

AGÊNCIAS REGULADORAS E O SEU “PODER” DE REGULAR(MENTAR)

Juliano Heinen¹

RESUMO: As agências reguladoras são entes administrativos conceituados como sendo autarquias de regime especial, em face de certas peculiaridades que possuem, entre elas, o poder de regular matérias atinentes a sua especialidade e capacidade específica. Deve ser diferenciado, desde logo, o signo “regular” (ligado às agências reguladoras) e o signo “regulamentar” (ligado ao poder legiferante do Estado). Contudo, este poder normatizador – de regular – não pode extrapolar as matérias específicas pertinentes à agência reguladora, bem como contrariar a lei e os princípios constitucionais. Deve ser um instrumento de integração de normas, a fim de dar maior especificidade às leis, as quais possuem valores mais genéricos, devendo o regulamento trabalhar no campo da execução da lei, mediante critérios técnicos e econômicos.

PALAVRAS-CHAVE: Agências reguladoras. Regulação. Regulamentação.

REGULATING AGENCIES AND THEIR “POWER” TO REGULATE

ABSTRACT: The regulating agencies are respected administrative organizations as autarchies of special regime due to some of their peculiarities, one of them is the power to regulate issues related to their specificities and specific capacity. Since soon, has to be differentiated the sign “regulate” (connected to the regulating agencies), and the sign “regulate” (attributed to the power of the State to legislate on). However, this regulating power – cannot go beyond the specific issues related to the regulating agency, as well as counteract the law and the constitutional principles. It has to be an integrating tool of principles in order to give more specificities to the laws, which have more generic values, being responsible for applying the law through technical and economical criteria.

KEY WORDS: Regulating Agencies; Regulation; Regulation.

INTRODUÇÃO

As agências reguladoras são, em suma, autarquias disciplinadas por um regime jurídico especial, que visam, especificamente, a regular certas atividades (Mello, 2000). Contudo, esse poder de regular não pode ser transviado, a fim de que se torne poder de *regulamentar* atinente, de forma exclusiva, ao Poder Legislativo².

¹ Advogado em Lajeado/RS.

² Cumpre esclarecer que o poder de regulamentar, ou seja, de criar leis e disciplinar normativamente a sociedade, é tarefa exclusiva do Poder Legislativo, com a participação do Poder Executivo mediante veto/sanção. No entanto, o que merece enfoque é que este poder de regulamentar, em caso de urgência

Nesse aspecto, é relevante o valor semântico do signo “regular” e do signo “regulamentar”, muitas vezes desprezados pela doutrina. *Regulação* possui um significado eminentemente adstrito a técnica e a economia, enquanto a *regulamentação* possui um critério eminentemente político. Em outras palavras:

Cumpra, pois, não confundir a regulação, que é um conceito econômico, com a regulamentação, que é um conceito jurídico (político). Aquela é sujeita a critérios técnicos, que tanto podem ser definidos por agências estatais (envolvendo a Teoria da Escolha Pública) preferencialmente dotadas de independência (para fazer valer o juízo técnico sobre o político), como pelos próprios agentes regulados (*auto-regulação*) (Souto, 2002, p. 43).

Em síntese: enquanto a regulamentação trabalhará no campo da atuação típica do estado, definindo as políticas e interesses públicos mediante leis, a regulação trabalhará no campo científico, com base na dogmática e no profissionalismo (Souto, 2002). Dessa forma, não há que se falar no termo *regulamentação* às agências reguladoras, uma vez que este é termo exclusivo do Poder Legislativo. Somente poder-se-á atribuir o valor semântico *regulação*.

Destaca-se que, atualmente, não há uma perfeita definição das atuações das agências reguladoras. Dessa forma, espera-se, ainda, que, de forma concisa, em contraste à complexidade do tema, esboçar os aspectos relevantes sobre tal atuação, mediante uma análise das próprias agências e seu papel no cenário nacional.

AS AGÊNCIAS REGULADORAS E O SEU PODER DE REGULAR(MENTAR)

Conforme artigos 21, XI e 177, § 2º, III, ambos da Constituição Federal, há previsão de *órgãos* reguladores para certas atividades. Apesar de o legislador constituinte nominar desta forma as atuais agências reguladoras, não há dúvida de que, hoje, o termo “órgão” não condiz com a realidade, uma vez que a criação das agências reguladoras é matéria atinente à descentralização³ e não à desconcentração⁴, feita por intermédio da criação de órgãos.

Segundo Di Pietro (2001, p. 396), as agências reguladoras “[...] estão sendo criadas como autarquias em regime especial. Sendo autarquias, sujeitam-se às normas constitucionais que disciplinam esse tipo de atividade.”.

Conforme artigo 5º, inciso I, do decreto-lei 200/67 (não consta nas referências bibliográficas), autarquia é:

ou patente necessidade, também pode ser exercido, unilateralmente, pelo Poder Executivo, por meio de Medidas Provisórias (artigo 84, inciso XXVI, combinado com o artigo 62, ambos da Constituição Federal de 1998).

³ Segundo Meirelles (2000, p. 700), na descentralização há a criação de um outro ente, que age em nome próprio.

⁴ Na desconcentração, o Estado apenas desburocratiza suas atividades, togando-as a órgãos que agente em nome do Estado (Meirelles, 2000, p. 701).

[...] o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizados.

Na lição de Meirelles (2000, p. 326), o autor salienta que:

A autarquia não age por delegação, age por direito próprio e com autoridade pública, na medida do *jus imperii* que lhe foi outorgado pela lei que a criou. Como pessoa jurídica de direito público interno, autarquia traz ínsita, para a consecução de seus fins, uma parcela do poder estatal que ele deu vida. Sendo um ente autônomo, não há subordinação hierárquica da autarquia para com a entidade estatal a que pertence, porque, se isto ocorresse, anularia seu caráter autárquico. Há mera vinculação à entidade matriz de que, por isso, passa a exercer, um controle legal, expresso no poder de correção finalístico do serviço autárquico.

Tendo em vista que as autarquias, no modelo tradicional, permaneciam muito vinculadas ao controle de resultados, passou-se a entender que era mais benéfico à atuação do Estado dar nova dinâmica a estes entes, mediante um *controle dos meios de atuação*. Assim, foram criadas as autarquias de regime especial, ou melhor, agências reguladoras. De forma sucinta: surgiram autarquias com maiores privilégios (Azevedo, 1998).

Tais privilégios são, em síntese, concedidos em face da peculiaridade reguladora que essas agências possuem, atreladas às prerrogativas da *autonomia e independência*. São basicamente estes os privilégios: (a) ter quase que total autonomia técnica, administrativa e financeira, a fim de que fique alheia às matérias e decisões político-partidárias e aos entraves da falta de orçamento; (b) expedir normas reguladoras de forma célere, a fim de acompanhar a dinâmica da evolução econômica e tecnológica que hoje se perfaz com extrema rapidez, ficando alheio ao engessado procedimento legislativo; (c) aplicar sanções, igualmente de forma veloz; (d) por fim, associar a participação dos usuários no controle desses serviços prestados. Tais privilégios são assim visualizados por Moreira Neto (2000).

No Brasil, tais agências foram criadas, especialmente, no final da década de noventa, a fim de regular as atividades exercidas privativamente pelo Estado, que foram concedidas, permitidas ou autorizadas a particulares. Assim, ficou imperioso que a Administração Pública exercesse um controle mais contundente sobre a prestação desse tipo de atuação que, em suma, é de alta relevância social.

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

Percebeu-se, pois, que o Poder Público deveria ter como principais múnus os serviços públicos essenciais (leia-se: bem-estar, saúde, educação, meio

ambiente), deixando aos particulares a atuação na área econômica, exercendo somente vigilância, na forma do princípio da subsidiariedade (Tácito, 1999).

Contudo, o problema central hoje percebido encontra-se no fato de não se ter noção exata dos limites deste poder de normatizar tido pelas agências reguladoras. Segundo Mello (2000, p. 134): “[...] *o verdadeiro problema com as agências reguladoras é o de se saber o que e até onde podem regular sem estar, com isso, invadindo a esfera legislativa*”, ou seja, o poder de regulamentar⁵.

O poder de regular deve ter estrita base no *princípio da legalidade*⁶. Moraes (1999) afirma que o princípio da legalidade prega que na esteira da premissa de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de *espécie normativa devidamente elaborada pelo Poder competente*, segundo as normas do processo legislativo constitucional, determinando na Carta Magna brasileira.

Daí porque o poder regulador não pode se afastar dos dispositivos legais. Nesse sentido, Mello (2000, p. 134) confirma que esse poder somente pode tomar o caráter técnico, nos estritos limites da competência e pertinência. Inclusive, faz a seguinte previsão:

Desgraçadamente, pode-se prever que ditas “agências” certamente exorbitarão seus poderes. Fundadas na titulação que lhes foi atribuída, irão supor-se – e assim o farão, naturalmente, todos os desavisados – investidos dos mesmos poderes que as “agências” norte-americanas, cuja estrutura e índole são radicalmente diversas do Direito norte-americano.

Di Pietro (2001, p. 397) afirma que o poder das agências reguladoras de ditar regras⁷ deve ficar totalmente vincado na seara das atribuições conferidas, em especial no tocante aos limites de competência definidos nas permissões, concessões e autorizações. “Assim, entende-se como sendo correto que as regulações expedidas por agências tenham dois limitadores: um na seara da legalidade e outro na seara da pertinência temática das finalidades”.

Na verdade, o modelo regulador (e não regulamentar) tem inspiração no sistema jurídico norte-americano, que pacificamente compreende os regramentos das agências reguladoras, desde que, em consonância com a legislação constitucional e ordinária⁸. São espécies de entes públicos que preenchem os nichos deixados pelos Três Poderes. Ou seja, a Constituição Federal norte-americana prevê uma gama de competências ao Executivo, Legislativo e Judiciário. Fora desses limites constitucionais traçados, as agências (“agencies”) atuam.

⁵ Distinção explicada supra.

⁶ O princípio da legalidade, dogma consagrado pela Constituição vigente (art. 5º, II) e imprescindível para a existência do Estado, determina que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

⁷ Termo que, nesse caso, não abrange leis ou espécie normativa superior, como Emendas à Constituição Federal.

⁸ Termo que abrange leis ordinárias, leis complementares, decretos legislativos e medidas provisórias.

Bruna (2003, p. 110-111), em cuja obra "Agências Reguladoras" dedicou um capítulo inteiro à questão em foco, explica que o Brasil aceitou muito bem este modelo regulador, adaptando-o em duas técnicas legislativas distintas.

Por isso, duas técnicas principais surgiram para a solução dessa espécie de problema. A primeira, a outorga de poderes ao Executivo para editar regulamentos autônomos, reservando-se-lhe competências próprias e estranhas ao domínio da lei. A segunda, adotada pelo legislador brasileiro durante o Estado Novo e a partir de 1964, é a dos regulamentos autorizados, cuja edição é atribuída ao legislador a órgãos executivos autônomos, portanto, no plano infraconstitucional, à semelhança das *independent regulatory agencies* do Direito norte-americano. (Bruna, 2003, p. 111)

Portanto, as duas técnicas legislativas são exercidas tanto pelo Poder Executivo, como por meio de um órgão executivo autônomo. No caso específico das agências reguladoras, ontologicamente, não se trata de órgão, mas de ente.

Esse poder de regular possui um nicho legislativo de atuação muito claro: nas chamadas *normas legais em branco* (Bruna, 2003) Nessa linha, as regulações terão função esclarecedora da norma, adaptando-a às evoluções da conjuntura nacional, regida pela mutação da realidade social.

Está nesta atribuição do poder normativo -, e não no poder discricionário da Administração (como equivocadissimamente apregoam nossos publicistas). Assim, o fundamento da potestade regulamentar decorre de uma atribuição de potestade normativa material, de parte do Legislativo, ao Executivo [...] não decorre de delegação da função legislativa (Grau, 1996, p. 180).

Dessa forma, de acordo com as premissas lançadas, conclui-se que a técnica legislativa aplicada pelas agências reguladoras deve ficar apenas no plano da maior especificidade das normas. Nunca no plano da criação de novas situações ou na imposição de obrigações imprevistas pela legislação. Afinal, o legislador constituinte deu conceito absoluto a esse tema, quando afirmou que *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude de lei* (Brasil, 1988). É o que se conhece por "reserva de lei", esculpida em três outras ocasiões na referida Carta Política: artigos 5º, XXXIX, 150, I e 170.

Se o legislador colocou no texto normativo o signo "lei", não o fez por mero deleite⁹. Conforme Grau (1996, p. 1984): "Não tivesse o art. 5º, II, consagrado o princípio da legalidade em termos somente relativos, e razão não haveria para justificar sua inserção no bojo da Constituição em termos absolutos, nas hipóteses referidas."

A palavra lei, no sentido jurídico, tem a acepção fundamental de que um ser racional e livre, existindo numa comunidade de outros seres igualmente racionais e livres, deve atuar de determinada maneira em virtude da pressão exercida pela comunidade (Coelho, 1977).

⁹ Não há numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular de seus órgãos (Barbosa, 1993, p. 489).

Lei é, então, o direito conscientemente elaborado por uma autoridade, mediante um ato de vontade, o qual se denomina *legislação*, ou seja, o ato de legislar, a ação de elaborar leis. Consiste numa declaração jurídica revestida de forma escrita e incorporada num documento.

Aquino apud Coelho (1997, p. 432), conceitua "lei" como o ordenamento racional formalmente promulgado, no sentido do bem comum de todos os membros da comunidade, trata-se, pois, de preceito comum, justo, estável e suficientemente promulgado.

Concebe-se, portanto, que a lei é um *imperativo*, uma ordem que deve ser respeitada e cumprida. Emana um fato ali cristalizado¹⁰. Carnelutti (2001), na sua obra "A arte do Direito", traz uma analogia à lei: como o pintor que, num quadro, cristaliza um fato, deixando-o inerte, assim faz o legislador com a lei. A lei, então, nada mais é que um quadro que estanca um fato da vida.

Visto assim, não cabe às agências reguladoras extrapolar o limite dado pela "reserva legal" – lei – do artigo 5º, inciso II da Constituição Federal. A infringência do disposto padece de vício de inconstitucionalidade, ainda mais pelo fato de uma regulação ser legislação hierarquicamente inferior.

[...] para uma norma ser válida é preciso que busque seu fundamento de validade em uma norma superior, e assim por diante, de tal forma que todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa (Kelsen, 1995, p. 248)¹¹.

Mas a lei não pode ser compreendida na sua concepção literal¹². Necessita que o operador jurídico use de uma integração e interpretação sistêmicas do todo legislativo. E é nesse aspecto que as regulações das autarquias sob o regime especial ganham apreço.

Como já referido, porém, é um equívoco procurar identificar no aplicador do Direito a mera boca que pronuncia as palavras da lei. Na norma individual sempre há algo que não existia, que não estava na norma geral, pois, não fosse assim, se tudo já tivesse determinado na norma geral, não haveria necessidade de editar-se norma individual perante o caso concreto (Bruna, 2003, p. 117).

¹⁰ Limongi França explicita que: "[...] a lei é um preceito jurídico escrito, emanado do poder estatal. O poder estatal, poder dos órgãos políticos soberanos de uma sociedade com as características de perfeita, é exercido conforme o regime adotado, seja ele monárquico, aristocrático, democrático, oligárquico etc. [...] Por outro lado, o problema da competência está ligado ao da regularidade da produção da lei, da obediência aos trâmites previstos para a sua elaboração. Uma lei que se promulgue sem a atenção a este imperativo é de si mesma inócua. (1977, p. 442)

¹¹ Não se deve esquecer que a doutrina de Hans Kelsen teve seu momento histórico, contribuindo para o entendimento da "Teoria da hierarquização das normas", tendo a Constituição como regra superior ao restante das regras ordinárias. Contudo, a fonte de pesquisa do presente trabalho esboça outros pensamentos, que, modernamente, têm superado o entendimento de sistema fechado do autor em questão, como, por exemplo, a doutrina de José Joaquim Gomes Canotilho, Konrad Hesse e outros.

¹² Sabe-se que a hermenêutica literal é a mais pobre de todas.

Portanto, as regulações vêm a especificar o conteúdo das normas, dando maior pontualidade aos seus dispositivos. É o Direito, hoje, disciplina social constituída pelo conjunto das regras¹³ de conduta, as quais, na sociedade, com maior ou menor organização, regem as relações sociais – e cujo respeito é garantido, quando necessário, pela coerção pública (*Sohlen*¹⁴) – produto dos fatos e da vontade do homem. Em outras palavras: um fenômeno material (um conjunto de valores morais e sociais, um ideal e uma realidade que resta refletida por uma ordem normativa).

Nesse contexto, as regulações são ferramentas à concretização da norma. A concretização de uma norma, segundo Canotilho (1999), não se confunde com a interpretação. A interpretação consiste em atribuir um significado a um ou vários símbolos lingüísticos escritos com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos.

Espíndola (1999, p. 195-196), ao analisar diferenciação entre norma e disposição, manifestou seu entendimento no sentido de que: “[...] a disposição ou preceito (*formulação da norma*) é o objeto da interpretação, enquanto a *norma* é o produto dessa interpretação, ou seja, é parte de um *texto interpretado* [...]”. A interpretação é, assim, instrumento à concretização, uma vez que as disposições fazem parte do todo que compõe a norma, sendo mais um de seus elementos.

Nesse sentido, como dito, as regulações são uma fonte de hermenêutica, auxiliando nas diretrizes da aplicação das leis no caso concreto.

O Direito não é mero somatório de regras avulsas, produto de atos de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si, o Direito é ordenamento ou conjunto significativo e não conjunção resultada de vigência simultânea; é coerência ou, talvez mais rigorosamente, consistência; é unidade de sentido, é valor incorporado em regra. (Miranda, 1991, p. 197-198)

As regulações atuarão na *densificação*¹⁵ das leis, dando maior margem à sua especificidade.

Entende-se, pois, que este processo de concretização/interpretação não é assim tão simples. As dimensões teórico-constitucionais devem ser foco dessa atividade. A *norma jurídica* (concretizada, portanto) objetiva então como “[...] modelo de ordenação material prescrito pela ordem jurídica como vinculativo [...]” (Canotilho, 1999, p. 1184), enquanto não aplicada a um caso jurídico concreto, embora dotada de seus dois elementos, é vista como uma regra *geral e abstrata*,

¹³ Termo utilizado em sentido genérico, referindo-se a todas as regras jurídicas, constitucionais e infraconstitucionais.

¹⁴ Tradução: "dever ser".

¹⁵ Termo utilizado por Canotilho (1999) para designar a maior ou menor abertura e especificidade das normas.

passando a ser considerada uma norma de *decisão*¹⁶ quando, pelo seu conteúdo, é decidido um caso jurídico, o que pode acontecer mediante: "(1) a criação de uma disciplina regulamentadora (concretização legislativa, regulamentar); (2) através de uma sentença ou decisão judicial (concretização judicial); (3) através da prática de actos individuais pelas autoridades (concretização administrativa) [...]". (Canotilho, 1999, p. 1184)

Nunca uma regulação poderá criar situação jurídica, mas somente atuar no plano da eficácia, auxiliando na execução dos mandamentos legais (regulamentos). Quiçá poderá ir de encontro aos textos normativos e princípios constitucionais explícitos e implícitos, por total inconstitucionalidade.

O texto Constitucional brasileiro, em seu art. 5º, II, expressamente estatui que 'Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.' Note-se que o preceptivo não diz 'decreto', 'regulamento', 'portaria', 'resolução' ou quejandos. Exige lei para que o Poder Público possa impor obrigações aos administrados. É que a Constituição brasileira, seguindo tradição já antiga, firmada por suas antecedentes republicanas, não quis tolerar que o Executivo, valendo-se de regulamento, pudesse, por si mesmo, interferir com a liberdade ou a propriedade das pessoas (Mello, 2000, p. 297).

Contudo, em muitos casos, as regulações extrapolam esse limite constitucional e legal, criando situações novas e/ou contrariando o texto legal. Citar-se-á caso específico em que agência reguladora extrapola os limites de sua competência, caindo na usurpação do poder de regular. A ANEEL¹⁷, em 29 de novembro de 2000, mediante a Resolução n. 456, estabeleceu as classes e subclasses para efeito de aplicação de tarifas, dispondo no artigo 20, que considerava como imóveis urbanos aqueles definidos pela legislação municipal (especialmente Plano Diretor) a par da finalidade dos imóveis - destinação social.

Tal resolução não abarca o critério da destinação (finalístico) definido pelo artigo 4º, inciso I do Estatuto da Terra¹⁸, feita pela finalidade principal do imóvel, em especial econômica - agricultura e pecuária. Assim, há uma resolução da ANEEL que contraria, de forma expressa, lei ordinária, com nítida usurpação de competências.

Vê-se, assim, que o direito positivo, mais especificamente o Estatuto da Terra, traz um aspecto novo, para a diferenciação entre o conceito rural e o de urbano, a destinação, ou seja, o que caracteriza o imóvel como urbano, por exclusão, conforme este diploma legal, não é sua localização, mas, a sua destinação (Reis, 2002, p. 70).

¹⁶ "A norma de decisão, que representa a medida de ordenação imediata e concretamente aplicável a um problema, não é uma <<grandeza autónoma>>, independente da norma jurídica, nem uma <<decisão>> voluntarista do sujeito de concretização; deve, sim, reconduzir-se sempre à norma jurídica geral" (Canotilho, 1999, p. 1185).

¹⁷ Agência Nacional de Energia Elétrica.

¹⁸ Art. 4º Para os efeitos desta Lei, definem-se: [...] I - "Imóvel Rural", o prédio rústico, de área contínua qualquer que seja a sua localização que se destina à exploração extrativa agrícola, pecuária ou agroindustrial, quer através de planos públicos de valorização, quer através de iniciativa privada".

O assunto trata de uma delegação legislativa conhecida pela doutrina e jurisprudência americana como "delegation with standards", que acontece quando o ato emanado pelo poder legislativo fixa parâmetros ("standards"), de forma a colocar balizas, ainda que genéricas, à atuação das agências, as quais se encarregarão de regularizar os "pormenores" e especificidades das leis. (Barroso, 2001).

No caso específico, a resolução da ANEEL contrariou o texto expresso do artigo 4º do Estatuto da Terra.

Outro exemplo a ser colocado não fica adstrito especificamente às condutas positivas das agências reguladoras, mas às suas constantes omissões¹⁹. É notório que não há um controle das empresas concessionárias no que tange aos constantes aumentos das tarifas. Segundo a Fundação Getúlio Vargas, um dos fatores que mais acentuou o aumento da inflação no ano de 2003 foram as majorações das tarifas de energia elétrica, telefonia e combustíveis²⁰.

E as agências, criadas para coibir esse tipo de abuso, nada fizeram, permitindo o aumento desenfreado dessas tarifas, em descompasso com o aumento do poder aquisitivo da população.

Por fim, cumpre mencionar prática (abusiva) constante feita pelas empresas concessionárias: corte no fornecimento do serviço público essencial em face da inadimplência.

Nesse sentido, o corte no fornecimento do serviço público contínuo e essencial feito pelas concessionárias não respeitou o princípio da função social, o Código do Consumidor e o princípio da continuidade do serviço público, como explicado infra.

Gomes (1991) afirma que o ser humano, necessita, invariavelmente, do uso das coisas ao seu redor. Para isso, necessita de sobremaneira da interação com os outros homens. Assim, no entendimento desse autor, imprescindível, sempre, nas relações humanas, a presença da função social.

O Código Civil atual, em uma série de artigos, em especial no que tange às relações contratuais e aos negócios jurídicos, prima por uma nova concepção hermenêutica: *a função social*. Negar isso é virar as costas às novas vertentes contemporâneas, que buscam afastar os pensamentos anacrônicos da Ciência Jurídica.

A dinâmica jurisprudencial está evoluindo a uma retomada do paradigma individual, tomando rumo ao coletivo, mormente frente às demandas que envolvem o interesse público (Mello, 2000).

Em outra ótica, se percebe que o interesse público é o bem maior de toda atividade da administração pública, seja direta, seja indireta (Meirelles, 2000). A distribuidora de energia elétrica, a distribuidora de água potável, ou mesmo de

¹⁹ Não fazer/agir quando deveria fazê-lo – princípio da obrigatoriedade que enfrenta a Administração Pública. (Mello, 2000)

²⁰ Dados retirados da página virtual www.fgv.br.

telefonia, por exemplo, estando exercendo um múnus público, jamais podem se furtrar dessa tomada de posição, uma vez que, para efeitos jurídicos, é considerada parte de quadro público de serviços prestados. Faz parte do que Di Pietro (2001, p. 346) chama de "descentralização por colaboração". Assim, as concessionárias também devem estar atreladas a este bem maior.

Há um fator agravante a esses casos: em sua maioria são prestações de serviço público essencial e contínuo. Por mais esse motivo, o social e o coletivo devem tomar espaço em prol dos interesses particulares e individuais.

Os princípios da administração pública devem prevalecer, em especial o da continuidade da prestação dos serviços públicos e o da indisponibilidade do interesse público (Mello, 2000).

Mello (2000) exprime que o regime jurídico-administrativo é o conjunto de princípios peculiares ao Direito Administrativo, os quais, guardam, entre si, uma relação lógica de coerência e unidade. De acordo com esse autor, o sistema de Direito Administrativo se constrói sobre os princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e a indisponibilidade do interesse público pela Administração. O autor ainda cita Falla apud Mello (2000, p. 2), quando este aduz que o Direito Administrativo se erige pelo binômio "prerrogativas da Administração – direito dos administrados."

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, também chamado de princípio da finalidade pública, trata da superioridade do interesse da coletividade em relação ao interesse do particular. Porém, segundo Justen Filho (1997, p. 34), "[...] supremacia do interesse público não significa e nem acarreta ilicitude dos interesses particulares: significa apenas maior valoração para fins de disciplina normativa, ao interesse público."

Serviços públicos, assim entendidos aqueles prestados pela Administração ou por seus delegados sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do ente administrativo, podem ser executados ou prestados de forma direta ou indireta pelo Estado (Pietro, 2000). Daí porque é inimaginável um corte abrupto e de inopino no fornecimento desses serviços.

O consumidor, em especial o de serviços públicos essenciais, é naturalmente vulnerável face ao fornecedor, que, não raro, lhe impõe ônus abusivos e ilegais para fornecer os tais serviços de que tanto o usuário necessita. Assim, deveria receber total proteção das agências reguladoras.

Dessa forma, os serviços públicos essenciais terão que ser adequados, eficientes, seguros e contínuos, nos termos dos artigos 22 e 6o, inciso X, ambos do Código de Defesa do Consumidor, e art. 6o, parágrafo único da Lei 8.987/95. O que se constata, na análise da matéria, é que o código trata com maior rigor o fornecedor de serviços públicos (no caso a concessionária). Esse rigor deriva da prevalência do interesse público da população, sobre o interesse do fornecedor. O desrespeito às características exigidas pelo serviço público e por outros deveres para o consumidor gerará uma série de conseqüências como observa Meirelles (2000, p. 304):

Tratando-se de serviço prestado diretamente pelo Poder Público, responde a entidade prestadora pelos prejuízos comprovados, independentemente de culpa de seus agentes, visto que a Constituição vigente estabelece a responsabilidade objetiva pelos danos causados pela administração aos administrados (art. 37, § 6º), ficando-lhe ressalvada, apenas, a ação regressiva contra os agentes causadores do dano, quando tiverem agido culposamente.

Quanto aos que realizam serviços por delegação do Poder Público, incumbem-lhes também as mesmas obrigações da prestação regular aos usuários e, conseqüentemente, os mesmos encargos indenizatórios que teria o Estado se os prestasse diretamente, inclusive a responsabilidade objetiva pelos danos causados a terceiros (CF, art. 37, § 6º). Essa responsabilidade é sempre da entidade (autárquica ou paraestatal), da empresa ou de pessoa física que recebeu a delegação para executar o serviço (concessionário, permissionário ou autorizatário), sem alcançar o Poder Público, que transfere a execução com todos os seus ônus e vantagens. (2000, p. 304)

O artigo 6º, § 3º, inciso II da Lei 8.978/95 (Lei das Concessões) é claro a respeito.

Em síntese: há uma total desídia das agências reguladoras ao permitirem que as empresas concessionárias pratiquem inúmeros abusos aos consumidores, como, por exemplo, cortar o fornecimento do serviço público essencial e contínuo com base na simples inadimplência. Dessa forma, furta-se do seu dever legal de regular.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo o que foi exposto, percebeu-se que as agências reguladoras são entes de Direito Público com inúmeras peculiaridades, se comparadas com os outros entes administrativos. Daí porque grande parte da doutrina as classificam como "autarquias especiais". Também ficou claro que signos como "regular" e "regulamentar" são inconfundíveis, aquele de natureza técnica e econômica, e este de natureza política. A problemática hoje encontrada no que tange às agências reguladoras é delimitar, com exatidão, sua competência de atuação, especialmente quanto ao seu poder de regular. Conclui-se, mormente, frente ao princípio da legalidade (artigo 5º, inciso II da Constituição Federal), que as regulações devem observar os mandamentos legais, ficando com a atuação especificamente no campo técnico ou hermenêutico, jamais contrariando ou inovando os textos legais. Também devem permanecer na seara das atribuições específicas da agência reguladora. Contudo, atualmente, percebe-se que, em muitos casos, há regramentos emanados das agências reguladoras que não respeitam estas premissas, conforme exemplificado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Eurico de Andrade. Agências Reguladoras. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 213, jul./set.1998.

BARBOSA, Ruy. **Comentários à Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 1993.

- BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRUNA, Sérgio Varella. **Agências Reguladoras**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CANOTILHO, José.Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CARNELUTTI, Francesco. **A arte do direito**. Campinas: Bookseller, 2001.
- COELHO, Luiz Fernando. **Enciclopédia Saraiva de direito**. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 48.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Revista do Tribunais, 1999.
- FRANÇA, Ricardo Limongi. Artigo inserto na RT 613/29. _____. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 48.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- GOMES, Orlando. **Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 1991.
- GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996.
- FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. (São Paulo). **Diário**. Disponível em: <<http://www.fgv.br>>. Acesso em: 10 set. 2003.
- JUSTEIN FILHO, Marçal. **Concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 1997.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1991, Tomo IV.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

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

REIS, Jorge dos Santos. A propriedade urbana no Brasil. **Revista de Direito** – Departamento de Direito da UNISC, Santa Cruz do Sul. n. 17, p. 58-78, jan./jun. 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

TÁCITO, Caio. A Reforma do estado e a modernidade administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro. n. 215, p. 2-37, jan. /mar.1999.

