



Série Aperfeiçoamento de Magistrados 1

Agências Reguladoras





Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Série Aperfeiçoamento de Magistrados 1

Agências Reguladoras

**VII FÓRUM BRASILEIRO SOBRE AS AGÊNCIAS REGULADORAS
EM HOMENAGEM A MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO
RIO DE JANEIRO, 28 E 29 DE ABRIL DE 2011**

**Rio de Janeiro
EMERJ
2011**

© 2011 EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - TJERJ

Trabalhos de magistrados participantes do VII Fórum Brasileiro sobre as Agências Reguladoras, realizado nos dias 28 e 29 de abril de 2011, como parte do Programa de Atualização de Magistrados e Inserção Social da EMERJ, em cumprimento a exigência da ENFAM.

Produção Gráfico-Editorial: Divisão de Publicações da EMERJ.

Editor: Irapuá Araújo (MTb MA00124JP); **Programação Visual:** Jaqueline Diniz (editoração eletrônica e capa); **Revisão Ortográfica:** Suely Lima, Ana Paula Maradei e Sergio Silveiras; **Revisão Metodológica:** Professora Dra. Maria Teresinha Pereira e Silva.

FÓRUM BRASILEIRO SOBRE AS AGÊNCIAS REGULADORAS, 7.,
2011, Rio de Janeiro.

Agências reguladoras. Rio de Janeiro: EMERJ, 2011.

103 p. (Série Aperfeiçoamento de Magistrados, 1)

ISBN 978-85-99559-03-1

1. Agências reguladoras. I. EMERJ. II. Série. III. Título.

CDD 341.3221

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta obra, desde que citada a fonte.

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ
Av. Erasmo Braga, nº 115/4º andar - Rio de Janeiro/RJ CEP: 20020-903
Telefones: (21) 3133-3400 / 3133-3365
www.emerj.tjrj.jus.br - emerjpublicacoes@tjrj.jus.br

Diretoria da **EMERJ**

◆ DIRETORA-GERAL

Des^a. Leila Maria Carrilo Cavalcante Ribeiro Mariano

◆ CONSELHO CONSULTIVO

Des^a. Maria Augusta Vaz Monteiro de Figueiredo

Des. Milton Fernandes de Souza

Des. Jessé Torres Pereira Júnior

Des. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado

Des. Ricardo Couto de Castro

Des. Elton Martinez Carvalho Leme

◆ PRESIDENTE DA COMISSÃO ACADÊMICA

Des. Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho

◆ COMISSÃO DE INICIAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS

Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho

Des^a. Elisabete Filizzola Assunção

Des. Heleno Ribeiro Pereira Nunes

Des. Wagner Cinelli de Paula Freitas

Des. Claudio Brandão de Oliveira

Des. Claudio Luis Braga Dell'Orto

Des. Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

◆ COORDENADOR DE ESTÁGIO DA EMERJ

Des. Edson Aguiar de Vasconcelos

◆ SECRETÁRIA-GERAL DE ENSINO

Rosângela Pereira Nunes Maldonado de Carvalho

◆ ASSESSORA DA DIRETORA-GERAL

Maria de Lourdes Cardoso da Rocha

Sumário

Apresentação	6
As Agências Reguladoras: Evolução e Perspectivas <i>Ana Beatriz Mendes Estrella</i>	7
Função Normativa das Agências Reguladoras <i>Simone Lopes da Costa</i>	13
As Agências Reguladoras e uma Nova Ótica do Direito <i>Mauro Pereira Martins</i>	19
O Fórum Brasileiro sobre Agências Reguladoras: Contribuições ao Debate e à Prática Social <i>Lúcio Durante</i>	27
Agências Reguladoras <i>Gilberto Clóvis Farias Matos</i>	35
Limites de Atuação das Agências Reguladoras na Disciplina da Propaganda de Produtos Comerciais: Poder de Polícia Reforçado ou Poder Normativo? <i>Flávia de Azevedo Faria Rezende Chagas</i>	46
As Concessões de Serviços Públicos e as Agências Reguladoras <i>Paula Silva Pereira</i>	51

Agências Reguladoras	
<i>Alessandra da Rocha Lima Roidis</i>	61
O Histórico da Extração e Exploração do Petróleo no Brasil e o Novo Marco Regulatório do Pré-Sal	
<i>Viviane Alonso Alkimim</i>	66
As Agências Reguladoras em seu Poder-Dever de Fiscalização: Uma Análise Crítica	
<i>Fernanda Rosado de Souza</i>	75
Regulação Econômica na Área do Petróleo e Gás	
<i>Mônica Ribeiro Teixeira</i>	80
Anexo 1: Programa do evento	85
Anexo 2: Parecer da Enfam	92

Apresentação

O Fórum Brasileiro sobre as Agências Reguladoras, de tradição, era realizado anualmente em Brasília. Todavia, em abril de 2011, o evento ocorreu no Rio de Janeiro, em homenagem ao ilustre prof. Dr. Marcos Juruena Villela Souto, falecido recentemente.

Por seu turno, a Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como parte de suas iniciativas voltadas ao cumprimento da missão e objetivos específicos de seu projeto estratégico e projeto político-pedagógico, promove Fórum Permanente, aberto a profissionais do Direito, de outras áreas e a membros da comunidade em geral, por meio do qual procura propiciar discussões sobre temas relevantes e atuais para a sociedade brasileira contemporânea.

O presente documento reúne alguns dos trabalhos produzidos por magistrados do Rio de Janeiro, os quais foram instigados pelos debates e palestras empreendidos pelos participantes do VII Fórum Brasileiro sobre as Agências Reguladoras.

Considerando a relevância do tema e seus reflexos para a sociedade, com evidentes repercussões à hermenêutica jurídica, é muito pertinente levar ao conhecimento do público e dos meios acadêmicos a contribuição dos magistrados, os quais se dispuseram a expor seu entendimento sobre tema que provoca elevada perplexidade entre administradores, empresários, estudiosos do Direito, outros pensadores e profissionais, sem esquecer o interesse público, que alcança os mais variados segmentos da sociedade.

Do ponto de vista da EMERJ, é muito auspicioso organizar e divulgar esta publicação, que certamente, servirá para estimular outros magistrados a levar os resultados de seus estudos ao conhecimento da sociedade.

Desembargadora Leila Mariano

Diretora-Geral da EMERJ

As Agências Reguladoras: Evolução e Perspectivas

Ana Beatriz Mendes Estrella

*Juíza de Direito da 11ª Vara de Fazenda Pública -
Capital*

O tema central do Fórum – Agências Reguladoras- vem evoluindo no Brasil desde meados da década de 1990, em razão do processo crescente de desestatização de atividades de relevante interesse social, notadamente os serviços públicos e também aqueles concernentes à utilização dos recursos naturais do país.

A crescente transferência do exercício de atividades estratégicas tais como telefonia, fornecimento de energia elétrica e similares para a iniciativa privada gerou a necessidade de implementação de meios de controle e fiscalização dessas atividades pelo Estado. Nesse compasso, as Agências Reguladoras assumem importante papel, pois são as instituições responsáveis pela confiabilidade dessas atividades junto à sociedade e aos investidores.

Diante do relevo e importância no cenário nacional, o tema, que está em debate há pouco mais de uma década, é objeto de fórum anual promovido pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, com o propósito de analisar sua evolução, problemas e perspectivas.

Especificamente na edição de 2011, o fórum, usualmente realizado em Brasília, foi promovido no Rio de Janeiro, em homenagem ao mestre Marcos Juruena Villela Souto, Procurador do Estado do Rio de Janeiro e estudioso da matéria, falecido prematuramente no final do ano de 2010.

As exposições foram marcadas por grande emoção e pontuadas com passagens da vida e obra do homenageado. Além do papel das Agências Reguladoras na fiscalização da prestação de serviços públicos por particulares foi objeto de análise, a exemplo, a exposição do professor José dos Santos Carvalho Filho, que tratou da fiscalização pelas Agências Reguladoras da exploração de recursos hídricos e minerais.

No caso em tela, salientou o expositor a incumbência do Estado de fiscalizar o uso de seus rios e a crise de competências gerada por essa norma

constitucional, eis que não se pode falar em recursos hídricos de forma isolada, destacando a necessidade de aprofundarem-se os estudos relativos à regulação dessa exploração.

Ainda na seara da fiscalização e regulação da exploração de recursos minerais, o Procurador do Estado, Gustavo Binenbojn, em sua palestra mencionou a Lei 12.304/2010, analisando o arranjo institucional do pré-sal e a distribuição de competências entre CNPE, MME, ANP e PPSA, conforme teor das Leis 9.478/97, 12.304/2010 e 12.351/2010, ressaltando as diretrizes da política energética (presidente/CNPE/MME).

Na análise do novo modelo contratual trazido pela Lei 12.351/2010, destacou que a mudança fundamental repousa na criação de um modelo de contrato de partilha de produção (definida no anexo da lei) das áreas do pré-sal e outras áreas estratégicas, que serão definidas e registrou que, para melhor compreensão do tema, faz-se necessária a leitura sistemática das leis 9.478/87, 12.304/12 e 12.351/10.

Refletindo sobre a utilidade prática de todo o conteúdo do Fórum, pode-se concluir que, no exercício diário das atividades judicantes na esfera estadual, assume relevo a atividade de regulação exercida pelas agências reguladoras, que fornece aos magistrados, através de suas resoluções, importante ferramenta para o julgamento de ações que envolvem os consumidores finais e as concessionárias de serviço público, focalizando possibilidades e limites de suas relações com o Estado.

Nessa linha reflexiva, merece particular atenção a regulação atribuída às seguintes agências:

Na esfera federal: a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, prevista na Lei 9.472, de 16.07.97; a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, instituída pela Lei 9.427, de 26.12.96; a Agência Nacional do Petróleo – ANP, que foi instituída pela Lei 9.478, de 6.08.97; a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Lei 9.782, de 26.01.99); a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (Lei 9.961, de 28.01.2000), a Agência Nacional de Águas – ANA (Lei 9.984, de 17.07.2000), e as recentes Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, ambas criadas pela Lei nº 10.233, de 5.06.2001 ^[23]. A Comissão de Valores Mobiliários que, para muitos, era agência reguladora, recebeu da Lei nº 10.411 de 26.02.2002 maior grau de autonomia, incluindo mandatos estáveis para seus dirigentes.

No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, também foram criadas agências reguladoras. Inicialmente, optou-se pela criação de um único órgão regulador, abrangendo uma pluralidade de áreas de atuação: a Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro (ASEP-RJ), criada pela Lei Estadual 2.686, de 13.12.97.

Num segundo momento a ASEP/RJ deu origem a duas outras instituições: a Agência Reguladora dos Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro – AGETRANSP e a Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro – AGENERSA.

Sob esse prisma, merece destaque a exposição do Desembargador Jessé Torres, que abordou a importância das normas emitidas pelas agências reguladoras na atividade judicante e, para exemplificar, partilhou o conteúdo de alguns de seus brilhantes votos sobre o tema.

O Desembargador mencionou a prática recorrente e abusiva de uma das concessionárias de energia elétrica atuantes no Estado do Rio de Janeiro, que, contrariando o disposto em Resolução da ANEEL, realiza a interrupção na prestação do serviço de energia elétrica, com base em débito decorrente de consumo utilizado pelo consumidor e supostamente não registrado.

A concessionária alega que apura tal consumo através de inspeção realizada por seus prepostos com a lavratura de Termo de Ocorrência de Irregularidade – TOI. Ocorre que o referido documento é lavrado unilateralmente, sem que o consumidor tenha acesso ao direito de defesa. Nesse sentido, cabe refletir sobre o que segue:

*“AGRAVO INTERNO. Decisão monocrática do relator, que negou seguimento ao recurso do autor e deu parcial provimento ao da concessionária ré, para afastar a incidência do art. 42, parágrafo único, do CDC, e reduzir a verba reparatória de dano moral, de modo a consultar a razoabilidade e a proporcionalidade. Energia elétrica. **Emissão unilateral de “termo de irregularidade”**”¹. grifos nossos*

1 (Res. da ANEEL nº 456/2000, art. 72), sem comprovação idônea da existência de fraude. Agravo a que se nega provimento” 0003844-67.2007.8.19.0014 - APELACAO - 2ª Ementa - DES. JESSE TORRES - Julgamento: 15/12/2010 - SEGUNDA CAMARA CIVEL)

“APELAÇÃO. Ação de obrigação de fazer c/c indenizatória. Energia elétrica. Emissão unilateral de “termo de irregularidade” (Res. da ANEEL nº 456/2000, art. 72), sem comprovação idônea da existência de fraude. Suspensão do fornecimento de energia elétrica à residência da autora. Abuso de direito, de que resulta lesão a direitos da personalidade, a gerar direito compensatório de dano moral. Redução da verba de modo a consultar a razoabilidade e a proporcionalidade. Litigância de má-fé caracterizada: a concessionária postulou e obteve a anulação de sentença anterior porque não lhe havia sido assegurada a produção de prova técnica, da qual veio a desistir sem motivo, a demonstrar espírito emulativo incompatível com o dever de lealdade processual. Recurso parcialmente provido”². Grifei

Outro fato recorrente no fornecimento de energia elétrica destacado pelo Desembargador Jessé Torres foi a prática das concessionárias atuantes no Estado de realizar interrupção e cobrança de débitos relativos a usuário anterior, como se a obrigação de pagar pelo fornecimento de energia elétrica tivesse caráter *propter rem* como os tributos. Ilustrando o tema, merecem destaque os julgados cujas ementas seguem transcritas:

*“APELAÇÃO. Ordinária. Concessionária de serviço público. Energia elétrica. Contrato de locação que não se confunde com cessão de sociedade empresarial; nem a tarifa de consumo de energia tem natureza tributária. **Ilícita interrupção do fornecimento por dívida pretérita, pela qual não responde o novo locatário. Obrigação de natureza pessoal. Parcial provimento do recurso**”³ grifei*

“APELAÇÃO. Ação de obrigação de fazer. Conquanto seja possível a suspensão do serviço por inadimplemento do usuário, quando existirem débitos atuais, mostra-se incabível a interrupção do fornecimento em se tratando de débitos pretéritos (Enunciado nº 19, da jurisprudência predominante do TJRJ). A cobrança

² (0017111-50.2004.8.19.0002 - APELACAO - 1ª Ementa - DES. JESSE TORRES - Julgamento: 07/12/2010 - SEGUNDA CAMARA CIVEL)

³ (0054840-34.2007.8.19.0058 (2009.001.12078) - APELACAO - 1ª Ementa - DES. JESSE TORRES - Julgamento: 25/03/2009 - SEGUNDA CAMARA CIVEL)

*de parcelas de confissão de **dívida pretérita**, em conjunto com o consumo mensal, coloca o consumidor em desvantagem exagerada, onerando-o de forma abusiva (CDC, art. 51, IV e Enunciado nº 70, do TJRJ). Primeiro recurso a que se nega provimento, provido o segundo”.*⁴

No tocante ao fornecimento de água, o Desembargador Jessé Torres mencionou as questões em discussão que geram controvérsias no Tribunal, registrando a legalidade da cobrança da tarifa mínima e da tarifa progressiva, diferenciando esses conceitos da cobrança de tarifa mínima por unidades, chamadas no jargão da concessionária de “economias”, quando a leitura é feita com um só medidor:

Ilustrando a controvérsia merecem destaque os seguintes julgados:

*“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Intenção modificativa e pré-questionadora da embargante, que não aponta real contradição, omissão ou obscuridade, constitui pretexto para reabrir matéria examinada e decidida, segundo a jurisprudência dominante. **Cobrança segundo a tarifa mínima, multiplicada pelo número de economias. Ilegalidade da multiplicação quando um só hidrômetro registra o consumo global de todas as unidades.** Recurso que persegue segundo julgamento, mediante novo sopeso de fatos e provas, inviável de produzir-se em sede meramente declaratória. Embargos desprovidos”*⁵. Grifei

*“APELAÇÃO. Ordinária. **Cobrança do serviço de fornecimento de água de forma progressiva. Legítima a diferenciação resultante da tarifa progressiva, que se coaduna com o princípio da isonomia,** pois as diferenças das condições dos usuários justificam valores que lhes correspondam. O consumo medido, e tão-somente ele, é que atrai a progressividade, consoante precedentes. **Não é ilícita a cobrança de fornecimento do serviço de água com base na tarifa mínima, desde que obedecidos os limites definidos em lei, fixados com o objetivo***

4 (0240443-26.2008.8.19.0001 - APELACAO - 1ª Ementa - DES. JESSE TORRES - Julgamento: 26/05/2010 - SEGUNDA CAMARA CIVEL)

5 (0149889-74.2010.8.19.0001 - APELACAO - 3ª Ementa DES. JESSE TORRES - Julgamento: 19/01/2011 - SEGUNDA CAMARA CIVEL).

tão-só de assegurar a viabilidade econômico-financeira do sistema (verbete 84, da Súmula do TJRJ). Entretanto, no caso, o critério adotado pela CEDAE carece de autorização legal, por isto que está cobrando consumo mínimo multiplicado pelo número de unidades condominiais (economias, no jargão técnico), quando a medição é feita por um único hidrômetro para o consumo global do Condomínio, o que acarreta o superfaturamento da contraprestação do serviço, subvertendo a finalidade da tarifa mínima. Sucumbência recíproca. Parcial provimento do recurso”⁶.grifei

“APELAÇÃO. Condomínio. Tarifa de água e esgoto. Ilegalidade de calcular-lhe a divisão entre as unidades sem observância da cota ideal prevista na convenção condominial. Título judicial que assim o declarou em juizado especial, servindo de título à ação de repetição do indébito. Perícia que, compulsando os balancetes da administradora do Condomínio, apura valor a maior. Obrigação que o art. 23, VIII, da Lei nº 8.245/91 remete ao locatário. Devolução em dobro que não se justifica, considerando que o Condomínio, em prédio misto, passou a cobrar a tarifa de acordo com alteração introduzida pela concessionária em função da destinação do imóvel, certo que as salas locadas são de uso comercial, com tarifa superior às unidades residenciais. Provimento parcial do recurso”⁷.grifei

Finalizando sua exposição, o Desembargador Jessé Torres, ao criticar a postura de determinadas concessionárias junto ao consumidor, destacou que o usuário não é mero detalhe e sim, razão de ser do serviço. ❖

6 (0114655-70.2006.8.19.0001 - APELACAO - 1ª Ementa - DES. JESSE TORRES - Julgamento: 23/06/2010 - SEGUNDA CAMARA CIVEL).

7 (0107908-12.2003.8.19.0001 (2009.001.29924) - APELACAO - 1ª Ementa - DES. JESSE TORRES - Julgamento: 10/06/2009 - SEGUNDA CAMARA CIVEL)

Função Normativa das Agências Reguladoras

Simone Lopes da Costa

Juíza de Direito da 10ª Vara de Fazenda Pública - Capital

Neste estudo, tem-se o propósito de examinar a função normativa das agências reguladoras. De início, cumpre registrar que essas agências são órgãos autônomos, que vivem período “de adolescência”, pois passados os momentos iniciais, caminham e convivem com dilemas na entrada da maturidade.

A atividade de intervenção reguladora do Estado na economia não é criação da década de 1990; o que surgiu como novidade nesta década foi a maneira pela qual a regulação passou a ocorrer. Ficou nítida a mudança no modo pelo qual o Estado se relaciona com os setores da economia, ou como o poder público procuraria coordenar esforços dos agentes econômicos. A iniciativa foi implementada em meio a uma série de mudanças de leis criadas no intuito de reestruturar setores importantes da economia, como telecomunicações, saúde e energia.

Nessa perspectiva, o Estado procurou ordenar os esforços em cada um dos setores citados. Um dos traços comuns foi a regulação comum a toda atividade de modo descentralizado, com certa autonomia e especialidade técnica destacada. Sendo assim, apenas em um cenário em que as agências reguladoras teriam como função estabelecer regras de conduta para fiscalizar, reprimir, punir e resolver conflitos que elas fariam sentido.

Na época da implantação, verificou-se perplexidade, certo desconforto dos pensadores do direito administrativo, dos agentes políticos, dos agentes administrativos em relação ao modo distinto de o Estado atuar com os setores vinculados ao sistema econômico.

Ocorre que, na teoria e na prática, as agências reguladoras vieram a cumprir papel diferente do que o Estado prestava até então. Elas constituem mecanismos de autorregulação dos setores econômicos, de modo destacado do Estado. Houve identificação entre Agência Reguladora e instâncias de autorregulação.

Entretanto, com bom senso, pode-se verificar que as agências reguladoras não se confundiriam com autorregulação, porque precisam ater-se a poder conferido pela lei, de maneira permeável em relação aos setores em que atuam. Nesse diapasão, foram entendidas como vetores de desestatização, de suposta retirada de poder do Estado, de modo a serem confundidas com a privatização.

No contexto da prática, o processo de consolidação das agências reguladoras ocorreu de modo desigual: há setores em que essa estrutura se desenvolveu muito bem e outros, nem tanto... Nesse processo, seis problemas parecem nítidos:

- 1) Autonomia, sem meios para exercer o contingenciamento de recursos. Não há o provimento de cargos das agências e até um atraso inaceitável de nomeação dos dirigentes. Sem dúvida, esse constitui problema de conceder autonomia, sem propiciar meios para exercê-la.
- 2) Repetição de alguns casos nas agências reguladoras da impermeabilidade do exercício da autoridade estatal. Edição de comando, sem que se constate qualquer tipo de comunicação com setores regulados. Há agências que dão aberturas, além da consulta pública, que se valem do que nela foi colhido, que fazem a norma, considerando o que foi colhido na consulta pública. Mas, isso não é a regra; em outros segmentos, se denota ausência de transparência e comunicação com regulados e com a sociedade.
- 3) A regulação por contingência. O regulador precisa pensar em racionalidade do setor, sem que fique inativo, meramente procurando resolver os problemas à medida que os mesmos surgem. Agindo desta maneira, em vez de contribuir para o sistema regulado, cria-se o antissistema, sem lógica, nem organização...
- 4) Agência emitindo comando regulatório, sem verificar o impacto no setor regulado. Cumpre à regulação comprometer-se com a otimização do setor estatal. Conforme essa premissa,

no curso do processo regulatório, a Agência deve preocupar-se com estudar, simular as alternativas e impactos nos setores regulados.

5) Captura pela política; ou seja, do regulador pelo regulado. Sob esse enfoque, a agência não há de ser caudatária dos desígnios governamentais, não pode ser um corpo técnico do governo, extensão do poder estabelecido. A política regulatória não pode se misturar com as políticas governamentais. Se for assim, como denuncia o prof. Eros Grau, transformar-se-ão em meras repartições, o que não significa dizer que não devam cumprir o parâmetro ditado por políticas públicas.

6) Incerteza na própria regulação e de sua extensão. A incerteza se traduz pela reprodução em alguns setores do viés normativo, verificado no âmbito da administração centralizada. Há poderes normativos que podem ser exercidos pelas Agências Reguladoras, dirigidas por órgão colegiado, o que leva a depreender que cada norma será debatida. Sendo assim, não faz sentido que as agências normatizem por ofício, por circulares, por despacho normativo, evitando-se a reprodução do vício de administração caótica e burocrática, que ocorria quando se adotava a regulação centralizada.

Em continuidade, apresentam-se algumas considerações acerca dos limites normativos das Agências Reguladoras, como complemento ao que foi elencado.

A crescente complexidade de matérias e a impossibilidade de disciplinar tudo mediante legislação foi das razões pelas quais se conduziram a poderes concedidos ao Executivo, além das Medidas Provisórias, em especial a descentralização para as Agências Reguladoras. Todavia, editam-se inúmeros procedimentos normativos que invadem a esfera do cidadão, que estão, como acentuado, fora do sistema legal. O ato normativo elaborado pelo Executivo deve ser atendido, mas novas questões se põem e precisam ser enfrentadas.

No aspecto prático, a ANVISA edita várias resoluções no que tange a propagandas de produtos. Tomando-se como exemplo a publicidade de cigarros, medicamentos, cerveja e vinho, quando restringiu horário de propaganda desses últimos. Mais recentemente, o novo regulamento restringe propaganda do alimento tido como pouco nutritivo... Tal disposição está na Resolução 24 de 2010 da ANVISA, que se apresenta como regulamento técnico e trata da propaganda e comercialização e divulgação de alimentos.

A questão que se põe é se a ANVISA, como órgão regulatório, pode impor esse tipo de limitação, não respaldada em lei. O mesmo questionamento se replica para as demais Agências... Teria competência a ANVISA para dispor acerca do que seria ou não um produto que atende a requisitos nutricionais?

Deve-se ter como parâmetro que as Agências Reguladoras agem em prol da sociedade. O artigo 16 da mencionada Resolução 24 deve ser cumprido imediatamente e determina que, a partir dessa resolução, os alimentos com baixo teor nutricional devem conter mensagens para informar o consumidor de modo inequívoco. A título de exemplo, o alimento “X” contém muito açúcar e pode causar obesidade e cárie.

Sem qualquer dúvida, verifica-se um conflito entre princípios. De um lado, o direito à saúde e o papel de o Estado desenvolver medidas protetivas, pautado no artigo 196 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB). O Estado deve atuar para atingir medidas que venham a conter doenças. Do outro lado, a liberdade de expressão, pautada no artigo 220 CRFB, como se transcreve a seguir:

“Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

§ 3º - Compete à lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

§ 4º - A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

§ 5º - Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.

§ 6º - A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.”

Alimentos ou bebidas não estão contidos no conteúdo do parágrafo 4º do artigo 220 CRFB. Este é o ponto de conflito. Há duas correntes de pensamento: a) admite que ato da ANVISA é válido, porque privilegia a saúde da sociedade, o que confere legitimidade para o órgão regulador legislar; ou seja, o fundamento de validade seria a própria Constituição e b) sustenta a necessidade de lei, sem a qual não poderiam particulares sofrer qualquer tipo de restrição.

A Advocacia Geral da União filiou-se ao pensamento de que é necessário lei e recomendou à ANVISA que suspendesse a resolução para melhor exame, inclusive a pedido do CONAR, que é autorregulação. Por outro lado, o CONCEIA, conselho subordinado a chefe do Poder Executivo, pediu apoio de todos os setores do Poder Judiciário para fazer valer as medidas adotadas pela ANVISA. O conselho de saúde sustenta que se deve privilegiar a medida da ANVISA n. 24 de 2010. A questão está sob exame

do Poder Judiciário e, em 30 de setembro de 2010, foi suspensa a resolução por determinação da 16ª Vara Federal de Brasília. Quatro associações já possuem decisões liminares – ABIA, ABIR, ABICAB e associações de restaurantes.

Todo problema versa sobre a definição dos limites do poder regulatório. A lei que criou a ANVISA (9782/99) concedeu funções amplas, mas não estabeleceu o limite de atuação. É certo que há o exercício da capacidade técnica das entidades descentralizadas, que detêm poder de polícia, ainda que disfarçado.

O Superior Tribunal de Justiça tende a confirmar os atos regulatórios em sua grande maioria, considerando que o sistema não pode ser visto apenas como as categorias do direito administrativo do passado. Há preocupação com a visão sistêmica e a certeza de que a Agência Reguladora controla a atividade econômica e tem poder político reforçado, mas não há como precisar se o Poder Judiciário se posicionará no sentido de que se trata de matéria afeta ao direito da saúde, com fundamento constitucional ou no sentido de que a limitação de interesses é tamanha que requer lei específica. ♦

As Agências Reguladoras e uma Nova Ótica do Direito

Mauro Pereira Martins

Juiz de Direito da 4ª Vara Empresarial - Capital

INTRODUÇÃO

Cumpre, de início, destacar que o presente trabalho possui como escopo ventilar determinados aspectos abordados no VII Fórum Brasileiro sobre as Agências Reguladoras, realizado nos dias 28 e 29 de abril do corrente ano, esmiuçando-se, preliminarmente, a ideia central pontuada pelos expositores e, em seguida, examinando-se caso concreto relacionado com o tema aludido.

Quanto ao tema central, cabe observar que as Agências Reguladoras desempenham hodiernamente papel de extrema relevância no setor econômico-privado, traduzindo-se em novo modelo de intervenção do Estado na economia, na medida em que deixa o referido ente público de atuar como empresário, passando a se ocupar de orientar e regular impositivamente como o mercado deve se comportar em atividades de considerável interesse coletivo.

Impende ressaltar, outrossim, que o exame da ideia extraída das exposições permite concluir que o novo modelo de intervenção do Estado na economia inaugurado com as Agências Reguladoras enseja o surgimento de um novo direito administrativo, divorciado daquele tradicional e mais preocupado em garantir o bem estar do consumidor e da sociedade.

Com efeito, as Agências Reguladoras possuem como objetivo primordial a defesa da concorrência e do consumidor, sendo certo que, ao fomentar a competição no setor privado, automaticamente, propiciam vantagens para os consumidores e para a sociedade, garantindo preços justos e razoáveis para os serviços regulados.

O direito passa, então, a ser visto como instrumento de desenvolvimento e de políticas públicas, sendo certo que as relações de consumo passam a ser essenciais para o exercício da cidadania.

Assim, denota-se que o objetivo proposto pela nova forma de intervenção do Estado na economia consiste no acompanhamento de determinados segmentos desta, considerados relevantes e nos quais se detecta algum tipo de falha de mercado, bastando, para sua atuação, que haja uma assimetria de informações entre os agentes envolvidos na relação jurídico-econômica, o que gera desequilíbrio na aludida relação e macula a liberdade de formação da vontade.

Insta acentuar que em tal aspecto reside o ponto nodal das Agências Reguladoras, ou seja, garantir o equilíbrio entre os agentes, preservando-se a liberdade de contratar e propiciando-se o maior número possível de informações para a imaculada formação da vontade.

AS AGÊNCIAS REGULADORAS E UMA NOVA ÓTICA DO DIREITO

Faz-se imperioso mencionar que o surgimento de uma nova ótica a partir da compreensão do novel modelo de intervenção do Estado na econômica, traz consigo novas perspectivas do direito.

Com efeito, o direito tradicionalmente se traduz em efetiva e real cláusula de bloqueio às propostas de mudança, tendo em vista sua identidade como ciência da segurança e a noção da estabilidade jurídica, como necessidade decorrente do sistema.

Entretanto, com o aparecimento das Agências Reguladoras, inaugura-se novo modelo que, em momento posterior se incorporou à estrutura da nova norma jurídica.

A norma jurídica que, tradicionalmente, era composta de preceito e sanção, numa expressão do puro positivismo, no qual se esperava que a norma tivesse o condão de prever todas as hipóteses, passa a ter nova estrutura a partir do modelo de regulação das agências.

As normas jurídicas passam a conter cláusulas abertas, com intenso campo para a interpretação do seu alcance e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade passam a ser paradigmáticos.

Observa-se, outrossim, uma abertura a outras áreas do conhecimento humano, apresentando-se a regulação como efetivo “campo de teste”, conforme enfatizado pela Dra. Vanice Regina Lírio do Valle, em sua palestra.

A ilustrar aludida assertiva, tem-se a questão atinente ao julgamento pelo E. Supremo Tribunal Federal da fecundação *in vitro* na qual foram abordadas, além de questões jurídicas, questões filosóficas, religiosas e científicas.

Denota-se, pois, que, com o surgimento das Agências Reguladoras, fecundaram-se ideias que, em momento posterior, foram incorporadas ao sistema jurídico brasileiro, propiciando nova ótica e novas perspectivas para o direito.

A ESTRUTURA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

As agências reguladoras surgem para corrigir um eventual desequilíbrio que apareça nas relações (normalmente econômicas), que podem ser sociais também, como, por exemplo, o amplo debate a que assistimos em torno da criação de uma agência de mídia, de cinema, que frequentemente volta às páginas dos jornais. O fato é que a ideia central do jogo é a correção de uma falha de mercado, seja ela qual for, por decisão de caráter político do chefe do Poder Executivo.

Aludida decisão, que é submetida ao Poder Legislativo, resulta na emissão de lei que vai reconhecer competência administrativa, para que o regulador confira uma interpretação à norma que cria aquela determinada estrutura administrativa, denominada de agência reguladora.

Por conseguinte, a lei cria a entidade, dota-a de competências e estabelece os objetivos dentro dos quais aquela entidade deve agir para o atendimento do interesse específico criado para aquele corpo administrativo. A aludida linha definidora é denominada de marco regulatório da agência reguladora.

A agência reguladora não produz um regramento, no sentido primário, ou seja, a mesma não constitui um ordenamento jurídico independente, originário e desvinculado da lei, sendo, ao revés, uma função executiva, ainda que revestida de poderes normativos.

Sua atuação envolve a execução da vontade da sociedade materializada na lei. Na lei são traçados os direitos e as obrigações, cabendo ao regulador a técnica de sua interpretação com vistas a orientar o adequado cumprimento dos seus comandos.

Depreende-se que, em verdade, se constata a existência de um conjunto de atribuições de execução da vontade da lei, ainda que tal execução possa ser submetida, conforme o caso, a uma orientação normativa mais genérica. Isso é o que os doutrinadores intitulam discricionariedade, adotada para se decidir como se vai tratar de uma determinada situação, normalmente de conflito de interesses em tensão, normalmente entre produtores fornecedores de bens e serviços e consumidores usuários de bens e serviços.

Releva anotar, por importante, que a decisão adotada pela agência reguladora possui natureza eminentemente técnica, de como atender adequadamente um determinado conjunto de interesses que precisam ser disciplinados.

Há que se mencionar, no entanto, que a natureza técnica da decisão adotada pela agência reguladora não exclui, de todo, a subjetividade, na medida em que, não raras vezes, a opção por determinada solução demanda análises e avaliações com carga discricionária, verificando-se, em tais hipóteses, a subjetividade na decisão.

Incumbe à agência reguladora, em última análise, buscar o ponto de equilíbrio entre o valor pago pelo consumidor e o bem ou serviço fornecido pelo respectivo prestador.

A GOVERNANÇA E A FUNÇÃO REGULATÓRIA

A governança se relaciona com a legitimidade, consubstanciada na origem da autoridade do poder, sendo certo que a existência do Estado Democrático de Direito propicia a vinda para arena de escolhas de outros fatores e atores.

A governança para as Nações Unidas configura o processo de tomada de decisões de políticas públicas.

Assim, a regulação se abre à governança, visando à prevenção à tecnocracia, à incorporação do pluralismo e à valorização da interação social e do dissenso.

A governança não traduz uma ideia que se relacione à dimensão estrutural da agência, mas sim à dimensão procedimental.

Com efeito, a busca pela legitimidade na emanção de ato regulamentar por agência reguladora impõe que ocorra efetiva participação social

no processo administrativo, devendo ser real e efetiva tal participação, não sendo mais os atos administrativos unilaterais, como outrora.

A participação social se realiza através de audiências e consultas públicas, com absoluta clareza nas regras a serem adotadas.

Destarte, a regulação das atividades devem ser objeto de audiências e consultas, em que democraticamente se irá apontar o legítimo caminho para a formação da norma.

O Estado, ao abdicar de determinados serviços, não retorna ao modelo liberal, tendo responsabilidade na regulação do mercado, normatizando atividades. Afigura-se impossível a aplicação do conceito do Estado mínimo nos dias atuais.

O EXAME DE CASO CONCRETO

(a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre concessões públicas)

O Professor Flávio de Araújo Willeman, eminente Procurador do Estado, em sua exposição, abordou o aspecto aludido, referente à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre as concessões públicas.

Assim, neste momento, insta promover o exame da questão referida.

Questão assaz importante e de inequívoca relevância jurídica e social, que foi debatida no Pretório Excelso, diz respeito à possibilidade de prorrogação de concessões sem o prévio procedimento licitatório.

A matéria foi objeto de apreciação no Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3521, tendo sido apreciada lei do Estado do Paraná que, a pretexto de garantir a continuidade do serviço, determinava a prorrogação da concessão pública, sem o procedimento licitatório.

Afigura-se, pois, oportuna a transcrição da ementa do julgamento, que acolheu o pedido deduzido na aludida ADIN.:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 42 E 43 DA LEI COMPLEMENTAR N. 94/02, DO ESTADO DO PARANÁ. DELEGAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. REGULAÇÃO E FISCALIZAÇÃO POR AGÊNCIA DE “SERVIÇOS PÚBLICOS DE-

LEGADOS DE INFRA-ESTRUTURA”. MANUTENÇÃO DE “OUTORGAS VENCIDAS E/OU COM CARÁTER PRECÁRIO” OU QUE ESTIVEREM EM VIGOR POR PRAZO INDETERMINADO. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 37, INCISO XXI; E 175, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, INCISOS I E IV, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O artigo 42 da lei complementar estadual afirma a continuidade das delegações de prestação de serviços públicos praticadas ao tempo da instituição da agência, bem assim sua competência para regulá-las e fiscalizá-las. Preservação da continuidade da prestação dos serviços públicos. Hipótese de não violação de preceitos constitucionais. 2. O artigo 43, acrescentado à LC 94 pela LC 95, autoriza a manutenção, até 2.008, de “outorgas vencidas, com caráter precário” ou que estiverem em vigor com prazo indeterminado. Permite, ainda que essa prestação se dê em condições irregulares, a manutenção do vínculo estabelecido entre as empresas que atualmente a ela prestam serviços públicos e a Administração estadual. Aponta como fundamento das prorrogações o § 2º do artigo 42 da Lei federal n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1.995. Sucede que a reprodução do texto da lei federal, mesmo que fiel, não afasta a afronta à Constituição do Brasil. 3. O texto do artigo 43 da LC 94 colide com o preceito veiculado pelo artigo 175, caput, da CB/88 --- “[i]ncumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. 4. Não há respaldo constitucional que justifique a prorrogação desses atos administrativos além do prazo razoável para a realização dos devidos procedimentos licitatórios. Segurança jurídica não pode ser confundida com conservação do ilícito. 5. Ação direta julgada parcialmente procedente para declarar inconstitucional o artigo 43 da LC 94/02 do Estado do Paraná. (ADI 3521, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 28/09/2006, DJ 16-03-2007 PP-00020 EMENT VOL-02268-02 PP-00340 RT v. 96, n. 861, 2007, p. 95-106)

De fato, conquanto sejam corriqueiros e não raros argumentos tendentes a ensejar a prorrogação de concessões sem procedimento licitatório, notadamente no setor de transportes públicos, o texto constitucional é taxativo e não permite o entendimento em sentido contrário.

Com efeito, ou o Poder Público presta por si o serviço público ou o delega a terceiro, através de concessão, autorização ou permissão, sempre, contudo, através de prévio procedimento licitatório.

O E. Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao analisar a questão, não discrepou do entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal.

A propósito:

0019956-32.2002.8.19.0000 (2002.007.00138) AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

DES. ANTONIO EDUARDO F. DUARTE - Julgamento: 01/07/2004 - ORGAO ESPECIAL

REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 1.639/1998 DO MUNICÍPIO DE NITERÓI (PARTE FINAL DO ART. 6º E CAPUT DO ART. 27). PERMISSÕES E AUTORIZAÇÕES EM VIGOR. PRORROGAÇÃO AUTOMÁTICA E COMPULSÓRIA. TRANSFERÊNCIA DE CONCESSÕES. AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTS. 70 E 77 (CAPUT E INC. XXV) DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA REPRESENTAÇÃO. PRELIMINAR SUSCITADA DE OFÍCIO. ACOLHIMENTO. VOTO VENCIDO NESSA PARTE. Se a pretexto de regular as delegações de execução de determinados serviços públicos, a Lei nº 1.639, de 09/02/1998, do Município de Niterói, na parte final de seu artigo 6º e no caput de seu artigo 27, dispõe sobre prorrogação automática e compulsória, por quinze anos, prorrogáveis por igual período, de todas as permissões e autorizações então em vigor, sem necessidade de qualquer procedimento licitatório, bem como estabelece a possibilidade de transferência de concessão, desde que previamente autorizada pelo poder concedente, significa que a mesma contraria fron-

talmente ao determinado nos artigos 70 e 77, caput e inciso XXV, da Constituição do Estado. Em tal hipótese, portanto, há manifesta inconstitucionalidade nesses dispositivos da referida lei municipal, uma vez que violam a obrigatoriedade de licitação, transgredindo os princípios básicos da moralidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e da igualdade entre licitantes.

Destarte, verifica-se que o entendimento jurisprudencial se mostra pacificado quanto à inconstitucionalidade da previsão por lei estadual da prorrogação de concessões públicas, sem que haja o prévio e necessário procedimento licitatório.

Finalmente, cumpre acentuar que o tema envolve uma gama enorme de aspectos e nuances que, pela limitação inerente ao trabalho, deixam de ser mencionadas, limitando-se o subscritor a invocar o tema concreto aludido e que foi abordado no evento. ♦

O Fórum Brasileiro sobre Agências Reguladoras: Contribuições ao Debate e à Prática Social

Lúcio Durante

Juiz de Direito da 3ª Vara Cível - Campo Grande

Este estudo tem o propósito de discutir alguns temas debatidos no seminário VII Fórum Brasileiro sobre Agências Reguladoras, promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito Público, nos dias 28 e 29 de abril de 2011, no Rio de Janeiro.

O evento constou de 16 palestras em que se abordou a Reforma do Marco Legal das Agências Reguladoras no Brasil, Governança, Participação e Enriquecimento do Processo Decisório, Direito Administrativo e Direito Empresarial, o Estado da Arte, Processo Administrativo e Participação Popular; Audiência Pública como Instrumento de Promoção de Direitos de 3ª Dimensão, Limites de Atuação, Disciplina da Propaganda de Produtos Comerciais; Poder de Polícia Reforçado ou Poder Normativo, Aperfeiçoamentos da Disciplina, seu Controle e Atuação no Anteprojeto de Nova Lei Orgânica da Administração Pública, Regulamentos de Organização e Autonomias, Limites da Função, Regulação Jurídica no Setor Elétrico, Equilíbrio dos Contratos; Prorrogação e Limites da ANEEL, Concessão de Direito de Pesquisa e Exploração de Recursos Hídricos e Minerais, As Concessões de Serviço Público; Crônica de Jurisprudências do STF, A Lei 12.304/2010 e a Partilha de Competências entre a PRÉ-SAL PETROLEO S.A e Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, Contrato de Partilha de Petróleo e Gás, Peculiaridades do Modelo Brasileiro, Exercício de Polícia Administrativa Por Concessionárias de Serviço Público, Regulação; Parcerias Público-Privadas e Infraestrutura para a Copa do Mundo de 2014, e a Contribuição de Marcos Juruena Villela Souto ao Direito Administrativo Regulatório.

O evento teve como objetivo fornecer aos participantes conhecimentos teóricos, práticos e jurisprudenciais sobre os serviços públicos, políticas

públicas, poder de polícia, regulação, privatizações, surgimento e evolução das agências reguladoras independentes e Código de Defesa do Consumidor, renda da população e transferência de renda, acesso da população aos serviços públicos, e homenagem a Marcos Juruena Villela Souto.

Os palestrantes procuraram mostrar a evolução da regulação, dos serviços públicos desde antes da Constituição de 1988 e após as privatizações de 1996, contemplando igualmente o Código de Defesa do Consumidor.

A Administração Pública ancorava sua atividade nos princípios da unidade, centralizada na hierarquia e da autoridade e na separação entre o público e privado, para estabelecer suas políticas públicas, executar os serviços públicos e regular essas atividades, as quais estavam atreladas à influência política do governo da época.

O Art. 170 da Constituição Federal de 1988 estabelece os Princípios Gerais da Atividade Econômica, apoiado na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com o fim de assegurar existência digna nos pressupostos da justiça social e na livre concorrência e defesa do consumidor.

Antes da Constituição de 1988, a maioria dos serviços públicos era prestada por empresas públicas, fundações públicas, e empresas de economia mista, cuja regulação era exercida pela administração direta, através de lei, decretos ou regulamentos e ainda quando executados pela iniciativa privada, mediante autorização ou permissão, com a fixação de preços públicos, pela entidade titular da autorização, que tinha a função de executar as políticas públicas estabelecidas pelo governo.

A regulação da atividade econômica desenvolvida pelo Estado pode ser executada por meio de órgãos da própria Administração Pública Direta, de entidades semi, ou totalmente independentes, mas com a restrição de escolhas privadas pela imposição de regras públicas. Como condicionamento externo à atividade dos agentes econômicos, abrange as vertentes supervisão e sancionamento, que não se confundem com o poder de polícia do Poder Público, por terem regramento e finalidades diversas.

Poder de polícia é a atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direitos, interesses ou liberdades, regula a prática de atos ou abstenções de fato, em razão do interesse público concorrente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do

mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do poder público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos seus direitos individuais ou coletivos, enquanto as agências reguladoras visam a executar as políticas públicas estabelecidas pelo governo, regulando o seu exercício pelas empresas reguladas, estabelecendo regras de execução, fixando preços e tarifas, visando a atender o bem estar dos consumidores.

Com a Lei das privatizações de 1996 e alienação pelo Estado de setor público empresarial, com a venda de empresas ou de participações sociais, medidas que abriram a concorrência a certos setores, antes submetidos a um regime de monopólio, público privado. Nesse processo, começaram a surgir as primeiras agências reguladoras, como parte de uma política pública, orientada a captar investimentos estrangeiros e regular o setor econômico cuja expansão era indispensável e dependia de investimentos estrangeiros.

As primeiras agências foram as do setor de energia elétrica, petróleo e telecomunicações, difundindo na sociedade brasileira a ideia de desnacionalização da economia e submissão aos interesses externos.

A reforma do Estado deve ser entendida como redefinição do seu papel fundamental, que deixa de ser responsável pelo desenvolvimento econômico e social pela via de produção de bens e serviços, para fortalecer-se na função de provedor e regulador desse desenvolvimento, reduzindo seu papel de executor ou prestador direto de serviços, com a alteração qualitativa ou quantitativa da regulação e redução do controle público sobre a produção e mercado de numerosas indústrias.

O Estado mantém a competência para criar empresas públicas. Os serviços públicos são de titularidade estatal. A saúde, e a educação são serviços essenciais e de interesse público primário e os Ministérios definem as políticas públicas e a eventual intensificação de determinadas modalidades e prioridades do setor. Permanece a tendência à intensificação da regulação independente, ainda que a autoridade reguladora não detenha o monopólio da regulação, compartilhando-a com o órgão independente e o administrativo.

Quanto à prestação de serviço público, a competência é da União, com âncora nos incisos XI e XII do art. 21 da Carta Magna de 1988, enquanto a

competência dos Municípios está atrelada às questões de interesse local, e aos Estados membros está reservada a competência residual. O Distrito Federal acumula estas duas (Municipal e Estadual), cujas entidades podem criar por Lei ou Medidas Provisória(União), e Decretos, agências reguladoras, para regular os serviços que lhe são destinados pela Constituição Federal.

Numa segunda etapa, as agências reguladoras não tinham mais relação com a captação de recursos externos, mas destinavam-se a regular os serviços públicos, até então explorados pelas empresas brasileiras.

Após 2002, sem alterar o regime jurídico das agências reguladoras, o governo promoveu medidas políticas visando a reduzir a autonomia das mesmas, ao deixar de prover os cargos de direção, nem repassar os recursos para a manutenção de suas atividades e dificultar o provimento de cargos técnicos. Tais agências reguladoras, sem recursos financeiros suficientes e com a redução do tecido humano, tiveram suas atividades reduzidas ou paralisadas. Dessa forma, tornam-se vulneráveis para exercer suas funções básicas. Essa problemática, somada às notícias de corrupção nos órgãos e entidades do governo federal, que atingem integrantes da Administração Central, afeta, em parte, a independência e confiança dessas entidades perante a opinião pública.

O aumento das agências reguladoras torna evidente o aperfeiçoamento da democracia e uma sonhada reforma política, com o controle do exercício do poder e redução da dimensão autoritária do poder político brasileiro, com a ampliação da eficiência das políticas públicas e das decisões governamentais.

Com a Emenda Constitucional Nº 45/2004, foram criados o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, compostos por representantes da sociedade e das instituições reguladas, com o objetivo de propiciar maior transparência e eficiência de suas atribuições, no seio social.

As agências reguladoras não defendem os interesses do governo, nem os das empresas reguladas, tampouco os dos consumidores, apesar de esses serem os destinatários e s beneficiados diretos. A regulação é objetiva e deve preocupar-se com o mais eficiente desenvolvimento da atividade econômica a ela submetida como forma de implementar a política pública estabelecida pelos órgãos administrativos e legislativos competentes, que estabelecem, implícita ou explicitamente, a competência normativa dessas

entidades. Em regra, podem expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços, normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras dos serviços regulados, os equipamentos e normas de padrões a serem observados, visando à livre concorrência, eficiência, continuidade dos serviços e modicidade dos preços e tarifas, podendo inclusive decidir administrativamente conflitos entre os delegatários, o Poder Concedente, a própria agência e os usuários, em conformidade com o disposto na lei Nº. 8.987/95. No caso em exame, a função decisória é distinta da exercida pelo Poder Judiciário, por não se tratar de atividade jurisdicional, pois suas decisões não fazem coisa julgada e, por isto, podem os prejudicados recorrer ao Poder Judiciário, para o reexame das mesmas.

Apesar de as agências reguladoras deterem o poder decisório e sancionador em relação às empresas reguladas, vinculam-se à necessidade de adoção de mecanismos que garantam a transparência, a publicidade de procedimento e a participação dos administrados, com observância dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. As sanções são de natureza administrativa e podem ser de ordem pecuniária e administrativa, como advertência, suspensão ou revogação da concessão, permissão ou autorização, mas sempre nos limites da legislação pertinente, levando-se em consideração a natureza e gravidade das infrações cometidas, o resultado dela decorrente e as vantagens obtidas pela entidade infratora.

As agências reguladoras possuem ainda papel importante em relação à proteção do consumidor, usuário dos serviços regulados, especialmente para garantir a prestação de serviços de qualidade a preços justos, mas isto não significa ser um órgão de proteção ao consumidor. Em caso contrário, passariam a ser entes parciais, o que contraria a própria razão de sua existência.

O Código de Defesa do Consumidor em seu art. 6º elenca os direitos básicos dos consumidores, os quais estão entre os objetivos da regulação das agências, *in verbis*:

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

Cada agência reguladora tem regime jurídico próprio, com normatização própria e singular, e atribuições e deveres-poderes conferidos, apesar de, em alguns pontos, tais regimes apresentarem variações significativas, com graus diversos de autonomia, de conformidade com lei, medida provisória, ou decreto que a criou, como autarquia especial.

O art. 37 da Constituição Federal estabelece o princípio da eficiência como orientador da atividade administrativa, para que tal finalidade seja atingida pelas agências reguladoras independentes, as quais possuem várias competências, além das vinculadas à função executiva, com a resolução de conflitos entre os interessados e a conciliação (entes regulados e consumidores), objetivando alcançar o ideal de eficiência regulatória. A independência

orgânica decorre da ausência de vinculação dos responsáveis pela direção da agência e a Administração Direta, garantida pela previsão de estabilidade dos diretores, forma de escolha e nomeação de diretores, existência de mandado fixo, impossibilidade de exoneração desmotivada e do estabelecimento de causas de incompatibilidade durante e após findo o mandato. Por estarem desvinculadas do Poder Central, para a nomeação e manutenção do cargo, a legislação impõe um regime de incompatibilidade para o exercício de função pública ou política, atividade profissional ou empresarial, sindical ou direção política partidária, ou a manutenção de vínculo com empresas sob fiscalização da agência.

A autonomia funcional e a financeira das agências reguladoras é fator preponderante para a independência no exercício de suas atribuições, com a fixação dos objetivos perseguidos e escolha dos instrumentos para atingi-los de forma mais eficiente possível. A ausência de vínculo hierárquico formal com a pessoa administrativa central tem o intuito de evitar a captura das mesmas por interesses políticos e econômicos. Apesar disso, na prática, interferem na plena independência destas, seja pelo não provimento dos cargos, ou falta de repasse adequado dos valores necessários ao exercício satisfatório e eficiente de suas atividades.

Inobstante, não se poder falar em independência absoluta das agências reguladoras, nem arbitrariedade, por estarem sujeitas ao controle dos poderes Executivo, Legislativo, Judiciário, do Tribunal de Contas, e social, realizado pelo mercado e pelos consumidores usuários dos serviços regulados, exercem suas funções com independência, nos limites das atribuições fixadas na norma que as criou.

Embora as agências reguladoras sejam consideradas entes independentes, autarquias especiais às quais foi conferido maior grau de autonomia do que possuem as autarquias convencionais, submetem-se às várias formas de controle, que visam a garantir legitimização à sua atuação.

Concluindo, vale ressaltar que o seminário, pela excelência e competência de seus palestrantes, foi extremamente esclarecedor e ilustrativo, no conhecimento das regras de criação, regulamentação e atuação das agências reguladoras, pois apesar de os Estados Membros e Municípios poderem criar agências reguladoras, as poucas efetivamente criadas, não estão na área da atuação diuturna da maioria dos magistrados estaduais, que apenas

agem na solução dos conflitos de interesses entre as empresas públicas ou privadas e de economia mista, ou fundações, reguladas pelas agências, em confronto com os usuários de seus serviços.

Como exemplos, podem-se mencionar as de distribuição de energia elétrica, em relação à interrupção do serviço, por alegado furto de energia, sem a observância do devido processo legal; cobrança excessiva e defeito na prestação de serviço dos planos de saúde, em decorrência do aumento abusivo das mensalidades, ou negativa injustificada, ao não autorizar internações, no período de carência, mesmo em caso de emergência e risco de vida; e das concessionárias de telecomunicações, por cobrança abusiva, ou indevida de serviços defeituosos ou não utilizados. Essas são sabidamente as mais acionadas pelos consumidores; de regra, embasam e justificam seu atuar nas normas expedidas pela agência reguladora a que estão subordinadas, interpretando abusivamente e incorretamente tais resoluções. Assim procedendo, prejudicam dolosamente seus consumidores, aos quais não resta outra alternativa, a não ser socorrer-se do Poder Judiciário para restabelecer seus direitos. Inclusive já tive oportunidade de anular várias confissões de dívidas, referentes à recuperação de energia, supostamente não registrada pelo medidor e firmadas pelos consumidores, por temerem que a energia fosse interrompida, caso não o fizessem. (Processos nº2007.205.002092-5, 2007.205.009731-4 e 2006.205.008528-0) dentre outros.

Em síntese, o seminário proporcionou-me oportunidade de aprofundar e ampliar meus conhecimentos a respeito dos temas ventilados. ♦

Agências Reguladoras

Gilberto Clóvis Farias Matos

*Juiz de Direito da 8ª Vara de Órfãos e Sucessões -
Capital*

Em paralelo à evolução da sociedade, o direito passou a ser visto no Estado social como um meio de desenvolvimento e correção de injustiças, assumindo papel ativo no sentido do fomento de políticas públicas e de garantidor dos direitos fundamentais sociais no contexto da cidadania.

Existem duas formas de intervenção do Estado na economia: a alternativa regulamentar e a institucional. Na primeira, o Estado dirige suas ações para atingir objetivos previstos constitucionalmente no âmbito do Estado Democrático de Direito. Essa intervenção no contexto institucional apresenta lacunas no nosso país e é o caminho da regulação, em que se criaram diversos órgãos com atribuição concorrente para exercer essa atribuição regulatória. O pressuposto é de que a regulação melhora a qualidade da ação do Estado. Faz-se necessária a garantia de que seja assegurada a aplicação dos princípios constitucionais da transparência, da legalidade e da publicidade.

No que tange à relação entre as agências e o governo, relacionada a essa agenda de impacto regulatório, pode-se enumerar a vantagem de melhor equalização entre implementação, planejamento, regulação e monitoramento de determinada política pública, com regras bem estabelecidas. Tudo isso legitima o regulador na sua ação e o qualifica na sua intervenção.

A defesa da concorrência e do consumidor são dois grandes temas no sistema da regulação, porque alguns serviços públicos passaram a se relacionar com direito do consumidor e são essenciais para o próprio direito da cidadania, pois lhe garantem o bem estar e proteção na relação com o fornecedor de bens e serviços. No caso em exame, a atividade regulatória visa a garantir acesso e preço justo ao consumidor e a competição vai gerar benefícios e bem-estar.

Por mais que as agências reguladoras tenham que mediar os interesses do consumidor, das políticas públicas e das empresas do setor, o objetivo

final é o de garantir o bem-estar do consumidor e da sociedade, embora, algumas vezes, esse benefício possa vir a médio ou longo prazo.

Atualmente, existe um foco no Direito Administrativo Empresarial e no Direito Administrativo Regulatório em decorrência de mudanças no contexto econômico e ampliação do relacionamento entre pessoas, instituições e países, o que provocou significativas influências no mundo jurídico no espaço de uma geração.

Anteriormente, o foco restringia-se a atos administrativos, servidores públicos e licitações. A partir de 1980, a ênfase se deslocou para a transformação da Administração Pública, que abarcou outros temas centrais, tais como as empresas estatais, os contratos públicos e a regulação.

Juntamente com o foco temático, mudou a concepção, segundo a qual governar também é fazer negócios.

Segundo Seabra Fagundes (1941), administrar é aplicar a lei, e afasta totalmente os atos negociais. À época, adotava-se a tese da supremacia do poder público sobre o privado, o que dava respaldo à arbitrariedade na Administração Pública, embora até hoje ainda persista esse entendimento em alguns setores.

As agências reguladoras possuem estruturas institucionais compatíveis com a Constituição da República, encontram-se sujeitas a um regime especial, orientado para a garantia de sua autonomia e independência em relação ao poder público.

Esse foi um dos temas primordiais dos debates que se desenvolveram na década de 90 e foi o entendimento consolidado.

Atualmente, assegurada a primeira etapa de sedimentação, o eixo do debate voltou-se para estabelecer propostas a partir das falhas iniciais de implementação, eis que qualquer mudança institucional não ocorre de forma instantânea, mas se trata de um processo.

As normas legais funcionam como cláusulas de bloqueio para a adoção das providências, porque o direito é prática social dirigida ao ideal de segurança e de estabilidade, como, por exemplo, o princípio da segurança jurídica ou a coisa soberanamente julgada. Entretanto, o mundo não é estável e tende a refutar teses superadas pela dinâmica social.

Diante da superação das primeiras dificuldades, verificou-se que muitas das inovações que foram propostas pelo setor regulatório estão se reproduzindo em outros campos do direito, sem se restringirem ao campo da economia.

Nesse passo, a delegação constitui estratégia que se insere com veemência no direito administrativo, sob influência do direito constitucional.

A redefinição de competências pela via da delegação, tema atualíssimo, tem sua importância radicada no fato de que os instrumentos de delegação contribuem para a aproximação do agente com seus destinatários.

Outro tema na área da regulação, e que agora se põe em outros ramos do direito, é a mudança da estrutura da norma jurídica. Quando do predomínio do positivismo, a norma jurídica se alicerçava nas noções de preceito e sanção, de modo que inexistiam ideias a respeito de normas jurídicas direcionadas para a formação do consenso e indução de atividades, hoje admitidas em várias áreas das relações sociais.

A esse respeito, não se pode ignorar que a reflexão sobre a evolução da prestação jurisdicional é tema amplo, que mantém relação biunívoca com os direitos fundamentais.

Outro elemento do campo da regulação é a indispensabilidade da abertura do direito a outros campos de conhecimento, pois os fenômenos humanos e sociais são complexos e não se exaurem no contexto do direito, em seu sentido estrito.

Seguindo essa tendência, o Supremo Tribunal Federal tem realizado audiências públicas para ouvir *experts* na área de saúde, biomédica, entre outras, pois reconhece que precisa do conhecimento técnico de outros especialistas para abordar a complexidade dos problemas levados a juízo.

Como ressaltado, a superação das primeiras dificuldades ocorre em alguma medida porque a regulação se apresentou como um campo de testes, como vanguarda de um novo olhar do direito em amparo ao consenso e à indução. Eis porque, entre as alternativas de conduta diante de um problema no campo da regulação, a última deve ser a aplicação de uma penalidade. Antes, deve-se tentar outros meios de correção de rotas, mediante consenso e diálogo entre as partes.

Este reconhecimento parece da maior importância, porque a sobrevalorização da solução judicial vai acabar simplesmente pois não há capacidade

física, de processamento, de equacionamento de problemas tão complexos, de combinação de variáveis de naturezas tão diversa. Como é cediço, não há capacidade de o Poder Judiciário dar resposta a tantos problemas que a sociedade vem propondo, o que exige a busca de outras soluções.

Exemplo concreto dessa constatação é a matéria publicada no jornal O Globo de domingo, dia 15.05.2011, cujo título foi “Ações contra concessionárias lotam a Justiça”. Nessa matéria, constou que

“Aquela dor de cabeça que o mau funcionamento dos serviços concedidos costuma provocar no contribuinte virou enxaqueca – e das boas para o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Criados há 15 anos para agilizar a solução de pequenas causas e desafogar o judiciário, os 62 juizados especiais cíveis do estado acumulam hoje 53% dos três milhões de processos que tramitam na Justiça do Rio, sendo que metade deles tem como réus as concessionárias de serviços públicos. A demanda de 30 mil novas ações por mês contra essas prestadoras afeta diretamente as metas de celeridade estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça e gera uma despesa de R\$ 100 milhões por ano à Justiça do estado.”

A reflexão sobre esses dados também demonstra falha sistemática na conduta das agencias reguladoras, na medida em que as empresas concessionárias de serviços públicos, em geral, adotam postura imperialista com relação aos usuários desses serviços, tendendo a relegar o direito do consumidor a um plano inferior. Além disso, procuram protelar ao máximo o cumprimento da decisão judicial.

Tal conclusão aflora de um período de trabalho de 14 anos em Varas Cíveis, posto que, em diversas ações judiciais, restou comprovado que o direito do consumidor foi absolutamente ignorado e que, não raro, empresas comportam-se como se fosse mais lucrativo pagar indenizações de valores reduzidos do que investir efetivamente na prevenção de demandas, pois uma gama ainda maior de violações do direito dos consumidores não é motivo de pedidos indenizatórios ou de obrigação de fazer.

A transposição do aprendizado no campo específico do direito da regulação para outras áreas do direito, orientado ao consenso e à indução,

pode constituir valioso instrumento para as soluções dos conflitos. O mesmo se aplica ao tema da governança, cada vez mais presente nas discussões sobre o exercício do poder público e pode aperfeiçoar o papel decisório.

A esse respeito, cumpre recordar que, em 1992, o Banco Mundial definiu governança, como “*a maneira pela qual o poder é exercido na administração dos recursos sociais e econômicos de um país, visando ao desenvolvimento, e traduzia isso na capacidade dos governos de formular e enfrentar as políticas públicas.*” Já em 2007, pronunciou-se o Banco Mundial no sentido de que “*é a maneira pela qual os agentes e as instituições adquirem e exercem a autoridade para o provimento de bens e serviços públicos*”.

Incluir a oferta de serviços essenciais na estrutura favorável ao investimento nada mais é do que a preocupação com os resultados. O resultado pode ser um elemento legitimador da atividade estatal.

Sobre a governança, entre outras fontes, merece relevo a matéria assinada pela jornalista Miriam Leitão, publicada no jornal **O Globo** de 12.05.2011, cuja análise indica que

“A Petrobrás e a Vale tiveram problemas de governança. Era para a Petrobrás estar lucrando muito com a alta do petróleo, mas a economia não pode elevar o preço da gasolina por razões políticas. A empresa teve que importar a um preço muito maior do que vende ao distribuidor no Brasil. O resultado disso é que a ação da Petrobrás acumula queda de 10% no ano. A Vale, que também enfrentou interferência política, está com queda de 11,8%, mesmo com lucro recorde.”

Uma enunciação das Nações Unidas alude a um processo de tomada de decisões das escolhas públicas e recomenda que o modelo adequado de poder seja participativo, orientado ao consenso, *accountable*, transparente, responsivo, efetivo, eficiente, equitativo, inclusivo.

Dessa evolução, infere-se que uma regulação aberta à governança exige mecanismos participativos de formulação de escolhas públicas, orientados à formação do consenso, responsivos e inclusivos, o que, como ressaltado, não é um fenômeno isolado, pois o incremento da dimensão da participação já deflui dos princípios democráticos e da dignidade da pessoa, o que está ligado à inclusão.

Um processo de formulação de escolhas públicas, que tenha os traços da governança (mais aberto, inclusivo, responsivo), tende a prevenir os excessos, pelo menos, diante da pluralidade de participantes, o que afasta o risco de uma decisão unilateral, que induz ao confronto de ideias, afastando o risco de um dos méritos do estado regulador, que é a *expertise* técnica.

A governança também pode contribuir para a incorporação do pluralismo, não somente no sentido da diversidade de interesses, mas no da diversidade de visões. Ex.: X tem uma visão mais próxima da etapa inicial do processo econômico no setor regular, ao passo que o consumidor está focado na etapa final daquele setor regular. Logo, a incorporação do pluralismo é importante, para que se tenha uma visão integral do processo e para que as decisões regulatórias não fiquem segmentadas e não percam a visão dos efeitos futuros daquela escolha.

Disso tudo, deflui a ideia de que governança não traduz a noção de dimensão estrutural, eis que privilegia a dimensão procedimental. Deve-se deixar os organogramas de lado. Como se realizam as escolhas? Quem integra esse debate? Quem contribui e em que momento? Essa é a equação principal, pois inclui as virtudes de um processo plural e democrático.

Outro conceito que se põe na ordem do dia é a descentralização. As concessões remontam ao período romano e, até a implantação do Estado Democrático de Direito, eram vistas como privilégios para o desenvolvimento de algumas atividades econômicas em sentido estrito.

Essa lógica ruiu, a partir da emergência dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, quando as concessões passaram a representar o meio pelo qual o Estado transferia a pessoas privadas a execução de atividades públicas, notadamente serviços públicos.

Ainda assim, não é o instituto que se conhece hoje, na forma contratualizada. Era possível verificar que as concessões de serviços públicos constituíam objeto de delegação legal e não delegação contratual, como se pode observar na lei geral de concessões do setor ferroviário, nos termos do Decreto 641, de 26.06.1852. A concepção inicial de serviço público estava ligada à ideia de transposição de um privilégio a determinada pessoa para explorar determinada atividade.

O fator econômico, a precariedade de recursos dos concessionários e uma onda nacionalista retomaram para o Estado aquelas concessões deferidas sem critério de isonomia, de acordo com o modelo de Estado que se queria à época, não só na produção, mas também na distribuição de riquezas.

Essas atividades, mitigadas da livre iniciativa e da livre concorrência, passaram a ser executadas pelo Estado, muitas vezes, em regime de monopólio ou de competição, emergindo algumas concessões para exploração pela iniciativa privada.

Esse instituto ficou adormecido no direito brasileiro até a década de 1980, salvo a concessão de serviço público rodoviário de transporte de pessoas que, de longa data, vem sendo explorada por empresas privadas, através de atos administrativos precários. Todavia, a Constituição de 1988 inaugurou novo período para o instituto.

Vieram à tona ideias que conduziram à reformulação do papel do Estado na ordem econômica e da Administração Pública para a prestação de alguns serviços públicos, que não se admitia entregar à iniciativa privada, como energia elétrica ou telecomunicações.

O fato é que o Programa Nacional de Desestatização, instituído pela Lei n.º 8.987/95 e pela Lei n.º 9.491/97, trouxe novo viés para as concessões do serviço público. O professor Marcos Juruena Vilela Souto, no livro “Os Direitos das Concessões”, lecionou que a modernização do papel do Estado a partir da década de 1990 deveu-se, em grande parte, ao ressurgimento das concessões e à entrada em vigor da modelagem de um Estado regulador, que se preocupa com eficiência, com universalização, com prestação de serviços adequados à sociedade, sem que o Estado seja o prestador, o executor dessas atividades.

A partir de então, incrementaram-se contratos de concessões realizados no Brasil, com fulcro no artigo 40 da Lei de Concessões. Iniciaram-se as parcerias público/privadas, por meio das quais se tentou implementar a ideia da transferência total de riscos do negócio ao parceiro privado, de modo que o Brasil caminhou para a descentralização de atividades administrativas, privilegiando particulares.

Essa foi uma maneira encontrada pelo Estado para fugir das resistências doutrinárias e legais para o modelo de negócios celebrados por

entidades da administração direta, para fazer negócios envolvendo temas que repercutem diretamente na sociedade.

Problemas dos mais diversos níveis aconteceram ao longo desses vinte anos de constitucionalismo democrático e durante os mais de quinze anos da Lei das Concessões, que foram enfrentados e levados à consideração do Poder Judiciário, notadamente a Suprema Corte...

A competência para regular e legislar sobre serviços públicos concedidos tem suscitado muita discrepância. É tranquila a noção doutrinária da competência e titularidade do ente público para regular serviço público, conforme a vigente Constituição da República. A competência da União e dos municípios foi bem detalhada na Constituição com numeroso elenco de competências legislativas e de titularidade de serviços públicos. No que diz respeito aos Estados, a Constituição não discorreu sobre sua competência, com exceção do serviço público de fornecimento de gás e transporte.

Como é cediço, a competência para titularizar serviços públicos traz consigo a competência para regular o modo como tal serviço será posto à disposição da sociedade. Sob esse enfoque, compete ao Estado titular do serviço público optar se o serviço vai ser prestado diretamente, ou de forma descentralizada. Como sublinhou Marcos Juruena, moderadamente, pessoas privadas colaboram na prestação do serviço público.

O ente competente para regular serviços públicos é aquele que, em tese, detém igualmente a prerrogativa de conceder benefícios sociais, envolvendo os serviços públicos. O deferimento de gratuidade ao setor de transporte concedido pelo Estado, além de concessão de gratuidade para idosos por lei federal no setor de transporte, sob concessão do Estado, são exemplos de controvérsia instalada sobre o tema, eis que os mesmos ensejam a emergência de casos práticos a serem apreciados pelo Poder Judiciário, inclusive com demandas postas à apreciação do Egrégio Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

A Constituição da República tem uma regra no artigo 230, parágrafo 2º, que estabelece que é garantida a gratuidade aos maiores de 65 anos no transporte coletivo urbano. Todavia, não esclarece se esse transporte é local, regional ou interestadual, mas tal benefício social é suportado pelas concessionárias.

O Estatuto do Idoso - Lei n.º 10.741/2003 - também prevê no artigo 39, parágrafo 2º, essa gratuidade, sem indicar o tipo de transporte coletivo urbano a que se destina, mediante a simples apresentação da carteira de identidade pelos idosos.

Não fosse a regra constitucional, não seria possível à União legislar, a pretexto de tutelar um interesse social, para conceder benefício social de competência de outro ente federativo, sem prever fonte de custeio, nem atentar para o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

O Supremo Tribunal Federal analisou essa questão na ADI n.º 3768/DF, sob a relatoria da Ministra Carmem Lúcia e decidiu que a gratuidade concedida pela Constituição da República e repetida pelo Estatuto do Idoso a serviços públicos municipais e estaduais não era inconstitucional, pelo simples fato de não existir fonte de custeio.

Alguns interpretam essa decisão, no sentido de que não poderiam as empresas concessionárias exigir fonte de custeio a um benefício social estabelecido na Constituição da República, na medida em que esse direito já está previsto e deve fazer parte da proposta do concessionário, quando se transfere a concessão.

Quanto às concessões anteriores à Constituição da República, prevalece a tese de que não há direito adquirido frente às novas regras constitucionais. Logo, a discussão que se sucede seria de benefícios sociais concedidos em legislação federal a serviços municipais e estaduais não previstos na Constituição da República.

Entretanto, deverá recair sobre esses entes municipais e estaduais o dever de assumir o ônus de sustentar o equilíbrio econômico-financeiro desses negócios jurídicos que celebraram com as empresas concessionárias.

Não há que se falar em impossibilidade de conceder o benefício social, porque o serviço não seria federal, mas também não se pode transferir para o setor privado o ônus de suportar benefícios sociais indeterminados trazidos pela União, sem atentar para o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

No Estado do Espírito Santo, há uma lei estadual que garantiu o benefício social de gratuidade em serviços públicos do Estado para pessoas que doem sangue com regularidade. O Supremo Tribunal Federal

enfrentou o tema na ADI n.º 3512/ES, Relator Min. Eros Grau, e decidiu ser constitucional essa intervenção legislativa para garantir o direito à locomoção para incentivar a doação de sangue.

O fato é que as concessões de serviços públicos estão submetidas a legislações locais, setoriais, que tentam proteger direitos sociais de minorias, mas, muitas vezes, não possuem qualquer fonte de custeio para manter a equação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

Outra discussão diz respeito ao setor elétrico em uma lei estadual do Estado do Rio de Janeiro, que tinha por escopo proteger o consumidor. Essa lei alterou toda a sistemática de medição do consumo no serviço de prestação de energia elétrica com a alteração dos relógios medidores, no prazo de seis meses, sob pena de multa, impondo ônus financeiro excessivo aos concessionários para adaptar todos os medidores de energia no Estado do Rio de Janeiro.

A Procuradoria do Estado ajuizou Representação por Inconstitucionalidade no Tribunal de Justiça e obteve a concessão de liminar, embora o fato já houvesse sido submetido à apreciação do Supremo Tribunal Federal. A Assembleia Legislativa obteve outra decisão liminar para determinar que se aguardasse a decisão da Suprema Corte, para saber se havia invasão da competência legislativa da União para legislar sobre energia elétrica, ou se a Lei poderia ser aplicada sem fonte de custeio.

O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI n.º 3334/RJ, entendeu haver manifesta inconstitucionalidade dessa legislação estadual por vício formal. Disse o Pretório Excelso que a legislação, quando trata do direito do consumidor sem fonte de custeio agregada à lei para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, mostra-se inconstitucional, na medida em que vulnera a competência legislativa e regulatória do ente titular do serviço para alterar as bases da concessão, no caso do Poder Executivo.

Há necessidade ou não de fonte de custeio para a inserção de benefícios sociais nas relações jurídicas? Na Constituição do Estado do Rio de Janeiro, identifica-se uma regra no artigo 112, que prevê que todo benefício social a ser concedido em serviços públicos deve necessariamente prever fonte de custeio.

O Supremo Tribunal Federal apreciou essa regra da Constituição do Estado e a declarou constitucional, porque não violou o pacto federativo.

Pela interpretação dessa decisão, não seria possível a qualquer ente federado conceder benefícios sociais em serviços públicos, sem previsão de fonte de custeio, sob pena de violar equilíbrio econômico-financeiro com esses parceiros particulares que colaboram com o poder público na execução de políticas públicas, na forma do artigo 175 da Constituição da República. ♦

Limites de Atuação das Agências Reguladoras na Disciplina da Propaganda de Produtos Comerciais: Poder de Polícia Reforçado ou Poder Normativo?

Flávia de Azevedo Faria Rezende Chagas

Juíza de Direito da 1ª Vara de Família, Infância e Juventude - Itaboraí

O palestrante iniciou informando o propósito de abordar as restrições de comerciais de alimentos pela ANVISA. Comentou que o Brasil tem pouco tempo de democracia e que a Constituição de 1988 trouxe muitos poderes estatais.

Em continuidade, comentou o art. 5º, inciso II, da CF/88, assim formulado: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” Prosseguiu com observação sobre o art. 25 da ADCT, no seguinte teor:

“Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito a este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a:

I - ação normativa;

Informa que a ideia era limitar o poder normativo pelo Executivo, porém temos todos os dias Atos Normativos secundários oriundos de outros poderes, que não o Poder Legislativo.

Ex: Atos Normativos para ingresso no Brasil de pessoas que viajaram para o exterior.

Ex: Rastreador de automóvel (chip para saber se o carro está regularizado) editado pelo COTRAN.

Ex: Banco Central do Brasil regula o sistema financeiro."

Em seguida, citou Paulo Otero, quando leciona que:

"A crescente complexificação das matérias e a impossibilidade de o parlamento dar resposta pronta e conveniente a todas as exigências de um modelo de Estado de bem-estar conduziram a uma progressiva assunção de poderes normativos por parte do Poder Executivo..."

Isso fez com que vários outros órgãos legissem, tais como as agências reguladoras. Portanto, temos uma Administração Pública em rede.

A ANVISA, por exemplo, editou várias resoluções para propaganda de remédios e cigarros, restringiu o horário para propaganda de cerveja e vinho e atacou os alimentos pouco nutritivos. Qual o limite? Sob essa perspectiva de análise, os alimentos pouco nutritivos terão propaganda limitada. Ex: Não poderá relacionar a compra de alimentos pouco nutritivos com o ganho de brindes?

Tal como definido na RDC (ANVISA) nº 24 de 15 de junho de 2010, no Art. 1º, fica aprovado o Regulamento Técnico que estabelece os requisitos mínimos para oferta, propaganda, publicidade, informação e outras práticas correlatas cujo objetivo seja a divulgação e a promoção comercial de alimentos considerados com quantidades elevadas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio, e de bebidas com baixo teor nutricional, nos termos da Resolução.

Indaga-se: A ANVISA está errada?

Conclui-se: Não, porém as empresas estão se mobilizando contra essas resoluções. Previsão constitucional sobre o tema: Direito à saúde x liberdade de expressão. Existe, portanto, um conflito de princípios:

O Art. 196 da CF/88 prescreve que "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

Em contrapartida, o Art. 220 CF/88 estabeleceu que:

“A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 3º Compete à lei federal:

I - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos À SAÚDE E AO MEIO AMBIENTE.

§ 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterà, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.”

As indústrias argumentam que alimentos e bebidas não alcóolicas excluem-se daquelas contempladas na Resolução da ANVISA.

Além disso, existe em andamento a proposta de Emenda Constitucional 73/2007, incluindo alimentos e bebidas no art. 220, § 3º.

Hoje, a ANVISA vem atuando no chamado poder de polícia, conforme já julgado no seguinte precedente do STJ, *verbis*:

ADMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO PARA IMPORTAÇÃO PELA ANVISA. SUBSTÂNCIA PRECURSORA DE DROGAS ILÍCITAS. LEGALIDADE.

1. Não há eivas de ilegalidade na Portaria 344/98, com a redação da RDC 229/01, que obriga a empresa importadora a solicitar à Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde a fixação de Cota Anual de Importação de substâncias constantes das listas “A1” e “A2” (entorpecentes), “A3”, “B1” e “B2” (psico-

trópicas) e “D1” (precursoras), até 30 de novembro de cada ano, para uso no ano seguinte.

2. Recurso especial provido.

(REsp 906175/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/06/2008, DJe 24/06/2008)

A AGU pediu suspensão de novas regras do Regulamento 24 da ANVISA e a Justiça concedeu quatro liminares suspendendo as novas regras.

Conclusão: A ANVISA é autarquia Federal, devendo agir no reforço do Poder de Polícia. Os atos normativos expedidos pelas agências têm sido confirmados pelo STJ, conforme julgado acima.

Cumpra igualmente mencionar neste relatório o artigo do Professor Luís Roberto Barroso, no livro *Temas de Direito Constitucional*, editora Renovar, 2005, com o tema: "Liberdade de Expressão e Limitação a direitos fundamentais – ilegitimidade de restrições à publicidade de refrigerantes e sucos". No artigo, o professor mencionado conclui "De tudo o que se expôs até aqui, é possível compendiar as principais ideias desenvolvidas ao longo do estudo nas seguintes proposições objetivas:

1. A restrição a direitos fundamentais, com base em normas constitucionais programáticas (como as que se referem, genericamente, à proteção da saúde e do consumidor), não pode prescindir de ato normativo de caráter geral, que como regra será a lei. De fato, cabe ao Poder Legislativo determinar, dentre inúmeras condutas aptas a realizar determinado fim constitucional, aquelas que serão obrigatórias. O exercício de tal competência pelo Judiciário não é próprio, violando princípios como os da separação de poderes, da isonomia e da segurança jurídica. A lei em questão, como natural e óbvio, além de especificar com clareza as restrições que decida implementar, deverá aplicar-se a todos os que se encontrarem em igual situação e estará limitada pelo princípio da razoabilidade.

2. No caso específico do direito à realização de publicidade comercial, a própria Constituição remeteu à lei a disciplina de seu exercício e de eventuais restrições a ele (CF, art. 220, §§ 3º e 4º) O sistema constitucional completa-se com a competência privativa conferida à União pelo art. 22, XXIX, para legislar sobre propaganda comercial.

3. Existe regulamentação analítica acerca das informações a serem prestadas por fabricantes de refrigerantes e sucos, mas em ponto algum ela impõe as obrigações postuladas nas ações civis públicas que vêm sendo propostas. Os autores dessas demandas, em regra, invocam como fundamento jurídico de sua pretensão normas do Estatuto da Criança e do Adolescente- ECA (Lei nº 8.069/90) e do Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei nº 8.078/90) que, entretanto, não autorizam as restrições pretendidas.

4. De parte tudo o que já foi dito, é certo ainda que o conteúdo das restrições pretendidas refogem duplamente ao princípio da razoabilidade. Com efeito, as obrigações que se pretende impor judicialmente aos fabricantes desses produtos e não atendem aos testes da (i) adequação lógica, pois não serão capazes de atingir o fim almejado, e (ii) da necessidade – exigibilidade da medida, já que existem outros meios, menos restritivos dos direitos das pessoas envolvidas, de obter o resultado desejado." ♦

As Concessões de Serviços Públicos e as Agências Reguladoras

Paula Silva Pereira

Juíza de Direito do XXIII Juizado Especial Cível - Capital

A história da concessão de serviços públicos no Brasil se iniciou desde na época do Império, ocasião em que as concessões estavam associadas à ideia de um privilégio concedido pelo Estado a determinada pessoa, sem critérios claros de isonomia.

Há registros de que a primeira delegação de serviço público a um particular tenha ocorrido em 1850, para a exploração de estrada de ferro nos atuais Estados de Pernambuco e Rio de Janeiro. Posteriormente, o Estado passou a desempenhar atividades, antes delegadas a particulares.

Na década de 1990, após a Constituição da República de 1988, foi inaugurado novo período para as concessões, com a reformulação do papel da Administração Pública. Contemporaneamente, a descentralização do poder estatal não se dá apenas com a criação de autarquias tradicionais ou entidades paraestatais, mas com a transferência, pelo Estado, do dever de execução de uma atividade a terceiros estranhos à estrutura da Administração Pública.

Com a Lei nº 8.987/95, ocorreu expressivo aumento nos contratos de concessões e permissões de serviços públicos, representando a descentralização das atividades da Administração em favor de particulares.

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

Em última análise, sendo os serviços mencionados de responsabilidade do Estado, por se tratarem de serviços essenciais ao bem comum, foram criadas as agências reguladoras, cuja função é ditar as normas de

condução entre os agentes envolvidos, ou seja, o Poder Público, o prestador dos serviços, e os usuários.

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

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

A ação da regulação varia de acordo com o modelo do Estado que a desenvolve, intervencionista ou regulador; porém, deve sempre ter em mente o mercado a ser regulado, os princípios da autonomia e da especialidade e, principalmente, o interesse público. Portanto, deve sempre ser preservado o objetivo de harmonizar os interesses do consumidor, como preço e qualidade, com os do fornecedor, como a viabilidade econômica de sua atividade comercial. Em respeito ao princípio da legalidade, o instrumento regulatório deve ser determinado por lei, o que se denomina “marco regulatório”.

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

Após a instituição do Programa de Desestatização, em 1997, foram criadas as chamadas Agências Reguladoras, como a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações), ANP (Agência Nacional do Petróleo) e a ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica), para a regulação e controle de atividades até então exercidas pelo Estado como monopólio.

A outorga aos entes privados do direito de explorar atividade essencialmente pública ocorreu por intermédio da Lei de Concessões dos Serviços Públicos (Lei nº 8.987/95), que regula a concessão de serviços até então exercidos pelo Estado.

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

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

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

A autonomia e independência concedidas às agências reguladoras são fundamentais para que as mesmas possam exercer adequadamente suas funções, vez que o maior bem jurídico sob tutela é o interesse comum, não sendo possível sujeitá-las às pressões políticas.

Assim, devem-se criar mecanismos que possibilitem sua autonomia financeira, pela arrecadação de taxas de fiscalização previamente estipuladas nos contratos de concessões, bem como seus membros devem possuir conhecimento técnico e jurídico sobre a atividade regulada.

Contudo, embora as agências reguladoras gozem de autonomia política, estrutural e financeira, elas permanecem sujeitas ao crivo do Poder Judiciário, assim como demais questões envolvendo os concessionários e os usuários do serviço público, pois, em respeito ao princípio do acesso à Justiça, todo ente público ou privado que se sentir lesionado em seu direito, poderá procurar o Judiciário.

No curso do “VII Fórum Brasileiro sobre as Agências Reguladoras” foi citado o caso concreto referente à gratuidade nos transportes coletivos urbanos. A questão levada a juízo foi a possibilidade de a legislação estabelecer benefícios sociais em transportes públicos municipais e estaduais concedidos sem previsão da fonte de custeio.

Com efeito, de acordo com a jurisprudência do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, tem sido considerada inconstitucional a lei estadual ou municipal que estabelece o benefício da gratuidade nos transportes coletivos, quando não indicada a fonte de custeio.

Nesse sentido, vale refletir sobre as seguintes ementas da jurisprudência do Órgão Especial desse E. Tribunal:

0021336-17.2007.8.19.0000 (2007.007.00028) - DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - 1ª Ementa

DES. MANOEL ALBERTO - Julgamento: 22/09/2008 - ÓRGÃO ESPECIAL

REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE Constitucional. Representação por inconstitucionalidade de lei municipal que institui subsídio para gratuidade de transporte coletivo sem a indicação da correspondente fonte de custeio. Preliminares de inépcia da inicial, de ilegitimidade ativa *ad causam* e de impossibilidade jurídica do pedido que se rejeitam. Inconstitucionalidade que se declara, à vista dos claríssimos termos do artigo 112 § 2º da Constituição Estadual.

0031843-71.2006.8.19.0000 (2006.007.00068) - DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - 1ª Ementa

DES. RUDI LOEWENKRON - Julgamento: 09/07/2007 - ÓRGÃO ESPECIAL

CONSTITUCIONAL - REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE - LEI MUNICIPAL 4151/2006 de Volta Redonda - Não podem os Vereadores tomar a iniciativa de projeto de lei invasor da linha de atribuições do Executivo, ordenando providências a órgão da administração municipal, criando encargos funcionais e ainda estabelecer isenções sem a devida fonte de custeio ao deferir a gratuidade no transporte coletivo municipal aos desempregados cadastrados nos horários especificados. Clara ficou a violação da reserva por conduta simétrica do art 61 § 1º II - B da Cons-

tuição Federal e da norma do art 112 da Carta Estadual. -
Representação precedente.

0020922-53.2006.8.19.0000 (2006.007.00041) - DIRETA
DE INCONSTITUCIONALIDADE - 1ª Ementa

DES. ROBERTO WIDER - Julgamento: 02/04/2007 - ÓR-
GÃO ESPECIAL

Representação por Inconstitucionalidade com pedido de sus-
pensão liminar de eficácia da Lei nº 3.167/2000 do Município
do Rio de Janeiro que “Assegura o exercício das gratuidades
previstas no Artigo 401 da Lei Orgânica do Município do Rio
de Janeiro, mediante a instituição do Sistema de Bilhetagem
Eletrônica nos serviços de transporte público de passageiros
por ônibus do Município do Rio de Janeiro e dá outras provi-
dências.” Gratuidade em serviços públicos de transportes co-
letivos prestados de forma indireta. Direitos constitucionais
prestacionais. Natureza e efetividade. Necessidade de fonte de
custeio. Desatendimento a norma constitucional que prevê
o estabelecimento de critérios de contrapartidas necessárias à
compensação de custos em decorrência de gratuidades conce-
didas pelo poder concedente.

0018835-66.2002.8.19.0000 (2002.007.00060) - DIRETA
DE INCONSTITUCIONALIDADE - 1ª Ementa

DES. MARLAN MARINHO - Julgamento: 03/05/2004 -
ÓRGÃO ESPECIAL

REPRESENTACAO POR INCONSTITUCIONALIDA-
DE LEI ESTADUAL N. 3650, DE 2001
TRANSPORTE COLETIVO
PASSE ESPECIAL
PROCEDÊNCIA DA AÇÃO

Representacao por Inconstitucionalidade. Lei n. 3.650, de
21/09/2001. Regulamentação do art. 14, da Constituição

Estadual. Violação do processo legislativo. Art. 112, pars, da Constituição Estadual. Consequência. A lei que complementa norma constitucional, que, por sua vez, garante a gratuidade de serviços públicos estaduais de transporte coletivo, prestados de forma indireta, se deliberada e votada sem a indicação da fonte de custeio, padece do vício de inconstitucionalidade. Representação procedente. Vencido o Des. Carlos Ferrari, Nilton Mondego, Luiz Zveiter, Ronald Valladares, Raul Quental, José Lucas Alves de Brito e Celso Guedes.

Ementário: 38/2005 - N. 17 - 10/11/2005

0032616-92.2001.8.19.0000 (2001.007.00057) - DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - 1ª Ementa

DES. ALVARO MAYRINK DA COSTA - Julgamento: 07/04/2003 - ÓRGÃO ESPECIAL

REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL

LEI MUNICIPAL N. 3.645, DE 2001 - VOLTA REDONDA VÍCIO DE INICIATIVA

TRANSPORTE GRATUITO

TRANSPORTE COLETIVO MUNICIPAL

Constitucional. Vício de iniciativa. Declaração de inconstitucionalidade. 1. Representação por inconstitucionalidade contra dispositivos de Lei do Município de Volta Redonda que amplia o benefício de gratuidade na utilização de transportes coletivos concedidos pela municipalidade, a pessoas inscritas como acompanhantes de deficientes físicos. 2. Diploma municipal que afronta o disposto no art. 112, par. 2. da Carta Política Estadual, aplicável ao Município "ex vi" do art. 343, do citado diploma constitucional. 3. Serviço público prestado de forma indireta, sem a correspondente fonte de custeio. 4. Procedência do pedido.

Outra questão de grande repercussão, que vem sendo alvo de demanda judicial em massa, asoberbando as Varas Cíveis e os Juizados Especiais Cíveis deste Tribunal, diz respeito à legalidade da atuação da concessio-

nária de serviço público Light S/A na elaboração do chamado “Termo de Ocorrência de Irregularidade - TOI”, bem como da observância às normas da Agência Nacional de Energia Elétrica, em especial quanto ao artigo 72 da Resolução 456 de 2000 da ANEEL.

A jurisprudência vem entendendo que o TOI elaborado pela concessionária não atende às exigências da ANEEL, uma vez que a constatação da irregularidade não é baseada em perícia técnica elaborada pelo órgão competente e que não foram observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, na medida em que o usuário foi coagido a assinar o Termo, sob pena de ter o seu serviço essencial interrompido.

Para melhor ilustrar a questão, destacaram-se algumas ementas da jurisprudência desse E. Tribunal, a seguir colacionadas:

0010236-76.2007.8.19.0061 - APELAÇÃO - 1ª Ementa

DES. NAGIB SLAIBI - Julgamento: 27/04/2011 - SEXTA CÂMARA CÍVEL

Direito do Consumidor. Interrupção do fornecimento de energia elétrica. Alegação de fraude no medidor. Termo de Ocorrência de Irregularidade (TOI) realizado unilateralmente pela concessionária. Faturas com cobrança excessiva. Inclusão indevida do nome do autor em cadastros restritivos de crédito. Laudo do perito do Juízo. Não constatação de fraude. Fato do serviço. Configuração. Dano moral “in re ipsa”. Sentença de procedência parcial. Recurso. Alegação de existência de irregularidade no medidor de energia elétrica do imóvel objeto da lide e exercício regular do direito tanto na cobrança como na inscrição do nome do autor em rol de devedores. Descabimento. Sentença mantida na íntegra. O fornecimento de energia elétrica configura serviço público essencial, logo, submetido ao princípio da continuidade, só podendo ser interrompido nas estritas hipóteses previstas pela Lei nº 8987/95. Ademais não há nos autos prova substancial de ocorrência de fraude, constatando o Perito do Juízo não haver qualquer irregularidade, até porque o medidor objeto da lide já não estava mais ativado na época da perícia, não se mostrando razoável

a cobrança imputada ao consumidor tampouco a inclusão de seu nome em rol de devedores.”Apelação Cível. Ação de reparação de dano moral. Rito Sumário. Irregularidade no medidor de energia elétrica constatada unilateralmente pela concessionária de serviço público. Aplicação da Resolução 456/2000 da ANEEL. Não observância ao devido processo legal, do qual os princípios do contraditório e ampla defesa são corolários. Corte no Fornecimento de energia. Dano moral caracterizado. Incabível a cobrança de valor que tenha sido apurado por meio unilateral, de modo a ser imputado ao apelante a conduta de ato fraudulento, impondo-se, assim, o dever de reparar o dano sofrido, posto que ínsito à conduta ilícita da concessionárias. Dano moral *in re ipsa*. Precedentes deste Tribunal” (Ap. Cív. nº 2007.001.57069, 6ª Câm. Cível, rel. Des. Nagib Slaibi, j. 07/11/2007).Desprovimento do recurso.Correção, de ofício, da data de incidência dos juros de mora sobre o valor da condenação. “In iliquidis non fit in mora”. Incidência a partir do julgado que a fixar.

0009207-31.2008.8.19.0004 - APELAÇÃO - 1ª Ementa

DES. CLAUDIA TELLES DE MENEZES - Julgamento:
28/04/2011 - QUINTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZATÓRIA. LAVRATURA DE TOI SEM OBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NA RES. 456 DA ANEEL. ASSINATURA DE CONFISSÃO DE DÍVIDA SOB AMEAÇA DE INTERRUPÇÃO DO SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA. CORTE PROMOVIDO PELA CONCESSIONÁRIA COM BASE NO TOI. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. DANO MORAL CONFIGURADO E FIXADO EM CONSONÂNCIA COM OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. PRECEDENTES. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO NA FORMA DO ART. 557, *CAPUT* DO CPC.

0304457-82.2009.8.19.0001 - APELAÇÃO - 1ª Ementa

DES. MONICA COSTA DI PIERO - Julgamento:
26/04/2011 - OITAVA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZATÓRIA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA EM FACE DA LIGHT. ENERGIA ELÉTRICA. DIREITO DO CONSUMIDOR. FALTA DE PERÍCIA TÉCNICA FEITA POR ORGÃO COMPETENTE. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 1. Ação objetivando a declaração de inexistência de débito com condenação da ré ao pagamento de indenização a título de dano moral. Sentença de parcial procedência. Improcedência do pedido de condenação da concessionária ao pagamento de indenização a título de dano moral. 2. Inegável que a relação jurídica entabulada se afigura de consumo, ensejando a aplicação das regras consumeristas, como forma de restabelecer o equilíbrio e igualdade. 3. Para a caracterização da irregularidade na conduta do consumidor, não é suficiente a simples lavratura do Termo de Ocorrência de Irregularidade. Termo de Ocorrência de Irregularidade - TOI lavrado de forma unilateral por parte da empresa ré, não logrando êxito em comprovar a alegada irregularidade no medidor de consumo de energia elétrica da residência da parte autora já que a apuração de tal irregularidade não observou o art. 72, II da Resolução 456/2000 da ANEEL, segundo o qual a concessionária deve solicitar perícia técnica do órgão competente vinculado à segurança pública após a constatação de qualquer irregularidade. 4. A ré responde objetivamente pelos danos causados, nos termos do artigo 14, *caput*, do CDC. No entanto, não restou configurada nos autos qualquer situação fática que configurasse grave abalo psicológico à parte autora. 5. É vedada pelo CDC a suspensão injustificada de um serviço essencial, sem a prévia notificação do consumidor. Este diploma legal proíbe que a concessionária de serviço público interrompa o mesmo de forma unilateral e arbitrária, o que

não é a hipótese dos autos. Em sendo assim, não há que se falar em ocorrência de dano moral. 6. Nega-se seguimento ao recurso.

Conforme mencionado, o usuário do serviço público que sentir lesado pela prática da concessionária, sempre poderá recorrer ao Judiciário para ter os seus direitos assegurados, em nome do Princípio do Acesso à Justiça.

Entretanto, seria de grande interesse social se as agências reguladoras, na qualidade de representantes da Administração Pública como órgãos reguladores e fiscalizadores, atuassem de forma mais contundente, a fim de impedir práticas ilícitas recorrentes adotadas pelas concessionárias de serviços públicos.

Considerando que se trata de serviços de massa, as condutas indevidas reiteradamente adotadas pelas concessionárias possuem enorme repercussão na sociedade, na medida em que atingem milhares de cidadãos, usuários dos serviços públicos de caráter essencial. Tais violações aos direitos dos usuários fatalmente deságuam no Judiciário, assoberbando-o cada vez mais e comprometendo prestação jurisdicional.

No atual momento de amadurecimento do modelo de descentralização do poder estatal, faz-se imperiosa a necessidade de intervenção mais contundente das agências reguladoras, a fim de prevenir violações aos direitos dos usuários e, em consequência, evitar a judicialização de questões que deveriam ser evitadas ou sanadas administrativamente. ♦

Agências Reguladoras

Alessandra da Rocha Lima Roidis

Juíza de Direito da Vara Criminal de Queimados - RJ

O VII Fórum Brasileiro sobre as Agências Reguladoras foi realizado na cidade do Rio de Janeiro em homenagem ao jurista fluminense Marcos Juruena Villela Souto, falecido recentemente. A homenagem se justifica em razão de Marcos Juruena ter sido um entusiasta das agências reguladoras e do seu papel na definição dos limites da intervenção do Estado em diversos setores.

Após dois dias de palestras, constata-se que o Estado mudou para se tornar mais ágil, mas o Direito e seus operadores não acompanharam o dinamismo da sociedade, tanto que, depois de aproximadamente quinze anos da Reforma do Estado, ainda existem polêmicas em relação aos limites de atuação do Estado em relação aos setores regulados pelas agências.

É inegável que, atualmente, o Estado celebra negócios de forma muito mais complexa e global do que celebrava na época do tradicional estudo do Direito Administrativo. Conseqüentemente, o estudo do atual Direito Administrativo precisa ajustar-se á mutabilidade, ao contrário dos clássicos juristas que se preocupavam com a segurança jurídica de determinados conceitos.

Sob esse ponto de vista, diversos palestrantes propiciaram valiosa contribuição ao entendimento do tema principal, muitas vezes com a análise particular de determinados setores como, por exemplo, a regulação das propagandas, do setor elétrico, dos serviços públicos, do petróleo e gás, além das questões pertinentes aos recursos hídricos.

De todas as palestras, duas que mais se destacaram foram ministradas por Vanice Regina Lírio do Valle e Sergio Guerra, sobre governança e limites de atuação das agências reguladoras na disciplina da propaganda de produtos comerciais, respectivamente.

A mencionada professora Vanice Valle iniciou sua fala com a constatação de que as agências reguladoras já se encontram consolidadas em nosso Estado e se apresentam compatíveis com a Constituição da República/1988, salientando que se encontram sujeitas a regime especial, orientado à garantia de sua autonomia e independência.

Assim, ultrapassada a questão da constitucionalidade das agências – já amplamente analisada pelo saudoso Professor Marcos Juruena –, a palestrante passou a abordar o papel das agências no bojo da Reforma do Estado de 1995, oportunidade em que se aprofundou no papel do Direito, como cláusula de bloqueio às propostas de mudança, visto que os operadores do Direito apresentam perfil conservador, com tendência à rejeição de inovações de sistemas.

As inovações inauguradas pela regulação se reproduziram em outros campos do Direito e, após a superação das falhas sequenciais, impôs-se a superação de outros pontos como, por exemplo, a delegação como estratégia e a retração da esfera de atuação exclusiva do Legislativo; mudanças na estrutura das normas e abertura a outras áreas do conhecimento, visto que o Direito não pode resolver todos os assuntos do Estado.

Para a palestrante, a regulação apresenta-se como campo de teste de um novo Direito, dessa vez orientado ao consenso e à indução.

Em seguida, ressaltou que, ao analisar as agências reguladoras, surge tema sensível consistente na análise da delegação *versus* escolhas políticas, tendo despedido a realidade ao ensinar que, reconhecer o caráter político de uma decisão, significa reconhecer que tal decisão tem caráter estratégico, de modo que uma decisão, política, às vezes, afigura-se mais necessária do que uma decisão técnica que, muitas vezes, pode não se apresentar fria e imparcial como se costuma acreditar.

Depois de examinar as dificuldades das agências reguladoras e o papel dessas entidades na atual estrutura do Estado brasileiro, avaliou o papel da governança no aprimoramento da função regulatória.

Explicou que a ideia de governança surgiu no setor privado, na década de 1970, e, após fornecer alguns conceitos de governança, conceituou governança como autogestão e nova forma de composição dos interesses, com base no Direito. Compreendida dessa forma, a regulação aberta à governança exige mecanismos de formulação de escolhas públicas participativas, orientadas à formação do consenso,

Destacou que as agências reguladoras são importantes no atual contexto social, porque incrementam as relações de consumo e o respeito à cidadania. Em razão da importância das agências reguladoras, verifica-se que a governança se faz necessária para prevenir a tecnocracia; incorporar

o pluralismo de posicionamentos; valorizar a interação social e o dissenso e prevenir o risco referente à dimensão futura do interesse público.

Salientou que governança se relaciona à dimensão procedimental; ou seja, como se realizam as decisões. No entanto, mencionou os defeitos e riscos da governança, tendo elencado os vícios associados à assimetria na participação, ao modo de captura do regulador, à cidadania desinteressada, à inefetividade de participação, ao assembleísmo e ao paroquialismo.

Contudo, concluiu que esses riscos podem ser evitados pelo Estado, a partir do momento em que atue como indutor da cidadania e defina com clareza as regras do jogo em relação à participação.

Em razão dessa valiosa palestra, chega-se à conclusão de que as agências reguladoras ainda têm muito a evoluir, principalmente no que diz respeito à forma de relacionamento com a sociedade.

Em relação à palestra ministrada pelo professor Sergio Guerra, a questão consiste nos limites das agências reguladoras. Para exemplificar a profundidade da indagação, o referido palestrante citou caso em que a ANVISA apresentou restrições à propaganda de determinados alimentos, com fundamento no dever que o Estado tem de garantir a todos o direito à saúde. No entanto, do outro lado existem os fabricantes desses alimentos considerados pouco nutritivos, que também possuem o direito à liberdade de expressão.

Sobre o tema, o palestrante examinou a competência da União para legislar sobre propaganda comercial e mencionou que a Justiça Federal vem decidindo de forma contrária à ANVISA. Após explicar que regulação vem a ser a evolução do poder de polícia – porque tem maior campo de incidência e o justifica –, o expositor explicou que a ANVISA foi contemplada com competências amplas que, inclusive, permitem a criação de obrigações e a restrição de direitos, apesar de o Supremo Tribunal Federal já ter decidido o contrário.

No entanto, ressaltou que a Suprema Corte já decidiu que ato regulamentar pode criar obrigações, desde que busque fundamento de validade na CRFB/88, bem como lembrou que a mesma Corte, ao adotar interpretação conforme a Constituição, considerou constitucional o racionamento de energia elétrica.

Sobre o tema, é esclarecedora a transcrição do julgado abaixo, pelo qual o Supremo Tribunal Federal se posicionou sobre a possibilidade de ato regulamentar criar obrigações, desde que com fundamento de validade na Constituição:

“O Tribunal, por votação unânime, não conheceu da ação direta, quanto aos arts. 8º e 9º, da Lei nº 9.472, de 16/07/1997. Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, apreciando normas inscritas na Lei nº 9.472, de 16/07/1997, resolveu: 1) deferir, por votação unânime, o pedido de medida cautelar, para suspender, até a decisão final da ação, a execução e aplicabilidade das expressões “simplificado” e “nos termos por ela regulados”, constantes do art. 119; 2) deferir, por maioria de votos, o pedido de medida cautelar, para suspender, até a decisão final da ação, a execução e aplicabilidade do art. 19, inciso XV, vencidos os Mins. Nelson Jobim, Ilmar Galvão, Octávio Gallotti, Sydney Sanches e Moreira Alves, que o indeferiam; 3) deferir, em parte, o pedido de medida cautelar, para: a) quanto aos incisos IV e X, do art. 19, sem redução de texto, dar-lhes interpretação conforme à Constituição Federal, com o objetivo de fixar exegese segundo a qual a competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado, vencido o Min. Moreira Alves, que o indeferia; b) quanto ao inciso II do art. 22, sem redução de texto, dar-lhe interpretação conforme à Constituição, com o objetivo de fixar a exegese segundo a qual a competência do Conselho Diretor fica submetida às normas gerais e específicas de licitação e contratação previstas nas respectivas leis de regência, vencido o Min. Moreria Alves, que o indeferia; c) quanto ao art. 59, sem redução de texto, dar-lhe interpretação conforme à Constituição, com o objetivo de fixar a exegese segundo a qual a contratação há de reger-se pela Lei nº 8.666, de 21/06/1993, ou seja, considerando-se, como regra a ser observada, o processo licitatório, vencidos os Mins. Carlos Velloso, Octávio Gallotti, Sydney Sanches e Moreira Alves, que o indeferiam; 4) indeferir, por votação unânime, o pedido de medida cautelar, quanto aos

incisos II e III, do art. 18; 5) indeferir, por votação majoritária, o pedido de medida cautelar, quanto: a) ao inciso I, do art. 18, vencidos os Mins. Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira e Celso de Mello, que o deferiam; b) ao parágrafo único do art. 54 ao art. 55, ao art. 56, ao art. 57 e ao art. 58, vencidos os Mins. Marco Aurélio (Relator), Maurício Corrêa, Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira e Celso de Mello, que o deferiam; c) ao inciso III do art. 65, ao § 1º do art. 65, à expressão “ou concomitância”, constante do § 2º do art. 65, e ao art. 66, vencido o Min. Marco Aurélio, que o deferia; d) ao art. 69, vencidos os Mins Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, que o deferiam; e) à expressão “as disposições desta lei e, especialmente”, constante do caput do art. 89 e aos incisos I a X, desse mesmo artigo 89, vencidos os Mins. Marco Aurélio, Maurício Corrêa, Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira e Celso de Mello, que o deferiam; f) ao art. 91, caput, e aos seus §§ 1º, 2º e 3º, vencido o Min. Marco Aurélio, que o deferia; g) à expressão “ressalvados os casos de inexigibilidade previstos no art. 91”, constante do art. 119, vencido o Min. Marco Aurélio, que o deferia. O Tribunal, por votação majoritária, indeferiu o pedido de suspensão cautelar de eficácia do art. 210 da Lei nº 9.472, de 16/07/1997, vencido o Min. Marco Aurélio que o deferia”. (ADI 1668 MC / DF – DISTRITO FEDERAL MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator: Min.MARCO AURÉLIO Julgamento: 20/08/1998 Órgão Julgador: Tribunal Pleno). ♦

O Histórico da Extração e Exploração do Petróleo no Brasil e o Novo Marco Regulatório do Pré-Sal

Viviane Alonso Alkimim

Juíza de Direito da 7ª Vara Criminal - Nova Iguaçu

I – EVOLUÇÃO DA DISCIPLINA CONSTITUCIONAL E LEGAL DO PETRÓLEO E DO REGIME DAS CONCESSÕES DE RECURSOS MINERAIS

Inicialmente, cumpre mencionar que a exploração do petróleo no Brasil ocorreu sob a forma de livre exploração, ou seja, o proprietário do terreno onde era encontrado o petróleo poderia livremente explorá-lo ou cedê-lo. Tal modelo de exploração, também conhecido como modelo da cessão física, embora nos pareça estranho, foi largamente utilizado em vários estados dos EUA.

O regime da livre exploração ou cessão física do petróleo foi alterado no Brasil a partir da década de 50 pela Lei 2004, de 03 de outubro de 1953, com a campanha “O Petróleo é Nosso”, quando foi criada a empresa estatal PETROBRÁS, com previsão da Política Nacional do Petróleo. O Presidente da República Getúlio Vargas, na ocasião, instituiu o monopólio de exploração e do processamento do petróleo em favor da União. As jazidas de petróleo foram tornadas públicas, ou seja, estatizadas, cabendo apenas à União, por meio de sua empresa estatal Petrobrás, a exploração petrolífera.

As operações de exploração e produção de petróleo, bem como as demais atividades ligadas ao setor de petróleo, gás natural e derivados, à exceção da distribuição atacadista e da revenda no varejo pelos postos de abastecimento, foram conduzidas pela Petrobrás de 1954 a 1997. Depois de exercer por mais de 40 anos, em regime de monopólio, o trabalho de

exploração, produção, refino e transporte do petróleo no Brasil, a Petrobrás passou a competir com outras empresas estrangeiras e nacionais quando o presidente Fernando Henrique Cardoso sancionou a Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997. Esse diploma legal regulamentou a redação dada ao artigo 177, §1º, da Constituição da República, pela Emenda Constitucional nº 09 de 1995, permitindo que a União contratasse empresas privadas para exercê-lo.

Atualmente, a Petrobrás tem natureza jurídica de empresa estatal de economia mista, instituída em forma de S/A, com capital aberto, com ações negociadas em bolsa de valores aos acionistas privados, sendo a União a detentora da maioria das ações votantes da empresa.

Como mencionado, a exclusividade da exploração do petróleo pela empresa pública Petrobrás perdurou até o ano de 1995, ocasião em que foi editada a Emenda Constitucional nº 09/1995 e, posteriormente, sancionada a Lei Federal nº 9.478/1997 que, em tese, sem quebrar o monopólio, admitiu o regime de livre concorrência na exploração e processamento do petróleo e de outras fontes de energia. Essa lei também criou a ANP – Agência Nacional do Petróleo, e o CNPE – Conselho Nacional de Política Energética, vinculado diretamente à Presidência e presidido pelo Ministro de Estado de Minas e Energia.

É importante ressaltar que a Constituição da República de 1988 dispõe, em seus artigos 170 a 181, o Título VII, que regula a Ordem Econômica e Financeira. Nesses artigos constitucionais, foi instituído como corolário da nova ordem jurídica constitucional o regime da livre iniciativa por meio do “princípio fundamental da livre iniciativa”¹.

Nesse sentido, afirma Gaspar Ariño Ortiz² que o direito de livre iniciativa, além de possuir existência autônoma, também é expressão dos direitos de propriedade, de livre escolha da profissão ou ofício, do direito ao trabalho, da liberdade de circulação de bens e pessoas, da liberdade

1 JURUENA, Marcos. Nos termos do parecer apresentado ao IBP, gentilmente cedido pelo autor – Propostas Legislativas de Novo Marco Regulatório do Pre-Sal. De acordo com o saudoso jurista Marcos Juruena, o **princípio da livre iniciativa** traz como corolários dois subprincípios, a saber: o da **abstenção**, pelo qual é defeso ao Estado explorar atividades econômicas em competição ou em substituição aos agentes privados, e o da **subsidiariedade**, por força do qual o dever de abstenção é atenuado e excepcionado, nas hipóteses de relevante interesse coletivo ou imperativos de segurança nacional, definidos em lei ou na própria Constituição. No primeiro caso, tem-se um regime de intervenção concorrencial do Estado na economia; no segundo, uma intervenção monopolística.

2 ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico*, Ed. Comares e Fundación de Estudios de Regulación, Granada, 1999, p. 212/13.

contratual e da dignidade da pessoa humana, por propiciar o livre desenvolvimento da personalidade.

Atualmente, a exploração do petróleo é regulada pela própria Constituição da República, que traça as principais diretrizes da matéria, e pelas Leis 9.478/1997, 12.304/2010 e 12.351/2010.

Acrescente-se, por fim, que o Petróleo, em regra existente no subsolo do território brasileiro (terrestre ou marítimo), pertence em última análise à União³, que deverá explorá-lo através de concessões⁴, tendo em vista o regime da livre iniciativa.

O monopólio está mantido nas mãos da União, cabendo ao poder central decidir abrir ou não licitações, explorar ou não jazidas, sob tal ou qual modelo. Contudo, em decidindo por iniciar tal exploração das atividades econômicas, as mesmas, por princípio, deverão ser licitadas a todos os entes privados⁵.

II – EXAME CONSTITUCIONAL DO MODELO DE CONCESSÃO DO PETRÓLEO

Como visto anteriormente, o poder constituinte derivado não previu expressamente qualquer obrigatoriedade de adoção do regime de concessões para a exploração do petróleo, embora o princípio fundamental a ser adotado seja o da livre iniciativa. Caberia, em tese, ao legislador ordinário uma discricionariedade legislativa para o estabelecimento dos marcos regulatórios do setor, de acordo com o atual artigo 177, § 1º, da CR (com a redação que lhe foi dada pela EC nº 09/1995).

O questionamento que se impõe é se o legislador ordinário poderia alterar a cada momento o modelo de exploração do petróleo, ou seja, se

3 Artigo 176 da CR/88: “As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica **constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União**, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.” (grifos nossos)

Artigo 3º da Lei 9.478/1997: “Pertencem à União os depósitos de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos existentes no território nacional, nele compreendidos a parte terrestre, o mar territorial, a plataforma continental e a zona econômica exclusiva.”

4 Artigo 177, § 1º da CR/88: “A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo, observadas as condições estabelecidas em lei.”

5 **JURUENA, Marcos**. Nos termos do parecer apresentado ao IBP: “a licitação é um instrumento que tem por objetivo dar concreção aos princípios da eficiência e da economicidade, além do princípio da isonomia e da livre concorrência... O autor cita, ainda, a necessidade de observância aos princípios constitucionais da isonomia, da segurança jurídica (confiança legítima), da proporcionalidade e da autonomia da vontade”.

estaria condizente com o novo regime constitucional da liberdade econômica – livre iniciativa - a possibilidade de alteração dos marcos regulatórios de exploração de cada jazida específica.

Após o advento da Lei do Petróleo (Lei 9.487/1997), considerada como uma lei – quadro⁶, a União passou a explorar as jazidas de petróleo em regime de concessão, em regra.

Nesse ponto a doutrina diverge profundamente. Alguns autores entendem que, por pertencer o petróleo à União (bem público da União), será permitida à mesma sua livre exploração como bem lhe aprouver (diretamente, através de concessões ou por qualquer outro meio jurídico, como pelo meio de partilhas).

A EC nº 09/1995 permitiu em relação ao petróleo a contratação de outros agentes para exercer a atividade configurada antes como monopólio indelegável. Nesse sentido, somente a União é a proprietária da jazida, bloco ou da plataforma continental, mesmo que conceda a terceiros (privados ou não) o poder de exercer a atividade de lavra (através do contrato de concessão ou mediante outro instrumento jurídico).

O concessionário terá tão somente o direito de explorar atividade econômica decorrente do direito real outorgado à União pelo poder constituinte originário. O concessionário não tem direito real ou pessoal sobre o bloco; apenas o direito de exercer atividade econômica (artigo 5º da Lei nº 9.478/1997).

Outros autores entendem que, mesmo pertencendo à União, tendo em vista o princípio da livre iniciativa, lhe seria defesa a exploração por método diverso da concessão, pois o Estado deve abster-se da prática de atividades cabíveis aos particulares.

Em outros países, pode-se vislumbrar diversos modelos de exploração de petróleo. De um lado, identifica-se o tradicional modelo da cessão física (adotado basicamente nos EUA), o da exploração direta pelo próprio Estado (diretamente ou por meio de outorgas legais) e o modelo da pres-

6 ARAGÃO, Alexandre dos Santos. “O Contrato de Concessão de Exploração de Petróleo e Gás”, in REDAE, 2006. De acordo com o autor: “A lei do Petróleo ... integra a categoria das lei-quadro (lois-cadre) ou standartizadas, próprias das matérias de particular complexidade técnica e dos setores suscetíveis a constantes mudanças econômicas e tecnológicas. As leis com estas características não dão maiores elementos pelos quais os administrador deva pautar a sua atuação, conferindo à Administração Pública um grande poder de integração do conteúdo da vontade do Legislador, dentro dos quadros por ele estabelecidos.”

tação de serviços, também conhecido como modelo de partilhas (pode ser puro ou misto), a cessão onerosa e o modelo da concessão⁷.

A adoção de determinado modelo contratual pelo Estado a ser travado com o particular muitas vezes dependerá dos riscos envolvidos na exploração.

A doutrina dispõe que, nos contratos de concessão, os riscos são maiores para o particular, sendo que, na hipótese de o particular encontrar o petróleo, este ficará com o recurso natural, ao passo que, no contrato de partilha, o particular dividirá com o Estado a alocação de riscos.

III – A MUDANÇA DOS MARCOS REGULATÓRIOS DE EXTRAÇÃO E EXPLORAÇÃO DO PETRÓLEO DA CAMADA DO PRÉ-SAL – O NOVO MODELO CONTRATUAL PREVISTO NA LEI 12.351/2010

A Lei 12.351 de 2010 trouxe em seu bojo a alteração do marco legal para exploração do petróleo, provavelmente existente na chamada camada do pré-sal⁸. O artigo 5º da Lei do Petróleo – Lei nº 9.478/1997, com a redação que lhe foi dada pela Lei 12.351/2010 – dispõe que:

“as atividades econômicas de que trata o art. 4º desta Lei serão reguladas e fiscalizadas pela União e poderão ser exercidas, mediante concessão, autorização ou contratação sob o regime de partilha de produção, por empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País.”

Diante da suposta certeza da existência do petróleo nesta camada, havendo baixíssimos riscos na exploração e considerando a alta produtividade do local, com elevado potencial de produção, a União resolveu alterar o marco legal para exploração do petróleo.

7 JURUENA, Marcos. Parecer apresentado ao IBP. O autor cita alguns modelos de exploração de petróleo: a) concessões tradicionais, em que são transferidos os riscos para o concessionário, mas que este será o proprietário do petróleo extraído; b) *production-sharing contracts*, ou contrato de partilha, no qual o risco é integral do concessionário, que tem o direito de dividir a produção do petróleo; c) contrato de *joint-venture*, no qual o risco é do concessionário, mas há a possibilidade de divisão dos riscos da produção do petróleo, notadamente pela criação de sociedades de propósitos específicos (JOAs) ou por meio de associações (*nonincorporate joint venture*).

8 O artigo 2º, IV da Lei 12.351/2011 dispõe que a **área do pré-sal**: “região do subsolo formada por um prisma vertical de profundidade indeterminada com superfície poligonal definida pelas coordenadas geográficas de seus vértices estabelecidos no Anexo desta Lei, bem como outras regiões que venham a ser delimitadas em ato do Poder Executivo, de acordo com a evolução do conhecimento geológico.”

É digna de nota a alteração da orientação política no que tange à intervenção do Estado na economia, uma vez que o governo antecessor adotava linha de maior liberdade econômica aos privados, ao passo que o governo atual retorna a uma maior intervenção estatal na economia.

Após o advento da Lei do Petróleo, o marco legal para sua exploração passou a ser o da concessão, considerando a opção do legislador, que admite, ainda, os riscos na exploração dessas riquezas.

No entanto, após descoberto o petróleo da chamada camada do Pré-Sal, o legislador pátrio, por ocasião do governo do Presidente Luis Inácio Lula da Silva, resolveu alterar o marco legal da exploração do petróleo nessa e em outras áreas estratégicas, instituindo o modelo de partilha da exploração⁹, criando-se nova empresa estatal denominada Pré-Sal Petróleo S/A, também conhecida como Petro-Sal. Ressalte-se que não foram definidas em lei as áreas estratégicas para a exploração do petróleo.

Esta empresa pública foi criada através da Lei 12.304/2010 e terá como objeto principal a gestão dos contratos de partilha de produção e de comercialização de hidrocarbonetos.

No contexto da nova disciplina legal que rege a exploração da área do pré-sal, foi instituído um consórcio obrigatório entre a Petrobrás e as demais operadoras privadas que se habilitarem a explorar a região (dentre estas a própria Petrobrás), sendo que, como sublinhado, o modelo de delegação estatal será o da partilha de produção e não mais o da concessão. Dessa forma, as empresas privadas que forem vitoriosas nos certames licitatórios deverão constituir um consórcio obrigatório com a Petrobrás e com a Petro-Sal (empresa pública de que trata o artigo 8º, § 1º da Lei 12.351/10).

A Petrobrás terá participação mínima de 30% (trinta por cento) no consórcio obrigatório previsto no artigo 20 da Lei 12.351/10, conforme teor do artigo 10, “c”, criando o legislador uma reserva de mercado em favor da Petrobrás.

A referida lei prevê que a participação da Petrobrás nos consórcios obrigatórios admite dispensa de licitação, podendo ser a Petrobrás con-

⁹ O artigo 2º, I, da Lei 12.351/2010 define **partilha de produção** como: “regime de exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, no qual o contratado exerce, por sua conta e risco, as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção e, em caso de descoberta comercial, adquire o direito à apropriação do custo em óleo, do volume da produção correspondente aos royalties devidos, bem como de parcela do excedente em óleo, na proporção, condições e prazos estabelecidos em contrato.

tratada diretamente pela União para a pesquisa e posterior exploração e produção dos hidrocarbonetos (artigo 12 da Lei 12.351/10).

A Petro-Sal, empresa pública integrante do consórcio obrigatório, será representante da União no contrato de partilha de produção, conferindo-lhe a lei, inclusive, poderes próprios de agência regulatória, que têm sido duramente criticados pela doutrina. A Petro-Sal tem natureza jurídica de empresa estatal, instituída em forma de S/A, de capital fechado, com todas as ações detidas pela União. A lei prevê ainda que a Petro-Sal terá, entre outras atribuições, a de representar a União nos consórcios e comitês operacionais.

Alguns doutrinadores, dentre estes Gustavo Binembojm¹⁰, vêm asseverando que, com o advento da Lei 12.351/2010, houve um *recall* do poder concedente, aumentando a politização do setor do Petróleo, com concentração das decisões estratégicas no âmbito do CNPE ou mesmo no Ministério das Minas e Energia.

A nova legislação comprimiu ainda o espaço institucional da ANP, retirando-lhe, de certa forma, poderes regulatórios. O referido autor sustenta que a mudança no marco legal na indústria do petróleo no Brasil representa incremento dos riscos políticos e regulatórios deste setor, causando instabilidade aos investidores.

Uma das principais críticas ao modelo de exploração da área do pré-sal é a criação do consórcio obrigatório com a Petrobrás sem licitação, ou seja, caberá a essa empresa uma fatia considerável da exploração destas riquezas, sem que precise submeter-se ao certame público.

IV – CRÍTICAS AO NOVO MODELO DE EXPLORAÇÃO DO PETRÓLEO NO BRASIL APÓS A DESCOBERTA DO PRÉ-SAL E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ENVOLVIDOS

A doutrina vem divergindo acerca do novo modelo de exploração das prováveis e imensas jazidas de hidrocarbonetos líquidos, fluidos e gasosos descobertas na área de mar territorial brasileiro, denominada como pré-sal (área definida em lei, como evidenciado anteriormente).

¹⁰ Nos termos da palestra conferida no VII Simpósio sobre Agências Reguladoras ocorrido no Rio de Janeiro, em 28 e 29 de abril de 2011, organizado pelo IDBP.

Alguns doutrinadores, como Alexandre Aragão¹¹, asseveram que, em última análise, o Petróleo e os demais hidrocarbonetos são propriedade da União, conforme assegurado pela Constituição da República, amparada em leis infraconstitucionais próprias e, por tal motivo, cabe à União decidir a forma de exploração destas riquezas. Dessa forma, o regime de partilha seria juridicamente amparado e consoante com o texto constitucional.

Outro posicionamento doutrinário defende que o novo modelo de partilha para a exploração da camada do pré-sal dá origem a grande insegurança no cenário econômico, principalmente quando se leva em conta as vultosas quantias e o emprego de pesquisas e tecnologias, que exigem investimentos a longo prazo.

Nessa linha de argumentação, a mudança dos marcos regulatórios para exploração de determinados setores da economia, especificamente do setor da exploração do petróleo, atentaria contra o princípio da segurança jurídica, a proibição de retrocesso, dentre outros, atingindo igualmente os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Mudança tão radical da legislação, sem amplo debate prévio, poderá frustrar também os princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da isonomia.

As alterações legislativas, a despeito das novas pesquisas e ¹²descobertas de jazidas neste setor, acabariam por desestimular e afastar novas pesquisas e investimentos da iniciativa privada. Os investidores não podem perder a confiança (princípio da confiança legítima) em seus investimentos em determinado setor econômico, de determinado país, especialmente quando os mesmos envolvem alta complexidade tecnológica e correspondente exigência de recursos de toda ordem.

Conforme alguns doutrinadores, em respeito aos princípios constitucionais em jogo, o modelo de exploração do petróleo não poderia ser alterado, devendo ser mantido o regime da concessão. Nessa ordem de entendimento, indica-se aumento da forma de cobrança das parcelas de contrapartida pela exploração das riquezas. Acrescente-se a esse cenário a previsão legislativa de parte da camada do pré-sal (no mínimo 30 %) ser

¹¹ Nos termos da palestra conferida no VII Simpósio sobre Agências Reguladoras ocorrido no Rio de Janeiro, em 28 e 29 de abril de 2011, organizado pelo IDBP.

¹² A Lei do Petróleo (Lei 9.478/1997) prevê, em seu artigo 45, a cobrança no contrato de concessão, que deverá ser previamente prevista no contrato de licitação das seguintes participações: I – bônus de assinatura; II – royalties; III – participação especial; IV – pagamento pela ocupação ou retenção de área.

reservada à Petrobrás sem licitação, o que atentaria diretamente contra os princípios invocados¹³.

Alguns críticos das novas regras de exploração do petróleo no Brasil ainda se insurgem contra a criação do consórcio obrigatório com a Petrobrás, o que ofenderia os princípios da autonomia da vontade, da liberdade de associação e de iniciativa e proporcionalidade.

Por fim, ainda se ouvem críticas à criação da empresa pública Petro-Sal, e conseqüente esvaziamento da agência reguladora existente – ANP. Tal iniciativa violaria diversos princípios constitucionais, especialmente o da economicidade, que acarretará o inevitável inchaço da máquina administrativa e o da própria moralidade administrativa.

Outro ponto a ser destacado é que a Petro-Sal receberá sua participação na exploração da camada do pré-sal, sem prévia licitação e, por tais participações, não pagará royalties, bônus de assinatura ou qualquer outra contrapartida.

Dadas as atribuições legais à Petro-Sal e diante de sua natureza, criou-se verdadeiro conflito de atribuições, pois caberão à estatal atribuições reguladoras do setor, dentre outras.

Diante do exposto, nos deparamos com os fundamentos do debate existente e os inevitáveis questionamentos acerca da (in)constitucionalidade de alguns artigos da Lei 12.351/2010. Esta lei, de suma importância para o futuro do país, regulou a exploração mediante o sistema de partilha das jazidas da camada do pré-sal, criando consórcio obrigatório entre a Petrobrás e demais empresas privadas que pretendam concorrer à licitação (inclusive a própria Petrobrás), além de criar a empresa estatal Petro-Sal, que receberá parcela de participação na exploração da atividade e terá, dentre outras atribuições, o papel legal de exercer a correção do setor, como uma espécie de *longa manus* da própria União, através da Presidência da República e do Ministério das Minas e Energia. ♦

¹³ Vide a orientação da Jurisprudência do STF ao ser declarado no voto do Min. Eros Graus que: “a Petrobrás não é prestadora de serviço público. Não pode ser concebida como delegada da União. Explora atividade econômica em sentido estrito, sujeitando-se ao regime jurídico das empresas privadas (§ 1º, II, do artigo 173 da CR/88). Atua em regime de competição com as empresas privadas que se disponham a disputar, no âmbito de procedimentos licitatório (artigo 37, XXI da CR/88), as contratações previstas no § 1º do artigo 177 da Constituição do Brasil.”

As Agências Reguladoras em seu Poder-Dever de Fiscalização: Uma Análise Crítica

Fernanda Rosado de Souza

*Juíza de Direito da 7ª Vara de Órfãos e Sucessões -
Capital*

Neste estudo, inicialmente, procura-se traçar breve histórico das agências reguladoras, além de identificar a função de fiscalização da qual se ocuparão as mesmas, conforme a legislação vigente no país.

Como se sabe, o Estado centralizado e forte, característico da primeira metade do século passado tem sua origem nos modelos estatais ibéricos, dos quais o Brasil herdou o paternalismo, o assistencialismo e o patrimonialismo, típicos do passado colonialista, que contribuíram para hipertrofia das estruturas estatais. Conforme diversos analistas, essa influência tem comprometido significativamente a eficiência do poder público na gestão dos serviços e políticas de sua competência.

Nesse contexto, transcorridos alguns séculos, por influência de agentes internacionais que administravam a economia, sentiu-se necessidade de promover “reengenharia do Estado”, por meio de processo de descentralização, levada a efeito em duas vertentes: no chamado *downsizing*, a redução do tamanho do Estado a proporções mais apropriadas ao desempenho de suas tarefas, e na *privatização*, pela qual foram devolvidas ao setor privado e ao livre mercado as atividades estatizadas.

Não se pode perder de vista que se, de um lado, a superação desse período de intervencionismo exagerado, segundo alguns analistas, foi muito bem-vinda, de outro, houve quem considerasse que um liberalismo exacerbado poderia acarretar afastamento do Estado de suas funções essenciais, vez que, na prática, se optou por um modelo em que, a um só tempo, estimulou a iniciativa privada, sob o argumento de atender ao clamor pela eficiente prestação do serviço e resultou em afastamento do poder público

do controle dos mecanismos pelos quais atividades tipicamente públicas e outrora estatais passaram a ser desenvolvidas por entidades privadas.

A esse contexto remonta a criação das Agências Reguladoras, cujo papel seria o de mediador entre o Estado, os entes delegatários dos serviços públicos e os usuários desses serviços. Munidas de poder *normativo* e dotadas de autonomia política, financeira, normativa e de gestão, as agências representariam aceno positivo à população receosa das consequências da entrega pura e simples de atividades tipicamente públicas às mãos de particulares, quando se sabe que o Estado Social Democrático, ainda que submetido à reengenharia aludida, pautava-se (ou deveria pautar-se) na busca do bem-estar social, mediante prestação adequada do serviço público, enquanto a produção de riquezas deveria restar concernente apenas à esfera do setor privado.

Traduzindo-se em serviços essenciais ao bem comum, de responsabilidade, portanto, do Estado, foi para a segurança e o controle de sua prestação que se conceberam as Agências Reguladoras, cuja função seria ditar as normas de condução entre os agentes envolvidos, como se disse: o Poder Público, o prestador dos serviços e os usuários.

Muito já se discutiu na doutrina especializada sobre a autonomia regulatória das agências no que se refere aos seus atos normativos, concluindo-se que são investidas de poder normativo, a dispensar remissão a decreto ou lei específica, desde que respeitem estritamente o sistema legal. Guardados esses requisitos, a autonomia se justifica em função da especialização técnica envolvida nos atos por elas praticados, o que, na prática, torna inviável a exigência de prévia lei a cada comando regulatório.

O poder de fiscalização das agências, contudo, é comumente referido apenas no contexto de críticas proferidas pelas entidades sujeitas à fiscalização, segundo as quais a interferência do órgão regulador resultaria em entraves e ingerência indevida no desenvolvimento das atividades de sua competência.

É o exemplo das frequentes queixas bradadas pela indústria do cigarro sobre as exigências impostas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA relativamente à limitação da plantação de fumo, à exposição das embalagens de cigarro e à obrigatoriedade de que sejam nelas inseridos avisos e fotografias que sirvam como alerta ao consumidor sobre os riscos do tabagismo.

Passando ao largo de análise mais profunda sobre essas limitações específicas e reconhecendo as dificuldades com que necessariamente esbarará qualquer tentativa de limitar-se a fronteira entre a “praça” e o “jardim” em uma sociedade na qual o paradoxo inerente ao binômio globalização-individualismo compromete a convivência pacífica entre os seres humanos e a tolerância, sem a qual não é possível a sobrevivência de qualquer coletividade, o objetivo das considerações aqui expostas em breve síntese é outro.

É que, voltadas às queixas sobre a interferência das agências reguladoras em sua autonomia e no que se tende a designar como mitigação ao princípio da livre iniciativa, as entidades fiscalizadas olvidam, não raro, que, ao desenvolver serviços de caráter público e essencial, devem submeter-se a regras específicas, traçadas por um Estado ainda preocupado com o bem-estar social e com a pacificação de conflitos que se constituem em sua razão de ser.

Pensar o contrário significaria admitir a lamentável prevalência de um Poder Público de *“compromissos apenas verbais e epidérmicos com o bem-estar social apregoado retoricamente embora como sua finalidade.”*¹

Quando contempladas por concessões e permissões de serviços de tamanha relevância, como a distribuição de energia elétrica e de gás, a operação do transporte público, ou a prestação de serviço de assistência à saúde, dentre outros, estão as entidades privadas cientes dos ônus e dos bônus (se muitos são os ônus, sabe-se que os bônus não as podem decepcionar) que passam a assumir.

É de surpreender, portanto, o fato de raramente se ouvirem críticas não à chamada interferência indevida das agências na esfera de autonomia dessas entidades privadas, mas à ausência de uma resposta à sociedade sobre as falhas que vêm sendo reiteradamente demonstradas por diversas concessionárias/permissionárias que, a despeito de há muito virem incorrendo em graves falhas e incidentes, prosseguem a cometê-las.

Explosões em bueiros, ora de responsabilidade da CEG (companhia estatal de gás), ora atribuídas à Light (companhia de energia elétrica); violações aos direitos do consumidor frequentemente engendradas pela Light, como se dá no caso da lavratura do famoso TOI, Termo de Ocorrência de Irregularidade, já tantas vezes repudiado pelo Poder Judiciário, na gran-

¹ Diogo de Figueiredo Moreira Neto, in prefácio a *Direito Administrativo das Concessões*, Marcus Juruena Villela Souto, página XV, Ed. Lúmen Iuris, 2004.

de maioria dos casos, sem sucesso; ilicitudes diariamente cometidas por seguradoras de saúde que, incumbidas da prestação do serviço de maior relevância dentre aqueles atribuídos ao Estado – dada sua relação com o direito à saúde e à vida – deixam seus usuários ao desamparo e o caos instaurado na prestação de todos os tipos de serviço de transporte (ferroviário, aeroviário, metroviário e aquaviário) se inserem em um quadro merecedor de toda preocupação e atenção das agências reguladoras, como órgãos concebidos exatamente para a finalidade de propiciar, de um lado, a descentralização, conciliada ao desenvolvimento dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, sem, contudo, de outro, comprometer a atuação do Estado na persecução de seus fins sociais.

E não se pode ignorar que o objetivo primeiro da desestatização foi assegurar o respeito ao princípio da eficiência, prestigiado pela Constituição da República, em um Estado Social Democrático, considerado inábil a observá-lo, sem a tão reclamada descentralização, adotada precisamente como solução a um problema estrutural jamais resolvido, quer no modelo centralizado, quer, infelizmente, no atual modelo estatal.

Exemplificam-se, a partir de agora, casos em que a atuação das agências reguladoras, em sua função de fiscalização, vem sendo insatisfatória.

Como ilustração, traz-se a exame matéria jornalística publicada em 04/04/2011 pelo Jornal O Dia sobre o episódio relacionado à explosão de bueiros no Centro e em Copacabana:

*“Na região apontada pela própria Light como de maior risco de explosões de bueiros, por onde estão espalhadas as câmaras subterrâneas sem manutenção, Centro e Copacabana podem ser considerados dois ‘vulcões’ prontos a entrar em erupção. São os bairros líderes em acidentes, que chegam a, pelo menos, um por mês. De janeiro de 2010 a abril deste ano, só de casos noticiados foram 15, entre estouros, curto-circuitos e fumaça. Desses, sete aconteceram no bairro da Zona Sul e seis no Centro. Os outros foram registrados em Ipanema e no Flamengo. Há 130 bueiros com risco de explosão no Centro e na Zona Sul, segundo o presidente da concessionária de energia, Jerson Kelman. O plano de reparo dos bueiros, iniciado no meio do ano passado, será concluído até dezembro deste ano, diz **a empresa.**”*

Mas o prefeito do Rio, Eduardo Paes, afirmou que uma empresa de auditoria será contratada para avaliar os procedimentos da concessionária. (...)”

A esse respeito, cumpre admitir conhecimento de notícias de medidas que Aneel (Agência Nacional de Energia Elétrica) pretenderia adotar, não apenas relativamente à aplicação de penalidades às concessionárias, mas também na busca pela prevenção a novos acidentes. No entanto, não há como deixar de considerar que a insegurança decorrente desses episódios é inegável, pelo simples fato de que o acidente deixou evidente a falha no desenvolvimento da atividade minimamente exigível das concessionárias, qual seja, a de manutenção e reparo de sua rede, deficitária ao ponto de levar à catastrófica e inimaginável consequência de explosões em plenos centros urbanos...

Com relação ao transporte público, a situação não parece diferente... A rede ferroviária, há muito sabidamente precária, não demonstra avanço algum. Se a falha nesse setor do serviço de transporte já era de todos conhecida há tempos, tem-se agora também o caos aeroviário, aliado aos problemas enfrentados pelos usuários das barcas e, num arremate inesperado, as falhas identificadas também no sistema metroviário, que, há pouco considerado dos únicos ainda eficientes, revela-se hoje também comprometido, inclusive por arrastões e roubos, cuja deflagração não pode ser considerada questão afeta apenas à segurança pública.

Nesse contexto, a população clama agora pela atuação mais incisiva das agências reguladoras, expressão, ainda, do Estado Democrático de Direito que as instituiu como forma de atender ao princípio da eficiência, que a elas também se aplica.

Vive-se momento crucial na análise de seu desempenho e demanda-se esperançosamente por respostas efetivas à sociedade. ♦

Regulação Econômica na Área do Petróleo e Gás

Mônica Ribeiro Teixeira

Juíza de Direito da 1ª Vara Cível – Belford Roxo

O presente estudo trata de caso concreto sobre a possibilidade de empresa concessionária de distribuição de gás canalizado participar de projeto de cogeração de energia, visando ao fornecimento de energia elétrica e vapor para a unidade de exploração e produção de empresa produtora de petróleo.

A esse respeito, de pronto, cumpre mencionar que o *caput* do art. 175 da Constituição da República dispõe que incumbe ao Poder Público a prestação de serviços públicos, na forma da lei, diretamente, ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação.

Ademais, de acordo com a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, a concessão de serviços públicos:

“...é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço”.

O gás natural será utilizado para transformação em energia elétrica e vapor, para consumo integral da unidade de exploração e desenvolvimento. A questão é saber se tal procedimento representa algum tipo de infração ao contrato de concessão do serviço público.

As concessionárias do serviço público de distribuição de gás canalizado são, normalmente, as grandes compradoras de gás, embora, em Estados que não estabeleçam um regime de monopólio, se possa cogitar da

figura do *by pass*, viabilizando a aquisição pelo usuário final diretamente do produtor; no caso de ser utilizada a rede do distribuidor, este deverá ser razoavelmente remunerado.

É importante mencionar que o mercado de gás é composto de três segmentos principais: a produção, o transporte e a distribuição. Por suas características, os segmentos de transporte e distribuição, que fazem intenso uso de redes, são, no atual estágio de desenvolvimento tecnológico e econômico, monopólios naturais, previstos na Constituição Federal nos arts. 177, IV (monopólio da União) e 25, § 2º (monopólio dos Estados). A produção de gás natural, ao contrário, pode ser desenvolvida economicamente por diversos agentes – concessionários de geração e importadores – e consiste, portanto, em segmento passível de funcionar sob regime de concorrência. O que se tem, então é um segmento potencialmente competitivo que depende, no entanto, das instalações de transporte – monopólio natural – para atingir o adquirente do gás. A solução encontrada pela experiência regulatória mundial e seguida pela legislação brasileira para esse tipo de situação é a garantia de livre acesso para que terceiros – que não o proprietário – possam se valer da infraestrutura de transporte para o gás adquirido.

Além da figura do *by pass*, é importante ainda analisar se o contrato de distribuição de gás canalizado exige que a concessionária de distribuição tenha apenas esta atividade, vedado o exercício de outra (hipótese que exigiria a constituição de sociedade específica para tanto).

A cadeia de gás e do petróleo é descrita na pesquisa de estudos setoriais do ENERGE e COPPE/UFRJ da seguinte forma:

“A indústria de petróleo constitui uma cadeia de atividades que vai desde a prospecção de uma jazida até a distribuição de derivados ao consumidor. Consequentemente, caracteriza-se por uma grande heterogeneidade tecnológica e uma vasta gama de processos produtivos. Os principais segmentos da indústria de petróleo são, a montante (upstream), exploração e produção e a jusante (downstream), transporte, refino e distribuição.”

O consumo de gás natural, com o intuito de geração de energia elétrica (termoelectricidade) tem impulsionado a expansão do mercado de gás natural.

A parcela de gás natural seco destinada à geração elétrica, tanto por serviço público quanto por autoprodutores, advém da projeção da oferta de energia elétrica; isto é, estima-se a parcela a partir da demanda de gás natural das centrais de geração de energia elétrica. A demanda de gás para a geração elétrica depende da expansão da oferta, definida pelo módulo de oferta de energia elétrica.

As atividades privadas de interesse geral, como a cadeia de gás, são submetidas à regulação, que consiste em intervenção mediante ponderação entre os custos e os benefícios envolvidos na relação entre Estado, fornecedor e destinatário da produção.

No Brasil, a regulação de gás industrial encontra-se sob a responsabilidade tanto da esfera federal, quanto da estadual.

O art. 8º da Lei nº 9.478/97 estabelece que a Agência Nacional de Petróleo – ANP deve promover a regulação, contratação e fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo. Compete à ANP autorizar e fiscalizar o exercício das demais atividades da cadeia, excetuando-se a exploração dos serviços estaduais de gás canalizado.

No presente caso, a atuação da ANP deve ser conjugada com a regulação do setor elétrico, pois a concessionária da exploração do petróleo pretende ser, ela mesma, com o auxílio de terceiros, a produtora de energia, a partir do gás por ela gerado, inserindo-se na esfera de regulação da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL.

A Lei nº 9.074/95 estabelece normas para outorgas e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Já a Lei nº 9.427/96 foi a que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, atribuindo-lhe o poder concedente e disciplinando o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica.

A produção de energia elétrica por produtor independente e por autoprodutor depende da concessão ou autorização para efeitos de produção de energia elétrica, tanto para os autoprodutores quanto para os produtores independentes, sendo regulada pelo Decreto nº 2.003/96. Somente não haverá a necessidade de concessão ou autorização pelo Poder Público se o potencial hidráulico não envolver uso de bem público e a cogeração de energia tiver capacidade inferior a 5.000 Kw de potência. Nesse caso, haverá a necessidade apenas de comunicação para fins de regulação e fiscalização.

O processo de cogeração de energia deverá, igualmente, cumprir todas as exigências determinadas pela Resolução nº 21/00 da ANEEL, como situação regular perante a Agência Nacional de Energia Elétrica, atendimento dos requisitos mínimos de racionalidade energética, cumprimento da finalidade da energia gerada e apresentação de balanço energético. Trata-se de processo de mera qualificação, mediante requerimento que tem natureza de poder de polícia, mais uma vez desvinculado da prestação do serviço público concedido.

Os autoprodutores têm na energia apenas um insumo para sua atividade, que, para eles, representa custo, pois produzem para próprio consumo, deixando assim de consumir do sistema público e viabilizando a ampliação da oferta de energia sem o emprego de recursos públicos.

O conceito de transformação de energia elétrica pode estar eventualmente anexado ao transporte ou à distribuição de energia. De acordo com Walter Tolentino Álvares, em Curso de direito de Energia. Rio de Janeiro. Editora Forense. 1978. p. 197: “(...) *Transformação de energia elétrica (...) será considerada, quando existente, como parte do serviço a que corresponder, de sorte que, pode estar eventualmente anexada ao transporte ou à distribuição de energia elétrica.*”

Mas, esta não parece ser a hipótese de transformação em exame, já que o processo não chega a invadir as etapas de transporte e distribuição, desenvolvendo-se na própria etapa de geração.

E ainda dispõe o Decreto nº 2003/96, nos arts. 27 e 28, nas disposições relativas ao autoprodutor:

“Art. 27. A outorga de concessão ou de autorização a autoprodutor estará condicionada à demonstração, perante o órgão regulador e fiscalizador do poder concedente, de que a energia elétrica a ser produzida será destinada a consumo próprio, atual ou projetado.

Art. 28. Mediante prévia autorização do órgão regulador e fiscalizador do poder concedente, será facultada:

I - a cessão e permuta de energia e potência entre autoprodutores consorciados em um mesmo empreendimento, na barra da usina;

II - a compra, por concessionário ou permissionário de serviço público de distribuição, do excedente da energia produzida;

III - a permuta de energia, em montantes economicamente equivalentes, explicitando os custos das transações de transmissão envolvidos, com concessionário ou permissionário de serviço público de distribuição, para possibilitar o consumo em instalações industriais do autoprodutor em local diverso daquele onde ocorre a geração.”

É possível, portanto, concluir que, em princípio, a situação da concessionária da exploração de petróleo, ora em exame, se adéqua ao conceito de autoprodutor de energia nos moldes do disposto nos arts. 27 e 28 do Decreto nº 2003/96. ♦

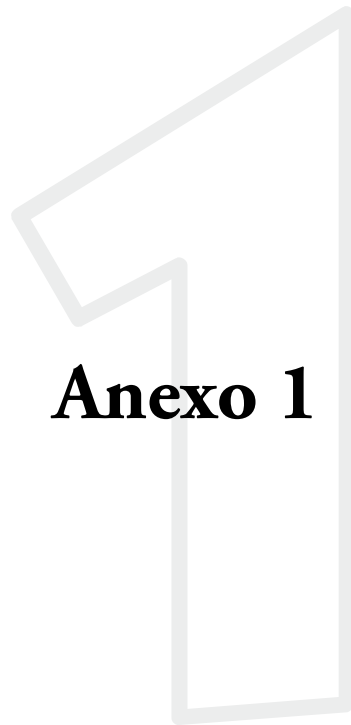
BIBLIOGRAFIA:

MELLO. Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 13ª edição. São Paulo. Malheiros Editores. 2001. p. 622.

SOUTO. Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo em Debate**. Editora Lumen Júris. Rio de Janeiro. 2004. p. 399 a 414.

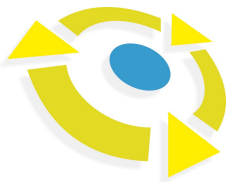
TAVARES, Márcia Prates. ROCHA, Bolívar Moura. SILVA CORRÊA, Octávio Carneiro. "Princípio do Livre Acesso e Investimentos no Mercado de Gás Natural". In **A Regulação da infraestrutura no Brasil – balanços e propostas**. São Paulo: IOB – Thomson. 2003. p. 117.

TOLMASQUIM, Maurício Tiommo e SZKLO, Alexandre Salem. **A Matriz Energética Brasileira na Virada do Milênio**. Rio de Janeiro: COPPE/UFRJ; Energe. 2000. p. 450 e 486.



Anexo 1

Programação do evento



VII FÓRUM BRASILEIRO SOBRE AS
AGÊNCIAS REGULADORAS
HOMENAGEM A MARCOS JURUEMA VILLELA SOUTO

Período

28 e 29 de abril de 2011

Coordenação Científica

Prof. Flávio Amaral Garcia (RJ)
Prof. Paulo César Melo da Cunha (RJ)
Prof. Paulo Modesto (BA)

Local

Auditório do Hotel Rio Othon Palace - RJ
Av. Atlântica nº 3264 - Copacabana



APRESENTAÇÃO

O marco legal das agências reguladoras no Brasil, sua independência e funcionamento, permanecem no centro do debate nacional, motivando a contribuição de juristas, economistas e administradores. Questões relacionadas ao controle das agências e ao grau de sua independência, o seu papel na atração e estabilização de investimentos produtivos, bem como questões relacionadas ao campo de atuação regulatória das agências, face às liberdades e direitos fundamentais dos usuários e das empresas, delimitam campo temático que interessa a um número crescente de especialistas, órgãos e empresas, especialmente neste momento, quando é rediscutida no Congresso Nacional a disciplina das Agências Reguladoras.

Para aprofundar o debate sobre essa temática, após o sucesso das edições anteriores do evento, o VII Fórum Brasileiro sobre as Agências Reguladoras

reunirá no Rio de Janeiro, em dois dias inteiros, renomados agentes políticos e alguns dos mais destacados especialistas do país para uma avaliação pluralista e abrangente da atuação das Agências Reguladoras no Brasil, de temas regulatórios essenciais ao desenvolvimento do país e de propostas de alteração do seu marco legal.

A edição deste ano será uma homenagem especial ao Prof. Marcos Juruena Villela Souto, falecido na última quadra de 2010, cuja contribuição ao estudo da regulação econômica e do próprio regime de atuação das Agências Reguladoras é destacada por todos os especialistas. Marcos Juruena Villela Souto participou intensamente de todas as edições anteriores do Fórum Brasileiro sobre as Agências Reguladoras realizadas em Brasília. O evento é nesta edição transferido para a sua terra natal e realizado na data de seu aniversário como homenagem sincera de seus amigos e admiradores.

PROGRAMAÇÃO:

DIA 28 – ABRIL – 2011 – QUINTA-FEIRA REGULAÇÃO E ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

08:00 – 09:00 Credenciamento

09:00 – 12:00 **CONFERÊNCIAS DE ABERTURA**

Conferencistas:

Ministro José Eduardo Cardozo (DF)

– REFORMA DO MARCO LEGAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

Ministro de Estado da Justiça

Vanice Regina Lirio do Valle (RJ)

– AGÊNCIAS REGULADORAS E GOVERNANÇA: PARTICIPAÇÃO E ENRIQUECIMENTO DO PROCESSO DECISÓRIO

Pós-doutorado em Administração na EBAP/FGV. Doutora em Direito pela UGF. Professora do PPGD/UNESA. Procuradora do Município do Rio de Janeiro.

Carlos Ari Sundfeld (SP)

– DIREITO ADMINISTRATIVO EMPRESARIAL: O ESTADO DA ARTE.

Professor de Direito Administrativo da PUC-SP e da Escola de Direito da FGV-SP. Doutor em Direito. Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público. Advogado em São Paulo. Membro da Comissão de Juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto de Lei de Normas Gerais sobre Administração Pública Direta e Indireta, Entidades Paraestatais e Entidades de Colaboração.

12:00-14:00 Intervalo para Almoço

14:00- 16:00 TEMA CENTRAL:

CONTROLE SOCIAL E LIMITES DE ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS

Conferencistas:

Egon Bockmann Moreira (PR)

– AGÊNCIAS REGULADORAS, PROCESSO ADMINISTRATIVO E PARTICIPAÇÃO POPULAR: AUDIÊNCIAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DE 3ª DIMENSÃO.

Professor do Mestrado e Doutorado da UFPR. Mestre e Doutor em Direito do Estado pela UFPR. Pós-Graduado em Regulação Pública pela Universidade de Coimbra. Diretor da Revista de Direito Público da Economia. Advogado.

Sérgio Guerra (RJ)

– LIMITES DE ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NA DISCIPLINA DA PROPAGANDA DE PRODUTOS COMERCIAIS: PODER DE POLÍCIA REFORÇADO OU PODER NORMATIVO?

Professor Titular da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas - RJ (Graduação e Mestrado). Doutor e Mestre em Direito. Diretor Executivo da Revista de Direito Administrativo - RDA e Coordenador do Mestrado Profissional em Poder Judiciário.

Debates

16:00-16:30 Intervalo para Café

16:30 - 18:30 TEMA CENTRAL:

FUNÇÃO NORMATIVA, CONTROLE E AUTONOMIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Conferencistas:

Floriano de Azevedo Marques Neto (SP)

– **APERFEIÇOAMENTOS DA DISCIPLINA SOBRE AS AGÊNCIAS REGULADORAS, SEU CONTROLE E ATUAÇÃO, NO ANTEPROJETO DE NOVA LEI ORGÂNICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.**

Professor de Direito Administrativo da USP e da Fundação Getúlio Vargas (FGV). Doutor em Direito pela USP. Livre-Docente pela USP. Advogado. Membro da Comissão de Juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto de Lei de Normas Gerais sobre Administração Pública Direta e Indireta, Entidades Paraestatais e Entidades de Colaboração.

Paulo Modesto (BA)

– **REGULAMENTOS DE ORGANIZAÇÃO E AUTONOMIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.**

Professor de Direito Administrativo da UFBA. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Público (IBDP) e do Instituto de Direito Administrativo da Bahia (IDAB). Promotor de Justiça. Membro e Secretário Geral da Comissão de Juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto de Lei de Normas Gerais sobre Administração Pública Direta e Indireta, Entidades Paraestatais e Entidades de Colaboração.

Fabrizio Motta (GO)

– **REDISCUINDO OS LIMITES DA FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS: NOVAS QUESTÕES.**

Professor de Direito Administrativo da UFGO. Mestre e Doutor em Direito. Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas dos Municípios de Goiás. Presidente do Instituto de Direito Administrativo de Goiás (IDAG).

Debates

DIA 29 – ABRIL – 2011 – SEXTA-FEIRA

REGULAÇÃO ECONÔMICA E ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

09:00 – 12:00 TEMA CENTRAL:

REGULAÇÃO DO SETOR ELÉTRICO E DA EXPLORAÇÃO DE RECURSOS HÍDRICOS E MINERAIS

Conferencistas:

Elena Landau (RJ)

– **REGULAÇÃO JURÍDICA DO SETOR ELÉTRICO: EQUILÍBRIO DOS CONTRATOS, PRORROGAÇÃO E LIMITES DA DISCIPLINA DA ANEEL.**

Professora da PUC-RJ. Mestre em Economia pela PUC-Rio e Advogada especializada em regulação. Diretora executiva da Elandau Consultoria Econômica. Consultora do escritório de advocacia Sérgio Bermudes, RJ.

José dos Santos Carvalho Filho (RJ)

– **CONCESSÃO DE DIREITO DE PESQUISA E EXPLORAÇÃO DE RECURSOS HÍDRICOS E MINERAIS: QUESTÕES ATUAIS.**

Professor de Direito Administrativo da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Direito pela UFRJ. Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (aposentado). Consultor Jurídico do MP/RJ.

Flavio de Araújo Willeman (RJ)

– **AS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO: CRÔNICA DE JURISPRUDÊNCIA NO STF.**

Professor da EMERJ, da graduação e pós-graduação da UCAM e da pós-graduação da UFF Mestre em Direito Empresarial pela UCAM. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Advogado. Responsável pelo Curso de Pós-graduação em Direito do Estado e da Regulação da FGV-RJ.

Debates

12:00-14:00 Intervalo para Almoço

14:00- 16:00 TEMA CENTRAL:

REGULAÇÃO ECONÔMICA NA ÁREA DO PETRÓLEO E GÁS

Conferencistas:

Gustavo Binenbojm (RJ)

– **A LEI 12.304/2010 E A PARTILHA DE COMPETÊNCIAS ENTRE A PRÉ-SAL PETRÓLEO S.A. E A AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO.**

Professor Adjunto de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da UERJ. Professor da Pós-Graduação da FGV- RJ. Doutor e Mestre em Direito Público pela UERJ. Master of Laws (LL.M.) pela Yale Law School (EUA). Procurador do Estado. Advogado.

Alexandre Aragão (RJ)

– CONTRATO DE PARTILHA DE PETRÓLEO E GÁS: PECULIARIDADES DO MODELO BRASILEIRO.

Professor Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo - USP. Mestre em Direito Público pela UERJ. Procurador do Estado do RJ. Advogado.

16:00-16:30 Intervalo para Café

16:30 - 18:30 Conferências de Encerramento:

Conferencistas

Jessé Torres Pereira Júnior (RJ)

– EXERCÍCIO DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA POR CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO.

Doutor em Direito Público pela UFRJ. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Flávio Amaral Garcia (RJ)

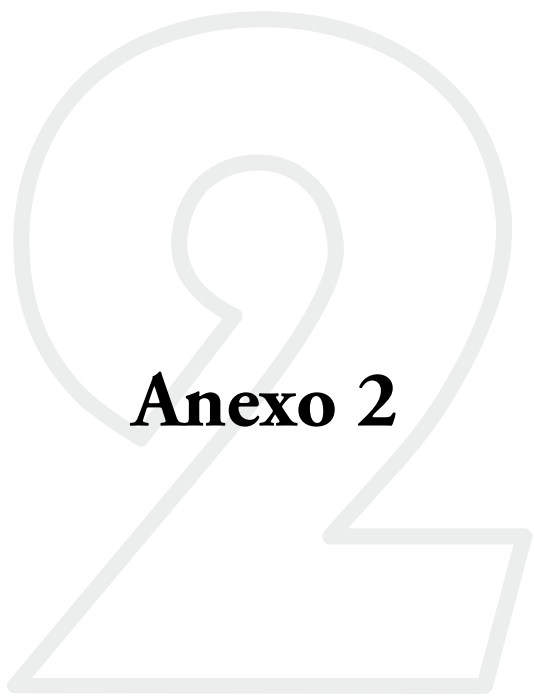
– REGULAÇÃO, PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E INFRAESTRUTURA PARA A COPA DO MUNDO DE 2014.

Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela UCAM. Professor da Pós-Graduação de Direito Administrativo da UERJ, UFF, Escola Superior de Advocacia Pública - ESAP/PGERJ e da Escola de Direito da FGV. Consultor Jurídico.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (RJ)

– A CONTRIBUIÇÃO DE MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO AO DIREITO ADMINISTRATIVO REGULATÓRIO.

Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade Cândido Mendes. Professor Emérito da Escola de Comando e Estado-Maior do Exército. Ex-Procurador Geral do Estado. Advogado.



Anexo 2

Parecer da Enfam



PROCESSO Nº 2011052

PARECER Nº 2011052 – 0022010

ESCOLA: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

CURSO: As Agências Reguladoras

Senhora Coordenadora Acadêmica,

I – RELATÓRIO

A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ solicita, em 17 de março de 2011, o credenciamento do curso intitulado “As Agências Reguladoras”, sob a modalidade presencial, com carga horária de 20 (vinte) horas-aula, oferecidas 50 (cinquenta) vagas. O curso será ministrado nos dias 28 e 29 de abril de 2011.

Ao justificar a necessidade do evento, assim aduz a escola:

“O evento, realizado nos últimos seis anos em Brasília, tem servido não apenas para capacitar servidores e interessados no tema de regulação, mas também como espaço privilegiado para renomados agentes políticos e alguns dos mais destacados especialistas do país avaliar a atuação das Agências Reguladoras no Brasil e temas regulatórios essenciais ao desenvolvimento do país e propostas de alterações do seu marco legal. Questões relacionadas ao controle das agências e ao grau de sua independência, o seu papel na atração e estabilização de investimentos produtivos, bem como questões relacionadas ao campo de atuação regulatória das agências, face às liberdades e direitos fundamentais dos usuários e das empresas.”

O curso proposto tem como objetivo amplo reunir, na cidade do Rio de Janeiro, renomados especialistas e agentes políticos do país para uma avaliação abrangente da atuação das Agências Reguladoras no Brasil, com enfo-

que nas questões relacionadas ao campo da atuação regulatória das agências face às liberdades e direitos fundamentais dos usuários e das empresas.

A abordagem pedagógica privilegiará aulas expositivas em formato de fóruns.

A avaliação do cursista será feita mediante a observação de três critérios: 1) relacionamento interpessoal, pontualidade, interesse, postura, participação nas atividades presenciais da classe, além de frequência mínima de 75% (setenta e cinco por cento) das aulas do curso na modalidade presencial. Esta aferição será feita através de cartão de identificação, em relógios fixados nas entradas dos auditórios; 2) apresentação de trabalho contendo de 5 (cinco) a 8 (oito) laudas, no qual será aplicado o conhecimento abordado a um caso concreto. A esse trabalho será conferido conceito ótimo, bom, regular ou insuficiente; 3) ficha de avaliação do curso: a correção do trabalho está condicionada à entrega dessa ficha preenchida e, ainda, ao estudo de caso.

Ao término do curso, os alunos/magistrados farão avaliação do curso através de formulário próprio. Farão parte da avaliação itens como: avaliação dos professores, avaliação dos temas apresentados, carga horária, qualidade do material de apoio e integração dos participantes durante o curso, e apoio administrativo prestado pela EMERJ.

O conteúdo programático está assim esquematizado: (Carga Horária Total: 20 horas-aula).

DISCIPLINA:

■ DIREITO ADMINISTRATIVO – Exercício de Polícia por Concessionárias de Serviço Público

CARGA HORÁRIA: 02 horas-aula

EMENTA: Controle da delegação contratual da execução de serviços públicos a concessionárias

CONTEÚDO PROGRAMÁTICO:

1. contextualização do tema. 2. distinção entre fortuito interno e fortuito externo para o efeito de caracterizar-se o nexos de causalidade em caso de danos causados a usuários por concessionárias de serviços públicos. 3. natureza jurídica das irregularidades encontradas em equipamentos medi-

dores de consumo e a possibilidade da interrupção do serviço. 4. troca do sistema de medição e dano moral. 5. tarifa por estimativa e prática abusiva. 6. ilegalidade da tarifa mínima multiplicada pelo número de economias. 7. consumo compatível com a carga instalada e inadimplemento. 8. demora injustificada no fornecimento do serviço a área já provida de rede. 9. cobrança por serviços não prestados. 10. tutela antecipada deferida com o fim de impedir corte no fornecimento como coerção ao pagamento do débito pretérito. 11. a prerrogativa de alteração unilateral de contrato administrativo não se estende a concessionária de serviço público. 12. divisibilidade da cobrança por serviços parcialmente prestados. 13. infração a normas da agência reguladora, quanto à rescisão do contrato por inadimplência do usuário. 14. exercício de função policial por concessionária constitui abuso de direito. 15. conclusão.

OBJETIVO ESPECÍFICO: Alertar os aplicadores do direito para as linhas divisórias entre o regular exercício e o abuso do direito nas relações entre concessionárias de serviços públicos e usuários desses serviços.

DISCIPLINA:

■ DIREITO ADMINISTRATIVO – concessão de direito de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais: questões atuais

CARGA HORÁRIA: 1 hora-aula

EMENTA: Direito de pesquisa e lavra. Direito de exploração de recursos hídricos. Atos de outorga: concessões e autorizações. Poder regulatório. Entidades de regulação. Questões atuais.

CONTEÚDO PROGRAMÁTICO:

1. recursos minerais e recursos hídricos. Noção introdutória. Competências constitucionais. 2. legislação reguladora. 3. política nacional de recursos hídricos. 4 princípios e objetivos. 5. outorga dos direitos de uso; cobrança de uso. 6. poder regulatório. 7. questões atuais. 8. exploração de recursos minerais. 9. regime de aproveitamento. 10. pesquisa mineral; autorização. 11. lavra; concessão. 12. poder regulatório. 13. questões atuais.

OBJETIVO ESPECÍFICO: Analisar e comentar situações jurídicas e questões controvertidas sobre o poder regulatório sobre atividades de exploração minerais e recursos hídricos.

DISCIPLINA:

■ DIREITO ADMINISTRATIVO – Agências Reguladoras Processo Administrativo e Participação Popular: audiências públicas

CARGA HORÁRIA: 2 horas-aula

EMENTA: As mudanças da sociedade e do direito administrativo. A exigência de participação popular na atuação administrativa.

CONTEÚDO PROGRAMÁTICO:

Questões relacionadas ao controle das agências e ao grau de sua independência, o seu papel na atração e estabilização de investimentos produtivos, bem como questões relacionadas ao campo de atuação regulatória das agências, face às liberdades e direitos fundamentais dos usuários e das empresas, delimitam campo temático que interessa a um número crescente de especialistas, órgãos e empresas.

OBJETIVO ESPECÍFICO: Analisar e debater a participação popular na atuação do Poder Público.

DISCIPLINA:

■ DIREITO ADMINISTRATIVO – Limites da Livre Iniciativa e o Controle das Agências Reguladoras sobre Atividades Econômicas.

CARGA HORÁRIA: 2 horas-aula

EMENTA: Uma análise sobre a possibilidade de as Agências Reguladoras imporem limites à livre iniciativa dos particulares.

CONTEÚDO PROGRAMÁTICO:

Previsão constitucional da livre iniciativa. Aplicações práticas da livre iniciativa. Fundamentos para o controle da livre iniciativa pelas agências reguladoras. Formas de controle pelas Agências Reguladoras.

OBJETIVO ESPECÍFICO: Apresentar as formas de controle da livre iniciativa pelas Agências Reguladoras.

DISCIPLINA:

■ DIREITO ADMINISTRATIVO - Direito Administrativo empresarial: o estado da arte.

CARGA HORÁRIA: 1 hora-aula.

EMENTA: Situações em que o Poder Público pode atuar com a qualidade de empresário nas relações jurídicas.

CONTEÚDO PROGRAMÁTICO:

O que é Direito Administrativo e Empresarial. A sua aplicação e formas de atuação.

OBJETIVO ESPECÍFICO: Apresentar as possibilidades de atuação no direito administrativo empresarial.

DISCIPLINA:

■ DIREITO ADMINISTRATIVO – Limites de Atuação das Agências Reguladoras na disciplina da propaganda de produtos comerciais.

CARGA HORÁRIA: 1 hora-aula

EMENTA: Questionar sobre os limites e a forma de atuação das agências reguladoras na fiscalização da propaganda de produtos comerciais.

CONTEÚDO PROGRAMÁTICO:

Fundamentos para o controle da propaganda de produtos comerciais. Limites de atuação das agências reguladoras. Legitimidade da atuação das agências reguladoras.

OBJETIVO ESPECÍFICO: Analisar e comentar sobre a atuação das agências reguladoras no Poder de Polícia da propaganda de produtos comerciais.

DISCIPLINA:

■ DIREITO ADMINISTRATIVO – Aperfeiçoamento da disciplina sobre Agências Reguladoras, seu controle e atuação, no Anteprojeto.

CARGA HORÁRIA: 1 hora-aula

EMENTA: Anteprojeto da nova Lei Orgânica da Administração Pública. Sugestões de controle e atuação das Agências Reguladoras.

CONTEÚDO PROGRAMÁTICO:

Controle e atuação das Agências Reguladoras no Anteprojeto da Lei Orgânica da Administração Pública.

OBJETIVO ESPECÍFICO: Analisar e comentar sugestões de tratamento das Agências Reguladoras no Anteprojeto da Lei da Administração Pública.

DISCIPLINA:

■ DIREITO ADMINISTRATIVO - Regulamentos de organização e autonomia das Agências Reguladoras.

CARGA HORÁRIA: 2 horas-aula

EMENTA: Regulamentos de Organização e autonomia das Agências Reguladoras: regulamentos administrativos e regulamentos de organização – competência do Presidente da República – limitações-pressupostos-autonomia das agências reguladoras.

CONTEÚDO PROGRAMÁTICO:

Distinção dos regulamentos administrativos e regulamentos de organização. Limites de emprego dos regulamentos de organização: limites objetivos e subjetivos. A autonomia das agências reguladoras, dimensão e estruturação legal.

OBJETIVO ESPECÍFICO: Destacar os pressupostos e limites do uso dos decretos de organização, previstos na Emenda Constitucional nº 32, pelo Presidente da República, demonstrando que não podem ser utilizados para modificar a estruturação das agências reguladoras, fragilizando a sua autonomia.

DISCIPLINA:

■ DIREITO ADMINISTRATIVO – Rediscutindo os limites da função normativa das Agências Reguladoras: novas questões.

CARGA HORÁRIA: 1 hora-aula

EMENTA: A natureza da função normativa das Agências Reguladoras. Limites. Controvérsias.

CONTEÚDO PROGRAMÁTICO:

A natureza jurídica da função normativa das Agências Reguladoras. Seus limites. Proteção da esfera individual e controvérsias.

OBJETIVO ESPECÍFICO: Analisar e discutir os limites da função normativa das Agências Reguladoras.

DISCIPLINA:

■ DIREITO ADMINISTRATIVO – Regulação jurídica do setor elétrico: equilíbrio dos contratos, prorrogação e limites da disciplina.

CARGA HORÁRIA: 1 hora-aula

EMENTA: Setor elétrico. Regulação jurídica. Atuação da ANEEL.

CONTEÚDO PROGRAMÁTICO:

Atuação da ANEEL na regulação jurídica do setor elétrico. Contratos e seu equilíbrio. Hipóteses de prorrogação do contrato.

OBJETIVO ESPECÍFICO: Analisar e discutir a atuação da ANEEL nos contratos do setor elétrico.

DISCIPLINA:

■ DIREITO ADMINISTRATIVO – As concessões no serviço público. Crônica de jurisprudência no STF.

CARGA HORÁRIA: 1 hora-aula.

EMENTA: Concessões de serviços públicos. Jurisprudência do STF. Controvérsias.

CONTEÚDO PROGRAMÁTICO:

Conceito de natureza da concessão de serviço público. Controvérsias jurisprudenciais no STF.

OBJETIVO ESPECÍFICO: Analisar e comentar os principais julgados do STF sobre concessões de Serviço Público.

DISCIPLINA:

■ DIREITO ADMINISTRATIVO – A Lei nº 12.304/2010 e a Partilha de Competências entre Pré-Sal Petróleo S.A. e a Agência Nacional.

CARGA HORÁRIA: 1 hora-aula

EMENTA: Lei nº 12.304/2010. Atuação da M.P. Atuação do Pré-Sal Petróleo S.A.. Possíveis conflitos.

CONTEÚDO PROGRAMÁTICO:

Disciplina da Lei nº 12.304/10. Definição de competências. Possíveis conflitos.

OBJETIVO ESPECÍFICO: Analisar e definir as competências entre os órgãos do Poder Público na regulação da exploração de petróleo.

DISCIPLINA:

■ DIREITO ADMINISTRATIVO - Regulação, Parcerias Público-Privadas e Infraestrutura para a Copa do Mundo de 2014.

CARGA HORÁRIA: 2 horas-aula

EMENTA: As parcerias público-privadas e sua aplicação para as obras da Copa do Mundo de 2014.

CONTEÚDO PROGRAMÁTICO:

Previsão legal das parcerias público-privadas. Formas de investimento. Ferramentas para implementação de obras para a Copa do Mundo de 2014.

OBJETIVO ESPECÍFICO: Analisar a Lei da PPPS e apresentar sugestões para sua aplicação nas obras da Copa do Mundo de 2014.

DISCIPLINA:

■ DIREITO ADMINISTRATIVO – A contribuição de Marcos Juruena Villela Souto ao Direito Administrativo regulatório.

CARGA HORÁRIA: 2 horas-aula

EMENTA: Apresentação dos principais posicionamentos doutrinários do Prof. Marcos Juruena e homenagem a sua importância ao Direito Administrativo.

CONTEÚDO PROGRAMÁTICO:

Apresentação dos principais posicionamentos doutrinários do Prof. Marcos Juruena e homenagem a sua importância ao Direito Administrativo.

OBJETIVO ESPECÍFICO: Homenagear a obra e a pessoa de Marcos Juruena e ressaltar a importância de seu trabalho.

Foi apresentada a bibliografia básica que deverá ser sugeridas aos alunos/magistrados. A indicação dos ministrantes veio acompanhada da síntese dos respectivos currículos.

É o Relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Trata-se de curso de aperfeiçoamento de magistrados para fins de promoção por merecimento. A matéria encontra-se disciplinada na Enfam

através da Resolução nº 2, de 17 de novembro de 2007; Instrução Normativa nº 2, de 6 de fevereiro de 2008; e Resolução nº 2, de 16 de março de 2009.

O tema “Agências Reguladoras” se insere no conteúdo previsto nos incisos I, II e III do 8º da Resolução nº 2, de 17 de setembro de 2007.

Art. 8º O conteúdo programático dos cursos incluirá, no mínimo, estudos relacionados com os itens seguintes:

I – alterações legislativas;

II – situações práticas da atividade judicante; e

III – temas teóricos relativos a matérias jurídicas e disciplina afins...”

Ademais, o § 1º do art.2º da Instrução Normativa nº 2, de 16 de fevereiro de 2008, autoriza às escolas a possibilidade de ampliação do conteúdo programático elencado no art. 8º da Resolução nº 2/2007. Tal possibilidade ficou explícita no anexo 2 da Resolução nº 2, de 16 de março de 2009.

“.....os tribunais têm liberdade de conformar o processo de formação permanente e continuada de seus juízes a partir de demandas mais pontuais”.

O conteúdo programático e a carga horária mostraram-se compatíveis entre si, porquanto o tema “Agências Reguladoras” – com foco em assuntos como: regulação e atuação das Agências reguladoras no Brasil, Controle Social e Limites de Atuação das Agências, função normativa, controle e autonomia das Agências Reguladoras, regulação do Setor Elétrico e da exploração de recursos hídricos e minerais e regulação econômica na área de petróleo e gás - será estudado em 20 horas-aula.

Pela análise do currículo, vê-se que os ministrantes são devidamente qualificados para ministrarem o curso, pois têm formação acadêmica relacionada com as disciplinas que vão apresentar.

Quanto à avaliação do cursista, convém lembrar o disposto no anexo 2 da Resolução nº 2/2009: *torna-se importante que haja, para qualquer evento de formação e aperfeiçoamento, instrumento de avaliação uniforme,*

observadas as diretrizes estabelecidas pela Enfam para toda a ação formativa, ou seja, esta deverá contar, no mínimo, com processo e instrumentos de avaliação, entre os quais, obrigatoriamente, um estudo de caso em que possam ser aplicados os conteúdos programáticos.

No presente caso, consistirão da abordagem pedagógica aulas presenciais, fóruns; bem assim, ao final, deverá ser apresentado um trabalho em que aplicarão a um caso concreto o conhecimento ministrado no curso.

O curso será avaliado pelos participantes.

III - CONCLUSÃO

Diante do exposto, preenchidos os requisitos dos atos normativos que regem a matéria (Resolução nº 2, de 17 de setembro de 2007; Instrução Normativa nº 2, de 6 de fevereiro de 2008; e Resolução nº 2, de 16 de março e 2009), opino pelo deferimento do pedido de credenciamento do curso “Agências Reguladoras”, a ser realizado pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

À superior consideração.

Brasília, 22 de março de 2011.

Nely van Boekel

Analista Judiciária

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS

PORTARIA Nº 62 DE 30 DE MARÇO DE 2011.

Credencia o curso de aperfeiçoamento denominado “**Curso sobre as Agências Reguladoras**”, ministrado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

O DIRETOR-GERAL DA ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS, usando de suas atribuições e tendo em vista o disposto na Resolução nº 2 da Enfam, de 16 de março de 2009,

RESOLVE

Credenciar, para efeitos do disposto na mencionada resolução, o curso de aperfeiçoamento denominado “**Curso sobre as Agências Reguladoras**”, com carga horária total de 20 (vinte) horas-aula, ministrado Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), nos termos do Processo nº 201152 - Credenciamento.


Ministro Cesar Asfor Rocha
Diretor-Geral

Enfam
Formando de credenciamento nº 62 de 30, 03, 2011
Publicada no DJ de 12, 04, 2011
Conferido por 