

Agências reguladoras

Arnoldo Wald e
Luiza Rangel de Moraes

Sumário

1. Introdução. 2. As agências reguladoras. Sua natureza jurídica, independência e nível de especialização. 2.1. Natureza jurídica das agências reguladoras. 2.2. Independência das agências reguladoras. 2.3. Especialização das agências reguladoras. 3. Da competência das agências reguladoras e da delegação de poderes. 3.1. Delegação de atribuições à agência reguladora. 4. Da composição de conflitos entre poder concedente e concessionária. 4.1. Da arbitragem. 5. Da participação do usuário. 6. Controle administrativo e judicial dos atos da agência reguladora. 7. A interação entre as agências reguladoras e o CADE.

1. Introdução

O Estado está, sem dúvida, passando por uma completa reforma, com vistas à modernização, que segue, necessariamente, o modelo adotado para o financiamento da infra-estrutura, abrangendo as privatizações, as concessões e as parcerias de modo geral.

Desatrele-se, assim, o Poder Público das tarefas de execução das obras e serviços públicos para assumir a elaboração e execução da política regulatória de todos os setores da economia em que as empresas estatais assumiam o papel de concessionárias de serviços públicos.

No contexto da regulação, a dualidade – intervenção estatal *versus* livre concorrência – implica, essencialmente, a definição de regras estáveis e capazes de assegurar o aprimoramento no desempenho dos serviços

Arnoldo Wald é Advogado e Professor Catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Luiza Rangel de Moraes é Advogada, Mestre em Direito Empresarial, associada de Wald e Associados Advogados.

públicos, tornando-os mais eficientes, regulares e com preços módicos.

Os instrumentos regulatórios precisam ser concebidos de forma abrangente, permeando por entre os campos de prevenção *antitrust*, de defesa do consumidor, de proteção do meio ambiente, de definição de políticas tarifárias, de fixação de planos de investimentos para os concessionários e de fiscalização efetiva da qualidade do serviço, entre outros aspectos.

Assim sendo, os principais setores de atividades econômicas de serviços públicos estão desenhando e fortalecendo a sua estrutura regulatória.

É sensível o gradual aprofundamento da normatização, à medida que são editados os diplomas reguladores, sendo possível afirmar que o aprendizado surge da experiência com a identificação de situações novas.

Consoante já se afirmou no âmbito dos debates relacionados à reforma do Estado, a regulação deve começar mínima, com poucas regras, de natureza geral, por algumas razões importantes:

“1) É praticamente impossível antecipar comportamentos, principalmente nos casos de privatização.

2) Para não pôr em risco o sucesso da política de liberalização, deve-se evitar o surgimento, no curto prazo, de conseqüências negativas imprevisíveis e difíceis de corrigir rapidamente. Como essas conseqüências são altamente prováveis, mas não se pode antecipá-las, quanto menos regulação, menores as chances de efeitos colaterais, na primeira fase, que é politicamente a mais crítica do processo.

3) Regulação adicional, baseada no acompanhamento do processo concreto de desenvolvimento do setor, em novas bases, tende a ser mais eficaz.

4) Como não dispõe de informação sobre a dinâmica, a lógica e as tendências do novo ambiente que se está

criando na indústria desregulada, a regulação prévia tende a estar contaminada pela cultura tomada no antigo quadro regulatório, que se quer reformar¹.”

Outra fonte de reflexão consiste na quebra do antigo padrão, composto de normas minuciosas e burocráticas, quando, muitas vezes, a desregulamentação é a medida correta para estimular a competitividade. Identificar a situação e o momento de afrouxar as “amarras” regulatórias é tarefa muitas vezes complexa e difícil de ser implementada. E essa diretriz passa pela formulação do conceito de serviço público.

Ainda no âmbito das concessões de serviços públicos, estão surgindo as Agências Reguladoras, com jurisdição nos diversos setores de serviços públicos concedidos pela União, inspiradas em sistemas regulatórios europeus e norte-americanos.

Justificou a criação desses entes reguladores, entre outros motivos, a necessidade de dotar-se um órgão independente dos poderes para exercer o controle da execução dos contratos de concessão e a fiscalização dos serviços e das concessionárias, editando normas regulamentares, reprimindo condutas abusivas e até resolvendo conflitos entre os agentes, envolvidos na prestação de determinado serviço público.

As leis, as normas regulamentares editadas pelas agências reguladoras e os próprios contratos de concessão constituem os aparatos regulatórios aptos a traçar o quadro regulatório conveniente à satisfação dos interesses públicos e à entrada de novos recursos financeiros e tecnológicos indispensáveis à sustentação da infra-estrutura.

2. As agências reguladoras. Sua natureza jurídica, independência e nível de especialização

Paralelamente à disciplina legislativa e regulamentar, que reúne as normas e critérios ordenadores de cada um dos setores objeto de concessão de serviços públicos ao empresário privado, surgem os

organismos constituídos pelo Poder Público, para normatizar, aplicar as normas legais, regulamentares e contratuais da atividade sob sua tutela, outorgar e rescindir os contratos de concessão, bem como fiscalizar os serviços concedidos, além de funcionar, em muitos casos, como instância decisória dos conflitos entre as empresas concessionárias e os usuários.

Serão, a seguir, colocadas várias questões jurídicas relevantes envolvendo o quadro regulatório em que se inserem as agências nacionais reguladoras dos serviços de energia elétrica – ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica; de telecomunicações – a ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações e de petróleo e gás – a ANP – Agência Nacional de Petróleo; além de serem referidas as agências reguladoras estaduais.

2.1. Natureza jurídica das agências reguladoras

A Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL –, criada mediante a Lei nº 9.427, de 26/12/96, adota a configuração jurídica de autarquia especial e exerce as atribuições previstas para o poder concedente, nos arts. 29 e 30 da Lei nº 8.987/95, além de outras inerentes à implementação de políticas do Governo Federal para o setor elétrico².

Para o setor de telecomunicações, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, cria a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, órgão regulador desse segmento, entidade integrante da administração pública federal indireta, vinculada ao Ministério das Comunicações, com sede no Distrito Federal, muito embora possam ser estabelecidas unidades regionais³.

Salientando a constituição das agências reguladoras como autarquias integrantes da administração indireta do ente político titular da competência para a prestação do serviço público, no §2º do art. 8º da Lei nº 9.472/97 está disposto que a natureza jurídica de autarquia especial conferida à ANATEL é caracterizada pela independência

administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.

A Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, criou a ANP – Agência Nacional do Petróleo, entidade integrante da administração federal indireta, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, para atuar como órgão regulador da indústria do petróleo, em todas as suas acepções, e como órgão fiscalizador das atividades que se desenvolvem nesse setor econômico. Para que possa desincumbir-se das atribuições que lhe foram legalmente conferidas, a Lei dotou-a da natureza jurídica de autarquia especial.

No setor de gás natural, tendo em vista que o monopólio de distribuição de gás canalizado pertence aos Estados, por força do art. 25, §2º, da Constituição Federal, a entidade reguladora deve ser criada em nível dos Estados, para exercer as competências inerentes a tal atividade, sendo que, no tocante às demais atividades, de atribuição da ANP, poderão ser firmados convênios entre a agência reguladora federal e a agência reguladora estadual, para o exercício, por esta, das funções inseridas na sua órbita de atuação⁴.

2.2. Independência das agências reguladoras

Tem-se entendido que uma regulação eficiente deve atender a dois requisitos essenciais: a *independência da agência reguladora* (definida como a capacidade de buscar prioritariamente o atendimento dos direitos e interesses do usuário e a eficiência da indústria, em detrimento de outros objetivos conflitantes, tais como a maximização do lucro, em sistemas monopolistas, a concentração de empresas em setores mais rentáveis do mercado, ou a maximização das receitas fiscais) e a *escolha de instrumentos que incentivem a eficiência produtiva e alocativa*⁵.

Nos EUA, as agências reguladoras são independentes⁶. Na Europa e no Japão, a regulação é exercida pelos ministérios setoriais. No Reino Unido, foram recentemente instituídas agências autônomas

setoriais para regular os seus serviços públicos privatizados⁷.

São identificadas quatro dimensões que caracterizam uma agência reguladora: a independência decisória, a independência de objetivos, a independência de instrumentos e a independência financeira.

“A independência decisória consiste na capacidade da agência de resistir às pressões de grupos de interesse no curto prazo. Procedimentos para a nomeação e demissão de dirigentes, associados com a fixação de mandatos longos, escalonados e não coincidentes com o ciclo eleitoral são arranjos que procuram isolar a direção da agência de interferências indesejáveis tanto por parte do governo quanto da indústria regulada. A independência de objetivos compreende a escolha de objetivos que não conflitem com a busca prioritária do bem-estar do consumidor. Uma agência com um número pequeno de objetivos bem definidos e não conflitantes tende a ser mais eficiente que uma outra com objetivos numerosos, imprecisos e conflitantes. A independência de instrumentos é a capacidade da agência escolher os instrumentos de regulação – tarifas, por exemplo – de modo a alcançar os seus objetivos da forma mais eficiente possível. Finalmente, a independência financeira refere-se à disponibilidade de recursos materiais e humanos suficientes para a execução das atividades de regulação⁸”.

Em geral, a direção e a administração dos entes regulatórios estão a cargo de órgãos colegiados, que recebem a denominação de diretoria, conferidas funções específicas aos membros que a compõem.

As pessoas físicas que desempenham cargos na diretoria desses entes regulatórios estão submetidas a um regime de incompatibilidades para o exercício de função pública e às normas específicas próprias a cada entidade e ao segmento que está a seu

cargo regular. Outros requisitos podem ser ainda exigidos, como pré-requisito à ocupação desses cargos, tais como especialização técnica, aferida por meio de antecedentes técnicos comprovados e até de seleção aberta para a postulação de cargos⁹.

A independência funcional, que deve ser assegurada como pressuposto para que o órgão possa desempenhar com autonomia suas funções, evitando a influência política na gestão da entidade, pode ser viabilizada mediante a garantia da estabilidade e inamovibilidade dos diretores e dos métodos de escolha e destituição desses dirigentes¹⁰, e até pela autonomia financeira, com geração de recursos próprios, por meio de exigibilidade de taxa de regulação¹¹ ou de fiscalização¹², instituída na própria lei de criação do ente regulador.

Para tanto, a destituição de dirigentes de entes regulatórios deve estar sempre relacionada com o descumprimento de suas funções, apurável por meio de procedimentos de caráter objetivo¹³.

Considera Augustin Gordillo que a proteção aos usuários não pode ser absoluta, tendo em vista que não assume hierarquia superior a outros objetivos da política legislativa. Em tal sentido, afirma o mencionado autor, os entes regulatórios não se limitam a exercer a tutela e a representação dos usuários, mas têm de cumprir todos os demais fins instituídos na lei de sua criação. Sua função básica consiste em buscar a conjugação dos interesses em jogo e contribuir, desse modo, para que se alcance a harmonia social, mediante procedimentos inovadores, como o das audiências públicas¹⁴.

No fundo, a questão é definir se a independência conferida às agências reguladoras se realiza nos dois níveis: a independência legal, conferida pela lei de sua criação, e a independência real, que depende de outros fatores, além das disposições legislativas, como, por exemplo, o relacionamento entre a agência, o governo e a indústria regulada, a qualidade de seu

corpo técnico, a disponibilidade de recursos para o seu funcionamento e até mesmo as personalidades de seus diretores¹⁵.

Salientou um dirigente do antigo DNA-EE (hoje ANEEL), à época em que se discutia a modelagem do ente regulador de serviços de eletricidade, que a preconizada função de equilíbrios, para ser eficazmente desempenhada pelo órgão regulador, exige o atendimento de alguns requisitos essenciais:

a) o regulador deve deter legitimidade político-administrativa no desempenho da regulação dos serviços, que, no Brasil, passa pela ativação do canal de comunicação com o Conselho dos Consumidores, criado pela Lei nº 8.631, de 4 de março de 1993;

b) deve ter uma clara e assegurada autonomia na condução do processo decisório sobre tarifas;

c) sua direção deve ser estável, protegida contra pressões naturais da própria indústria de energia elétrica; e

d) sempre que possível ou pertinente, o processo regulatório deve ser desempenhado descentralizadamente, em articulação com esferas governamentais mais próximas do mercado para o qual estão sendo prestados os serviços¹⁶.

Observando a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e a Agência Nacional de Petróleo (ANP), é possível constatar o grau de independência que tem sido concebido para esses entes.

Verifica-se, de início, que a independência de instrumentos da primeira – ANEEL – parece estar comprometida, na medida em que fica estipulado que, nos três primeiros anos de sua existência, as tarifas terão os reajustes e revisões definidos pelo Ministério ao qual se vincula¹⁷.

Quanto à independência decisória, a ANEEL é dotada de características de nomeação de dirigentes que garantem essa independência. Será dirigida por um diretor-geral e quatro diretores, em regime de

colegiado, devendo um deles assumir o papel de “ouvidor” e zelar pela qualidade do serviço público de energia elétrica, apurando e solucionando as reclamações dos usuários. Os diretores serão nomeados pelo Presidente da República, dependendo de aprovação prévia do Senado Federal, para cumprir mandatos não-coincidentes de quatro anos¹⁸.

Foi estabelecido na lei, também, que o processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, mediante iniciativa de projeto de lei ou por via administrativa, será precedido de audiência pública¹⁹.

No tocante à independência de objetivos, como antes conceituada, a ANEEL detém atribuições que ostentam características de independência, como as que estão relacionadas ao zelo pela boa qualidade do serviço, recebendo, apurando e solucionando queixas e reclamações dos usuários, que serão cientificados, até trinta dias, das providências tomadas; o estímulo ao aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio ambiente e conservação da energia; o incentivo à competitividade e o estímulo à formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço²⁰.

Quanto às políticas do setor energético, a ANEEL apenas atua como apoio técnico ao Conselho Nacional de Política Energética, órgão vinculado à Presidência da República e ao Ministério das Minas e Energia, que tem por atribuição definir e propor ao governo federal as políticas do setor, aptas a promover o aproveitamento racional dos recursos energéticos do País, em conformidade com as políticas nacionais e a legislação vigente²¹.

No tocante à sua administração, está a ANEEL subordinada ao cumprimento de um contrato de gestão, negociado e celebrado entre a Diretoria e o Poder Executivo, que constituirá o instrumento de controle da atuação administrativa e avaliação de seu desempenho²².

No que concerne à independência financeira, a lei criadora da ANEEL dotou-a de receita financeira própria, obtida por meio de taxa de fiscalização instituída na própria Lei nº 9.427/96, correspondente a 0,5% do benefício econômico anual dos fiscalizados²³.

Já a lei de criação da Anatel explicita a independência do órgão, nos níveis administrativo, financeiro e funcional, mediante a ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira²⁴. Assegura, assim, a Lei nº 9.472/97 a atuação independente do órgão regulador, ao qual fica legalmente assegurada toda e qualquer prerrogativa necessária ao exercício de sua competência²⁵.

Vê-se, contudo, na Lei nº 9.472/97, que o Poder Executivo reservou-se determinadas atribuições específicas, relacionadas aos serviços de telecomunicações, que serão exercitadas por meio de decreto²⁶.

Regulamentando o parágrafo único do art. 10 da Lei nº 9.472/97, e dispondo sobre a estrutura organizacional da ANATEL, o Decreto nº 2.338, de 7/10/97, aprovou o regulamento da Agência – sua organização, instalação, gestão financeira e seus agentes, definindo sua competência, a composição de seus órgãos superiores –, conselho diretor e conselho consultivo, a sua estrutura organizacional e os princípios que devem reger o exercício de suas atividades.

Quanto à autonomia financeira, num primeiro momento, o Poder Executivo está autorizado, pela lei de criação da Anatel, a realizar as despesas e os investimentos necessários à sua instalação, podendo remanejar, transferir ou utilizar saldos orçamentários, empregando como recursos dotações destinadas a atividades finalísticas e administrativas do Ministério das Comunicações, inclusive do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações – FISTEL. Também por força de lei, serão transferidos à ANATEL os acervos técnico e patrimonial, bem como as obrigações e direitos do Ministério das Comunicações, correspondentes

às atividades a ela atribuídas pela Lei nº 9.472/97²⁷. A fixação das dotações orçamentárias da Agência na Lei de Orçamento Anual e sua programação orçamentária e financeira não sofrerão limites nos seus valores para movimentação e empenho²⁸.

O Título V – arts. 47 a 53 – trata das receitas da Agência e disciplina legal da Taxa de Fiscalização e Funcionamento, prevendo, basicamente, que o produto da arrecadação das taxas de fiscalização, de instalação e de funcionamento tratado na Lei nº 5.070, de 7 de julho de 1966, destinar-se-á ao Fundo de Fiscalização das Telecomunicações – FISTEL, que passará a ser administrado pela ANATEL, inclusive para proporcionar o atendimento de despesas correntes e de capital realizadas no exercício de sua competência.

Quanto à liberdade de contratação de obras e serviços, a lei de criação da Agência impõe restrições. De acordo com o disposto no art. 54 da Lei nº 9.472/97, a Anatel está sujeita ao procedimento licitatório para as contratações de obras e serviços de engenharia civil, sendo que, para outras contratações, poderão ser utilizados os procedimentos de consulta e pregão, de forma a garantir um contrato econômico, satisfatório e seguro para a Agência²⁹.

No tocante à estrutura organizacional, a lei instituidora da ANATEL estabeleceu que a Agência terá um conselho diretor como órgão máximo, um conselho consultivo, uma procuradoria, uma corregedoria, uma biblioteca e uma ouvidoria³⁰:

– Conselho Diretor: composto por 5 membros escolhidos pelo Presidente da República, com mandato de 5 anos. As decisões serão tomadas por maioria absoluta, sendo garantida a independência de cada conselheiro, que deverá fundamentar seu voto³¹.

– Conselho Consultivo: órgão de participação institucionalizada da sociedade na Agência, sendo composto por membros indicados pelo Senado Federal, Câmara dos Deputados, Poder Executivo, entidades de classe, enti-

dades representativas dos usuários e entidades representativas da sociedade, com mandato de um ano³².

– Ouvidoria: o ouvidor será nomeado pelo Presidente da República e será responsável pela elaboração de apreciações críticas sobre a atuação da Agência³³.

A Lei nº 9.472/97 reforça o caráter de independência da Anatel, na medida em que deixa ao seu cargo a decisão de último grau nas matérias de sua alçada, sempre admitido o recurso ao seu conselho diretor³⁴.

Ao criar a ANP – Agência Nacional do Petróleo, a Lei nº 9.478/97 atribuiu-lhe independência decisória ao fixar o procedimento de escolha dos seus dirigentes e de garantia de conservação dos mandatos de seus membros. A ANP será dirigida por uma diretoria, que atuará em regime de colegiado, composta por um diretor-geral e quatro diretores, nomeados pelo Presidente da República, após a aprovação de seus nomes pelo Senado Federal. Seus mandatos serão de quatro anos, não-coincidentes, sendo permitida a recondução ao cargo³⁵. Para a nomeação dessas pessoas, foi estabelecido um regime de incompatibilidades que enumera situações impeditivas do exercício dos referidos cargos de direção e que teve por objetivo salvaguardar os atributos de independência decisória e funcional³⁶. Dentro do mesmo regime, os membros do colegiado, quando terminados os respectivos mandatos ou exonerados, ficarão impedidos de exercer cargos ou de prestar qualquer tipo de serviço a empresas públicas ou privadas integrantes da indústria do petróleo ou relacionadas com a sua distribuição, ou a órgãos da Administração Direta ou Indireta, ou a ela vinculados, sob pena de vir a ser considerada a violação a esses impedimentos como prática de advocacia administrativa³⁷.

A ANP tem poderes para resolver pendências entre agentes econômicos, entre estes e consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo. A apreciação dessas questões pela Diretoria da ANP

far-se-á em sessões deliberativas que serão públicas. Por outro lado, a agência observará, obrigatoriamente, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade que devem nortear todo e qualquer ato administrativo que emita, devendo observar as normas procedimentais estabelecidas no seu regimento interno³⁸.

A independência de objetivos da ANP pode ser evidenciada a partir da sua responsabilidade pela implementação da política nacional de petróleo e gás natural, contida na política energética nacional, as quais devem visar à preservação dos interesses nacionais, à promoção do desenvolvimento e ampliação do mercado de trabalho, à valorização dos recursos energéticos, à proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta de produtos, à proteção do meio ambiente e conservação de energia, a garantir o fornecimento de derivados do petróleo em todo o território nacional, como preconiza o art. 177 da Constituição Federal, à incrementação da utilização do gás natural, à busca de soluções para o adequado suprimento de energia elétrica nas diversas regiões do País, à utilização de fontes alternativas de energia, à promoção da livre concorrência, ao incremento de investimentos na produção de energia e, finalmente, à ampliação da competitividade das empresas nacionais no mercado internacional³⁹.

A par desses objetivos programáticos, incumbe à ANP o atendimento às necessidades de suprimento e abastecimento nacionais de combustíveis, antes desempenhadas pelo Departamento Nacional de Combustíveis, a delimitação de blocos onde serão exercidas as atividades de exploração, o desenvolvimento e a produção de petróleo e seus derivados, a outorga de autorizações e concessões e, ainda, os demais encargos regulatórios que lhe foram atribuídos pela Lei⁴⁰.

Em nível de independência de instrumentos, a ANP detém a capacidade legal de outorgar autorizações e concessões para a execução de serviços especializados do setor

de petróleo e gás natural; de dispor acerca das normas de regência dos procedimentos seletivos de licitação para a realização dos serviços acima aludidos; de estabelecer critérios para o cálculo de tarifas e para o arbitramento de seus valores, e para a realização de outras atividades conducentes ao atingimento dos objetivos que lhe incumbe prover⁴¹.

Finalmente, a independência financeira da ANP encontra-se assegurada pela disponibilidade de recursos materiais⁴² e humanos⁴³ expressamente previstos na Lei e essenciais à sua capacitação para o exercício das atribuições cuja execução lhe compete.

Constituem receitas da ANP⁴⁴:

- as dotações consignadas no Orçamento Geral da União, créditos especiais, transferências e repasses que lhe forem conferidos;

- parcela das participações governamentais em bônus de assinatura e participações especiais⁴⁵, de acordo com as necessidades operacionais da ANP, consignadas no orçamento aprovado;

- os recursos provenientes de convênios, acordos ou contratos celebrados com entidades, organismos ou empresas, excetuados os referidos no item anterior;

- as doações, legados, subvenções e outros recursos que lhe forem destinados;

- o produto dos emolumentos, taxas e multas previstos na legislação específica;

- os valores apurados na venda ou locação dos bens móveis e imóveis de sua propriedade; e

- os valores decorrentes da venda de dados e informações técnicas, inclusive para fins de licitação, excluído, porém, o acervo técnico constituído pelos dados e informações sobre as bacias sedimentares brasileiras⁴⁶.

Os recursos oriundos da participação do governo no pagamento pela ocupação ou

retenção de área⁴⁷ serão destinados ao financiamento das despesas da ANP para o exercício das atividades que lhe foram atribuídas pela Lei nº 9.478/97.

Quanto aos recursos humanos de que poderá dispor, a ANP tem autorização legal para contratar especialistas para a execução de trabalhos nas áreas técnica, econômica e jurídica, bem como para contratar, por prazo não superior a trinta e seis meses, o pessoal técnico imprescindível à implantação de suas atividades⁴⁸. A ANP poderá contar, ainda, integrando sua estrutura organizacional, com a assessoria de um procurador-geral⁴⁹. O Poder Executivo deverá, no prazo máximo de cento e vinte dias, contados da publicação da Lei nº 9.478/97, aprovar a estrutura regimental da ANP⁵⁰.

No tocante à independência de objetivos, como antes conceituada, comparando as duas agências nacionais de energia – a ANEEL e a ANP –, a primeira parece ostentar características de maior independência que a segunda. Entre as atribuições da Aneel estão as relacionadas ao zelo pela boa qualidade do serviço, recebendo, apurando e solucionando queixas e reclamações dos usuários, que serão cientificados, até trinta dias, das providências tomadas; o estímulo ao aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio ambiente e conservação; o incentivo à competitividade e o estímulo à formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço. De outro lado, as funções da ANP são mais fortemente ligadas ao planejamento do que, propriamente, à atividade típica de uma agência reguladora, não se incluindo, expressamente, entre as suas funções, as ligadas aos direitos e interesses do usuário⁵¹, embora se possa considerá-las implícitas, especialmente no futuro, quando se desenvolver amplamente o mercado concorrencial no setor.

Com relação à área de competência estadual, no campo do gás natural, registre-se a criação da Comissão de Serviços Públicos de Energia (CSPE), pelo Estado de São Paulo, nos termos da Lei Complementar

nº 833, de 17/10/97, nos moldes das agências reguladoras federais. Trata-se de autarquia especial e independente, incumbida de regular, controlar e fiscalizar a geração, produção, transmissão, transporte e distribuição de energia, naquilo que lhe couber originariamente ou por delegação⁵².

O setor de transportes passa por uma fase de adaptação e reformulação regulamentar, na busca de sua estruturação regulatória. A partir das experiências de regulação de outros setores de serviços públicos, a exemplo da ANEEL, da ANATEL e da ANP, poder-se-ia cogitar, tanto para os setores ferroviário e rodoviário, quanto para a atividade administrativa portuária, do exemplo da autoridade reguladora, independente e dotada de atribuições para implementar a regulamentação e o controle dos serviços e tarifas, de forma a tornar as normas regulamentares transparentes e aptas a estimular a concorrência e evitar as práticas abusivas pelas concessionárias.

2.3. Especialização das agências reguladoras

Outro aspecto relevante diz respeito à especialização do ente regulador, ou seja, a criação de uma agência para cada atividade, ou a criação de um único órgão para a regulação e fiscalização dos serviços públicos concedidos, dividido em departamentos específicos para cada um dos setores de atividades.

Com efeito, há uma grande diversidade de serviços públicos, em vários segmentos de atividades econômicas, com características diferenciadas de demanda, de investimento, de tecnologia, como, por exemplo, água, eletricidade, telecomunicações, rodovias, gás, petróleo, etc.

Constata-se em outros países a tendência pela especialização. No exemplo argentino, cada uma das entidades regulatórias tem a sua competência regulamentarmente delimitada de acordo com o princípio da especialidade, conforme esteja voltada aos segmentos de gás, eletricidade e água, para citar os mais relevantes. Entre esses fins,

estão arrolados não só os relacionados à proteção dos usuários, mas, também, outros, dirigidos à regulação do mercado e incentivos a determinadas atividades⁵³.

Nos EUA, também se observa a existência de agências reguladoras especializadas: a *Interstate Commerce Commission* (ICC) regula os setores de ferrovias, transporte de carga e abastecimento de água; a *Federal Communication Commission* (FCC), os segmentos de telefonia, radiodifusão e de TV a cabo; a *Federal Energy Regulatory Commission* (FERC), as áreas de energia elétrica, gás natural e petróleo.

É importante considerar que há segmentos de atividades em que o serviço público é prestado de forma monopolística - como, por exemplo, na área da eletricidade-, exigindo, muitas vezes, da ação regulatória uma verdadeira simulação das condições de uma concorrência perfeita ao mesmo tempo em que deve adotar mecanismos para estimular a eficiência, a competição e a concorrência, a eficiência na prestação de serviços e a alocação adequada dos investimentos.

A preocupação com a regulação dos monopólios naturais é evidenciada nos Estados Unidos, tanto em nível de agências reguladoras federais, como estaduais⁵⁴.

Na organização da indústria do gás natural, nos Estados Unidos, observa-se que as instituições de direito público ocupam um lugar de destaque para a regulação (*regulation*) de diferentes indústrias de rede, estruturando-se em nível estadual, por meio de diferentes *public commissions*, que funcionam com elevado grau de autonomia com relação à administração federal.

Sob outro ângulo, a concepção dos novos entes reguladores deverá observar os cuidados necessários, de modo a evitar o excessivo intervencionismo estatal, que acaba por impedir a formação de um mercado competitivo, estimulador da eficiência das empresas prestadoras de serviços.

Para que se possa alcançar esse resultado, é essencial que as entidades reguladoras sejam dotadas de estruturas de gestão aptas

a conjugar o exercício das funções de atribuição do poder concedente com a harmonia necessária às relações entre este, a concessionária e os usuários, por meio de canais decisórios abertos, abrangendo as audiências públicas, mas não se limitando a realizar as mesmas, e devendo encontrar outras formas de diálogo com a sociedade.

Ainda, as normas de estruturação da atuação desses órgãos regulatórios devem ser suficientemente claras e precisas, de forma a trazer segurança e confiança à coletividade interessada, direta ou indiretamente, na atividade concedida, que lhe compete regular e fiscalizar.

Assim, parece viável admitir que a especialização da agência reguladora traz o maior aperfeiçoamento das suas atividades, a exemplo do que se observa em outros países – EUA, Reino Unido e Argentina, entre outros.

Como vimos, no Brasil, as agências federais são especializadas⁵⁵. Por outro lado, observa-se, em alguns estados brasileiros, a opção por agências reguladoras que reúnem as funções inerentes à regulação e à fiscalização de todos os serviços públicos cuja prestação for delegada à iniciativa privada, por meio de concessões e permissões.

No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, foi criada, por lei, uma entidade reguladora única – a Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro, ASEP/RJ –, para a regulação, o controle e a fiscalização dos serviços públicos estaduais⁵⁶.

Quanto ao segmento de exploração dos serviços de gás canalizado, integrante da competência estadual, de acordo com o disposto no art. 25, § 1º, da Constituição Federal, duas situações poderão ser observadas:

- a de atribuir-se tal competência regulatória e fiscalizatória às agências estaduais autônomas, criadas com atribuição dirigida a todos os serviços públicos objeto de concessão, permissão e autorização do Estado; ou
- ser constituída uma agência reguladora autônoma, exclusivamente

para a área de energia, abrangendo os serviços de eletricidade e os de gás canalizado – a Comissão de Serviços Públicos de Energia, criada, no Estado de São Paulo, pela Lei Complementar nº 833/97, já acima referida.

3. Da competência das agências reguladoras e da delegação de poderes

As competências dos entes regulatórios derivam necessariamente da lei, em sentido formal, elaborada pelo Poder Legislativo e sancionada pelo Poder Executivo. Só por exceção, fundada em razões de emergência ou urgência, pode-se admitir a chamada auto-atribuição de competência, mediante medida provisória ou, eventualmente, nos limites em que for cabível, de decreto contendo regulamentos.

Sobre a delegação de competências aos entes reguladores, convém estabelecer determinadas balizas legais. Ou seja, há de ser preservado o “Estado de Direito”, evitando atribuições que ostentem caráter absoluto, situação de sujeição indefinida de determinadas pessoas aos poderes públicos, distorcendo, assim, a regra geral de que as restrições às liberdades constituem uma exceção ao sistema de direitos e garantias constitucionais.

As competências conferidas aos entes regulatórios apresentam certas peculiaridades quanto à sua natureza e à sua extensão. A eles são conferidas as atribuições administrativas relacionadas à fiscalização dos serviços e ao cumprimento das condições ditadas pelos contratos de concessão, abrangendo desde o controle sobre a fixação de tarifas até as sanções de natureza disciplinar, além das que têm por objeto a instituição de condutas competitivas, como mecanismo de estímulo à eficiência e forma de evitar os abusos do poder econômico.

Além disso, o quadro das competências atribuídas nos marcos regulatórios oferece uma ampla gama de poderes regulamentares, tanto em matéria de segurança e de procedimentos técnicos, medição e faturamento

dos consumos, controle e uso de medidores, acesso a imóveis de terceiros e qualidade dos serviços prestados, quanto em matéria de aplicação de sanções. Também quanto a esses aspectos, devem ser respeitados todos os princípios que regem a atribuição de competência, notadamente o da legalidade⁵⁷.

Não constam expressamente, na Lei de Concessões, os princípios, diretrizes e regras gerais aos quais deve obedecer o ordenamento das agências reguladoras, o que dificulta o atingimento de uma certa uniformidade quanto a certos pontos essenciais, quais sejam, os concernentes às suas funções, objetivos e principais atribuições, à sua estrutura organizacional e de custeio, à formatação jurídica do órgão e do seu grau de independência em relação ao Poder Público.

Entre os objetivos que são atribuídos às entidades reguladoras estão os relacionados à promoção da eficiência, à defesa do mercado e das liberdades econômicas das pessoas vinculadas à prestação de serviços públicos, ao lado da justa e razoável fixação das tarifas para garantir o equilíbrio econômico-financeiro da empresa concessionária. Essa nova função estatal, que tende a proteger o funcionamento eficiente de todo o ciclo econômico, com o propósito de melhorar a qualidade de vida das pessoas, vem a suprir um papel que antes o Estado não assumia no campo da regulação econômica, em que a tônica da sua atuação no exercício do poder de polícia, algumas vezes, baseava-se em mecanismos que desconsideravam a realidade de mercado e acabavam, muitas vezes, por alterar artificialmente a oferta e a demanda⁵⁸.

Os entes regulatórios, como órgãos administrativos que são, não têm competência para atuar fora das normas que definem as suas atribuições, baseadas geralmente e principalmente na especialidade, conferidas em razão do segmento específico em que atuam.

Como todo agente administrativo, estão, portanto, essas entidades adstritas aos

princípios informadores dos atos administrativos em geral, devendo basear sua atividade nas disposições legais, sendo-lhes vedada a imposição de ônus e de penalidades que não estejam previstos na lei, tanto quanto não podem criar obrigações para os concessionários que não encontrem amparo na lei e no contrato de concessão⁵⁹.

No que tange à delegação para o exercício de funções normativas, ela encontra sua natural limitação em sede legislativa, cabendo à lei definir as atribuições delegadas, que irão traduzir-se em regulamentos baixados com base nos poderes atribuídos aos entes regulatórios, que podem ser designados, nas palavras de Augustin Gordillo, como regulamentos de integração⁶⁰. Já a subdelegação, que só é admitida excepcionalmente, só pode ter lugar se houver expressa previsão legal⁶¹.

A primeira questão jurídica consiste em observar as atribuições inerentes ao poder concedente, conferidas às agências reguladoras, pelas suas leis de criação, transformando-as em autênticas *longa manus* do poder concedente.

As atribuições do poder concedente, denominadas “encargos” pela Lei de Concessões (Lei nº 8.987, de 13/2/95), estão definidas no Capítulo VII, nos arts. 29 e 30, desse diploma legal, abrangendo:

- a) o controle e a fiscalização da execução dos serviços e das obrigações da concessionária;
- b) a homologação de reajustes e revisões;
- c) o zelo que a Administração deve ter para assegurar a prestação de serviço adequado e o atendimento aos direitos dos usuários;
- d) as providências do Poder Público, necessárias à execução do serviço público ou da obra necessária para a sua realização (desapropriações e constituição de servidões);
- e) a implementação de estímulos à qualidade, produtividade, preservação do meio ambiente, competitividade e à formação de associações de usuários.

Muito embora o contrato de concessão contenha as regras regulamentares e econômicas da concessão, todas as normas que vierem a ser baixadas pela agência reguladora, dentro dos poderes que lhe foram delegados por lei, passam a ser aplicáveis aos contratos já firmados, considerando a prerrogativa do Poder Público de exercer o *ius variandi*, ou seja, de alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares ou de serviço, desde que mantidas as cláusulas econômicas atinentes à remuneração da concessionária ou do permissionário, que são intangíveis por força de garantias constitucionais, legais e contratuais⁶².

A Lei de Concessões reforça esse preceito de ordem pública, delegando ao Poder Concedente competência para exercer a atividade regulamentar, modificando, quando for necessário, as regras de serviço, sempre no sentido de zelar pela adequada e regular execução do objeto da concessão, com vistas ao seu constante aperfeiçoamento, para atendimento das melhores e mais modernas condições técnicas e operacionais. O poder de modificar unilateralmente o contrato administrativo é irrenunciável pela Administração Pública, conforme já prelecionaram os tratadistas franceses⁶³, mas não pode onerar o concessionário, quebrando ou alterando a equação econômico-financeira.

Compete ao poder concedente, ainda, editar normas regulamentares claras e completas sobre as etapas e instrumentos dos processos fiscalizatório, interventivo e punitivo, definindo os meios e os prazos para o exercício dos direitos à ampla defesa e ao contraditório, por parte do concessionário ou do permissionário, sempre com observância do devido processo legal (art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal).

As atribuições do poder concedente não se esgotam, contudo, no estabelecimento de regras, mas dele se exige, no novo ordenamento das concessões, uma efetiva atuação e dinâmica, principalmente no âmbito da prevenção de práticas nocivas à perfeita execução do objeto da concessão ou da

permissão, inclusive implementando a participação da comissão mista de representantes do poder concedente e dos usuários, no exercício do controle e da fiscalização do devido cumprimento das obrigações fixadas no contrato de concessão ou permissão. Cabe-lhe, enfim, efetivar um sistema eficaz de atendimento ao usuário, que deverá prever a obrigatória resposta aos seus reclamos, em trinta dias, informando sobre a adoção das providências cabíveis.

Os incisos X, XI e XII do art. 29 da lei de concessões (Lei nº 8.987, de 13/2/95) atribuem ao poder concedente as funções de estimular o aumento de qualidade, produtividade, preservação e conservação do meio ambiente; competitividade e formação de associação de usuários, tudo com a finalidade maior de criar condições adicionais para o aprimoramento dos serviços concedidos. Diante da delegação de poderes, que nasce da lei criadora das agências reguladoras, estão elas legitimadas e habilitadas a adotar os procedimentos e práticas administrativas destinadas a alcançar tais finalidades.

A ANEEL, instituída pela Lei nº 9.427/96, tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal, bem como promover a articulação com os Estados e o Distrito Federal para o aproveitamento energético dos cursos de água e a compatibilização com a política nacional de recursos hídricos⁶⁴, objeto da Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997.

Compete especialmente à ANEEL⁶⁵:

a) implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei nº 9.074/95;

b) promover as licitações destinadas à contratação de concessionárias

de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos;

c) definir o aproveitamento ótimo do qual tratam os §§2º e 3º do art. 5º da Lei nº 9.074/95;

d) celebrar e gerir os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público, expedir as autorizações, bem como fiscalizar, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, as concessões e a prestação dos serviços de energia elétrica;

e) dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores;

f) fixar critérios para o cálculo do preço de transporte de que trata o §6º do art. 15 da Lei nº 9.074/95, e arbitrar seus valores nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos;

g) estabelecer, com vistas a propiciar a concorrência efetiva entre os agentes e a impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica, restrições, limites ou condições para empresas, grupos empresariais e acionistas quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e à realização de negócios entre si;

h) zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes do setor de energia elétrica, na forma a ser estabelecida em regulamento;

i) fixar multas administrativas a serem impostas aos concessionários, permissionários e autorizados de

instalações e serviços de energia elétrica, observado o limite, por infração, de 2% do faturamento, ou do valor estimado da energia produzida nos casos de autoprodução e produção independente, correspondente aos últimos 12 meses anteriores à lavratura do auto de infração.

Para o segmento de telecomunicações, a Lei nº 9.472/97 dotou a ANATEL das atribuições necessárias ao atendimento ao interesse público, no âmbito de sua competência, especialmente⁶⁶:

a) implementar a política nacional de telecomunicações;

b) representar o Brasil nos organismos internacionais de telecomunicações;

c) elaborar e propor a adoção de medidas referentes ao plano geral de metas e outorgas;

d) expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público;

e) editar atos de outorga e extinção de direito de exploração do serviço no regime público;

f) celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público⁶⁷;

g) controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços prestados no regime público;

h) administrar o espectro de radiofrequências e o uso de órbitas para os satélites, expedindo as respectivas normas;

i) editar atos de outorga e extinção do direito de uso de radiofrequência e de órbita, fiscalizando e aplicando sanções aos concessionários e permissionários;

j) expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado;

k) expedir e extinguir autorização para prestação de serviço no regime privado;

l) expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem;

m) expedir ou reconhecer a certificação de produtos, observados os padrões e normas por ela estabelecidos;

n) expedir normas e padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão entre as redes, abrangendo inclusive os equipamentos terminais;

o) deliberar, na esfera administrativa, quanto à interpretação da legislação de telecomunicações e sobre os casos omissos;

p) reprimir infrações dos direitos dos usuários;

q) rever periodicamente os planos gerais de metas e outorgas; e

r) promover interação com os países do Mercosul.

A Lei nº 9.478/97 dotou a ANP de competência específica para promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria de petróleo, cabendo-lhe, principalmente⁶⁸:

a) implementar a política nacional de petróleo e gás natural, com ênfase na garantia do suprimento de derivados de petróleo em todo o território nacional e na proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos;

b) promover estudos visando à delimitação de blocos para efeito de concessão das atividades de exploração, desenvolvimento e produção;

c) regular a execução dos serviços de geologia e geofísica aplicados à prospecção petrolífera, visando ao levantamento de dados técnicos, destinados à comercialização, em bases não exclusivas;

d) elaborar os editais e promover as licitações para a concessão de exploração, desenvolvimento e produção do petróleo e dos seus derivados,

celebrando os contratos delas decorrentes e fiscalizando a sua execução;

e) autorizar a prática das atividades de refinação, processamento, transporte, importação e exportação;

f) estabelecer critérios para o cálculo de tarifas de transporte dutoviário e arbitrar seus valores;

g) fiscalizar diretamente, ou mediante convênios com órgãos dos Estados e do Distrito Federal, as atividades integrantes da indústria do petróleo, bem como aplicar as sanções previstas em lei, regulamento ou contrato;

h) instruir processo com vistas à declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação e instituição de servidão administrativa, das áreas necessárias à exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, construção de refinarias, de dutos e de terminais;

i) fazer cumprir as boas práticas de conservação e uso racional de petróleo, dos derivados e do gás natural e de preservação do meio ambiente;

j) estimular a pesquisa e a adoção de novas tecnologias na exploração, produção, refino e processamento;

k) organizar e manter o acervo das informações e dados técnicos relativos às atividades da indústria do petróleo;

l) consolidar anualmente as informações sobre as reservas nacionais de petróleo e gás natural transmitidas pelas empresas concessionárias e permissionárias, responsabilizando-se por sua divulgação;

m) fiscalizar o adequado funcionamento do sistema Nacional de Estoques de Combustíveis e o cumprimento do Plano Anual de Estoques Estratégicos de Combustíveis, de que trata o art. 4º da Lei nº 8.176, de 8 de fevereiro de 1991;

n) articular-se com os outros órgãos reguladores do setor energético

sobre matérias de interesse comum, inclusive para efeito de apoio técnico ao CNPE;

o) regular e autorizar as atividades relacionadas com o abastecimento nacional de combustíveis, fiscalizando-as diretamente ou mediante convênios com outros órgãos da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios; e

p) exercer as atribuições do Departamento Nacional de Combustíveis, relacionadas com as atividades de distribuição e revenda de derivados de petróleo e álcool.

3.1. Delegação de atribuições à agência reguladora

O poder concedente dos serviços públicos – sejam de competência da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município –, enquanto titular de tal competência, outorgada constitucionalmente, responde pela efetiva prestação desse serviço público, realizando-o diretamente, por meio dos órgãos da administração pública, ou indiretamente, delegando-o a empresas particulares, por meio dos institutos da concessão, permissão ou autorização.

Delegando a prestação de serviço de sua competência à empresa privada, incumbe ao poder concedente, por intermédio dos órgãos que compõem a sua estrutura administrativa, zelar pelo controle da qualidade do serviço e da sua regularidade, mediante mecanismos fiscalizatórios, além de assegurar aos usuários o atendimento a seus direitos ao serviço adequado e a uma tarifa módica (ou no mínimo razoáveis).

Buscando tal fim, são constituídas as agências reguladoras, dotadas de estrutura funcional independente – autarquias especiais –, entidades integrantes da administração indireta do titular da competência, legitimadas, na forma da lei, para o desempenho das funções reguladoras, de controle e de fiscalização dos serviços concedidos.

Um aspecto jurídico que tem sido debatido diz respeito à possibilidade de um ente político (União, Estado ou Município), ao

qual a Constituição atribuiu a competência para a prestação de determinado serviço público, delegar à entidade regulatória criada por outro ente político o exercício das funções reguladoras e fiscalizadoras da atividade que tem a seu cargo.

Com efeito, em princípio, conforme antes salientado, as competências outorgadas pela Constituição são suscetíveis de delegação ou de cessão, pelas pessoas jurídicas investidas daqueles poderes.

A doutrina⁶⁹ ressalta a natureza jurídica do convênio e a sua diferença em relação ao contrato. Mediante o convênio, ato administrativo complexo, da modalidade pública do gênero acordo, uma entidade pública coopera com outra para satisfação de um interesse público. Aliás, no direito constitucional brasileiro, já tivemos o reconhecimento da validade dos convênios firmados entre vários municípios para determinados fins (art. 23, parágrafo único, da CF/88). São acordos de colaboração ou parceria que podem ocorrer entre entidades que integram a administração da mesma pessoa de direito público⁷⁰ ou que pertencem ou estão vinculadas a pessoas de direito público diferentes, do mesmo nível⁷¹ ou de nível distinto⁷². É até possível a realização de convênios entre entidades administrativas de dois países diferentes, que não se confundem com os tratados internacionais⁷³.

Assim sendo, parece-nos juridicamente viável que uma agência reguladora federal celebre convênio com o Estado no qual os serviços concedidos serão prestados, para as atividades complementares, inerentes à regulação, controle e fiscalização de serviços pelo primeiro concedidos ou permitidos.

Tal mecanismo afigura-se útil em face da proximidade espacial da autoridade estadual para controlar e fiscalizar um serviço concedido pela União, executando misteres complementares que possibilitam o instrumental necessário ao desempenho eficiente dessas atribuições do poder concedente, que, todavia, não implica renúncia de sua competência constitucional ligada à concessão de serviços públicos.

Os contratos administrativos e convênios apresentam diferenças estruturais, funcionais, teleológicas e patrimoniais, conforme assinala a doutrina. A distinção estrutural se refere ao conteúdo da vontade expressa pelas partes: enquanto no contrato as partes visam a objetivo diverso, no acordo ambas pretendem alcançar o mesmo fim. Como distinção funcional se entende a que está ligada ao interesse que se pretende satisfazer: no contrato, as partes compõem seus interesses, enquanto no acordo, elas os unificam por serem comuns. A distinção teleológica diz respeito à satisfação específica do interesse público: o contrato é finalístico, pois, sendo a Administração Pública uma das partes, ela obtém a satisfação do interesse público mediante a prestação da outra parte, enquanto, por meio do acordo, que se afigura instrumental, o atingimento do interesse público se dá pela via da cooperação entre entidades públicas, ou de colaboração entre entidade pública e entidade privada. Quanto à diferença, sob o ponto de vista patrimonial, esta se relaciona com a transferência econômica, que está presente nos contratos e é estranha ao acordo de natureza pública, em que se estrutura como se exercerá a competência para melhor atuar. Há, na verdade, no contrato, a criação de obrigações, enquanto, no acordo, o que se dá é uma estipulação de deveres que apenas acarretarão responsabilidades se do seu descumprimento advier dano para uma das partes, hipótese de incidência da responsabilidade civil aquiliana (art. 159 do Código Civil).

Assim, o convênio, enquanto acordo de natureza pública, não envolve, nem pode envolver, transferência de competências constitucionais para prestação de determinado serviço público, mas pode instrumentalizar um acordo de cooperação para o exercício da regulação e da fiscalização, por meio do ente regulador integrante da administração indireta de outro ente político, permanecendo sob a pessoa jurídica de direito público, titular da competência, a

responsabilidade pela regular e adequada prestação da atividade pública envolvida.

Portanto, o que pode validamente ser objeto de convênio de cooperação celebrado até mesmo com uma agência reguladora inserida na estrutura administrativa de outro ente político são os encargos de execução, o que não implica renúncia da atribuição constitucional de competências pelo ente político que dela é titular.

No setor de eletricidade, a lei criadora da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) prevê expressamente a celebração de convênios com os Estados e o Distrito Federal para o exercício de atribuições fiscalizatórias das concessões, sob a avaliação e acompanhamento da ANEEL⁷⁴.

Do mesmo modo, no setor do petróleo, a Lei nº 9.478/97 concede à ANP competência específica para:

a) fiscalizar diretamente, ou mediante convênios com órgãos dos Estados e do Distrito Federal, as atividades integrantes da indústria do petróleo, bem como aplicar as sanções administrativas e pecuniárias previstas em lei, regulamento ou contrato⁷⁵; e

b) regular e autorizar as atividades relacionadas com o abastecimento nacional de combustíveis, fiscalizando-as diretamente ou mediante convênios com outros órgãos da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios⁷⁶.

No âmbito estadual, a Comissão de Serviços Públicos de Energia, criada pela Lei Complementar nº 833/97, no Estado de São Paulo, para atuar no setor de energia, agirá, no setor de eletricidade, por delegação da ANEEL e, no setor de petróleo e gás, por delegação da ANP, só exercendo as atribuições próprias do Estado enquanto poder concedente dos serviços públicos de gás canalizado. A Comissão terá por finalidade, de acordo com a sua lei de criação, regular, controlar e fiscalizar a qualidade do fornecimento de energia e os preços, as tarifas e as condições de atendimento aos usuários

dos serviços, bem como a geração, produção, transmissão, transporte e distribuição de energia.

A delegação aos Municípios e Estados, pela União Federal, também foi a fórmula encontrada para a exploração de rodovias ou obras de rodovias federais, ou ainda de portos, competindo ao ente político delegatário constituir a autoridade portuária, que irá promover a administração do porto, objeto dessa outorga⁷⁷.

4. Da composição de conflitos entre poder concedente e concessionária

4.1. Da arbitragem

Tem sido observado que as leis criadoras dos entes regulatórios das concessões, nas diversas áreas e em vários sistemas jurídicos, têm atribuído a essas entidades poderes para dirimir controvérsia entre terceiros⁷⁸, estabelecendo, em alguns casos, a obrigatoriedade da jurisdição⁷⁹ e, em outros, a facultatividade da utilização de tal atividade jurisdicional⁸⁰.

No entanto, tendo em vista que a agência reguladora é também considerada uma extensão do poder concedente, na medida em que reúne as suas funções, não deverá, em tese, ter o encargo de dirimir os conflitos entre o concedente e a concessionária, emergentes da interpretação do próprio contrato de concessão⁸¹, especialmente tratando-se de um instrumento contratual no qual o Estado não se coloca como ente soberano⁸².

Todavia, considerando-se o grau de independência que deve ter a agência, é admissível conceber que possa, eventualmente, ter uma competência quase judicial. Para tanto, seria preciso que se constituísse, no âmbito da mesma, uma “Câmara Especial”, que, não sendo dotada de competência administrativa, esteja apta a julgar os conflitos entre o poder concedente e o concessionário. Tal solução constituir-se-ia na organização de uma forma de contencioso administrativo, funcionando, em relação às

concessões, como os Conselhos de Contribuintes atuam em matérias fiscais, ou como o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional no tocante à área bancária, sem prejuízo da posterior apreciação pelo Poder Judiciário de qualquer lesão de direito.

Assim, poderíamos ter um contencioso administrativo – desde que separado dos órgãos de decisão administrativa – que funcionaria como uma outra instância administrativa, sem prejuízo do posterior recurso ao Poder Judiciário.

Registre-se que, no Reino Unido, existe uma clara separação de funções e de instrumentos regulatórios. Enquanto a *Monopolies and Mergers Commission* foi criada para exercer o papel de agência reguladora exclusiva para a arbitragem de conflitos em geral, outra entidade – *National Audit Office* – exerce a atividade de auditoria das agências setoriais, que são especializadas e específicas para cada setor (água, eletricidade, gás, saneamento básico, telecomunicações).

Para as situações de conflito entre as partes de um contrato, parece-nos que a solução, em nível extrajudicial, deve estar entregue a um ente julgador, equidistante das partes e por estas previamente escolhido, segundo regras já conhecidas e neutras, em moldes a conferir a justa decisão às situações conflituosas, trazendo equilíbrio, confiabilidade e segurança à execução do contrato.

Nesse sentido, tem sido adotado, em diversos contratos de concessão, o juízo arbitral como meio eficaz de composição de divergências contratuais das partes nesse contrato⁸³.

Encontra debate, no campo doutrinário e entre autoridades administrativas, a viabilidade jurídica da arbitragem, em relação aos conflitos decorrentes do contrato de concessão, sob o argumento de que a Administração Pública não estaria autorizada, em razão da existência dos princípios da indisponibilidade e da supremacia do interesse público, a abrir mão do direito de recorrer ao Judiciário, utilizando-se de todos os meios a seu alcance para dirimir as

situações de controvérsia. Outro argumento contrário procura respaldo no preceito constitucional inscrito no art. 5º, inciso XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Também o princípio constitucional da legalidade é aduzido para combater a arbitragem em contratos administrativos, na medida em que a solução do conflito por essa via pode, em tese, ser feita por equidade, o que estaria afrontando o princípio da legalidade, ou seja, do respeito estrito às normas legais.

Esses argumentos, a nosso ver, carecem da necessária sustentação jurídica, porquanto a arbitragem constitui apenas uma forma, internacionalmente reconhecida, de compor os litígios extrajudicialmente, mas não impede que as partes possam recorrer ao Judiciário, que, em última análise, detém o controle jurisdicional da arbitragem, o que significa dizer que não está vedado a qualquer das partes o recurso aos tribunais, caso o processo de arbitragem contenha vício capaz de provocar a sua nulidade. Enfatizando esse aspecto, é expressa a previsão contida no art. 33 da Lei nº 9.307, de 23/9/96, em respeito à garantia constitucional contida no art. 5º, inciso XXXV.

Quanto à legalidade do recurso ao procedimento arbitral nos contratos de concessão, cabe ressaltar que a própria Lei nº 8.987/95, ao disciplinar o conteúdo desses contratos, refere-se à previsão contratual do “modo de solução amigável das divergências contratuais” (art. 23, inciso XV). Assim sendo, numa interpretação construtiva, entendemos que nada impede, portanto, que os instrumentos contratuais disponham sobre a matéria, regrando a forma de proceder nestes casos ou submetendo a controvérsia às normas de determinada entidade especializada criada especificamente para esse fim, no âmbito da Administração Pública ou fora dela, prevendo que serão observadas as regras procedimentais previstas no contrato ou ditadas por algum órgão institucional arbitral, ou entidade especializada⁸⁴.

Sem dúvida, a matéria carece de disciplina específica, que poderá ser editada pela União, pelos Estados e Municípios, à falta de disposição legal federal detalhando a disciplina procedimental da arbitragem, no âmbito dos contratos administrativos, especialmente os de concessão⁸⁵. Tanto pois que a Lei nº 8.666/93 não consagrou a sua aceitação.

Por outro lado, é importante aduzir que, justamente em atendimento ao princípio da legalidade, pode-se argumentar que a arbitragem das divergências em contratos administrativos não poderá observar o critério da equidade, exclusivamente aplicável aos conflitos entre particulares.

Sem prejuízo do recurso às instituições arbitrais já existentes e da possibilidade de estabelecer-se contratualmente um sistema de arbitragem *ad hoc*, sob medida, para cada caso, outra alternativa viável seria a criação de uma entidade destinada a arbitrar conflitos decorrentes das decisões proferidas pelos órgãos reguladores em matérias concernentes à interpretação e aplicação de cláusulas de contratos de concessão, seja em relação a direitos e obrigações da concessionária, seja em matéria de tarifas.

É importante observar, ainda, que a arbitragem é meio de composição de controvérsias instaladas apenas entre as partes do contrato, não se encontrando à disposição do usuário dos serviços concedidos, quando este pretender exigir determinado direito ou argüir qualquer divergência a respeito da gestão do contrato de concessão.

No sentido de evitar a ocorrência desses conflitos de interesse, o mais adequado seria separar tais funções, retirando do agente regulador a função de arbitragem ou criando condições para que possa exercê-las com independência e imparcialidade.

Examinando a lei que institui a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), verifica-se que essa Agência tem a seu cargo duas funções aparentemente conflitantes: a de agente do poder concedente, realizando licitações, celebrando e fiscalizando contratos de concessão, e a de arbitrador das

divergências entre os agentes do mercado elétrico e entre estes e o poder concedente, o que, potencialmente, gera um eventual conflito de interesses e, conseqüentemente, uma espécie de risco regulatório, especialmente no tocante à fixação de tarifas, em que o interesse do Poder Público está por ela representado no contrato.

Em sede contratual, os contratos de concessão para geração e distribuição de energia elétrica prevêem procedimento para solução amigável dos conflitos entre poder concedente e concessionária, por intermédio de um sistema de mediação ou conciliação que se aproxima, mas não se identifica, com a decisão arbitral. Esse o conteúdo das cláusulas contratuais nesse sentido:

“Resguardado o interesse público, na hipótese de divergência na interpretação ou execução de qualquer disposição do presente Contrato, o Poder Concedente e a Concessionária formarão, em cada caso, comissão de 3 (três) membros especialistas, com a incumbência de sugerir, no prazo que for indicado, a solução negociada do conflito.

– Os membros da comissão a que se refere o *caput* desta Cláusula serão designados por escrito, um pelo Poder Concedente, outro pela Concessionária, e o terceiro, de comum acordo pelas partes em conflito.

– As dúvidas ou controvérsias não solucionadas na forma indicada nesta Cláusula serão apreciadas e dirimidas no Juízo Federal desta Cidade de Brasília, Distrito Federal”.

No setor de telecomunicações, cabe à ANATEL compor, administrativamente, conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações (art. 19, inciso XVII), mas não há, na lei, o procedimento para a apreciação dessas controvérsias, o que, certamente, deverá constar das normas regulamentares que vierem a ser expedidas. Também é de bom alvitre que os futuros contratos de concessão venham a espelhar essa realidade.

A Lei nº 9.478/97 estabelece as bases do “processo decisório” da ANP, determinando que cabe ao regimento interno da Autarquia dispor sobre os procedimentos a serem adotados para a solução de conflitos entre agentes econômicos, e entre estes e usuários e consumidores, com ênfase na conciliação e no arbitramento⁸⁶. As regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato de concessão e sua execução, inclusive aquelas que estabelecem as condições para conciliação e arbitragem internacional, deverão estar obrigatoriamente contidas no contrato de concessão como cláusulas essenciais, refletindo fielmente as condições do edital e da proposta vencedora da licitação⁸⁷.

O processo decisório, acima aludido, deverá fundar-se na observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade e, quando se destinar à solução de pendências entre agentes econômicos, e entre estes e consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo, será realizado em sessões deliberativas da Diretoria da ANP, abertas ao público, permitida a gravação da sessão e facultada a obtenção de transcrições da mesma. Ademais, prescreve a Lei que todas as iniciativas de projetos de lei ou de alterações de normas administrativas que impliquem afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo serão precedidas de audiência pública convocada e dirigida pela ANP⁸⁸.

No setor de transportes, a legislação vigente não contém disposição explícita a respeito da forma de solução amigável dos conflitos, competindo, portanto, aos contratos construir as regras nesse sentido, nada impedindo, juridicamente, que sejam contratualmente estabelecidas normas de composição de conflitos pela via arbitral, indicando-se a forma de eleição dos árbitros e o respectivo procedimento para as situações de controvérsia decorrentes do contrato de concessão.

5. Da participação do usuário

Não se pode descurar, ao abordar as funções e a estrutura da agência reguladora, da indispensável previsão dos mecanismos por meio dos quais será assegurada a participação do usuário na fiscalização e controle da concessão, bem como dos instrumentos que terá a seu dispor para reclamar e exigir o pronto atendimento aos seus direitos, observando os ditames da disciplina legal das concessões – art. 33 da Lei nº 9.074/95, quando prevê que, para cada serviço público, o poder concedente editará uma regulamentação, disciplinando a forma de participação dos usuários na fiscalização, bem como dará publicidade às atividades desenvolvidas por representantes dos usuários.

A atividade da agência reguladora pode ser, exatamente, o contexto adequado para disciplinar essa participação do usuário na fiscalização dos serviços concedidos. Sendo o atendimento aos direitos do usuário um dos objetivos principais da prestação de serviços públicos, é evidente que a sua participação ativa e direta em todos os estágios da gestão do setor é desejada, bem como não deixa de ser a apuração máxima de uma democracia a participação ativa e direta dos cidadãos na administração pública. A evolução mais recente da legislação permite inclusive caracterizar o direito administrativo como um direito participativo, decorrente do consenso e do diálogo entre administradores e administrados⁸⁹.

No entanto, há de se perguntar de que forma prática o usuário pode participar do controle das decisões do setor e, sobretudo, de que forma ele pode ser representado legitimamente.

Assim, para que se harmonizem os objetivos de proteção dos usuários com os outros fins da entidade regulatória, é necessário estabelecer a conciliação da regra de continuidade do serviço e do menor custo de sua prestação com a da qualidade e eficiência dos serviços⁹⁰.

Na matéria, não encontramos uma diretriz uniforme na estrutura das agências reguladoras nos diversos países. Assim, no Reino Unido, a participação dos usuários se dá por meio de comitês, integrados por representantes dos consumidores, em cada concessionária, que emitem opiniões sobre aspectos inerentes à regulação. Nos EUA, há a figura da audiência pública que é utilizada para determinados fins, entre eles a regulamentação das tarifas.

No ordenamento jurídico brasileiro, a lei criadora da ANEEL contém previsão de audiência pública, convocada pela agência, quando o processo decisório implicar a afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou de seus consumidores⁹¹. Também há previsão, no tocante ao regime econômico e financeiro da concessão de serviço público de energia elétrica, da eventual participação do consumidor no capital da concessionária, mediante contribuição financeira para execução de obras de interesse mútuo, conforme estabelecido no respectivo contrato e/ou definido em regulamento.

Os contratos de concessão de serviços de energia elétrica, em constante aprimoramento, já contém cláusulas disciplinando o atendimento aos usuários e até mesmo a obrigação da concessionária de organizar e manter em permanente funcionamento o Conselho de Consumidores, integrado por representantes das diversas classes de consumidores, de caráter consultivo e voltado para orientação, análise e avaliação do serviço e da qualidade do atendimento por ela prestado, bem como para formulação de sugestões e propostas de melhoria do serviço.

No âmbito estadual, a lei que cria a ASEP, no Rio de Janeiro, prevê a participação, sem direito de voto, nas decisões do seu Conselho Geral, de representantes do poder concedente ou permitente, das concessionárias, dos permissionários e dos usuários⁹².

Outra alternativa viável consiste na instituição da figura do “ouvidor”, tradução e

adaptação do direito brasileiro do *ombudsman*, como parte integrante da estrutura do órgão regulador, que centralizaria as sugestões, pedidos de informação e reclamações dos usuários, provendo as informações ou diligenciando para que essas cheguem ao destinatário, além de iniciar o procedimento cabível para apuração das denúncias. É a solução adotada pela Lei nº 9.472/97, que, sobre as funções do “ouvidor”, assim dispõe:

“Art. 45. O Ouvidor será nomeado pelo Presidente da República para mandato de dois anos, admitida uma recondução.

Parágrafo único. O Ouvidor terá acesso a todos os assuntos e contará com o apoio administrativo de que necessitar, competindo-lhe produzir, semestralmente ou quando oportuno, apreciações críticas sobre a atuação da Agência, encaminhando-as ao Conselho Diretor, ao Conselho Consultivo, ao Ministério das Comunicações, a outros órgãos do Poder Executivo e ao Congresso Nacional, fazendo publicá-las para conhecimento geral.”

Ainda no setor de telecomunicações, a Lei nº 9.472/97 prevê que os usuários poderão indicar membros do Conselho Consultivo, podendo, dessa forma, participar das atividades da Agência⁹³.

Poderia, ainda, ser criado e estruturado, pelo Poder Concedente, um comitê de usuários nas empresas, ou por setor ou mesmo para todas as concessionárias, composto de representantes das associações e instituições devidamente registradas, com as seguintes atribuições:

a) contribuir à avaliação dos serviços prestados;

b) trazer a opinião dos usuários sobre as questões relativas aos investimentos, às condições de exercício dos serviços e às decisões estratégicas a serem tomadas no quadro do desenvolvimento de determinado setor de atividades.

Em tese, o Poder Concedente garantiria ao Comitê o acesso a toda a informação

necessária para o exercício das suas funções, em particular as informações contratualmente repassadas pelo concessionário ao concedente, bem como os recursos necessários para contratação, quando for o caso, de uma auditoria independente. Poderia ser prevista, nesse caso, uma forma de serem ressarcidas as despesas incidentes dos deslocamentos de pessoas ou de material de divulgação feito à população local, como, por exemplo, mediante a liberação de uma verba anual no orçamento do órgão ou agência reguladora.

A rigor, cumpre aduzir que a participação do usuário acaba conformando-se às normas e peculiaridades de cada segmento de serviços públicos. Assim, adotar-se-á a formatação mais condizente e eficaz em relação a cada um, seja por meio de um comitê de usuários, da previsão de um processo de audiência pública ou de representatividade no conselho diretor da agência reguladora, com ou sem direito de voto, podendo ocorrer a utilização cumulativa desses diversos instrumentos de democratização do sistema de concessões.

No setor do petróleo, como descrito antes, a Lei nº 9.478/97 determina a realização de audiência pública, convocada pela Agência, sempre que novas normas de regência para o setor – legais ou administrativas – possam implicar a afetação de direitos dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo⁹⁴.

No âmbito da administração portuária, a Lei nº 8.630, de 25/2/93 (disciplinadora do regime jurídico da exploração dos portos), prevê a representatividade dos usuários dos serviços e afins no Conselho de Autoridade Portuária, participando com um voto nas deliberações desse conselho.

6. Controle administrativo e judicial dos atos da agência reguladora

Outro aspecto importante a ser salientado diz respeito aos controles administrativo e judicial dos atos emanados dos entes regulatórios.

Como autênticas autarquias, estão as entidades regulatórias submetidas ao poder de supervisão e tutela, exercido pelo Poder Executivo sobre tais pessoas jurídicas de direito público, na medida em que estão vinculadas a algum ministério ou secretaria, conforme se instalem em nível federal, estadual ou municipal.

No sentido de que fiquem claramente explicitadas e sejam observadas as diretrizes que o governo estabelece para o setor, é prevista uma fórmula objetiva de controle da gestão do órgão regulador, como se dá com a disciplina legislativa da ANEEL, em que é obrigatória a celebração de contrato de gestão⁹⁵ contendo as diretrizes de atuação administrativa do ente regulatório de acordo com as políticas do Poder Público, servindo de instrumento de controle da atuação administrativa da autarquia e da avaliação do seu desempenho, constituindo um elemento integrante da prestação de contas do Ministério de Minas e Energia e da ANEEL. É com base nesse contrato de gestão que se dá o exame da atuação dos dirigentes da mencionada autarquia, sendo o descumprimento de suas disposições causa de demissão dos diretores responsáveis.

Quanto à ANATEL, a lei explicita que a atividade da Agência será juridicamente condicionada pelos princípios da legalidade, celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, impessoalidade, igualdade, devido processo legal, publicidade e moralidade⁹⁶, devendo todos os seus atos conter fundamentação, proporcionando ampla informação de todos eles, sem qualquer formalidade, por meio da Biblioteca que, em virtude da lei, é o órgão de divulgação integrante de sua estrutura⁹⁷. Ainda no âmbito interno, outro órgão – a Corregedoria – acompanhará o desempenho dos servidores da Agência, mandando abrir inquéritos e julgando os processos disciplinares⁹⁸.

Dentro da supervisão a que está submetida, por força da sua própria natureza, a ANATEL tem obrigação de enviar o relatório anual de suas atividades ao Ministério das

Comunicações. Também o Congresso Nacional terá conhecimento do relatório de atividades, que lhe é remetido por intermédio do Presidente da República⁹⁹.

Igualmente, a ANP, que integra a Administração Federal Indireta, na qualidade de autarquia especial vinculada ao Ministério das Minas e Energia, tem sua atividade presidida pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade¹⁰⁰, sujeitando-se a todos os controles administrativos inerentes aos órgãos de sua categoria estrutural.

Uma das fórmulas correntes em diversos sistemas jurídicos é o recurso administrativo, ao alcance de todas as partes no processo, contra as decisões da diretoria do ente regulador, que, no entanto, pode deixar de ser utilizado pelo interessado caso deseje submeter de imediato a matéria ao Poder Judiciário.

Resta ponderar acerca da conveniência e oportunidade de previsão de recursos hierárquicos das decisões da diretoria da agência. A desvantagem de remeter para um órgão fora da agência reguladora a atribuição de rever a decisão desta poderia implicar a supressão de sua independência decisória. A melhor solução para viabilizar uma revisão decisória seria a de estabelecer, no seio da própria entidade reguladora, um mecanismo revisional para as decisões, mediante recurso a um plenário especial, dotado de poderes para tal.

Na lei de criação da ANATEL, a preocupação com tal matéria se revela, na medida em que deixa claramente definido o seu poder de decisão, em último grau na área administrativa, sobre as matérias de sua alçada, muito embora seja sempre admitido o recurso ao conselho diretor contra todos os atos praticados por agentes da autarquia.

Também quanto ao controle judicial, os atos das agências regulatórias estão submetidos ao mesmo regime dos atos administrativos em geral, podendo ser objeto de impetração de mandado de segurança, individual ou coletivo, ação civil pública e

ação popular, além das ações ordinárias e cautelares.

Considerando a importância estratégica das decisões dessas agências reguladoras, talvez se justificasse que as ações contra as suas decisões – e eventualmente contra outras autarquias de caráter especial com características análogas como o Banco Central e a Comissão de Valores Mobiliários – fossem de competência originária dos Tribunais Regionais Federais. É uma sugestão que se faz desde logo ao legislador, considerando os problemas que já surgiram no passado.

7. A interação entre as agências reguladoras e o CADE

Entre as questões jurídicas de maior relevância, destaca-se a definição do papel do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica – e das agências reguladoras, no que se refere às concessionárias de serviços públicos, em matéria de repressão às práticas monopolísticas e de abuso do poder econômico.

A Constituição Federal estabeleceu, como norma de caráter instrumental, a repressão ao abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros¹⁰¹, sendo, portanto, poder-dever da Administração Pública aplicar esse preceito para que torne eficaz o princípio da livre concorrência e a proteção à livre iniciativa¹⁰².

A Carta Constitucional condena a prática abusiva do poder econômico em favor da livre concorrência, justificando a intervenção indireta do Estado na economia. Ressalta-se que o Estado não tem legitimidade para restringir a dominação dos mercados, mas somente para assegurar o princípio constitucional da livre concorrência mediante a proteção do mercado¹⁰³. Com o objetivo de assegurar à coletividade os direitos e benefícios que a livre concorrência pode trazer, o Estado tem o poder-dever de intervenção no mercado, tanto de forma preventiva quanto repressiva, corrigindo as práticas que considere nocivas.

Essa intervenção indireta do Estado na economia se dá por meio da atuação do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Trata-se de uma autarquia federal que, apesar de vinculada ao Ministério da Justiça, é dotada de total independência e autonomia para o exercício de suas competências. Inclusive, o CADE poderá, no exercício de suas funções, firmar contratos e convênios com órgãos ou entidades nacionais¹⁰⁴ para a devida aplicação da Lei nº 8.884/94 e repressão às infrações contra a ordem econômica.

No que se refere ao exercício de suas funções, cabe ao CADE a função precípua de repressão às práticas contra a ordem econômica, em específico aquelas: (i) que limitem, falseiem ou, de qualquer forma, prejudiquem a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) de dominação de mercado relevante de bens e de serviços; (iii) que exerçam, de forma abusiva, posição dominante¹⁰⁵, bem como quaisquer outras condutas que possam vir a prejudicar o mercado mediante o abuso do poder econômico¹⁰⁶.

Já a SDE – Secretaria de Direito Econômico –, constituindo órgão vinculado ao Ministério da Justiça, é competente para investigar os mercados econômicos, bem como práticas abusivas contra a ordem econômica. Entre suas atribuições, a SDE deverá, quando observados indícios de infração à ordem econômica, instaurar processo administrativo para a apuração e repressão dessas infrações¹⁰⁷, promovendo averiguações preliminares, de ofício ou à vista de representação fundamentada de qualquer interessado, quando os indícios de infração não forem suficientes para a imediata instauração de processo administrativo.

Ou seja, cabe à SDE a instauração do processo administrativo quando verificados quaisquer indícios de infração à ordem econômica¹⁰⁸, competindo ao Plenário do CADE julgar processos instaurados pela SDE, decidindo sobre a existência, ou não, de infração à ordem econômica¹⁰⁹.

A Lei nº 9.427/96, que regula o setor elétrico e cria a ANEEL, passou, recentemente¹¹⁰, a

prever a repressão quanto às práticas monopolísticas e de abuso do poder econômico, estabelecendo restrições, limites e condições para empresas, grupos empresariais e acionistas quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e à realização de negócios entre si, sempre com vistas a propiciar a concorrência efetiva entre os agentes e impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica. Além disso, a Lei prevê que a agência, no zelo pelo cumprimento da lei de defesa da concorrência, deverá monitorar e acompanhar práticas de mercado de agentes do setor de energia elétrica, conforme estabelecido em seu regulamento. No exercício de sua competência, a ANEEL deverá articular-se, por meio de convênios de cooperação, com a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça¹¹¹.

No setor de telecomunicações, a Lei nº 9.472/97 prevê, como princípio fundamental, a aplicação das normas gerais de proteção à ordem econômica, desde que não conflitem com o que disposto na Lei¹¹². Assim sendo, atos envolvendo prestadora do serviço de telecomunicações, no regime público ou privado, que visem a qualquer forma de concentração econômica, inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade de *holding* ou qualquer forma de agrupamento societário, ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica e serão, conseqüentemente, submetidos ao CADE, por meio do órgão regulador¹¹³. Ademais, a celebração de contratos de fornecimento de bens e serviços por prestadora de serviço de telecomunicações que adote práticas que possam limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa será considerada infração à ordem econômica¹¹⁴.

Da leitura do dispositivo legal, observa-se que a ANATEL deverá, no exercício das suas atribuições legais, realizar o controle,

a prevenção e a repressão das infrações à ordem econômica, devendo sua atuação observar a ressalva legal de não incidir sobre as matérias de competência do CADE¹¹⁵.

Na prática, esse dispositivo poderia gerar situações de superposição de poderes entre o CADE e a ANATEL, uma vez que a aplicação das normas de proteção à ordem econômica só ocorre quando não conflitam com a Lei em questão. Em função de tais disposições, poderiam, de fato, ocorrer situações de divergência de interpretação, suscitando conflitos de competência entre o CADE e a ANATEL, o que poderia ser resolvido mediante decisões comuns de ambas, justificando um convênio para esse fim. Situação análoga surgiu, no passado, entre o Banco Central e a Comissão de Valores Mobiliários, tanto no tocante à alienação de controle de instituições financeiras, quando companhias abertas, aplicando-se lhes o art. 255 da Lei nº 6.404/76, na sua redação originária,¹¹⁶ como no tocante à conversão da dívida monetária, o que mereceu regulamentação conjunta das duas instituições.

A preocupação se justifica, pois notícia publicada na imprensa¹¹⁷ evidencia a omissão da Lei Geral de Telecomunicações em estabelecer fronteiras definidas para as atuações da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça – SDE – e da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – SEAE – em relação à matéria que regula, sugerindo a possibilidade de ocorrência de conflitos de competências entre elas e a ANATEL e de criação de canais divergentes, na hipótese de serem esses órgãos acionados por empresas prestadoras de serviços de telecomunicações insatisfeitas com as decisões proferidas pela agência reguladora para a busca de outras soluções. Ressalta também que a submissão dos atos de concentração econômica das prestadoras de serviços de telecomunicações à ANATEL e ao CADE, nos termos dos arts. 7º e 19, XIX, da Lei nº 9.472/97, não propicia uma integração entre ambos, podendo, antes, vir a ensejar

divergências quanto à interpretação das infrações à ordem econômica, a serem submetidas a cada um desses órgãos. Comenta ainda que, caso as lacunas da lei não sejam preenchidas na regulamentação atinente, os objetivos de se criar um ambiente competitivo no setor podem vir a ser inviabilizados.

Ocorre que a Lei Geral das Telecomunicações prevê expressamente a submissão de atos envolvendo prestadoras de serviços de telecomunicação, no regime público ou privado, que visem a qualquer forma de concentração econômica, inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de companhias ou qualquer forma de agrupamento societário, aos controles, procedimentos e condicionamentos estabelecidos nas normas gerais de proteção à ordem econômica, inclusive por meio da sua apreciação pelo CADE, uma vez que é ele o órgão competente para apreciar e julgar essas práticas¹¹⁸. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento à coletividade, exercendo as competências legais para o controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas aquelas pertencentes ao CADE¹¹⁹.

Indiscutível é o papel do CADE quanto à sua competência para julgar e decidir as infrações à ordem econômica. A intenção do legislador não foi, em momento algum, atribuir a mesma competência à ANATEL. Como órgão regulador, cabe a ela apenas adotar medidas, e nunca julgar ato praticado. Assim sendo, a ANATEL exercerá sua função por meio de representação, ou ofício, à SDE para apuração e averiguação de indícios de infração, cabendo à SDE a instauração, ou não, de processo administrativo.

Quanto à ANP, a Lei nº 9.478/97 impõe à Agência a comunicação ao CADE para que venha, por meio do exercício de suas atribuições, tomar conhecimento de fato que possa configurar infração da ordem econômica, para que o Conselho adote as providências cabíveis ditadas pela legislação aplicável¹²⁰.

As agências reguladoras de concessões não estão autorizadas a praticar atos de fiscalização e sanção que encontram-se inseridos na competência de outro órgão. Apenas, em face de uma situação de violação de disposições legais, regulamentares e contratuais atinentes à concessão que configure infração à disciplina de abuso do poder econômico, devem dar ao CADE conhecimento da situação para que, por meio dele, sejam adotados os procedimentos repressivos e sancionadores cabíveis. Havendo superposição de competências, a decisão conjunta nos parece aconselhável, pois os mesmos fatos são examinados pela agente reguladora e pelo CADE sob ângulos diferentes, havendo, inclusive, conveniência de serem conciliadas as políticas governamentais de ambos os setores.

Assim sendo, podemos afirmar que o desejável é que esteja sempre presente um mecanismo de cooperação entre os diversos agentes reguladores, permitindo não-somente a troca de informações, como, eventualmente, decisões conjuntas capazes de tornar mais eficazes as diversas ações governamentais em determinado setor.

Notas

¹ Sérgio Hudson de Abranches, Texto para Discussão no Conselho de Reforma do Estado: Reforma Regulatória e Reforma do Estado. Conceitos, Experiências e Recomendações para o Brasil, 1996.

² Constituem atribuições conferidas por lei à ANEEL: implementar as políticas do Governo Federal para exploração de energia elétrica e o uso de recursos hídricos, emitindo os atos e permissões necessários; promover licitações públicas para a contratação de concessionárias de serviço público para a produção, transmissão e distribuição de energia elétrica, e outorgar concessões para utilização de recursos hídricos; definir o aproveitamento ótimo, de que tratam os §§ 2º e 3º do art. 5º da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995; celebrar e gerir (i) os contratos de concessão e/ou permissões de serviço público de energia elétrica, (ii) contratos de concessão para utilização de bem público, e (iii) emitir autorizações, assim como fiscalizar, diretamente ou por meio de convênios com os Estados, as concessões e os serviços de energia elétrica; dirimir,

no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores; fixar os critérios para o cálculo das tarifas de transportes em linhas de transmissão pagas por geradores e consumidores; articular com o órgão regulador do setor de combustíveis fósseis e gás natural os critérios para fixação dos preços de transporte desses combustíveis, quando destinados à geração de energia elétrica, e para arbitramento de seus valores, em casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos; em articulação conjunta com a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, a ANEEL deverá: (i) estabelecer, visando proporcionar a efetiva concorrência entre os agentes e impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica, limites ou condições para empresas, grupos empresariais e acionistas quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, quanto à concentração societária, e quanto à realização de negócios entre si; (ii) zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes de energia elétrica, na forma a ser estabelecida em regulamento; e (iii) fixar multas administrativas a serem impostas aos concessionários, permissionários e autorizados de instalações e serviços de energia elétrica, observando o limite, por infração, de 2% do faturamento, ou do valor estimado da energia produzida nos casos de autoprodução e produção independente, correspondente aos últimos 12 meses anteriores à lavratura do auto de infração. Na determinação da multa, e sem prejuízo de outras sanções contratuais ou regulamentares, bem como da encampação ou desapropriação de bens associados à concessão, permissão ou autorização (estas mediante prévia autorização do poder concedente), a ANEEL levará em conta a gravidade da falta.

³ Art. 8º da Lei nº 9.472/97.

⁴ O Estado de São Paulo criou, por meio da Lei Complementar nº 833/97, a Comissão de Serviços Públicos de Energia (CSPE) para exercer as funções a serem delegadas pela ANP e as inerentes ao poder concedente estadual, de serviços de distribuição de gás.

⁵ BNDES, A Regulação da Infra-estrutura: A Experiência Recente no Brasil (outubro/1996).

⁶ As agências reguladoras norte-americanas, federais e estaduais, são, em geral, dirigidas por cinco ou mais membros, indicados pelo Presidente da República para cumprir mandatos fixos, escalonados e não coincidentes com o mandato presidencial.

⁷ Agências reguladoras no Reino Unido: Monopolies and Merger Commission –MMC: Arbitragem de conflitos; National Audit Office – Auditoria

das agências setoriais; OFFER– Regulação da energia elétrica; OFGAS – Regulação do gás natural; OFWAT – Regulação do saneamento básico; OFTEL – Regulação das telecomunicações.

⁸ BNDES, A Regulação da Infra-estrutura: A Experiência Recente no Brasil (outubro/1996).

⁹ O art. 6º da Lei nº 9.427/96 arrola diversas situações de impedimento para o exercício de cargo de direção na ANEEL, baseadas em vínculos com empresa concessionária, autorizada ou permissionária, produtor independente, autoprodutor, prestador de serviço contratado dessas empresas sob regulamentação ou fiscalização da autarquia.

¹⁰ A lei instituidora da ANEEL previu que os diretores são indicados e nomeados pelo Presidente da República, com prévia aprovação do Senado Federal, para mandatos de quatro anos.

¹¹ Art.19 da lei de criação da ASEP/RJ (Lei nº 2.686, de 12/02/97).

¹² Art. 11 da Lei nº 9.427/96.

¹³ O art. 8º da Lei nº 9.427/96: “A exoneração imotivada de dirigente da ANEEL somente poderá ser promovida nos quatro meses iniciais do mandato, findos os quais estará assegurado seu pleno e integral exercício. Parágrafo único: Constituem motivos para a exoneração de dirigente da ANEEL, em qualquer época, a prática de ato de improbidade administrativa, a condenação penal transitada em julgado e o descumprimento injustificado do contrato de gestão”.

¹⁴ Augustin A. Gordillo, El estado actual del derecho administrativo, conferência pronunciada quando do recebimento do título de professor honorário da Universidade Nacional de Cuyo, Mendoza, 1993, apud Juan Carlos Cassagne, “Los Nuevos Entes Reguladores”, Los Nuevos Entes Regulatórios, in El Derecho Público Actual, edição em homenagem ao Professor Dr. Pablo A. Ramella, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 38.

¹⁵ BNDES, Regulação da Infra-estrutura: A Experiência Recente no Brasil, (outubro/1996).

¹⁶ Demóstenes Barbosa da Silva, Diretor-adjunto do Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica (DNAEE), em artigo “Função Regulatória do Setor Elétrico”, Gazeta Mercantil, 10/04/96.

¹⁷ A Lei nº 9.427/95, que cria a ANEEL, prevê que, nos três primeiros anos de vigência da lei, os reajustes e revisões das tarifas serão estabelecidos pelo Ministério de Minas e Energia (art. 30).

¹⁸ Arts. 4º e 5º da Lei nº 9.427/96.

¹⁹ Art. 4º, § 3º da Lei nº 9.427/97.

²⁰ Lei nº 9.427/96, art. 3º, caput, c/c incisos VII, X e XI do art. 29 da Lei nº 8.987/95.

²¹ Lei nº 9.478, de 6/8/97, arts. 1º e 2º.

²² Art. 7º da Lei nº 9.427/96.

²³ Art. 12, §1º, da Lei nº 9.427/96.

²⁴ Art. 8º § 2º, da Lei nº 9.472/97.

²⁵ Art. 9º da Lei nº 9.472/97.

²⁶ Art. 18 da Lei nº 9.472/97.

²⁷ Art. 16 e seu parágrafo único da Lei nº 9.472/97.

²⁸ Art. 15 da Lei nº 9.472/97.

²⁹ Art. 54 da Lei nº 9.472/97.

³⁰ Art. 8º, § 1º, da Lei nº 9.472/97.

³¹ Arts. 20, 23 e 24 da Lei nº 9.472/97.

³² Arts. 33/35 da Lei nº 9.472/97.

³³ Arts. 45/46 da Lei nº 9.472/97.

³⁴ Art. 19, inciso XXV, da Lei nº 9.472/97.

³⁵ Art. 11 da Lei nº 9.478/97.

³⁶ Art. 13 da Lei nº 9.478/97.

³⁷ Art. 14 da Lei nº 9.478/97.

³⁸ Arts. 17 a 20 da Lei nº 9.478/97.

³⁹ Art. 1º c/c art. 8º, inciso I, da Lei nº 9.478/97.

⁴⁰ Arts 8º e 9º da Lei nº 9.478/97.

⁴¹ Art. 8º da Lei nº 9.478/97.

⁴² Arts. 15 e 16 da Lei nº 9.478/97.

⁴³ Arts. 76 a 79 da Lei nº 9.478/97.

⁴⁴ Arts. 15 e 16 da Lei nº 9.478/97.

⁴⁵ Art. 45, I e III, da Lei nº 9.478/97.

⁴⁶ Art. 22 da Lei nº 9.478/97.

⁴⁷ Arts 45, IV, e 51 da Lei nº 9.478/97.

⁴⁸ Art. 76 da Lei nº 9.478/97.

⁴⁹ Art. 11, § 1º, da Lei nº 9.478/97 c/c Seção VII do Anexo I do Decreto nº 2.455 de 14/1/98.

⁵⁰ Art. 77 da Lei nº 9.478/97, regulamentado pelo Decreto nº 2.455 de 14/01/98.

⁵¹ São estas as atribuições legalmente definidas para a ANP: a) avaliar as necessidades nacionais de abastecimento e planejar o seu atendimento, elaborando o Plano Nacional de Refino e o Programa Nacional de Abastecimento, incluindo a definição de estoques estratégicos, a serem aprovados pelo Ministro de Minas e Energia; b) autorizar a importação e a exportação de petróleo e seus derivados básicos, de gás natural liquefeito e condensado, observado o Programa Nacional de Abastecimento.

⁵² No campo da eletricidade, o desempenho das atribuições da CSPE se dá por meio de delegação da ANEEL, pela via do Convênio (conforme regulamentação constante da Resolução ANEEL nº 296, de 11 de setembro de 1998), o mesmo se passando no campo de atividades sob a jurisdição administrativa da ANP. No setor de gás natural, as suas atribuições são próprias, na medida em que o poder concedente é o Estado, conforme determinação constitucional (art. 25, § 2º).

⁵³ A legislação argentina criadora do Ente Nacional Regulador de Gás (ENERGAS) prevê que essa entidade deve cumprir tanto os objetivos relacionados à proteção dos consumidores e a competitividade do mercado, como zelar pela melhor operação, confiabilidade, igualdade e liberalidade de acesso aos serviços e instalações de transporte e distribuição de gás natural, pela proteção ambiental e para que o preço de

fornecimento do gás natural à indústria seja equivalente aos que vigoram internacionalmente em países com similar dotação de recursos e condições; gama similar de atribuições se verifica para o Ente Nacional Regulador da Eletricidade (ENRE). No Brasil, para a Agência Nacional de Energia Elétrica, são previstos como fins, além das atribuições próprias de poder concedente, as inerentes à implementação de políticas e diretrizes do governo federal, fixação de preços de transporte e de controle do equilíbrio econômico-financeiro do contrato (art. 3º da Lei nº 9.427/96 alterado pela Lei nº 9.648, de 27/5/98); para a Agência Regulatória de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro, são previstas basicamente as funções inerentes às atribuições do poder concedente, além das relacionadas à decisão administrativa de conflitos entre este e as concessionárias permissionárias e usuários.

⁵⁴ As Comissões de Utilidades Públicas estaduais dividem com as agências federais a regulação dos monopólios naturais nos EUA. Na Carolina do Norte, por exemplo, a Comissão monitora mais de 1.000 companhias: muitas firmas pequenas de abastecimento de água e transporte rodoviário de carga, 3 companhias de energia elétrica, 3 distribuidoras de gás e 2 companhias telefônicas. Na telefonia de longa distância, as Comissões controlam as tarifas interestaduais e locais, ao passo que a FCC regula as interestaduais. Na energia elétrica, a Federal Energy Regulatory Commission (FERC) regula as transações interestaduais e fixa as tarifas de transporte, enquanto as Comissões são responsáveis pela determinação das tarifas ao consumidor.

⁵⁵ A Agência Reguladora Especializada encarregada do setor de energia elétrica é a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL; no setor de telecomunicações é a ANATEL, e no setor de petróleo e gás é a ANP – Agência Nacional de Petróleo. Para o setor de transportes ferroviários, está sendo objeto de estudos a modelagem de um ente regulador especializado e independente, e, no campo de administração de portos, há previsão regulamentar de agência reguladora especializada.

⁵⁶ Lei nº 2.686, de 12/2/97.

⁵⁷ Observando esse princípio, ao qual está adstrita a Administração Pública, a Lei nº 9.427/96 prevê que deverá ser objeto de projeto de lei todo processo decisório da ANEEL que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, conforme determinação constitucional (art. 5º, inciso II da CF e art. 4º, § 3º da Lei nº 9.427/96).

⁵⁸ Assim, no passado, em determinados casos, a fiscalização das tarifas era feita pelo Ministério da Fazenda com a finalidade de combater a inflação, mesmo em detrimento da manutenção do equilíbrio

econômico-financeiro do concessionário, ensejando a manifestação do Poder Judiciário que mandou indenizar os titulares da concessão, como se verifica em alguns acórdãos recentes do STF e do STJ (RE nº 18.318-4 e RESP nº 32.534-5/DF).

⁵⁹ O § 3º, do art. 4º, da Lei nº 9.427/96, criadora da Agência Nacional de Energia Elétrica, contempla essa premissa ao estabelecer que “o processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou de seus consumidores, mediante iniciativa de lei, ou, quando possível, por via administrativa, será precedido de audiência pública convocada pela ANEEL”.

⁶⁰ Augustin A. Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, cap. V, p. 47, Bs. As., 1974.

⁶¹ No art. 20 da Lei nº 9.427/96, está prevista a descentralização das atividades relativas aos serviços de energia elétrica, mediante execução de atividades delegadas aos Estados e ao Distrito Federal, mediante convênio, que serão avaliadas e acompanhadas pela ANEEL.

⁶² Art. 65, § 6º, da Lei nº 8.666/93; Capítulo IV da Lei nº 8.987/95.

⁶³ Gaston Jéze, *Derecho Administrativo*, trad., Buenos Aires, Depalma, 1950, vol. IV, p. 235.

⁶⁴ Art. 2º da Lei nº 9.472/97.

⁶⁵ Art. 3º da Lei nº 9.472/97, com a redação dada pela Lei nº 9.648, de 27/5/98.

⁶⁶ Art. 19 da Lei nº 9.472/97.

⁶⁷ Serviços em regime público são aqueles prestados pela Administração Pública, essenciais ou necessários à sobrevivência da coletividade e a ela prestados diretamente. Os serviços de regime privado preferem os interesses individuais, assegurando a fruição de seus bens, seja nas relações entre indivíduos, como nas relações do indivíduo com o Estado.

⁶⁸ Arts. 8º e 9º da Lei nº 9.478/97.

⁶⁹ Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Administração Pública Consensual: Convênios, Consórcios e Acordos de Programa*, tese defendida no XXI Congresso Nacional de Procuradores do Estado - 5 a 9 de novembro de 1995, Rio de Janeiro.

⁷⁰ É o caso dos convênios entre a CVM e o Banco Central, ou entre qualquer um deles e a Receita Federal, ou entre as duas secretarias no plano estadual ou municipal.

⁷¹ Assim, vários estados ou diversos Municípios podem firmar convênios de colaboração para determinado fim.

⁷² A União Federal realiza convênios entre os Estados para combater a criminalidade.

⁷³ Tal como o convênio entre a CVM e a SEC celebrado em 1988 para troca de informação e colaboração no aprimoramento do mercado.

⁷⁴ Art. 20 *caput* e § 3º, da Lei nº 9.427/96.

⁷⁵ Art. 8º, inciso VII, da Lei nº 9.478/97.

⁷⁶ Art. 8º, inciso XV, da Lei nº 9.478/97.

⁷⁷ Lei nº 9.277, de 10/5/96 e Decreto nº 2.184, de 24/3/97.

⁷⁸ Art. 3º, inciso V, da Lei nº 9.427/96: entre as competências atribuídas ao ANEEL está a de dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre estes agentes e seus consumidores. Não obstante, as partes podem submeter os conflitos diretamente ao Poder Judiciário, valendo-se do preceito constitucional que preserva a supremacia do Judiciário para dirimir todos conflitos que impliquem lesão de direitos (art. 5, inciso XXXV, CF).

⁷⁹ No caso da Argentina, as leis instituidoras dos entes regulatórios da eletricidade (Lei nº 24.065, art. 66) e do gás (Lei nº 24.076, art. 66) estabelecem a obrigatoriedade da jurisdição do ente regulador. No Brasil, à Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro – ASEP/RJ – é atribuída competência para dirimir, em instância administrativa definitiva, conflitos envolvendo o poder concedente ou permitente, os concessionários ou permissionários de serviços públicos e os usuários – art. 4º, inciso II da Lei nº 2.686, de 13 de fevereiro de 1997; e para decidir, como instância administrativa definitiva, os pedidos de revisão de tarifas de serviços públicos - art. 4º, inciso III, da Lei nº 2.686/97.

⁸⁰ Na regulação do Ente Regulador da Água, na Argentina, a dita jurisdição é facultativa.

⁸¹ Na lei que cria e estrutura a ASEP/RJ, essa competência é conferida à agência reguladora (art. 4º, inciso II, da Lei nº 2.686/97).

⁸² Em algumas legislações estrangeiras, o contrato de concessão é considerado como sendo de direito privado.

⁸³ Um exemplo, entre vários, é o contrato de concessão de serviços públicos de tratamento e destino final de esgotos sanitários de Ribeirão Preto; há norma expressa instituidora de um tribunal arbitral para composição de conflitos e regras básicas previstas no próprio contrato, mediante compromisso firmado pelas partes, partilhados os custos entre as partes.

⁸⁴ Disposição desse teor consta do art. 5º da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96). No entanto, a Lei de Arbitragem não se aplica a contratos públicos, mas apenas a contratos privados.

⁸⁵ Sustenta esse ponto de vista o ilustre administrativista Adilson de Abreu Dallari, em artigo denominado “A Arbitragem na Concessão de Serviço Público”, publicado na Revista de Informação Legislativa, ano 32, nº 128, ps. 63/67.

⁸⁶ Art. 20 da Lei nº 9.478/97.

⁸⁷ Art. 43, inciso X, da Lei nº 9.478/97.

⁸⁸ Arts. 17, 18 e 19 da Lei nº 9.478/97.

⁸⁹ Arnoldo Wald, Luiza Rangel de Moraes e Alexandre de Mendonça Wald, *O Direito de Parceria*,

Cap. 4, , Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1996; Caio Tácito, *O Direito Administrativo*, livro participativo in Revista de Direito Administrativo.

⁹⁰ Juan Carlos Cassagne, El Derecho de la post-privatización, in Rev. La Ley, de 22/2/94.

⁹¹ Art. 4º, § 3º, da Lei nº 9.427/96.

⁹² Art. 12, § 1º, da Lei nº 2.686, de 12/2/97.

⁹³ Art. 34 da Lei nº 9.472/97.

⁹⁴ Art. 19 da Lei nº 9.478/97.

⁹⁵ Art. 7º da Lei nº 9.427/96: “A administração da ANEEL será objeto de contrato de gestão, negociado e celebrado entre a Diretoria e o Poder Executivo, no prazo máximo de noventa dias após a nomeação do Diretor-Geral, devendo uma cópia do instrumento ser encaminhada para registro no Tribunal de Contas da União, onde servirá de peça de referência em auditoria operacional”.

⁹⁶ Art. 38 da Lei nº 9.472/97.

⁹⁷ Art. 39 da Lei nº 9.472/97.

⁹⁸ Art. 46 da Lei nº 9.472/97.

⁹⁹ Art. 19, inciso XXIX, da Lei nº 9.472/97.

¹⁰⁰ Art. 17 da Lei nº 9.478/97.

¹⁰¹ Art. 173, § 4º, da CF.

¹⁰² Art. 1º, inciso IV (livre iniciativa como fundamento do estado democrático de direito), e art. 170, inciso IV (princípio da livre

concorrência), da CF.

¹⁰³ Art. 1º da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994: o mercado é o bem tutelado do qual a coletividade é titular.

¹⁰⁴ Art. 7º, inciso XVI, da Lei nº 8.884/94.

¹⁰⁵ Art. 20 da Lei nº 8.884/94.

¹⁰⁶ Art. 21 da Lei nº 8.884/94.

¹⁰⁷ Art. 14, inciso VI, da Lei nº 8.884/94.

¹⁰⁸ Art. 14, inciso VI, da Lei nº 8.884/94.

¹⁰⁹ Art. 7º, incisos II e III, da Lei nº 8.884/94.

¹¹⁰ Esta previsão surgiu com a edição da Lei nº 9.648, de 27/5/98.

¹¹¹ Incisos VIII, IX, X, e § 1º do Art. 3º, da Lei nº 9.427/96 (artigo alterado pela Lei nº 9.648, editada em 27/5/98).

¹¹² Art. 7º, *caput*, da Lei nº 9.472/97.

¹¹³ Art. 7º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.472/97.

¹¹⁴ Art. 7º, § 3º da Lei nº 9.472/97.

¹¹⁵ Art. 19, inciso XIX, da Lei nº 9.472/97.

¹¹⁶ Antes da edição da Lei nº 9.457/97, que revogou a disposição de tratamento igualitário dos acionistas minoritários em relação ao ágio de controle, pago ao controlador.

¹¹⁷ Gazeta Mercantil de 2-3/8/97, p. A-11.

¹¹⁸ §§ 1º e 2º do art. 7º da Lei nº 9.472/97.

¹¹⁹ Art. 19, inciso XIX, da Lei nº 9.472/97.

¹²⁰ Art. 10 da Lei nº 9.478/97.

