

FONTES DE OBRIGAÇÕES E NOVOS MARCOS DE REGULAÇÃO

Clarice Helena de Miranda Coimbra *

SUMÁRIO: 1. Intervenção estatal em torno do conceito de contrato. 2. Definição de obrigação. 2.1. Estrutura da obrigação. 2.2. Fontes das obrigações. 3. Contrato de gestão: instrumento essencial para a mediação das relações entre as Agências e o Poder Público. 4. Regulação e controle dos serviços públicos. 5. Agências Reguladoras no Brasil. 5.1. Características das agências reguladoras. 5.2. Agências reguladoras nos Estados Federados. 5.3. Agências reguladoras em nível Municipal. 5.4. Regime jurídico das Agências Reguladoras. 6. Conclusão. Referências.

RESUMO: Dentre as modalidades de intervenção do Estado sobre a atividade econômica, pretende a pesquisa abordar as fontes de obrigações em conformidade com o ordenamento jurídico, apontando os marcos de regulação já existentes, vez que a regulação pode ser considerada uma opção política de modelo econômico em que o Estado não assume diretamente a atividade empresarial, mas intervém no mercado utilizando os mecanismos de autoridades que lhe são próprios. Nesse contexto, o que se pretende analisar é o princípio da eficiência contido no “caput” do art. 37 da Constituição Federal, e o da participação dos usuários na Administração Pública (art. 37, § 3º). Com efeito, analisar-se-á o contrato de gestão, como instrumento adicional de controle social e de aperfeiçoamento da gestão e desempenho das agências para que cumpram com transparência o seu papel regulatório e fiscalizador a contento.

Palavras-chave: Contrato; Agência Reguladora; Consumidor.

ABSTRACT: Amongst modalities of intervention of State on activity economic, intends research to approach sources of obligations in compliance with legal system, pointing landmarks of regulation already existing, time that the regulation can be considered an option politics of economic model where the State does not assume the enterprise activity directly, but intervém in the market using the mechanisms of authorities that it are proper. In this context, what it is intended to analyze is the principle of the efficiency contained in the "caption" of art. 37 of the Federal Constitution, and of the participation of the users in the Public Administration (art. 37, § 3º). With effect, the management contract will be analyzed, as additional instrument of social control and of perfecting of the management and performance of the agencies so that they fulfill with transparency its regulatório and fiscalizador paper I content it.

Keywords: Contract; Regulating agency; Consumer.

1. Intervenção estatal em torno do conceito de contrato

O Estado atua como legislador, e intervém na autonomia da vontade toda vez que presente ameaça de violação direta ou indireta de valores sociais manifestada pela dominação econômica de um contratante sobre os demais ou quando esse poder econômico é capaz de ameaçar a economia popular, a livre concorrência, as liberdades e garantias individuais e sociais, a autonomia e a soberania do Estado.

Nas lições de MARTINS, o contrato é a principal fonte de obrigações em qualquer ordenamento jurídico, inclusive o brasileiro, segundo ensinamentos dos doutos civilistas,¹ e, nessa qualidade aparecem regulados na lei civil.

De forma a incentivar espécies de contratos, o Estado favorece o desenvolvimento econômico e social da nação, permitindo competir-se no mercado internacional, atraindo riquezas, investimentos e capital estrangeiro para o país.

Diz-se, que o direito dos contratos é instrumento de política econômica e social e o dirigismo do Estado aumenta e diminui conforme as necessidades sociais, sem nunca desvincular-se dos valores e princípios constitucionais base de toda sociedade.

MOREIRA NETO conceitua a intervenção do Estado sobre a atividade econômica “como a imposição imperativa que faz de uma ordem artificialmente engenhada, aquela abstratamente presumida como eficiente, para reger as relações das sociedades que jurisdiciona, afastando a ordem espontânea por elas geradas”. O autor classifica a intervenção estatal em quatro espécies, em função de seu conteúdo: (i) a regulatória, que se caracteriza pela imposição de condutas positivas ou negativas sobre o desempenho de atividades econômicas privadas; (ii) a concorrencial, que se configura pela imposição da presença do Estado como agente econômico, em regime de competição em condições igualitárias ou privilegiadas com os agentes privados; (iii) a monopolista, que consiste na presença do Estado como agente econômico exclusivo, afastando a competição com os agentes privados; e (iv) a sancionatória, que se constitui na imposição de sanções punitivas pelo Estado aos agentes privados que, no desempenho da atividade econômica, transgridem normas predefinidas.²

Interferindo o Estado no agir dos indivíduos, para controlá-los ou para dirigi-los com mais ou menos intensidade, de acordo com o pensamento dominante da sociedade, BARROSO, afirma que o Poder Público interfere na atividade econômica, traçando-lhe a *disciplina*, mediante a edição de leis, de regulamentos e pelo exercício do poder de polícia, exercendo competências normativas primárias e editando normas decisivas para o desempenho da atividade econômica, algumas de cunho constitucional, como por exemplo, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (art. 5º, XXXII), a lei de repressão ao abuso do poder econômico (art. 173, § 4º). E ainda, exerce competências normativas de âmbito administrativo, editando decretos, regulamentos, resoluções, deliberações, portarias, desempenhando, também, o poder de polícia, delimitando direitos e regulando o exercício de atividades em favor do interesse coletivo (e.g. polícia ambiental, sanitária, fiscalização trabalhista).³

Continuando o autor, o Estado interfere no domínio econômico por via do *fomento*, isto é, apoiando a iniciativa privada e instigando determinados comportamentos. E, por fim, interfere na ordem econômica mediante *atuação direta* sob duas hipóteses: (i) a prestação de serviços públicos; e (ii) a exploração de atividades econômicas. Os serviços públicos podem ser prestados diretamente pelos órgãos despersonalizados integrantes da Administração, ou indiretamente, por entidades com personalidade jurídica própria.⁴

Na prestação indireta, o Estado pode eleger pessoas jurídicas públicas ou privadas e, mediante lei (CF, art. 37, XIX), *outorgar* a tais entes a prestação do serviço público, seja de educação, água, eletricidade ou qualquer outro. Ou, *delegar* à iniciativa privada, mediante contrato

* Mestranda em Relações Privadas e Constituição pela FDC. Professora de Direito da Uva. Advogada.

¹ MARTINS, Flávio Alves. *A boa-fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 66.

² MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.130.

³ BARROSO, Luis Roberto. Aspectos Constitucionais. p. 15-66. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁴ Op. cit., p. 28.

ou outro ato negocial, a prestação do serviço, servindo-se das figuras jurídicas da concessão⁵ e da permissão.

2. Definição de obrigação

Na análise de MARTINS-COSTA, a chamada relação obrigacional simples, definida pelo Direito Romano, o termo *obligatio*, era a palavra composta da preposição acusativa *ob* e do verbo transitivo *ligare* (ligar, atar, vincular), daí surgindo a idéia de sujeição ou vínculo. Dessa idéia, surge a origem da obrigação como vínculo, que liga a parte credora (titular de direito subjetivo) a outra parte devedora (titular do dever jurídico).⁷

Nas lições de RODRIGUES, o conceito romano de obrigação define ser esta, um vínculo de direito pelo qual alguém se propõe a dar, fazer ou não fazer qualquer coisa, em favor de outrem. Já definia Justiniano, tratar-se a obrigação como um vínculo de direito que compete alguém (devedor) a fornecer uma prestação.⁸

Logo, o vínculo pessoal de direito existente entre devedores e credores, tendo por objeto uma prestação ou contra-prestação de conteúdo econômico pode ser definido como obrigação.

E continua RODRIGUES, afirmando que a idéia de obrigação que apresenta três elementos constitutivos: vínculo jurídico, partes na relação obrigatória (credor e devedor); objeto da prestação devido por um à outra parte.⁹ Sendo o vínculo jurídico disciplinado pela lei (já há dever), vem seguido de sanção. O devedor que descumpre a obrigação responde por perdas e danos.¹⁰

2.1. Estrutura da obrigação

Normalmente a estrutura da obrigação compõe-se de dois elementos: o débito (Schuld) e a responsabilidade (Haftung).

A teoria alemã do débito e responsabilidade propõe, uma separação entre o dever de prestar que incumbe ao sujeito passivo a que se comprometeu, da responsabilidade, que se manifesta pela prerrogativa conferida ao credor, quando o devedor (inadimplente) não cumpre a obrigação. Com o reconhecimento por parte da doutrina do caráter dualista da obrigação, processualistas do direito moderno, procuravam sustentar que a dívida (schul) é de direito privado e a responsabilidade como sendo instituto do direito processual.¹¹ Entende-se por débito não só a dívida, mas também o dever de pagá-la e por responsabilidade, a sujeição do devedor à ação competente. Por isso, às vezes pode haver débito sem responsabilidade, como na dívida prescrita ou responsabilidade sem débito atual, como a fiança.

⁵ Concessão do Serviço Público “é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário. Traduz-se em uma das modalidades do contrato administrativo. É regulado pela Lei nº 8987/95, que disciplina o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da CF/88.” Veja: LEHFELD, Lucas de Souza. *As novas tendências na regulamentação do sistema de telecomunicações pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 41.

⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. Revista dos Tribunais, 2000, p.383.

⁸ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Parte Geral das obrigações*. 9. ed. vol. 2, 1978, p. 3.

⁹ Op. cit., p. 3.

¹⁰ Veja Código Civil. “Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.”

¹¹ RODRIGUES, op. cit. p. 6.

Passível de críticas, a teoria dualista como bem explica COSTA¹², propõe a separação entre o débito e a responsabilidade, a coerção, representada pela agressão ao patrimônio do devedor, é retirada do débito, consistindo na responsabilidade. Segundo o autor, outros autores, afirmam que o credor, apenas possui uma expectativa de que o devedor cumpra a obrigação, não, um direito à prestação. Haveria confiança no cumprimento adequado da prestação. A simples exigência desse cumprimento, já faria parte da responsabilidade.¹³ A contribuição que esta doutrina trouxe para o ordenamento jurídico, foi chamar a atenção ao fenômeno da responsabilidade relacionando-o com o vínculo obrigacional.¹⁴

Contudo, a jurisprudência, passou a desdobrar o conceito de obrigação em sentido técnico-jurídico como sendo o vínculo derivado direta ou indiretamente da lei, em função do qual o credor pode exigir do seu devedor uma prestação patrimonial.¹⁵ Apesar da descoberta dogmática ter sustentado a dissociação do débito e da responsabilidade, pode-se definir obrigação *stricto sensu* como um vínculo jurídico que submete alguém à realização da prestação (dar, fazer, não fazer), que nas lições de PONTES DE MIRANDA, a expressão “obrigação” deve ser empregada como a relação jurídica entre duas ou mais pessoas que decorre a uma delas (devedor) poder ser exigida, pela outra parte (credor), prestação; do lado do devedor, haveria a obrigação (dívida) e do credor a pretensão.¹⁶

Em toda obrigação há um dever jurídico originário (que é o de reparar o dano), enquanto que na responsabilidade há um dever jurídico sucessivo (que é o de indenizar o prejuízo).¹⁷ Presume-se que para saber quem é o responsável na relação, deve-se primeiro, identificar aquele a quem a lei imputou a obrigação, posto que ninguém poderá ser responsabilizado por nada sem ter violado dever jurídico¹⁸ preexistente, uma vez que por responsabilidade subentende-se o descumprimento de uma obrigação.

2.2. Fontes das obrigações

Para VARELA, diz-se “fontes das obrigações o fato jurídico donde brota o vínculo obrigacional.”¹⁹ A antiga doutrina, de origem justinianéia, agrupava as fontes das obrigações em quatro núcleos: contratos, quase-contratos, delitos e quase-delitos.²⁰ No direito romano existem três textos, de épocas diversas, atribuídos ao jurisconsulto Gaio.

No primeiro diz-se que as obrigações surgem do contrato ou do delito. No segundo texto, diz-se que as obrigações nascem do contrato, do delito e de várias outras causas. No terceiro texto,

¹² GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da Boa-fé*. Ed. Juarez de Oliveira, 2003, p. 11.

¹³ GARCIA, op. cit. p. 11.

¹⁴ Op. cit. p. 12.

¹⁵ MARTINS, Flávio Alves. *A boa-fé objetiva e suas formalidades no direito das obrigações brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 74.

¹⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. XXII, §2679, 1996, p. 12

¹⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 3. ed. 2002, p. 22.

¹⁸ Op. cit. p. 21. Para Cavaliere, o dever jurídico é “a conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito positivo por exigência da convivência social. Não se trata de simples conselho, advertência ou recomendação, mas de uma ordem ou comando dirigido à inteligência e à vontade dos indivíduos, de sorte que impor deveres jurídicos importa criar obrigações.”

¹⁹ VARELA, Antunes. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 113.

²⁰ Op. cit., p. 113.

de caráter complementar, as obrigações teriam origem no contrato, no quase-contrato e no quase-delito.²¹

Baseada no direito romano a doutrina apresenta várias outras classificações, acrescentando, o fato social, a declaração unilateral de vontade e a própria lei, como fontes de obrigações.

A verdade, porém, é que nenhuma classificação satisfaz, já que nenhuma é completa em face da multiplicidade de obrigações que a todo o momento e em épocas diversas podem surgir da vida social ou da ação ou omissão de cada um. É preciso abandonar as tentativas de classificar as obrigações a partir das fontes.²²

O mais correto, é, portanto, afirmar que as obrigações surgem de várias causas, sendo as mais tradicionais o contrato e o delito.

Entre as várias ou inúmeras causas ou fontes das obrigações apontam-se, por exemplo, as seguintes: (i) a *lei*, que pode ser situada como fonte direta ou indireta de todas as obrigações; (ii) o *contrato*, diz-se que é a convenção estabelecida entre duas ou mais pessoas para constituir, regular ou extinguir entre elas uma relação jurídica patrimonial; (iii) o *ato ilícito*, que é o ato contrário ao direito, e que também produz efeito jurídico, pois transgride um dever jurídico imposto por lei. O efeito do ato ilícito é a obrigação de reparar o dano; (iv) *declaração unilateral de vontade*, vínculo que surge com a proposta, independentemente da aceitação, por um ato unilateral de vontade, pressupondo a existência da convenção tácita de garantia; (v) o *abuso de direito*, que é o exercício irregular de um direito, de modo a causar dano injustificado a outrem; (vi) o *enriquecimento ilícito ou sem causa* (locupletamento à custa alheia) que se evidencia no aumento do patrimônio de determinada pessoa, em detrimento de outrem, sem nenhum fundamento jurídico; (vii) a *obrigação da coisa, ou em função da coisa (ob ou propter rem, ou in rem)*, consideradas espécies autônomas, em um grupo intermediário entre o direito pessoal e o direito real; (viii) a *responsabilidade civil*, que por si só, designa na linguagem jurídica atual o conjunto de regras que obrigam o autor de um dano causado à outro a reparar este prejuízo, oferecendo à vítima uma compensação que será restaurado via pagamento de uma indenização, em regra, em dinheiro.²³

Para Marcelo Calixto, a doutrina contemporânea não se entende quanto às fontes, apresentando-as em maior ou menor número e ressaltando o papel desempenhado pela lei neste contexto. Mas assevera que a lei não deve ser tomada como fonte imediata das obrigações, pois que entre “a norma e a obrigação está sempre um acontecimento e se ele é o pressuposto (fatispécie, ou suporte fático) da norma, então este é que será fonte da obrigação correspondente”.²⁴

3. Contrato de gestão: instrumento essencial para a mediação das relações entre as Agências e o Poder Público

Na definição de MONTEIRO, contrato é o acordo de vontades que tem por fim criar, modificar ou extinguir um direito.²⁵ Dessa forma, podemos chegar a uma conclusão simples sobre

²¹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 1962.

²² NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 409/410. Para o autor, “o mais importante é tentar agrupar as diversas obrigações da vida real de acordo com a sua natureza. E, se na vida real temos diversas categorias de obrigações, é porque são diversas as funções que elas desempenham.” Distinguindo as diversas obrigações a partir de suas funções, chega o autor a três categorias distintas: a) negociais; b) de responsabilidade civil; c) de enriquecimento sem causa.

²³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, pp. 22-23.

²⁴ CALIXTO, Marcelo Junqueira. Reflexões em torno do conceito de obrigação, seus elementos e suas fontes. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp.1-28.

²⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 1962, p.6.

os princípios básicos do direito das obrigações. No momento da formação do contrato, o princípio da autonomia da vontade, e, posteriormente à sua celebração, notadamente o *pacta sunt servanda*.²⁶ E, sendo o contrato fonte de obrigações, as partes na relação obrigatória, podem ser responsabilizadas pelo descumprimento de tal obrigação.²⁷

O conceito de contrato não é específico do direito privado, devendo ser dado pela teoria geral do direito. Os contratos segundo DI PIETRO também podem ser contrato de direito público, que, por sua vez, abrange contratos internacional e de direito administrativo.²⁸

Todavia, os contratos administrativos enquadram-se no conceito geral de contrato como acordo de vontades gerador de direitos e obrigações recíprocos.²⁹

O contrato de fato, exerce uma função na sociedade na qual está inserido.³⁰ Ao Estado compete, assim, outorgar ou não a terceiros o direito de explorar e prestar serviços públicos, ou de exercer atividades econômicas mediante concessão³¹ ou permissão. A faculdade de celebração de contratos de concessão atribuída às agências está prescrita nas leis gerais e específicas, mesmo antes da Emenda Constitucional n° 19/98 ser promulgada, introduzindo o contrato de gestão na Constituição (§ 8º, art. 37). Já havia contratos de gestão em uso em Agências Reguladoras como a ANEEL, a ANA, a ANVISA e a ANS, apesar da previsão legal de autonomia administrativa e operacional.³²

O contrato de gestão visa permitir um melhor acompanhamento da atuação administrativa das agências, da avaliação do seu desempenho, compatibilizando meios e fins, dando maior autoridade para exigir os recursos que as leis de criação já estabeleceram para o seu custeio e financiamento.

A gestão seja por meio de contratos ou sem eles, exige capacidade gerencial instalada, planejamento e participação. O contrato de gestão somente se converterá em uma alternativa concreta para o aperfeiçoamento da gestão pública se conseguir superar a tendência ao formalismo reinante na Administração Pública brasileira.³³

As agências regulatórias destinam-se, também, a realizar o equilíbrio dos contratos de serviço, pois sua atuação se dá no sentido de monitorar o processo de renegociação contratual entre os prestadores do serviço e os usuários do mesmo, agindo, neste contexto, como um terceiro imparcial que regula a relação de consumo do serviço público com a clara intenção de reequilibrar os interesses opostos, aumentando, assim, a função do Estado nos setores regulados.³⁴

²⁶ Op. cit., p. 6.

²⁷ Op. cit. p.7.

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 12ª edição, 2000, p. 234.

²⁹ Op. cit. p. 236.

³⁰ SANTOS, Eduardo Sens dos. *O novo Código Civil e as cláusulas gerais: exame da função social do contrato*. In Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 3, n° 10, abril/junho 2002, p.20-25.

³¹ Nas lições de DI PIETRO, “pode-se definir concessão como o contrato administrativo pelo qual a Administração confere ao particular a execução remunerada de serviço público ou de obra pública, ou lhe cede o uso de bem público, para que o explore por sua conta e risco, pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais.” Op. cit., p.266.

³² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As Agências Reguladoras Independentes e a Separação dos Poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n°. 13, abril-maio, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: julho de 2006.

³³ Op. cit. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As Agências Reguladoras Independentes e a Separação dos Poderes*.

³⁴ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *A regulação e os direitos do consumidor*. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord). *Direito Administrativo Econômico*, 1ª edição, Editora Malheiros, 2002, p. 250.

4. Regulação e controle dos serviços públicos

A análise extensiva da experiência internacional dos serviços de utilidade pública revela ampla diversidade das formas de organização dessas atividades. Em alguns países como o Brasil, passou-se de um modelo tipicamente norte-americano dominante até 1930, para um modelo europeu, salvo algumas peculiaridades.³⁵

Com base nesse modelo, os serviços públicos instituídos pelo Estado e postos à disposição dos cidadãos *uti singuli*,³⁶ que não se confundem com aqueles que são prestados à comunidade, em caráter *uti universi*,³⁷ foram acompanhando os rumos da Revolução Industrial delegados a prestadores privados. Porém, a regulação e o controle da prestação desses serviços, que originariamente eram feitas pelo Estado, pouco a pouco passaram às próprias entidades estatais, considerando-se, a partir daí, a desnecessidade do que seria uma duplicidade de controle. Os órgãos estatais de controle centralizados foram perdendo força quando não desaparecendo, confundindo-se na mesma entidade paraestatal tanto a prestação quanto o controle dos serviços.³⁸

O movimento de transferência da prestação dos serviços públicos às empresas privadas passou a exigir um concomitante retorno da regulação e do controle do Estado, o que promoveu nova criação de órgãos especializados para o gerenciamento dos diferentes setores de serviços, aptos a zelar pela execução fiel dos princípios e regras de proceder específicas a eles aplicáveis.³⁹

Por longo período, Adam Smith⁴⁰ sustentou que no mercado as motivações particulares de cada agente na competição são consistentes com as metas sociais, já que o resultado dessa espécie de egoísmo coletivo é a maximização do bem-estar. O mercado estaria, portanto, situado em um ambiente de concorrência perfeita, quando os *stakeholders*,⁴¹ aceitam os preços livremente

³⁵ LEHFELD, Lucas de Souza. *As novas tendências na regulamentação do sistema de telecomunicações pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 11.

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000, pp. 104-105. “Serviços *uti singuli* são aqueles que têm por finalidade a satisfação individual e direta das necessidades dos cidadãos. Pelo conceito restrito de serviço público adotado por Celso Antônio Bandeira de Mello, só esta categoria constitui serviço público: prestação de utilidade ou comodidade fruível diretamente pela comunidade. Entram nessa categoria determinados serviços comerciais e industriais do Estado (energia elétrica, luz, gás, transportes) e de serviços sociais (ensino, saúde, assistência e previdência social).”

³⁷ Op. cit. p.105: “Serviços *uti universi* são prestados à coletividade, mas usufruídos apenas indiretamente pelos indivíduos. É o caso dos serviços de defesa do país contra o inimigo externo, dos serviços diplomáticos, dos serviços administrativos prestados internamente pela Administração, dos trabalhos de pesquisa científica, de iluminação pública, de saneamento.”

³⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 149.

³⁹ Op. cit., p. 150.

⁴⁰ COELHO, Fabio Ulhoa. *Reforma do Estado e Direito Concorrencial*. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord). *Direito Administrativo Econômico*. Editora Malheiros – 1ª Edição, 2002. p. 203. “O marco do surgimento da ciência econômica, que data de 1776, é a obra *Inquéritos sobre a Origem e Causas da Riqueza das Nações*, de Adam Smith, que cria uma base ideológica para compor conflitos entre os agentes econômicos e o poder central do Estado.”

⁴¹ FEARN-BANKS, Kathleen. *Crisis communication: a casebook approach*. New Jersey: Lea-Lawrence Erlburn Associates, 1996. p.25-34. O conceito de stakeholder “tornou-se indispensável para o entendimento das relações entre as empresas e as diversas partes envolvidas da sociedade. Ele surgiu da idéia, mais familiar, de acionistas, investidores ou proprietários de empresas (stockholders e shareholders). Com o aumento da complexidade das sociedades começaram a ser identificados outros grupos que tinham interesse (stake) nas organizações e estes começaram a ser incluídos nas decisões.” Assim, pessoas e grupos que em tempos passados eram considerados sem poder ou incapazes de fazer reivindicações às empresas se tornaram os

formados, uma vez que estes não resultam de algo construído. Entretanto, passados mais de duzentos anos do surgimento da teoria de Adam Smith foi preciso reconhecer que algumas questões importantes fazem com que o mercado não funcione perfeitamente. Assim, é que a teoria econômica tradicional associa a necessidade de regulação à presença de falhas no mercado⁴² com o intuito de eliminá-las ou não, atenuá-las a um custo razoável, podendo, assim, melhorar a eficiência dos mercados ou mesmo garantir sua viabilidade.

Acerca do conceito de regulação, ARAGÃO define como a integração de diversas funções do Estado para agir sobre as atividades econômicas, o que envolve três poderes a estas inerentes: o de editar regras, o de assegurar sua aplicação e o de reprimir as infrações. Sintetiza o autor definindo a regulação como um conjunto de medidas pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, orientando o mercado em direções socialmente desejáveis.⁴³

A política regulatória abrange três dimensões: a regulação econômica, que se dá pela intervenção direta nas decisões de setores econômicos com o propósito de facilitar, limitar ou intensificar os mercados pela correção de suas imperfeições, o que inclui formação de preços, competição, entrada e saída do mercado; a regulação social, que expressa a intervenção no fornecimento de bens públicos, definindo padrões para saúde, meio ambiente e segurança e os mecanismos de oferta desses bens; e a regulação administrativa, que engloba a intervenção nos mecanismos burocráticos e os procedimentos adotados pela Administração em sua relação com os administrados, promovendo a transparência dos processos. Mas é no campo da regulação econômica e social que as falhas de mercado têm motivado o crescimento das atividades

stakeholders da organização. Stakeholder pode ser definida como: “as pessoas que estão ligadas a uma organização ou apresentam interesses em uma organização são afetadas pelas decisões tomadas por aquela organização. São exemplos de stakeholders de um companhia os empregados, os stockholders, comunidades e autoridades governamentais.” Stakeholder no caso da regulação de serviços públicos, é qualquer pessoa, grupos de pessoas, organização ou instituição que influi na atuação, e/ou sofre a influência da atuação da agência reguladora.

⁴² OLIVEIRA, Gesner. RODAS, José Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 137. Para os autores, “há quatro fontes de falha no mercado: poder de mercado, informação assimétrica, bens públicos e externalidades. No tocante ao poder de mercado, ressalta-se que uma das condições necessárias para que o funcionamento dos mercados produza uma alocação eficiente de recursos é a de que os produtores sejam tomadores e não formadores de preços. Se as empresas têm poder de influenciar os preços, deixa-se de obter resultados de eficiência de um mercado competitivo. No tocante à informação assimétrica, se deixados livres para funcionar, os mercados geram preços e níveis de produção eficientes, se houver informação perfeita entre os agentes. Na medida em que os conjuntos de informações de diferentes agentes sejam diferentes entre si (assimetria de informações), cria-se a possibilidade de comportamentos estratégicos por parte dos participantes do mercado, permitindo que estes manipulem as informações que somente eles possuem em benefício próprio. No tangente às externalidades, ocorre situação de externalidade negativa (positiva) quando um custo social (benefício social) gerado pelo processo produtivo não é devidamente internalizado pelo produtor. Os bens públicos são definidos como bens ou serviços que apresentam dois atributos. O primeiro é o de serem bens não rivais, isto é, seu custo marginal de suprimento para o consumidor adicional é igual a zero. O segundo é o de serem não exclusivos, isto é, a natureza do bem ou serviço não permite excluir uma parcela expressiva de consumidores. Assim, a atividade regulatória pressupõe uma determinada estrutura do mercado. Em contraste, a defesa da concorrência atua, inclusive, sobre a estrutura de mercado e pode, em determinadas circunstâncias, prevenir configurações anticoncorrenciais, tornando prescindível a própria regulação.”

⁴³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito*. Separata da Revista de Informação Legislativa, do Senado Federal, Brasília, ano 37, n° 148, out/dez. 2000, p. 181.

regulatórias, instigando a intervenção crescente dos governos em nome de consumidores, na proteção de contratos e na provisão de bens públicos.⁴⁴

A regulação por entidades independentes (agências) surge a partir da constatação de que a confusão entre funções de regulação e de gerenciamento, ocorrida no regime estatizante, levou ao enfraquecimento da capacidade regulatória do próprio Estado. Por esse modelo, tem-se que o interesse público pode ser preservado a partir da separação das funções de regulação e gerenciamento, sendo esta transferida à iniciativa privada, ao passo que aquela permanece a cargo do Estado, mas delegada a uma entidade que integre a Administração Pública que possui independência de atuação, uma vez que recebe permissão para atuar fora do controle hierárquico da burocracia estatal.⁴⁵

Na regulação de serviços públicos, a intervenção do Estado tem fundamento na possibilidade de a execução material da atividade ser delegada à iniciativa privada, em conformidade com o previsto no art. 175 da Constituição Federal de 1988, inclusive, quanto ao poder sancionatório que, por sua vez, limita-se às infrações previstas no contrato e à aplicação das penalidades nele também descritas.⁴⁶

Todavia, a regulação de atividade exercida em regime privado, opera-se no sentido de relativizar o regime de liberdade de iniciativa, da livre concorrência e do direito de propriedade (art. 170, da CF/88), é restringido, controlado ou condicionado pela ação reguladora da atividade econômica reservada ao Estado, nos termos constitucionais previstos no art. 174 da CF/88 e consoante aos limites e alcances preestabelecidos em lei. Neste caso, a regulação origina-se de previsão legal e se equilibra entre dois pólos: de um lado os direitos de liberdade e, de outro, a competência do Estado de regular o poder econômico do setor privado.⁴⁷

Nesse entendimento, cumpre ainda destacar as hipóteses regulatórias segundo a classificação dos setores regulados, conforme elaborado por SALOMÃO FILHO⁴⁸, para ele, há duas situações distintas nos mercados que justificam a regulação a partir do pressuposto de proteção à concorrência: a regulação de mercados dominados ou a de mercados de acesso e permanência controlados.⁴⁹

A regulação do mercado dominado ultrapassa a falha de monopólio descrita na teoria clássica, na medida em que pode até ser possível a presença de concorrentes no mercado, mas dependem eles da utilização de uma rede para concorrer. Chamados de serviços de rede, em que todos os consumidores vão se integrando a uma rede única, cada vez mais completa e útil para cada um, sendo a *internet* um bom exemplo. Deste modo, em função do fator utilidade, quanto mais consumidores se agregam à rede, mais útil ela se torna para cada um e, em consequência, esse número cada vez maior de consumidores leva a que mais serviços se agreguem à rede, tornando-a cada vez mais útil. Esse ciclo torna inviável a duplicação da rede, mais do que pelos custos altos nela envolvidos, por não haver estímulos para que o consumidor escolha uma rede concorrente. Essas redes são o elemento básico para a dominação dos mercados por parte dos agentes econômicos que as detêm.⁵⁰

⁴⁴ OLIVEIRA, Gesner. RODAS, José Grandino. *Direito e Economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 132-133.

⁴⁵ LEHFELD, Lucas de Souza. *As novas tendências na regulamentação...* Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp.41-45

⁴⁶ SANTOS, N.G.P. Regulação de serviços públicos. In *Direito empresarial público*. (C. Marshall & M.J.V. Souto, orgs.), p. 215-231, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

⁴⁷ Op. cit., p.215-231.

⁴⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica (Princípios e Fundamentos Jurídicos)*. São Paulo: Malheiros, 2001.

⁴⁹ Op. cit., pp.39-40.

⁵⁰ Op. cit., p.67

Outrossim, a regulação de mercados de acesso e permanência controlados se justifica pela necessidade de se garantir a saúde e segurança do mercado, por meio de regras de controle e, por poucos, de comportamento. Nessa hipótese regulatória, as condições de acesso e permanência visam à garantia da poupança ou segurança dos consumidores e, com efeito reverso, há uma inclinação de se privilegiar as empresas sólidas e de grande dimensão, impedindo, dessa feita, a concorrência.⁵¹

Assim, a regulação enfrenta o desafio de conciliar a necessidade de higidez e segurança do mercado com a concorrência. E nas lições de SALOMÃO FIHO:

É possível desde que se entenda que, na verdade, para proteger os consumidores da própria higidez do mercado não é possível abrir mão da existência de concorrência. Existe uma pluralidade de agentes, e não um mercado monopolizado ou oligopolizado, nenhuma quebra poderá pôr em risco o sistema. Da mesma forma, a concorrência predatória, ainda que temida e combatida, também será ameaça iminente ao sistema”.⁵²

5. Agências Reguladoras no Brasil

As agências reguladoras constituem mais uma figura introduzida pela reforma administrativa no direito brasileiro. Originárias do direito norte-americano, as agências estão sendo criadas no Brasil por leis esparsas. Não existe uma lei específica criadora do sistema de agências.⁵³

Sendo a Constituição um diploma que ordena todas as normas hierarquicamente inferiores, ficam-lhe vinculados o legislador e, de modo geral, o intérprete, seja o juiz, o órgão da administração ou o próprio cidadão. Dotada de elementos normativos substanciais aptos a regular situações jurídicas, observa-se que o título III da organização do Estado em seu art. 21, inciso XI, assim dispõe (“*Art. 21. Compete à União: (...) XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;*”) - grifo nosso. E assim está no art. 177, §2º, inciso III (“*Constituem monopólio da União: (...) §2º. A lei que se refere o § 1º disporá sobre: (...) III – a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União.*”) – grifo nosso. Desta feita, verifica-se que a Constituição expressamente possui embasamento legal para a criação dessas agências reguladoras.⁵⁴

Observa-se também que a Constituição classificou como órgão regulador e não como agência reguladora. A terminologia empregada derivou do instituto da fonte norte-americana. O legislador brasileiro, não se precaveu ao importar o modelo norte-americano, adaptando-o às terminologias legalmente previstas no texto da Carta Magna.

Assim, a expressão “órgão regulador” referida pela Constituição, diante da expressão “agência reguladora” foi substituída pela prevista nas leis instituidoras.

As agências reguladoras foram instituídas em nível federal como em plano estadual, nada impedindo sua instituição em nível municipal⁵⁵, em face da organização político-administrativa que

⁵¹ Op. cit. p.75.

⁵² SALOMÃO FILHO. Op. cit., p.59.

⁵³ CAL, Arianne Brito Rodrigues. *As agências reguladoras no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 83.

⁵⁴ Op. cit. p.84.

⁵⁵ A Associação Brasileira de Agências Reguladoras-ABAR, que conta atualmente com 25 Agências Reguladoras no Brasil, desde então, vem fomentando discussões entre os que defendem as prerrogativas de independência e autonomia das agências e entre os que defendem as alterações no quadro atual. Fonte: www.abar.org.br

compõe a federação brasileira. Cabe citar as agências reguladoras no Brasil, em nível federal como ilustra o quadro 5.1:

Quadro 5.1: Agências reguladoras brasileiras

Agência Nacional de Energia Elétrica	ANEEL	Lei nº 9.427, de 26/12/1996
Agência Nacional de Telecomunicações	ANATEL	Lei nº 9.472, de 16/07/1997
Agência Nacional do Petróleo	ANP	Lei nº 9.478, de 06/08/1997
Agência Nacional de Vigilância Sanitária	ANVISA	Lei nº 9.782, de 26/01/1999
Agência Nacional de Saúde Suplementar	ANS	Lei nº 9.961, de 28/01/2000
Agência Nacional das Águas	ANA	Lei nº 9.984, de 17/07/2000
Agência Nacional de Transportes Terrestres	ANTT	Lei nº 10.223, de 05/06/2001
Agência Nacional de Transportes Aquáticos	ANTAQ	Lei nº 10.233, de 05/06/2001
Agência Nacional de Cinema	ANCINE	MP 2228, de 06/09/2001
Agência Nacional de Aviação Civil	ANAC	Lei nº 11182, de 27/09/2005

Entretanto, as agências reguladoras seguiram a forma jurídica de autarquias em regime especial e como tais, sujeitam-se às normas constitucionais que disciplinam esse tipo de entidade, sendo parte integrante da administração federal indireta. São vinculadas e não subordinadas a um respectivo Ministério, conforme ilustra o quadro 5.2:

Quadro 5.2: Independência das agências reguladoras

Agência Reguladora	Forma jurídica
ANEEL	Autarquia em regime especial vinculada ao Ministério de Minas e Energia
ANATEL	Autarquia em regime especial vinculada ao Ministério das Comunicações
ANP	Autarquia em regime especial vinculada ao Ministério de Minas e Energia
ANVISA	Autarquia em regime especial vinculada ao Ministério da Saúde
ANS	Autarquia em regime especial vinculada ao Ministério da Saúde
ANA	Autarquia em regime especial vinculada ao Ministério do Meio Ambiente
ANTT	Autarquia em regime especial vinculada ao Ministério dos Transportes
ANTAQ	Autarquia em regime especial vinculada ao Ministério dos Transportes
ANCINE	Autarquia em regime especial vinculada ao Ministério do Desenv. Ind. e Comércio Exterior
ANAC	Autarquia em regime especial vinculada ao Ministério da Defesa

Apesar da nomenclatura, a ANTT, a ANTAQ e a ANCINE formam a 3ª geração, onde destinam-se somente ao *fomento* do mercado de transportes, aquáticos e de cinemas, setores que, entendem alguns autores, não apresenta as justificativas para a constituição de uma agência

reguladora e edição de um marco regulatório.⁵⁶ Entretanto, o primeiro diploma legal brasileiro a prever a figura de autarquia foi o Decreto-lei nº 6016, de 22 de novembro de 1943.⁵⁷ Outrossim, a Caixa Econômica Federal, criada em 1861, é considerada por muitos, a primeira autarquia instituída no Brasil.⁵⁸

A doutrina entende que somente a ANATEL e ANP, possuem a função reguladora das agências, uma vez que sua criação encontra-se expressamente em texto constitucional. Todavia, as agências reguladoras foram sendo instituídas no ordenamento jurídico brasileiro para assumir um papel que, na concessão, na permissão e na autorização, era antes desempenhado pela própria Administração Direta, na qualidade de poder concedente.⁵⁹

Por conseguinte, existe questionamento acerca da interpretação do art. 175 da Constituição Federal. Assim disposto: (“Art. 175. *Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos*”). Essa forma de interpretação depende da compreensão que se tem do texto.⁶⁰

Todavia, as agências vem sendo instituídas por leis específicas e possuem a natureza jurídica de autarquias em regime especial, logo, nada as impede de prestarem um serviço público, uma vez que se trata de fiscalização e controle sobre empresas privatizadas, fato de grande importância ao interesse coletivo.⁶¹

5.1. Características das agências reguladoras

Por serem autarquias em regime especial, possuem autonomia administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo, estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.⁶²

Segundo CAL, as agências reguladoras gozam de certa margem de independência em relação ao Poder Legislativo, porque dispõem de função normativa, que justifica o nome de órgão regulador ou agência reguladora; ao Poder Executivo, porque suas normas e decisões não podem ser alteradas ou revisadas por autoridades estranhas ao próprio órgão; ao Poder Judiciário, porque dispõem de função quase jurisdicional no sentido de que resolvem, no âmbito das atividades controladas pelas agências, litígios entre vários delegatários que exercem serviço público mediante concessão, permissão ou autorização e entre estes e os usuários dos serviços públicos.⁶³

Essa “autonomia”, nas lições de CAL, deve ser entendida em termos compatíveis com o art. 5º, inciso XXXV, da CF/88, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. Para a autora, significa que qualquer decisão das agências que cause lesão ou ameaça a direito, de qualquer pessoa, tal decisão poderá não prevalecer, uma vez que há a possibilidade da mesma ser reapreciada pelo Poder Judiciário, sendo certo que as decisões

⁵⁶ OLIVEIRA, Gesner. RODAS, José Grandino. Op. cit., p. 135.

⁵⁷ O Decreto-lei nº 6016, de 22/11/1943, definiu autarquia como “o serviço estatal descentralizado, com personalidade de direito público, implícita ou explicitamente criado por lei.” A definição de autarquia ora em vigor está contida no Decreto-lei nº 200/67, de 25/02/1967, segundo o qual autarquia é o “serviço autônomo criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receitas próprias, para executar atividades típicas da administração pública que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.”

⁵⁸ OLIVEIRA, Gesner. RODAS, José Grandino. Op. cit., p. 137.

⁵⁹ Op. cit., p.137.

⁶⁰ CAL, Arianne Brito Rodrigues. Op. cit., p.86.

⁶¹ Op. cit., p.86.

⁶² Op. cit., p.87.

⁶³ CAL, Arianne Brito Rodrigues. Op. cit., p. 87. *Apud*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. Parcerias na Administração Pública, p. 131.

administrativas, não fazem coisa julgada, pelo contrário, poderão sofrer modificação pelo Poder Judiciário.⁶⁴

5.2. Agências reguladoras nos Estados Federados

Os Estados cada vez mais, têm promovido a desestatização de suas empresas, uma vez que o novo modelo de regulação proporciona um maior grau de liberdade à administração, conseqüentemente, é inevitável, o surgimento de órgãos reguladores, que, no entanto, não possuem, como no plano federal, a função de poder concedente.⁶⁵

Embora ainda não tenha sido instituída agência em todos os Estados da Federação Brasileira, pode-se ter como referência os seguintes Estados conforme quadro 5.3:

Quadro 5.3: Agências reguladoras Estaduais

Agência Estadual de Regulação e Controle de Serviços Públicos - Pará	ARCON	Lei nº 6.099, de 30/12/1997
Agência Reguladora de Serviços Públicos – Rio de Janeiro	ASEP	Lei nº 2.686, de 13/02/1997 alterada pela Lei nº 2752/97
Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados - RS	AGERGS	Lei nº 10.931, de 09/01/1997
Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará	ARCE	Lei nº 12.786, de 30/12/1997
Comissão de Serviços Públicos de Energia – São Paulo	CSPE	Lei Complementar nº 833, de 17/10/1997
Agência Reguladora de Serviços Concedidos do Estado do Sergipe	ASES	Lei nº 3.973, de 10/06/1998
Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Minas Gerais	ARSEMG	Lei nº 12.999, de 31/07/1998
Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Amazonas	ARSAM	Lei nº 2.560, de 25/11/1998

A diferença encontrada entre as agências federais e as estaduais é que, em regra, as federais são especializadas por setor de atividades exercendo funções do poder concedente⁶⁶, estabelecendo em que condições se dará a transferência para a iniciativa privada, já as agências estaduais tendem a ser genéricas, não se limitando a um setor específico de atividades.⁶⁷ A atuação das agências poderá ser de forma unissetorial (ente regulador que atua sobre serviços de um determinado setor) ou de forma multissetorial (ente regulador responsável pela prestação de todos os serviços públicos).⁶⁸

Assim, pode-se afirmar que a forma unissetorial parece mais adequada às agências nacionais, uma vez que estariam isentas da responsabilidade de acumular atividades de volume

⁶⁴ CAL, Arianne Brito Rodrigues. *As Agências...* Op. cit., p.88.

⁶⁵ Op. cit., p.149.

⁶⁶ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização, Privatização, Concessões e Terceirizações*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1999, p. 103.

⁶⁷ Op. cit., p. 105.

⁶⁸ Op. cit., p. 106.

expressivo, pelas dimensões geográficas da área de atuação, sendo mais fácil o controle e a fiscalização dos serviços públicos de um determinado setor.⁶⁹

5.3. Agências reguladoras em nível municipal

Embora ainda não tenha sido instituída agências municipais de regulação em todos os Estados da Federação Brasileira, pode-se ter como referência as seguintes agências reguladoras conforme quadro 5.4:

Quadro 5.4: Agências reguladoras Municipais

Agência Municipal de Regulação dos Serviços de Saneamento de Cachoeiro de Itapemirim - ES	ARGERSA	Lei n° 4.798, de 14/07/1999
Agência Municipal de Água e Esgotos de Joinville - SC	AMAÉ	Lei n° 4.341/2001, alterada pela Lei n° 4.924, de 19/12/2003

As agências de regulação criadas em âmbito municipal são entidades integrantes da administração pública municipal indireta, submetida a regime autárquico especial. O ideal é que sejam vinculadas à Secretaria Municipal de Meio Ambiente sendo dotada de poder de polícia e de autonomia administrativa e financeira com finalidade de promover a regulação, o controle e a fiscalização dos serviços de saneamento concedidos, permitidos, autorizados ou operados diretamente pelo poder público municipal.⁷⁰

As agências terão autonomia para realizar o seu trabalho de produção de resultados e controle dos serviços privatizados, porém, não poderão se afastar dos mandamentos constitucionais que regem a Administração Pública, procurando não cometer abusos ou excesso de poder.⁷¹

5.4. Regime jurídico das agências reguladoras

A Constituição prevê duas formas de provimento de cargos públicos: (i) através de seleção mediante concurso público de provas ou de provas e títulos, destinada ao provimento de cargos efetivos, que garantem ao seu titular a estabilidade após cumprimento do período de três anos de estágio probatório (art. 41, da CF/88 com redação dada pela EM n° 19/98);⁷² (ii) através de cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração pelos chefes dos Poderes, onde os cargos encontram-se fazendo parte da respectiva estrutura de organização do Poder contratante (art. 37, IX, da CF/88).⁷³

Verifica-se, porém, que o modelo adotado pelas agências reguladoras é *sui generis*,⁷⁴ pois não se enquadra dentro dos mandamentos constitucionais previsto na legislação vigente. A lei prevê ainda, que os dirigentes das agências não devem manter, durante o mandato e na quarentena, qualquer vínculo com o Poder concedente, concessionário ou associação de usuários, não devendo deles receber qualquer forma de pagamento.

⁶⁹ Op. cit., p.107.

⁷⁰ Veja Lei n° 4.798, de 14/07/1999 da ARGERSA.

⁷¹ CAL, Arianne Brito Rodrigues. *As Agências...* Op. cit., p.92.

⁷² Op. cit. p. 114.

⁷³ Op. cit. p. 115.

⁷⁴ Op. cit. p.116.

O art. 8º, da Lei nº 9986/2000 dispõe sobre a gestão de recursos humanos nas agências reguladoras, mas apesar de expressa previsão legal, não possui aplicabilidade. Todavia, a remuneração dos dirigentes das agências, bem como a de qualquer outro agente público, encontra-se limitada à remuneração percebida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, na forma disciplinada pelo art. 37, XI da CF/88.⁷⁵

É importante ressaltar que os dirigentes só perdem o seu mandato em caso de renúncia, se cometerem falta grave apurada em processo administrativo ou judicial em que lhes seja assegurado a ampla defesa e o contraditório inerentes a qualquer processo sob pena de nulidade.⁷⁶

6. Conclusão

A idéia de se introduzir no Brasil o controle dos serviços privatizados por meio das agências reguladoras, foi um avanço da administração pública. Porém, as agências reguladoras são para regular e fiscalizar exercendo as funções que os Poderes constituídos lhes delegam, nos termos da lei.

Todavia, as Agências Reguladoras criadas por leis esparsas, devem possuir estrutura e atribuições próprias, sejam na forma Federal, Estadual ou Municipal, devendo proporcionar informações e meios para que os consumidores de serviços públicos tenham condições mínimas de influir nos processos decisórios em lugar de apenas reclamar.

Faz-se necessária a atuação do legislador no sentido de prever quais responsabilidades serão suportadas pelas Agências Reguladoras e quais terminarão por recair sobre os consumidores.

A efetivação de contratos de concessões só deveria ser realizada após estabelecer-se o marco regulatório, isto é, o conjunto de leis, decretos e/ou normas necessárias para a definição das regras e parâmetros que norteiem o padrão de eficiência e metas a serem alcançadas em diversos setores públicos chaves, com importante reflexo nas tarifas finais e no acesso aos serviços públicos, por meio de outorgas.

Por derradeiro, é importante evitar que pressões corporativistas e quaisquer grupos levem à criação indevida de novas agências reguladoras, introduzindo custos desnecessários e improdutivos para o consumidor-contribuinte. Ressalta-se ainda, que a conservação da vida e da saúde são corolários da proteção à dignidade da pessoa humana, estando de acordo com o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, sempre interpretado de maneira mais favorável ao consumidor segundo os valores constitucionais.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras Independentes e o Estado democrático de Direito*. Revista de Informação Legislativa, do Senado Federal, Brasília, ano 37 nº 148, out/dez 2000.

_____, Alexandre Santos de. *As Agências Reguladoras Independentes e a Separação dos Poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 13, abril-maio, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: julho de 2006.

ATALIBA, Geraldo. *Poder regulamentar do Executivo*. Revista de Direito Público, 1981, ano XIV, ns. 57-58, pp. 185-208.

⁷⁵ Op. cit. p.117.

⁷⁶ Op. cit. p. 118.

- CAL, Arianne Brito Rodrigues. *As agências reguladoras no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- FEARN-BANKS, Kathleen. *Crisis communication: a casebook approach*. New Jersey: Lea-Lawrence Erlburn Associates, 1996.
- GALVÃO, Gabriel de Mello. *Fundamentos e limites da atribuição de poder normativo às autarquias autônomas federais (agências reguladoras)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da Boa-fé*. Ed. Juarez de Oliveira, 2003.
- LEHFELD, Lucas de Souza. *As novas tendências na regulamentação do sistema de telecomunicações pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. A regulação e os direitos do consumidor. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord). *Direito Administrativo Econômico*. Editora Malheiros, 2002.
- MARTINS, Flávio Alves. *A boa-fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. Revista dos Tribunais, 2000.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 1962.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2003.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Comentários ao Código de Processo Civil*. tomo XXII, §2679, 1996.
- OLIVEIRA, Gesner. RODAS. *José Grandino. Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Parte Geral das obrigações*. vol. 2, 9 ed., 1978.
- SANTOS, N.G.P. Regulação de serviços públicos. In *Direito empresarial público* (C. Marshall & M.J.V. Souto, orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica (Princípios e Fundamentos Jurídicos)*. São Paulo: Malheiros, 2001.

STIGLITZ, J. Redefining the role of the State, What should it do? How should it do it? And How should these decisions be made? World Bank, 1998. in: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser (Org). *Sociedade e Estado em transformação*. São Paulo: Editora UNESP; Brasília: ENAP, 1999. 453 (prismas).

VARELA, Antunes. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. *Responsabilidade civil das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.