democrática na América Latina*. São Paulo: Paz e Terra; Campinas, SP: Unicamp, 2006 (pp.179-228).

ALVAREZ, S.; DAGNINO, E.; ESCOBAR, A (Orgs.) *Cultura e Política nos Movimentos Sociais Latino-americanos: Novas Leituras*. 1. ed. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2000.

BRESSER-PEREIRA, L C. “*A Reforma do Estado dos anos 90: Lógica e Mecanismos de controle*”. Lua Nova nº 45, 1998^a.

_____. *Reforma do Estado para a Cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo/Brasília: Ed. 34/Enap: 1998b.

CARVALHO: Cristiano Martins de. *Agências Reguladoras*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2654>. Acesso em: 17 mar 2009.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Desenvolvimento econômico e intervenção do estado na ordem constitucional - estudos jurídicos em homenagem ao professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 14. ed., 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2002.

FIOCCA, Demian. *Debates sobre a constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

FONSECA, Antônio. *Limites jurídicos da regulação e defesa da concorrência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da Fonseca. *Direito Econômico*. Rio de

Janeiro: Forense, 5. ed., 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal Justen. *Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 2002.

MISES, Ludwig Von. *Ação humana, um tratado de economia*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2. ed., 2003.

MOREIRA, Vital. *Economia e constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e concorrência (estudos e pareceres)*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, César Augusto Silva da. *O direito econômico na perspectiva da globalização: análise das reformas constitucionais e da legislação ordinária pertinente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

CARVALHO FILHO, Jos dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *As agências reguladoras de serviços públicos*. Curitiba: Universidade Federal do Paraná Editora, 2000.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2001.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização – privatização, concessões e terceirizações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Brasília. Diário. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 10 fev 2009.