

DIREITO ADMINISTRATIVO ECONÔMICO

carlos ari sundfeld
(coordenador)

ana maria de oliveira nusdeo
benedicto porto neto
conrado hübner mendes
david a. m. waltenberg
dinorá adelaide musetti grotti
fábio ulhoa coelho
fernando herren aguillar
floriano azevedo marques neto
guillermo muñoz
jorge luis salomoni
josé roberto pimenta oliveira
maria d'assunção costa menezello
roberto m. lopez cabana
ronaldo porto macedo júnior
sidnei turczyn

CARLOS ARI SUNDFELD

(Coordenador)

DIREITO ADMINISTRATIVO ECONÔMICO

Ana Maria de Oliveira Nusdeo • Benedicto Porto Neto
Carlos Ari Sundfeld • Conrado Hübner Mendes
David A. M. Waltenberg • Dinorá Adelaide Musetti Grotti
Fábio Ulhoa Coelho • Fernando Herren Aguillar
Floriano Azevedo Marques Neto • Guillermo Muñoz
Jorge Luis Salomoni • José Roberto Pimenta Oliveira
Maria D'Assunção Costa Menezello
Roberto M. Lopez Cabana • Ronaldo Porto Macedo Júnior
Sidnei Turczyn



SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO
Rua Leôncio de Carvalho, 306, 7ª andar – São Paulo, SP – CEP 04003-010
Fones: (11) 289-8767 e 285-0598 – Fax (11) 287-6404
www.sbdp.org.br – e-mail: direitopublico@sbdp.org.br

Diretoria: Carlos Ari Sundfeld (Presidente), Marcelo Figueiredo,
Benedicto Porto Neto, Carlos Mário Velloso Filho, Marcos Roberto Alexander
e Cássio Scarpinella Bueno

Comitê Executivo: Roberta Alexandr Sundfeld, Lucécia Martins Soares,
Jacintho de Arruda Câmara, Vera Scarpinella Bueno,
Floriano Azevedo Marques Neto e Pedro Paulo Porto Filho



**MALHEIROS
EDITORES**

DIREITO ADMINISTRATIVO ECONÔMICO

© SBDP

Coordenador: CARLOS ARI SUNDFELD

ISBN 85-7420-239-8

0345

*Direitos reservados desta edição por
MALHEIROS EDITORES LTDA.*

*Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171
CEP 04531-940 – São Paulo – SP*

Tel.: (0xx11) 3842-9205 Fax: (0xx11) 3849-2495

*URL: www.malheiroseditores.com.br
e-mail: malheiroseditores@zaz.com.br*

*Composição
PC Editorial Ltda.*

*Capa
Criação: Vânia Lúcia Amato
Arte: PC Editorial Ltda.*

*Impresso no Brasil
Printed in Brazil
10-2000*

Sumário

1. APRESENTAÇÃO (CARLOS ARI SUNDFELD)	15
2. SERVIÇOS PÚBLICOS E REGULAÇÃO ESTATAL	
<i>Introdução às Agências Reguladoras</i>	
– CARLOS ARI SUNDFELD	
1. <i>Introdução</i>	17
2. <i>As novas agências reguladoras brasileiras</i>	18
3. <i>A independência das agências reguladoras</i>	23
4. <i>As agências e sua roupagem autárquica</i>	26
5. <i>As agências e seu poder normativo</i>	27
6. <i>Regulação e a separação dos Poderes</i>	28
7. <i>As noções de regulação e de serviço público</i>	31
8. <i>Por que regular os serviços estatais privatizados?</i>	34
9. <i>Um déficit na regulação econômica brasileira</i>	36
<i>Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação</i>	
– DINORÁ ADELAIDE MUSETTI GROTTI	
1. <i>O serviço público e sua configuração jurídica clássica</i>	39
2. <i>A mudança de um modelo de Estado e as mutações do serviço público</i>	43
3. <i>O regime jurídico dos serviços públicos</i>	
3.1 <i>Caracterização</i>	45
3.2 <i>Repartição constitucional de competências. Possibilidade de criação dos serviços públicos por via legislativa</i>	46
3.3 <i>Princípios jurídicos dos serviços públicos</i>	48
3.3.1 <i>Princípio da continuidade</i>	50
3.3.2 <i>Princípio da regularidade</i>	53
3.3.3 <i>Princípio da igualdade ou da uniformidade</i>	53
3.3.4 <i>Princípio da neutralidade</i>	55
3.3.5 <i>Princípio da generalidade ou universalidade</i>	55

A conclusão desta obra é resultado do entusiasmo, generosidade e seriedade de uma verdadeira multidão de pessoas. É inviável agradecer nominalmente a todas elas. Mas não quero omitir alguns registros especiais.

ROBERTA ALEXANDR SUNDFELD inspirou toda a utopia e lhe deu vida. Na condução dos inúmeros cursos e seminários da *Sociedade Brasileira de Direito Público* – *sbdp* sobre o Direito Público Econômico, DINORÁ ADELAIDE MUSETTI GROTTI, JOSÉ ROBERTO PIMENTA OLIVEIRA, JACINTHO DE ARRUDA CÂMARA, FLORIANO AZEVEDO MARQUES NETO e FERNANDO HERREN AGUILLAR foram – e são – grandes companheiros. GUILLERMO MUÑOZ assegurou o charme portenho da obra. LUCÉIA MARTINS SOARES assumiu desde o início a direção executiva da empreitada editorial. VERA SCARPINELLA BUENO cuidou das traduções com a ajuda de ANDRÉ FABIAN EDELSTEIN. RODRIGO PAGANI DE SOUZA, PEDRO AURÉLIO Q. P. DA SILVA e LUÍS FELIPE VALERIM PINHEIRO, alunos da Escola de Formação da *sbdp*, ajudaram nas revisões. ÁLVARO e SUZANA MALHEIROS viabilizaram a publicação.

A *sbdp* registra seu reconhecimento e gratidão aos autores, bem como a todos que, movidos exclusivamente pelo espírito científico, tornaram realidade este projeto.

CARLOS ARI SUNDFELD

2. SERVIÇOS PÚBLICOS E REGULAÇÃO ESTATAL

Introdução às Agências Reguladoras

CARLOS ARI SUNDFELD

1. Introdução

Os economistas têm uma fascinante qualidade: sabem avaliar os problemas por equações e unidades mensuráveis, objetivas. Mas ponderar os transtornos e as facilidades em uma precisa relação de números é algo muito estranho para um homem do Direito. Somos peritos em contrapor valores de outra espécie, imateriais. Quando a Constituição diz que as pessoas têm direito à igualdade e, como advogados de uma empresa, reclamamos do Estado contra o privilégio dado à concorrente, somos incapazes de transpor essa briga para um gráfico. É verdade que o símbolo da Justiça é uma deusa com a balança, o que parece remeter a uma operação matemática ($X = Y$). Só que seus olhos estão vendados e, por isso, ela não vê os pratos se movendo, nem o peso que carregam: ela *sente* o movimento e, por esse meio, busca uma relação de equilíbrio, que nada tem de matemática.¹

Esse nosso jeito um tanto excêntrico de ser (sem falar nos gestos formais e no linguajar rebuscado) não é propriamente incompatível com a vida moderna; de resto, nela parece haver espaço para quase tudo. Mas, decerto, ele nos tira da linha de frente. É o raciocínio econômico que mais influi na escolha das novas políticas, nas medidas para enfrentar as crises, no planejamento estratégico do Estado (sem contar que são os jogos com a

1. Sobre essa questão, v. o fascinante ensaio de Calixto Salomão, “Globalização e teoria jurídica do conhecimento econômico”, em *Direito Global*, sob a coordenação de Carlos Ari Sunfeld e Oscar Vilhena Vieira, São Paulo, *School of Global Law/sbdp/Max Limonad*, 1999, pp. 259 e ss.

opinião pública e com a mídia que conduzem as atitudes governamentais mais cotidianas).

Pouco a pouco, os homens jurídicos nos acostumamos com os raciocínios econômicos. Por inspiração de estudos norte-americanos, difundiu-se a análise econômica do Direito, que ganha espaço e adeptos.² Em paralelo, o Estado aprofunda, modifica e sofisticada suas ações de regulação econômica, concebendo novos mecanismos e criando órgãos e instituições específicas. No Brasil não é diferente.

Atualmente, falar em regulação entre nós é tocar em assunto polêmico e emotivo: a privatização. A porta de entrada é a figura da agência reguladora. Vamos por ela.

2. As novas agências reguladoras brasileiras

A existência de *agências reguladoras* resulta da necessidade de o Estado influir na organização das relações econômicas de modo muito constante e profundo, com o emprego de instrumentos de autoridade, e do desejo de conferir, às autoridades incumbidas dessa intervenção, boa dose de autonomia frente à estrutura tradicional do poder político.

A regulação, enquanto espécie de intervenção estatal, manifesta-se tanto por poderes e ações com objetivos declaradamente econômicos (o controle de concentrações empresarias, a repressão de infrações à ordem econômica, o controle de preços e tarifas, a admissão de novos agentes no mercado) como por outros com justificativas diversas, mas efeitos econômicos inevitáveis (medidas ambientais, urbanísticas, de normalização, de disciplina das profissões etc.). Fazem regulação autoridades cuja missão seja cuidar de um específico campo de atividades considerado em seu conjunto (o mercado de ações, as telecomunicações, a energia, os seguros de saúde, o petróleo), mas também aquelas com poderes sobre a generalidade dos agentes da economia (exemplo: órgãos ambientais). A regulação atinge tanto os agentes atuantes em setores ditos privados (o comércio, a indústria, os serviços comuns – enfim, as “atividades econômicas em sentido estrito”) como os que, estando especialmente habilitados, operam em áreas de reserva estatal (prestação de “serviços públicos”, exploração de “bens públicos” e de “monopólios” estatais).

2. Uma primeira aproximação com esse tema pode ser obtida em *Law and Economics*, Jeffrey Harrison, Saint Paul, West Publishing, 1995; ou, em língua espanhola, *Una Aproximación al Análisis Económico del Derecho*, Paloma Duran y Laguna, Granada, Ed. Comares, 1992. Para mais aprofundamento, *Derecho y Economía*, Robert Cooter e Thomas Ulen, trad. para o Espanhol de Eduardo Suárez, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, e *Economics and the Law – From Posner to Post-Modernism*, Nicholas Mercuro e Steven G. Medema, Princeton, Princeton University Press, 1997.

Atualmente, o Brasil vive uma verdadeira febre de criação de agências reguladoras. As várias agências nem seguiram um modelo comum, nem têm competências sempre comparáveis.³ Mesmo assim há semelhanças. São entidades com tarefas tipicamente de Estado: editam normas, fiscalizam, aplicam sanções, resolvem disputas entre as empresas, decidem sobre reclamações de consumidores. Gozam de autonomia em relação ao Executivo: seus dirigentes têm mandato e, por isso, não podem ser demitidos livremente pelo Presidente ou Governador; suas decisões não podem ser alteradas pela Administração Central, e assim por diante. Sua tarefa? Ordenar setores básicos da infra-estrutura econômica.

Não é correto supor que agência reguladora seja sinônimo de processo de privatização, e vice-versa. Autoridades com poderes de regulação existem para todos os setores, não só para os privatizados (mencionem-se os órgãos de defesa da concorrência e os voltados ao mercado financeiro). Agências reguladoras existem em países que nunca conheceram os fluxos de estatização e privatização, como os Estados Unidos. Privatizações foram implementadas sem que o Estado se preocupasse em ampliar sua função regulatória, quer por o setor não o justificar (caso das desestatizações de empresas siderúrgicas e petroquímicas federais no Brasil dos anos 80), quer por opção política (caso das privatizações de serviços básicos na Argentina da década de 80).

Mas há uma clara tendência nos últimos anos, entre os países que optaram por amplos processos de privatização de serviços básicos, de criar órgãos de regulação ou de conferir maior autonomia ou poderes aos já existentes.

No Brasil não foi diferente. Com o processo de privatização atingindo o setor de serviços estatais, vieram as agências reguladoras. No âmbito federal citem-se, para as telecomunicações, a ANATEL; para a energia elétrica, a ANEEL; e para o petróleo, a ANP.

A Agência Nacional de Telecomunicações foi criada pela Lei federal n. 9.472, de 16.7.1997 (a Lei Geral de Telecomunicações), que não só definiu sua estrutura, a forma de nomeação de seus dirigentes e suas competências, como construiu detalhadamente o arcabouço regulatório do setor, do qual decorrem os condicionamentos daquelas competências.⁴ A lei foi

3. Para um cotejo entre órgãos reguladores brasileiros, voltado à identificação de critérios para sua definição, v. o trabalho de Conrado Hübner Mendes, “Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão”, nesta coletânea.

4. Sua edição é fruto de aprovação, com poucas alterações, de projeto de lei apresentado pelo Poder Executivo, baseado em concepções jurídicas e minuta preparada sob a coordenação do autor do presente artigo, com a participação dos professores Márcio Cammarosano, Rosolêa Miranda Folgosi e Jacintho de Arruda Câmara. Também na fase de regulamentação as autoridades ouviram professores de Direito Administrativo, entre os quais o autor, além

antecedida da alteração, pela Emenda Constitucional 8, de 15.8.1995, do art. 21, XI e XII, “a”, da Constituição de 1988, quando formulou-se a exigência de uma lei sobre “a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais”.⁵ A desestatização do Sistema TELEBRÁS (englobando todas as empresas federais monopolizadas dos serviços básicos de telecomunicações, inclusive a telefonia fixa e móvel) só ocorreu em julho de 1998, após a efetiva instalação da ANATEL e a edição das regras complementares à lei, nas quais, entre outros aspectos, foram fixadas as metas a serem atingidas por todas as operadoras. Concomitantemente à desestatização, aprofundou-se a introdução da competição entre prestadores, por diversos mecanismos.

A Agência Nacional de Energia Elétrica foi instituída pela Lei 9.427, de 26.12.1996 (que hoje vigora com as importantes alterações introduzidas pelas Leis 9.648 e 9.649, ambas de 27.5.1998), a qual é complementada por outras leis, mais voltadas à arquitetura da regulação do setor, destacando-se a de n. 9.074, de 7.7.1995 (cujo teor atual é decorrente das modificações da Lei 9.648, de 1998). O programa de privatização do setor elétrico foi iniciado com a desestatização de algumas empresas distribuidoras, e isso antes mesmo do surgimento da Agência e da definição do arcabouço regulatório. Mas o processo privatizante só foi aprofundado quando a Lei 9.074, de 1995, viabilizou a desregulação da produção de energia, criando os produtores independentes, e com a atuação da ANEEL, que abriu licitações para outorga de concessões de transmissão e participou da desestatização de empresas geradoras. O programa de desestatização das empresas de energia ainda não terminou.⁶

de Floriano Azevedo Marques Neto, Benedicto Porto Neto e Jacintho de Arruda Câmara. Para consulta a toda a legislação e regulamentos, além de farto material de pesquisa: www.anatel.gov.br.

5. Interessante mencionar que a ANATEL e a disciplina legal das telecomunicações têm sido alvo das censuras de autores de Direito Administrativo, que visualizam diversas violações à Constituição (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parcerias na Administração Pública*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 1999, pp. 125 e ss. e 142 e ss.; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 12ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2000, pp. 201 e ss. e 458 e ss.; Lucia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2000, pp. 141 e ss.). Algumas dessas críticas já haviam sido feitas pelos partidos de oposição quando ajuizaram ação direta de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal contra a Lei Geral de Telecomunicações (ADIn 1.668-5), sendo, no essencial, rejeitada a medida cautelar (v. em www.stf.gov.br). Quanto ao novo Direito das Telecomunicações, consultar, nesta coletânea, os trabalhos de Benedicto Porto Neto, “A Agência Nacional de Telecomunicações”, e Floriano Azevedo Marques Neto, “Direito das Telecomunicações e ANATEL”.

6. Um panorama seguro sobre a reforma do setor elétrico pode ser obtido nos artigos de José Roberto Pimenta Oliveira, “A ANEEL e serviços de energia elétrica”, e David Waltenberg, “O Direito da energia elétrica e a ANEEL”, incluídos na presente obra coletiva. Para o material regulatório, v. www.aneel.gov.br.

A Agência Nacional do Petróleo nasceu por força da Lei federal 9.478, de 6.8.1997, na qual também foram definidas as bases da regulação. Sua instituição havia sido exigência da Emenda Constitucional 9, de 9.11.1995, que permitiu a flexibilização do monopólio petrolífero da União, até então exercido pela sociedade de economia mista PETROBRÁS – Petróleo Brasileiro S/A (art. 177 da CF).⁷

Nos Estados surgiram agências multissetoriais para regular as atividades dos concessionários dos respectivos serviços estatais (como rodovias, ferrovias, transporte coletivo de passageiros) ou para exercer poder delegado pela União na fiscalização de serviços elétricos. Exemplo a mencionar é o da AGERGS – Agência de Regulação do Estado do Rio Grande do Sul, criada pela Lei estadual 10.931, de 9.1.1997 (depois alterada pela Lei 11.292, de 23.12.1998). Após as eleições estaduais, o novo Chefe do Executivo, contrário à política de privatização em curso, foi ao Supremo Tribunal Federal apontando vícios de inconstitucionalidade naquela lei, inclusive por usurpação de competências constitucionais do Executivo. A medida cautelar foi concedida no tocante ao poder de exoneração dos dirigentes da Agência, reconhecendo-se ser indevida a exigência de sua aprovação do Legislativo. Em paralelo, foi considerada constitucional a aprovação parlamentar como condição de nomeação, mas o Supremo Tribunal Federal negou que o Executivo pudesse exonerar os dirigentes sem justo motivo.⁸

Quanto à existência de organização administrativa para defesa da concorrência, esta já é antiga no Brasil, pois o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica foi criado por lei em 1962. Seu perfil atual foi dado pela Lei 8.884, de 11.6.1994, que o transformou em ente independente, com poder para tomar as decisões finais na matéria (será ele uma agência reguladora?). Recentemente, vem-se discutindo a conveniência de, por meio da instituição de uma “superagência”, fundir o CADE com a Secretaria de Direito Econômico (órgão despersonalizado do Ministério da Justiça que atua como provocador da ação do Conselho) e a Secretaria de Política Econômica (órgão do Ministério da Fazenda com funções opinativas).⁹

Ressalte-se que as agências de regulação dos serviços federais, como a ANATEL, ANEEL e ANP, não absorveram, em relação a seus respectivos setores da economia, competências típicas do CADE, que as possui também nesses setores. Mas as novas agências cumprem papel jurídico re-

7. Ampliar em “Introdução ao Direito do Petróleo e Gás”, de Maria D’Assunção Costa Menezello, e “Regime jurídico do setor petrolífero”, de Carlos Ari Sundfeld, ambos integrantes desta coletânea. Para conhecer melhor a regulação do setor, v. também www.anp.gov.br.

8. ADIn 1.949-0. Consultar em www.stf.gov.br.

9. Para conhecer mais o CADE, v. www.mj.gov.br/cade.

levantar quanto à concorrência, seja exercendo poder normativo na definição da estrutura do setor (casos da ANATEL e ANEEL), seja atuando como preparador dos processos a serem submetidos ao CADE (caso da ANATEL).¹⁰

Contudo, a criação de novas agências não ficou limitada ao campo dos serviços privatizados. Até o setor de Saúde ganhou os seus entes reguladores, vinculados ao Ministério da Saúde: a ANVS e a ANS.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária foi instituída pela Lei federal 9.782, de 26.1.1999, decorrente da conversão de medida provisória, e logo alterada por outra. A regulação propriamente econômica não está entre suas atribuições diretas. Porém, sua estrutura e autonomia foram visivelmente inspiradas nas demais agências, especialmente a ANATEL.¹¹

Quanto à Agência Nacional de Saúde Suplementar, cabem-lhe a “regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde” (art. 1º da Lei 9.961, de 28.1.2000, resultante da conversão de medida provisória), incluindo competências de cunho econômico (como autorizar reajustes de preços e adotar medidas que estimulem a competição no setor de planos privados de assistência à saúde).¹²

Paulatinamente vão sendo concebidas ou rejeitadas idéias como as de Agência da Água, dos Transportes,¹³ Postal, da Aeronáutica, e por aí vai. Interessante também atentar para o setor de resseguros, em que havia monopólio federal desde 1939, exercido pelo IRB – Instituto de Resseguros do Brasil. Com a aprovação da Emenda Constitucional 13, de 21.8.1996, viabilizou-se a abertura do setor à concorrência. Inicialmente, o IRB foi transformado em sociedade de economia mista (Lei 9.482, de 13.8.1997). A seguir, a Lei 9.932, de 20.12.1999, promoveu a reforma do setor, transferindo para a SUSEP (Superintendência de Seguros Privados) atribuições de regulação e fiscalização antes exercidas pelo IRB e conferindo ao Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) o poder normativo sobre o

10. Para um aprofundamento quanto às relações entre o CADE e as agências, v. o estudo de Ana Maria de Oliveira Nusdeo, “Agências reguladoras e concorrência”, neste livro coletivo.

11. Pode-se visitar essa Agência em www.anvisa.gov.br.

12. Consultar www.ans.saude.gov.br.

13. No setor de transportes o Governo Federal executou um programa de privatização (envolvendo sobretudo concessões de estradas de rodagem, pontes e ferrovias) sem a prévia criação de um ente regulador. Isso talvez se explique por, nesse campo, não se haver cogitado de introduzir competição entre prestadores, mas apenas de substituir o prestador estatal pelo privado. A regulação das atividades em causa, bastante frágil, tem base normativa na Lei de Concessões (n. 8.987, de 13.2.1995) e nos instrumentos contratuais celebrados com as empresas.

setor. Os passos seguintes são a desestatização do IRB e a conseqüente liberalização do setor, que passa a ser competitivo. Embora os resseguros nunca tenham sido considerados como serviços públicos, seu processo de reforma é, em essência, semelhante ao das telecomunicações, por exemplo, envolvendo essas três notas comuns: a desestatização, a abertura do mercado à competição e a necessidade de regulação.

A designação de “agências reguladoras”, que vem sendo utilizada pelo legislador brasileiro, originou-se nos Estados Unidos. Impressionados com a terminologia, alguns de meus colegas têm levantado suas vozes contra esses entes, que seriam próprios do Direito Anglo-Saxão e, por isso, incompatíveis com a tradição jurídica brasileira. Vejo diversos equívocos nesse raciocínio.

Em primeiro lugar, entes de regulação nada têm de específicos à *common law*, tanto que foram adotados em países europeus estranhos a esse sistema, como a França, suscitando discussões de índole constitucional semelhantes às que sempre se travaram nos Estados Unidos (como as relativas às fronteiras entre suas competências e as do Legislativo e do Judiciário). A regulação é – isso, sim – característica de um certo modelo econômico, aquele em que o Estado não assume diretamente o exercício de atividade empresarial, mas intervém enfaticamente no mercado utilizando instrumentos de autoridade. Assim, a regulação não é própria de certa família jurídica, mas sim de uma opção de política econômica.

Ademais, é totalmente oca a afirmação de que as agências reguladoras seriam estranhas ao Direito tradicional Brasileiro, seja porque toda mudança de algum modo confronta a tradição (por exemplo: o mandado de segurança brasileiro calcou-se na experiência anglo-saxã, sendo incompatível com a herança processual lusitana!), seja porque a estrutura brasileira de divisão dos Poderes, implantada com a Constituição da República, é de clara inspiração norte-americana.

De resto, o processo de implantação dos órgãos reguladores no Brasil tem muito mais afinidade com o da Europa atual – onde são usadas as expressões “autoridades administrativas independentes” ou “entes de regulação” –, com o qual tem em comum os desafios da desestatização, da desregulação e da implantação da competição.

3. A independência das agências reguladoras

As agências vêm sendo dotadas de alguma “independência”, que a legislação menciona ser característica importante de várias delas.¹⁴ “Inde-

14. No caso brasileiro, inclusive porque a Constituição o exige, as agências vêm sendo instituídas por lei, e não por mero decreto do Executivo, o que tem importância óbvia quanto

pendência” é uma expressão certamente exagerada. No mundo jurídico, preferimos falar em *autonomia*. Mas garantir a independência é fazer uma afirmação retórica com o objetivo de acentuar o desejo de que a agência seja ente autônomo em relação ao Poder Executivo, que atue de maneira imparcial e não flutue sua orientação de acordo com as oscilações que, por força até do sistema democrático, são próprias desse Poder.

As reivindicações de *autonomia* para organizações estatais (ou para aquelas que, mesmo não integradas na máquina do Estado, exercem poderes políticos) são parte muito relevante da História, abrangendo fenômenos tão díspares como os do poder local (Comunas, Municípios) e regional (Estados da Federação), das profissões (corporações de ofício, ordens das profissões liberais, associações de produtores de vinho), da limitação do poder absoluto (independência dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo), da valorização da ciência e do ensino (autonomia universitária), da especialização da Administração (autarquias), do Estado-empresário (empresas estatais) etc.

No atual processo de redução do tamanho e da ação do Estado, soluções autônomas vêm sendo adotadas com diferentes objetivos. De um lado, confere-se alguma autonomia a certas organizações estatais prestadoras de serviços, na intenção de torná-las mais ágeis e estáveis (*agências executivas* – Lei federal 9.649, de 27.5.1998, arts. 51 e 52, e Decretos 2.487 e 2.488, de 2.2.1998). De outro, incentiva-se a assunção por entes não-estatais – nesse sentido, autônomos em relação ao Estado – de serviços de interesse geral como saúde, educação e cultura (*organizações sociais* disciplinadas pela Lei federal 9.637, de 15.5.1998, e *organizações da sociedade civil de interesse público* de que trata a Lei federal 9.790, de 23.3.1999). Ademais, buscam-se mecanismos para ampliar a autonomia de empresas estatais, na esperança de atrair mais recursos, além de gerar eficiência e responsabilidade na gestão.¹⁵

No caso das agências reguladoras brasileiras recentes a outorga de autonomia parece haver objetivado, ao menos inicialmente, oferecer segurança a investidores estrangeiros, atraindo-os para a compra de ativos estatais. O desafio, aqui, como em qualquer outro processo de autonomização, é o de construir um sistema de controles e influências que assegurem uma atuação democrática, atenta a interesses gerais e à ordem jurídica, etc.

Na verdade, o fator fundamental para garantir a autonomia da agência parece estar na estabilidade dos dirigentes. Na maior parte das agências

à garantia de sua autonomia. Nisso nossa experiência é distinta da Argentina (v. o profundo estudo de Guillermo Muñoz, “Os entes reguladores como instrumento de controle dos serviços públicos no Direito Comparado”, nesta obra coletiva).

15. Sobre este tema, v., nesta coletânea, meu artigo “A participação privada nas empresas estatais”.

atuais o modelo vem sendo o de estabelecer mandatos. O Presidente da República, no caso das agências federais, escolhe os dirigentes e os indica ao Senado Federal, que os sabatina e aprova (o mesmo sistema usado para os Ministros do Supremo Tribunal Federal); uma vez nomeados, eles exercem mandato, não podendo ser exonerados *ad nutum*; isso é o que garante efetivamente a autonomia. Esse esquema vem sendo seguido, com maior ou menor rigidez, nas diferentes agências. No CADE e na ANATEL esta norma é muito rígida, mas para outras agências ela é mais flexível, existindo um poder mais aberto para o Presidente da República decidir pela exoneração.

A opção por um sistema de entes com independência em relação ao Executivo para desempenhar as diversas missões regulatórias é uma espécie de medida cautelar contra a concentração de poderes nas mãos do Estado, inevitável nos contextos intervencionistas. A nova realidade da vida exige que o Estado interfira mais na economia? Pois bem, que se lhe reconheçam funções de regulador, mas sem somá-las a todos os vastos poderes de que o Executivo já dispunha. Daí a reivindicação, forte especialmente entre as empresas mais sujeitas a regulação – ou de organizações não-governamentais, em relação, por exemplo, à regulação ambiental –, de que o regulador não seja o Executivo, mas um ente com toda a autonomia possível.

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

Como sempre acontece, as lutas pelo poder também vão alcançar a regulação, registrando-se, pelos diferentes países, constantes flutuações quanto ao nível de influência dos atores estatais, sejam membros do Executivo, das múltiplas agências e entes da Federação, do Legislativo, do Judiciário... Em uma época certa agência age com toda a autonomia, dali a pouco o Executivo recobra seu poder de influir, e assim segue a luta. Nada disso importa negativa do valor e necessidade de regulação – que, de resto, pode ser feita pelo próprio Executivo, se assim entender a lei –, tampouco fracasso ou sucesso dos entes independentes; trata-se, apenas, de nossa já conhecida, a eterna luta pelo poder.

Mas por acaso a independência da agência significaria sua imunidade a qualquer controle, o que por certo traria o perigo de quebra do Estado de

Direito e da Democracia? É claro que não. A agência reguladora é necessariamente submetida aos controles parlamentar e judicial. Como sabem todos os que estudam o Direito Administrativo, o aspecto mais importante da relação do Poder Judiciário com a Administração Pública é o do controle judicial sobre *todos* os atos administrativos. A Administração Pública, aí incluídas as agências, tem de produzir e aplicar Direito na forma do Direito; e o Poder Judiciário vai controlá-lo.

4. As agências e sua roupagem autárquica

Quando criou essas agências o legislador federal optou por enquadrá-las no gênero *autarquias*, que está entre as organizações da Administração Indireta citadas pela Constituição Federal (art. 37, entre outros). As autarquias, segundo uma definição tradicional – que, embora não seja diretamente constitucional, é aceita sem discussões por todo mundo –, distingue-se dos outros entes estatais descentralizados por possuir *personalidade de Direito Público*.

O Supremo Tribunal Federal, em decisão recente, considerou que esse elemento, a natureza da personalidade, é fundamental para que um ente possa exercer poderes de autoridade pública (ADI n. 1.717-6, em que foi suspensa, por inconstitucionalidade, a transformação, operada pelo art. 58 da Lei federal 9.649, de 27.5.1998, da personalidade das então autarquias profissionais, de pública para privada).

Assim, para fugir à possível censura do Supremo Tribunal Federal, o melhor foi mesmo enquadrar as agências reguladoras na categoria das autarquias. No entanto, a decisão de nossa Corte Constitucional cria relevantes perplexidades: afinal, o que constitucionalmente define uma personalidade como pública ou privada? O debate é complexo demais para ser enfrentado neste estudo.

Uma pergunta poderia ser colocada: o fato de as agências reguladoras encontrarem-se situadas na Administração Indireta não proporcionaria uma maior exposição às ingerências políticas? Em que medida as agências podem ser autônomas se estão ligadas ao Executivo de alguma forma, pois são parte da Administração Pública Indireta? A resposta tem de ser matizada. Há agências com alto grau de autonomia e outras com pouca ou nenhuma autonomia, dependendo do arranjo legal.

Ressalte-se que alguma espécie de ligação entre Executivo e agências é imposta pela Constituição Brasileira, pois tem de haver ao menos uma supervisão administrativa daquele em relação a estas (CF, arts. 84, II, e 87, parágrafo único, I). O Presidente da República e os Ministros têm de realizar a supervisão dos diferentes órgãos e dos entes da Administração Indi-

reta, os quais, portanto, não podem funcionar como se fossem “Estados independentes”, isto é, verdadeiros Estados ao lado do Estado. Isso, no entanto, não quer dizer que, quanto às matérias de competência das agências, a Administração Direta deva necessariamente intervir.

Se tomarmos como exemplo as agências criadas recentemente, podemos dizer que a Agência Nacional de Telecomunicações é bastante independente, estando sua autonomia garantida por força da demarcação precisa, analítica, dos limites das competências suas e do Poder Executivo. E não só isso: a ANATEL, além de autônoma, tem também a maior e mais importante parte das competências para o dia-a-dia da regulação das telecomunicações, cabendo ao Poder Executivo, especificamente ao Presidente da República, apenas a fixação da macropolítica do setor. Em relação às outras agências recentes há poder de interferência um tanto maior para o Executivo.

5. As agências e seu poder normativo

Será verdade, como temem alguns, que a agência reguladora é necessariamente uma usurpadora da função legislativa? Não. Nos novos tempos, o Poder Legislativo faz o que sempre fez: edita leis, freqüentemente com alto grau de abstração e generalidade. Só que, segundo os novos padrões da sociedade, agora essas normas não bastam, sendo preciso normas mais diretas para tratar das especificidades, realizar o planejamento dos setores, viabilizar a intervenção do Estado em garantia do cumprimento ou a realização daqueles valores: proteção do meio ambiente e do consumidor, busca do desenvolvimento nacional, expansão das telecomunicações nacionais, controle sobre o poder econômico – enfim, todos esses que hoje consideramos fundamentais e cuja persecução exigimos do Estado.

É isso o que justificou a atribuição de poder normativo para as agências, o qual não exclui o poder de legislar que conhecemos, mas significa, sim, o aprofundamento da atuação normativa do Estado.

Desejo deixar bem vincado aqui o meu ponto de vista a respeito do poder normativo das agências. Quando reconheço ser constitucionalmente viável que elas desfrutem de um tal poder, de modo algum estou sugerindo que elas produzam “regulamentos autônomos” ou coisa parecida, pois todas as suas competências devem ter base legal – mesmo porque só a lei pode criá-las, conferindo-lhes (ou não) poderes normativos.

A constitucionalidade da lei atributiva depende de o legislador haver estabelecido *standards* suficientes, pois do contrário haveria delegação pura e simples de função legislativa. Saber qual é o conteúdo mínimo que, nessas circunstâncias, a lei deve ter é uma das mais clássicas e tormentosas

questões constitucionais, como se vê da jurisprudência comparada, em países tão diferentes quanto os Estados Unidos, a Alemanha e a França.

No Brasil o debate é, em essência, o mesmo, embora se deva observar que para muitas medidas a Carta de 1988 estabeleceu uma *reserva legal*, que há de ser observada. Não posso deixar de referir, a propósito do assunto, que alguns de meus colegas administrativistas, inspirados por antagonismos políticos e a partir de leituras superficiais das leis recentes, têm sustentado sua inconstitucionalidade pelo simples fato de conterem dispositivos conferindo competência para as agências editarem normas. Penso que o problema deva ser analisado com mais cuidado, a partir de uma consideração de todo o conjunto legal, e não de disposições isoladas.

Para dar exemplo: a Lei Geral de Telecomunicações é um verdadeiro código, contendo vasta, complexa e sofisticada disciplina do setor, em nada menos do que 216 artigos, desdobrados em grande quantidade de parágrafos, incisos e alíneas. Evidentemente, todas essas normas informam, limitam e condicionam o exercício, pela ANATEL, do poder de baixar regulamentos, previsto no art. 19.

6. Regulação e a separação dos Poderes

O fato é que, para realizar os interesses gerais da atualidade no contexto de um Estado intervencionista, não basta editar uma lei abstrata, genérica e distante, dizendo, por exemplo, que nenhuma exploração da atividade industrial pode ultrapassar certo limite de poluição, causando dano à saúde do vizinho. É preciso que o Estado vá trabalhando com a realidade todo o tempo, para definir, nas situações que se põem, o que é ou não uma emissão de poluentes aceitável; assim se obterá a paulatina diminuição da emissão de poluentes. É preciso impor graus *crescentes* de restrições à emissão de poluentes, e para isso a lei é insuficiente. Ninguém imagina que o legislador vá cuidar de regular o nível de emissão de poluentes no bairro do Maracanã no ano de 1998; e em janeiro de 1999 editar outra lei para estabelecer que já é hora de diminuir ainda mais o nível de emissão; e no meio do ano, considerando que o nível eleito foi otimista demais, editar nova lei para voltar atrás. É viável supor que o *legislador* possa fazer isso, dedicando-se, ele próprio, a um verdadeiro gerenciamento normativo da realidade? Seria míope imaginá-lo. Nem o modo de produção de normas que conhecemos – que fez nascer o Código Civil – nem o modelo tradicional de solução dos conflitos – o do julgamento de ações judiciais pelo Judiciário – bastam nos novos tempos.

O Estado tem que se organizar para fazer mais do que editar uma lei geral para vigorar por tempo indeterminado e depois cuidar dos conflitos individuais. E para isso ele tem de intervir mais. Aqui está a questão. O

modelo que conhecemos – a separação de Poderes tradicional e as funções que competiam aos Poderes Judiciário e Legislativo – era perfeitamente coerente com o baixo intervencionismo estatal. Se o Estado não está muito preocupado em gerenciar a realidade ambiental de modo a ir apertando paulatinamente as exigências para melhorar o meio ambiente; se quer deixar os membros da sociedade acertarem suas diferenças independentemente da ordem jurídica, aí pode realmente editar uma norma geral que vigore por muitas décadas, como o Código Civil, e depois solucionar os conflitos pelo Poder Judiciário.

Mas se o Estado quer perseguir concretamente o valor ambiental, vai ter que intervir mais, editando normas seguidamente, dando-lhes conteúdos cada vez menos gerais, tratando de temas sempre mais particulares. Assim, poderá realizar o tal gerenciamento normativo dos conflitos. Se o que se quer é melhorar o nível de poluição ambiental na cidade do Rio de Janeiro, é preciso mapear a cidade, identificar onde estão os grandes focos de emissão e os grandes problemas; a seguir, casar isso com as características do desenvolvimento da cidade, com os projetos de aplicação de recursos no desenvolvimento industrial, com as mazelas do subdesenvolvimento brasileiro que fazem com que haja dificuldades na urbanização etc. Em suma, necessita-se de verdadeiro planejamento, que incorpore essa massa de dados muito complexa, bem como do constante replanejamento. Isso para que se harmonize o interesse da fábrica que tanto produz papel para o mercado interno (permitindo, por exemplo, o crescimento do setor de embalagens) e externo (trazendo divisas importantes ao equilíbrio da balança de pagamentos do país) como paga impostos, gera empregos etc. – benefícios, esses, não só distintos, como potencialmente contraditórios –, com a necessidade de manter vivos os moradores da vizinhança, melhorando seu nível de vida até o máximo viável em cada período. Mas tudo isso com muito cuidado e atenção, pois imposições excessivas sobre a indústria podem aumentar custos para além de um “ponto ótimo”, a partir do qual seus produtos perderão competitividade, com riscos para a arrecadação tributária, o nível de emprego etc.

Só o planejamento e seu gerenciamento constante e diário permitem a solução deste choque de interesses. E a sociedade, a cada dia, torna-se mais e mais complexa. Não só porque as pessoas se juntaram todas no mesmo espaço urbano, mas porque ela é sempre mais e mais exigente. As pessoas não se satisfazem só com a diminuição da poluição; elas querem ser protegidas também enquanto consumidoras (assunto que era irrelevante no passado), querem um controle sobre o poder econômico para evitar a concentração empresarial (preocupação desconhecida antigamente), querem a democratização do acesso aos serviços que as colocam em conexão com o mundo, como os de telecomunicações (coisa que sequer se punha no sécu-

lo passado). Para harmonizar esses valores, é preciso um gerenciamento constante. E esse gerenciamento se faz pela contínua edição e substituição de normas e, a seguir, por sua aplicação concreta por um órgão administrativo, o qual deve, também, realizar atos de controle prévio.

Por exemplo, antes de instalar fábrica potencialmente poluidora o interessado é obrigado a apresentar pedido de licença ambiental. Esta técnica de submeter ao Estado uma pretensão, um projeto ou um plano, para que este o aprove previamente, era pouco empregada no Direito do passado, simplesmente porque o Estado interferia pouco, limitando-se a cuidar de construção urbana e nada mais, de modo que, salvo aprovação de plantas para construir, ele não fazia controle prévio de mais nada: as empresas iam agindo, construindo, fazendo, aplicando, poluindo, e depois se resolviam os eventuais conflitos individualmente no Poder Judiciário. Só que agora as pessoas não querem mais correr esse risco. Elas querem controle prévio. E para isso é preciso um órgão administrativo que controle tudo: que previamente examine projetos, planos; que edite atos administrativos autorizando construir, implantar, fazer, destruir; que fiscalize a execução das atividades, aplicando sanções e cassando licenças – e assim por diante.

Mas as pessoas querem mais: que os conflitos individuais nascidos da aplicação de todos estes planos sejam tratados por entidades imparciais – o que sempre se exigiu dos juízes, a *imparcialidade*. Mas isso não lhes basta. Os conflitos entre uma indústria poluidora, uma outra indústria que usa a água poluída lançada no rio e os vizinhos que também a consomem, quer-se que eles sejam julgados por quem entenda do assunto. Não alguém que entenda de Direito apenas (isto é, das técnicas de produção e hermenêutica normativa), mas que entenda do problema específico: quem saiba das dificuldades para compor harmonicamente o conflito, consiga dar a solução mais harmoniosa por equidade, baseando-se em critérios técnicos, etc.

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

Porque o Judiciário não pode fazê-lo? Porque não se respeita a velha idéia que temos em nossa cabeça sobre a separação de Poderes? Pode-se dar a essas perguntas uma resposta radical: porque isso seria o mesmo que

reconhecer a inviabilidade de instituir e manter, de modo orgânico e constante, a proteção ambiental e do consumidor, o controle sobre as empresas de telecomunicações e sobre o sistema financeiro nacional, por exemplo.¹⁶ Imaginar que o funcionamento sistemático, organizado e com razoável equilíbrio desses sistemas (o ambiental, o de telecomunicações, o de energia elétrica, o financeiro ...) vá ser obtido pela mão invisível do mercado, sujeita apenas a correções judiciais, é uma crença do passado.

É-nos difícil compreender – e aceitar – que o Judiciário não seja o único foro para mediação e solução de conflitos. Daí causar-nos certo choque que esse papel seja também exercido por um ente administrativo, a agência reguladora. Afinal, nossa compreensão profunda ainda hesita em admitir que a produção jurídica no âmbito da Administração Pública possa ser tão importante socialmente quanto a do Poder Judiciário.

O Judiciário, com a estrutura que lhe foi dada no século passado, não é capaz de conhecer de todos os conflitos decorrentes da vida moderna e das normas editadas para transformar em valores jurídicos os novos valores que foram sendo incorporados pela sociedade. Mesmo assim resistimos à idéia de que outros órgãos ou entes possam ter um papel que de algum modo corresponda, ou se assemelhe, no novo tempo, àquilo que o Judiciário fez no passado em caráter de exclusividade.

Evidentemente, o surgimento de novos foros de solução de conflitos não implica que o Judiciário tenha diminuída a sua importância. Mas também não se pode imaginar que o Estado deva voltar atrás na proteção de valores que foram paulatinamente conquistados pela sociedade, e dos quais ele foi transformado em garantidor, simplesmente porque a estrutura do Poder Judiciário não foi concebida para a solução desses novos conflitos e das dificuldades que, para o Estado, decorrem da obrigação de cuidar de novos valores.

7. As noções de regulação e de serviço público

Para designar sinteticamente tudo o que fazem as entidades mencionadas, passou-se a falar, com um certo sotaque inglês, de *regulação*. O

16. Pouco a pouco os juízes vêm assumindo autênticas tarefas de regulação, por meio de decisões, inclusive liminares, em ações coletivas (o que opera uma interessante confusão entre as funções jurisdicional e administrativa, no passado entendidas como tão distintas!). V., quanto a essa fascinante temática, o estudo de Carlos Alberto de Salles, “Processo civil de interesse público – Uma nova perspectiva metodológica”, em *Direito Processual Público – A Fazenda Pública em Juízo*, sob a coordenação de Carlos Ari Sundfeld e Cássio Scarpinella Bueno, São Paulo, Sociedade Brasileira de Direito Público/Malheiros Editores, 2000, pp. 45 e ss.). No entanto, a atuação judicial, ao contrário da administrativa, nada tem de orgânica e constante: dependendo de provocação, surge episódica e aleatoriamente.

conceito exato dessa figura é ainda muito incerto e flutuante, inclusive na legislação. Contudo, para além dos detalhes, o seu surgimento tem, para os publicistas, um interesse doutrinário não-desprezível: o de oferecer um caminho que supere o impasse causado pela inutilidade, a essa altura, do velho conceito de *serviço público*.¹⁷

O fenômeno de reestruturação dos serviços de titularidade estatal (energia, telecomunicações, saneamento, transportes etc.) está produzindo uma importante alteração do Direito Administrativo, cujos modelos teóricos devem, em grande medida, ser reinventados. Durante bom período o conceito de serviço público serviu para razoavelmente sintetizar o regime jurídico da exploração dessas diversas atividades. É bem verdade que essa noção veio se modificando no tempo, tornando-se pouco a pouco muito problemática; além disso, por ter sido usada para englobar serviços os mais distintos, com as respectivas especificidades, seu conteúdo jamais foi suficiente para dar conta dos problemas e características particulares de cada um deles. Tratava-se, todavia, de noção útil. Hoje não o é mais, ao menos da mesma forma que antes.

Duas razões foram fundamentais para isso.

A primeira é que o conceito ficou excessivamente vinculado a um dado modelo econômico de exploração do serviço, que está sendo abandonado em todo o mundo, no Brasil inclusive, caracterizado especialmente pela exploração monopolista, não-concorrencial, por meio de empresas estatais. Aparentemente, essa mudança poderia ser enfrentada, no âmbito doutrinário, dando-se um novo conteúdo à noção de serviço público, adaptando-o aos novos tempos e ao novo modelo.

Mas a segunda razão é mais séria, pois põe em dúvida a própria viabilidade de existir um conceito de síntese como o de serviço público foi no passado. Nos primórdios os serviços em causa eram muito simples, tanto do ângulo tecnológico como no da organização econômica; conseqüentemente, sua disciplina jurídica não era muito complexa, resumindo-se ao tratamento de algumas poucas questões. Mas isso mudou radicalmente: cada serviço estatal, hoje, é objeto de um universo jurídico com peculiaridades muito próprias, não mais sendo viável, portanto, explicar tudo globalmente. É preciso, agora, consultar as normas e verificar como, em relação a cada serviço e situação, manifestam-se múltiplas e sofisticadas competências do Estado (legislativas, administrativas e mesmo jurisdicionais), que têm de ser identificadas analiticamente: habilitar as empresas a atuar no mercado (concedendo, autorizando, permitindo, licenciando etc.), fixar

17. Para um aprofundamento quanto a essa afirmação, indispensável o estudo "Teoria dos serviços públicos e sua transformação", de Dinorá Adelaide Musetti Grotti, nesta obra coletiva.

ou controlar preços e tarifas, obrigar ao atendimento de certas demandas de consumidores, impor *limites, encargos e sujeições* em função do desempenho da atividade – e assim por diante.

Simplesmente não faz sentido, na atualidade, supor que as respostas a muitas dúvidas cruciais (exemplo: Pode-se negar o serviço a consumidor inadimplente? Pode haver liberdade para o próprio prestador determinar seu preço? Há responsabilidade do Estado em virtude dos danos gerados pela execução de serviços por empresa autorizada?) serão encontradas por meio da operação simplista de identificar o caráter público ou privado do serviço em causa, que teria o mágico condão de determinar a aplicabilidade de um regime jurídico geral. Daí a mudança total de enfoque. Não se cuida mais de discutir o caráter público ou privado de certo serviço, mas sim de identificar como ele é regulado pelo Estado no tocante ao aspecto tal ou qual.

A tudo isso se soma o processo de convergência dos modelos econômicos de exploração dos serviços de titularidade estatal – agora entregues à iniciativa privada e abertos à competição – com os das demais atividades econômicas. Evidentemente, isso tende a aproximar também os respectivos modelos jurídicos, retirando da noção de serviço público uma de suas funções, que era a de afirmar a especificidade do regime jurídico.

A propósito, está em curso no Brasil um debate, um tanto surdo, quanto à possibilidade de a exploração de serviço de titularidade estatal, como os de telecomunicações e energia elétrica, ser feita em *regime privado*, o que foi previsto nas leis de reestruturação, com o intuito de introduzir a desregulação parcial desses setores (por meio de mecanismos como a liberalização do acesso dos exploradores ao mercado, a flexibilização dos preços, a ausência de garantia de rentabilidade etc.).

Alguns de meus colegas consideram que isso seria contrário à Constituição, pois dela decorreria o caráter necessariamente público da exploração, por particulares, das atividades reservadas ao Estado. Esse argumento baseia-se na crença de que existiria, implícito nas dobras constitucionais, um regime jurídico único para a exploração de serviços estatais (que mereceria o qualificativo de "público").

Quanto a mim, não consigo, ao examinar a Constituição, localizar onde estaria a definição desse regime único; o que encontro, em sucessivas passagens, é a previsão de que cabe às *leis* disciplinar os direitos e deveres de prestadores, de usuários e do Poder Público.¹⁸ Sendo bastante honesto, penso que essa crítica doutrinária tem pouco de jurídica e muito

18. Para uma concretização desse debate, reperto-me, nesta mesma coletânea, a meu breve estudo sobre a questão do controle de preços, "A regulação de preços e tarifas dos serviços de telecomunicações".

de política, pois, de um lado, inspira-se no desejo de ver preservado o modelo estatal e monopolista de exploração e, de outro, traduz grande desconfiança quanto à idoneidade do atual legislador brasileiro para disciplinar os serviços (donde a pretensão de esses juristas concorrerem para o estabelecimento de rígidos limites ao poder de legislar sobre “serviços públicos” por via de uma interpretação muito pessoal da Constituição). Penso haver um árduo trabalho doutrinário a ser desenvolvido nestes novos tempos. Os administrativistas que abandonemos nosso hábito de viajar por mundos e galáxias com duas ou três idéias românticas e vagas sobre o Estado ideal. A partir de agora, ou nos enfronhamos nas particularidades – não só as normativas, mas inclusive as técnicas e as econômicas – de cada setor da economia, ou nada teremos a dizer sobre o Direito vigente. É claro que as visões de síntese são possíveis e necessárias, mas elas devem surgir como resultado da comparação – isto é, do exame cuidadoso das diferenças e semelhanças –, jamais, como tem sido com frequência, como alguma espécie de *revelação*, piedosamente oferecida à Humanidade por juristas místicos.

8. Por que regular os serviços estatais privatizados?

A venda das empresas estatais prestadoras de serviços trazia embutido o risco de o Estado perder totalmente o poder de influir na sua prestação e de controlar a correspondente estrutura empresarial. Tanto quanto o sistema financeiro, sistemas como o elétrico ou o de telecomunicações demandam autoridades fortes que os monitorem todo o tempo. Afinal, são serviços fundamentais ao país, e seu colapso seria um desastre para a economia. Além disso, nesses campos se exerce um extraordinário poder econômico e o Estado não pode ficar indiferente à concentração empresarial excessiva ou fechar os olhos para as práticas anticoncorrenciais.

Nos serviços estatais há ainda outra questão vital: a dos usuários e dos excluídos. É claro que o Banco Central deve preocupar-se com os interesses dos pequenos clientes do sistema financeiro, mas é intuitivo que nesse terreno o tema da defesa do consumidor não é tão agudo quanto nos transportes coletivos. Daí essa fundamental missão das agências que cuidam dos serviços com milhões de usuários: proteger os consumidores. Todavia, especialmente no Brasil, os “sem-serviço” ainda são o nó principal: há milhões de pessoas sem telefone, energia ou saneamento. Universalizar serviços básicos continua sendo um de nossos maiores desafios. Por isso, é preciso impor metas de expansão às prestadoras, no interesse dos excluídos, além de controlar a qualidade e as cobranças, no interesse do consumidor.

É certo que os interesses dos usuários de serviços estatais sempre foram apontados como fundamentais por governantes e estudiosos. Mas isso

não bastava para transformar em realidade o compromisso retórico, por meio do reconhecimento de direitos efetivamente exigíveis contra o Estado. Isso começou a mudar, no caso brasileiro, com o programa de privatização desses serviços, que tomou corpo em meados da década de 90. Para tanto foi decisiva a circunstância de, na ocasião, o chamado “Direito do Consumidor” já estar bem incorporado em nossa vida jurídica, em virtude do impulso que havia tomado a partir da edição da Lei da Ação Civil Pública (Lei federal 7.347, de 24.7.1985) e do Código de Defesa do Consumidor (Lei federal 8.078, de 11.9.1990.). Pareceu natural, portanto, que os usuários dos serviços privatizados fossem considerados consumidores, com todos os conseqüentes direitos e proteções judiciais (v., no caso da Lei Geral de Telecomunicações, as referências explícitas dos arts. 3º, 4º e 127, entre vários outros).¹⁹

Apenas as missões já citadas seriam mais que suficientes para fazer das agências reguladoras entidades de grande significado: devem monitorar setores fundamentais da economia, garantindo seu funcionamento orgânico; impedir a degradação dos serviços e aumentar sua qualidade; lutar pela sua universalização, em benefício da justiça social; proteger o consumidor; atuar contra os abusos do poder econômico. Haja fôlego!

Só que algumas agências, a ANATEL, a ANEEL e a ANP, nasceram sob o signo de mais um dever, resultante do projeto que inspirou a privatização das correspondentes atividades estatais. Seguindo uma tendência internacional, o Brasil decidiu acabar com os monopólios nos setores de telecomunicação (então nas mãos da TELEBRÁS), de energia elétrica (envolvendo especialmente a ELETROBRÁS e várias empresas dos governos estaduais, como a CESP) e do petróleo (PETROBRÁS). Portanto, a reforma não se limitou à mera venda de empresas para o setor privado, mas veio acompanhada da abertura dos respectivos mercados para novas prestadoras. E qual a justificativa do modelo? É a de que a concorrência seria boa tanto para o desenvolvimento econômico, porque apressaria a expansão da planta de serviços, como para o consumidor, pois geraria disputa, com melhoria de preços e serviços.

Não só a instituição como a posterior manutenção desses mercados competitivos são tarefas de extrema complexidade e delicadeza: conceber uma estrutura de mercado economicamente viável, fazer licitações limpas e realistas para escolha das novas empresas, inseri-las no sistema sem traumas para a qualidade do serviço, impedir que concorrentes se aliem ilici-

19. Sobre essa temática o trabalho de Ronaldo Porto Macedo Júnior, “A proteção dos usuários de serviços públicos – A perspectiva do Direito do Consumidor”, bem como o relato de Roberto Lopez Cabana, em “Dever de informação ao usuário na Argentina”, ambos nesta obra coletiva.

tamente, isso não é pouca coisa. Era inevitável, portanto, que a privatização gerasse o incremento da complexidade dos regimes de organização e prestação dos serviços. Uma das vertentes desse processo é o cruzamento do Direito Administrativo com o Direito da Concorrência, que até então pareciam estranhos um ao outro. As conseqüências são múltiplas e profundas.²⁰

As agências brasileiras da era da privatização estão operando há algum tempo (ANATEL e ANEEL, por exemplo, abriram suas portas em 1997), e parte relevante das reformas já foi executada. É hora, então, de começar a avaliar seriamente resultados e deficiências. Penso que alguns cuidados são fundamentais para essa análise.

O primeiro é o próprio óbvio: é inútil voltar sempre ao ponto de partida ideológico, colocando eternamente em questão a oportunidade e utilidade das privatizações. A essa altura, o processo em si é dificilmente reversível. Então, o que interessa pesquisar é como estão hoje os setores regulados e como estão se saindo as agências. Afinal, se houver desvios ou problemas, sempre haverá correções e ajustes.

A avaliação é complexa, não havendo sentido em tentar fazê-la em bloco. Para além da retórica vazia, não há como crer que o resultado da transferência de empresas estatais ao setor privado possa ser idêntico, ainda que se trate de coisas tão distintas quanto a LIGHT, a TELEMIG ou a COMGÁS. Francamente, também não pode dar no mesmo a introdução da concorrência empresarial no setor do petróleo e no de telecomunicações. Também a ANATEL, a ANEEL e a Comissão de Serviços Públicos do Estado de São Paulo não são a mesma coisa. Claro que sempre se pode dizer que tudo é parte do odioso “projeto neoliberal”, feito para o capital estrangeiro e só para ele. É igualmente possível, com doce simpatia, chamar todo o pacote de “modernização do Estado”. Mas ou não somos racionais ou teremos de reconhecer: nada disso é análise de resultados, mas simples discurso *a priori*; se ficamos nele, nunca saímos de onde partimos.

9. Um déficit na regulação econômica brasileira

Esse é, descrito um tanto grosseiramente, o contexto em que surgem e atuam as agências reguladoras. Qual será seu futuro? Que transformações devem provocar no Direito Público? Que outros debates jurídicos elas sus-

20. Como se vê dos estudos preparados para esta coletânea: “Agências reguladoras e concorrência”, Ana Maria de Oliveira Nusdeo; “Reforma do Estado e Direito Concorrencial”, Fábio Ulhoa Coelho; “O Direito da Concorrência e os serviços privatizados”, Sidnei Turczyn; e “Regulação dos serviços públicos e defesa da concorrência na Argentina”, Jorge Luis Salomoni.

citarão? Não é possível antevê-lo totalmente agora.²¹ Mas não conseguiremos tratar dessas preocupações se recusarmos em princípio o modelo, baseados em concepções políticas e jurídicas que ficaram superadas e que, por isso, devem adaptar-se dinamicamente. É hora de ter coragem de ver a realidade.

Muitos de meus colegas brasileiros rejeitam sumariamente a possibilidade de um ente formalmente ligado à Administração – ainda que autônomo e de estrutura peculiar – assumir poderes que, no Estado não-intervencionista, o Executivo não exercia. Normalmente a crítica vem sob a forma de defesa do Legislativo (cuja competência estaria sendo usurpada pelo poder normativo do regulador) e do Judiciário (que estaria perdendo o monopólio da função jurisdicional).

Embora esses analistas não censurem diretamente o pressuposto – isto é, o aumento do intervencionismo estatal via regulação –, acabam por negá-lo reflexamente. Deveras, não passa de fantasia, sem base alguma nos fatos e na teoria política, a suposição de que o poder normativo de autoridades administrativas de regulação seja o mesmo que o clássico poder de legislar; não o é, nem em tese, nem na prática, como tentei descrever há pouco. Assim, negar em princípio a possibilidade de um tal poder normativo é rejeitar a regulação e, conseqüentemente, o intervencionismo estatal nela embutido.

Quanto a mim, não penso que essas críticas – cujo timbre conservador me soa evidente – sejam procedentes. O Estado de Direito e a separação de Poderes não só me parecem compatíveis com o novo modelo de Direito, como estão desenhados em nossa Constituição Nacional de 1988 de modo a incorporar suas decorrências.

Portanto, o déficit de Direito que visualizo na regulação econômica brasileira nada tem a ver com uma defesa de padrões tradicionais, como tem ocorrido a alguns de meus colegas. Minha preocupação é bem outra.

Fazendo um exame do desempenho das principais agências pelo ângulo do desafio jurídico, o resultado não é totalmente animador. É certo que apontar esses defeitos não significa menosprezar os sucessos quanto a outros aspectos; afinal, o Direito não é tudo. Mas em termos de regulação, e especialmente de seu futuro, ele é vital.

Penso que nas grandes agências ainda não se implantou a convicção de que regular é *produzir Direito*, já que envolve o cumprimento de fins com o emprego de instrumentos estritamente jurídicos (a edição e aplica-

21. Como subsídio a esse esforço prospectivo, consulte-se, nesta obra coletiva, o ensaio “A nova regulação estatal e as agências independentes”, de Floriano Azevedo Marques Neto, em que se busca compreender as transformações atuais desde uma perspectiva mais ampla.

ção de normas). O espírito realmente forte nas agências é o de que regular seria tratar de questões técnicas e econômicas – além de tomar muito cuidado com a opinião pública. O Direito muitas vezes é visto como um grande empecilho a ser vencido, ou como um conjunto de truques utilizáveis ora para cá, ora para lá. Parece estranho dizer isso, mas a regulação, na prática, ainda não entrou no mundo do Direito.

Quando faço esse tipo de constatação, sempre me pergunto se ela não é mais um desvio profissional que uma avaliação ponderada da realidade. É normal a tendência de supervalorizar a ótica profissional: ao admirar o Viaduto do Chá, dentistas vêem milhões de cáries andando apressadas, economistas pensam em consumidores, o músico ouve o fluxo de sons – e assim por diante. Não é de estranhar, portanto, que o homem jurídico olhe para os muitos braços do Estado e se preocupe com as relações que eles mantêm com o Direito. De resto, é essa a contribuição que se espera dele.

Mas o certo é que, nos embates que já se vêm travando na regulação, os discursos jurídicos têm encontrado poucos ouvidos. Tanto nas consultas públicas quanto nos outros procedimentos das agências, são quase inúteis argumentos tipicamente “de Direito” como “os limites do artigo tal da Constituição”, “o sentido e o alcance do artigo qual da lei ou do decreto”, a “ausência de base legal para a edição desta norma ou daquele ato”, o “devido processo legal”, a “irretroatividade da norma”, e outros de nossos exotismos. A resposta a eles com frequência é a pura negação do diálogo.

Alguns reguladores também não se têm mostrado sensíveis à idéia de processo administrativo. Explico-a em poucas frases. As agências, especialmente quando punem as empresas reguladas e resolvem disputas entre elas, são obrigadas a realizar processos, cuja estrutura básica é em alguma medida inspirada na dos processos judiciais. Para quê isso? Para garantir direitos como os de defesa, de ciência dos motivos das decisões e de impugnação, de ser tratado com igualdade frente à parte contrária etc. Ademais, o exercício de poder normativo tem como contrapartida o dever de só editar normas após a realização de uma ampla *consulta pública* (isto é, um procedimento normativo, o *rulemaking process* da experiência norte-americana). Mas esses reguladores ainda não incorporaram totalmente a cultura processual, ao menos no que ela tem de positivo.

O desprezo pelo Direito é sempre um caminho desastroso; os reguladores, que têm tarefas e poderes imensos, precisam ser alertados disso. O dever de obedecer ao Direito nem é uma velharia nem um item a mais do “custo Brasil”. Todo Estado civilizado respeita sua ordem jurídica e luta por sua preservação, mesmo durante as grandes transformações.

Assim, o déficit que vejo na regulação econômica é o mesmo que ainda afeta a Administração Brasileira como um todo: o puro e simples déficit de Direito Administrativo.