

AGÊNCIAS REGULADORAS

EURICO DE ANDRADE AZEVEDO¹

1. Introdução; 2. Autarquias sob regime especial; 3. Agências Reguladoras Federais; 4. Agência Reguladora dos Serviços de Energia do Estado de São Paulo; 5. Conclusões

1 — INTRODUÇÃO

A política do Estado intervencionista — em contraposição ao Estado liberal — gerou duas conseqüências graves: a) o crescimento desmesurado do aparelho administrativo estatal, sobretudo de empresas públicas e sociedades de economia mista e suas subsidiárias, b) o esgotamento da capacidade de investimento do setor público, ocasionando a deterioração dos serviços públicos em geral. Tais circunstâncias levaram o Governo a implantar o Programa Nacional de Desestatização (Lei 8.031/90, reformulado pela Lei 9.491/97), tendo como uma de suas metas reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada todas as atividades que por ela possam ser bem executadas, de forma a permitir que a Administração se dedique principalmente ao atendimento das necessidades fundamentais da população.

Esta nova visão da atuação do Estado na economia, com a diminuição de sua participação direta na prestação de serviços, impõe, por outro lado, a necessidade de fortalecimento de *sua função reguladora e fiscalizadora*. E, para esse fim, é indispensável que reestruture a sua administração, de maneira a poder controlar eficientemente as empresas privadas que venham a assumir a prestação dos serviços públicos. Como observa JUAREZ FREITAS, “as empresas vem se reestruturando, de forma que o Poder Público, por igual, vê-se obrigado a fazê-lo.”²

¹ Eurico de Andrade Azevedo é Procurador da Justiça aposentado, Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito de Osasco (licenciado) e sócio do Escritório Andrade Azevedo e Alencar Consultoria Jurídica, São Paulo.

² JUAREZ FREITAS, Estudos de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 2ª ed., 1997, p.37.

Nesse sentido, algumas premissas básicas devem ser firmadas para que o órgão regulador possa atuar eficazmente no exercício das funções reguladora e fiscalizadora do Estado:

— necessidade de possuir ampla autonomia técnica, administrativa e financeira, de maneira a ficar, tanto quanto possível, imune às injunções político-partidárias, aos entraves burocráticos e à falta de verbas orçamentárias,

— necessidade de expedir normas operacionais e de serviço, de forma a poder acompanhar o ritmo extraordinário do desenvolvimento tecnológico e o atendimento das demandas populares,

— necessidade de aplicar sanções com rapidez, respondendo aos reclamos da população e às exigências do serviço.

— necessidade de associar a participação dos usuários no controle e fiscalização do serviço.

Diante dessa realidade, escolheu o Governo a figura da *autarquia* para criar as denominadas Agências Reguladoras, outorgando-lhes, entretanto, privilégios específicos, motivo pelo qual denominou-as de *autarquias sob regime especial*.

2 — AUTARQUIAS SOB REGIME ESPECIAL

Nos termos do Decreto-lei 200/67, a *autarquia* é definida como “o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.” (art. 5º, I).

A definição legal peca por deixar de explicitar que a personalidade jurídica é de direito público — característica básica da autarquia — mas deixa claro que se destina a exercer atividades típicas da Administração de forma descentralizada, que exijam autonomia administrativa e financeira.

Na lição de HELY LOPES MEIRELLES, “A autarquia não age por *delegação*, age por *direito próprio* e com autoridade pública, na medida do *jus imperii* que lhe foi *outorgado* pela lei que a criou. Como pessoa jurídica de Direito Público interno, a autarquia traz ínsita, para a consecução de seus fins, uma parcela do poder estatal que lhe deu vida. Sendo um ente autônomo, não há *subordinação hierárquica* da autarquia para com a entidade estatal a que pertence, porque, se isto ocorresse, anularia seu caráter autárquico. Há mera *vinculação* à entidade matriz que, por isso, passa a exercer, um controle legal, expresso no poder de correção finalística do serviço autárquico.”³

Lamentavelmente, porém, no decorrer dos anos, o controle finalístico das autarquias (controle de resultados) foi sendo substituído pelo controle dos meios de

3 HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 23ª ed., 1998, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e outros, p. 298.

sua atuação (admissão de funcionários, folha salarial, licitações etc.) resultando no engessamento de suas atividades, de tal sorte que pouco se distinguiram as autarquias de um departamento da administração direta. Daí a necessidade de se encontrar novos caminhos para escapar dessas restrições genéricas que, visando a coibir determinados abusos, acabaram por emperrar a entidade descentralizada.

A solução encontrada foi a criação da *autarquia sob regime especial*, que se distingue da autarquia comum apenas por lhe conferir a lei maiores privilégios, de modo a ampliar a sua autonomia e possibilitar o cumprimento adequado de suas finalidades.

No âmbito federal, a autarquia de regime especial mais conhecida é o Banco Central do Brasil (Lei 4.595/64) e agora surgem as Agências Reguladoras, criadas para o controle e fiscalização dos serviços públicos concedidos — atividades típicas do Estado — mas atuando de forma descentralizada, com autonomia técnica, administrativa e financeira.

3 — AS AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS

3.1 — *A agência nacional de energia elétrica — ANEEL*

A Agência Nacional de Energia Elétrica — ANEEL (Lei 9.427, de 26.2.96) foi a primeira autarquia sob regime especial instituída pelo governo federal, nesta fase de *privatização* dos serviços públicos, privatização no sentido de transferir a sua execução para o setor privado, porque o serviço não deixa de ser público. Embora o concessionário explore o serviço em seu nome, por sua conta e risco, a titularidade do mesmo continua a ser do Poder Público, que poderá retomá-lo a qualquer tempo, obedecidos os trâmites legais.

O setor de energia elétrica é bastante complexo e não foi tratado em uma única lei, como as telecomunicações. Uma primeira parte veio cuidada na Lei 9.074, de 7.6.95, resultante da conversão da Medida Provisória 890, de 13.2.95, da mesma data da Lei 8.987/95, a Lei Geral das Concessões. Posteriormente, foi promulgada a Lei 9.427/96, que instituiu a ANEEL, e mais recentemente a Lei 9.648, de 27.5.98, que introduziu várias modificações naqueles três primeiros diplomas, em especial no setor elétrico. Agora, foram editados o Decreto 2.655, de 2.7.98, que regulamenta o mercado atacadista de energia elétrica (MAE) e ainda a Resolução 233, de 14. 7. 98, da própria ANEEL, que aprova os procedimentos decisórios da Agência e os respectivos recursos. *Esta norma é de fundamental importância para os agentes econômicos do setor e os usuários dos serviços, porque os atos da Agência são atos administrativos, sujeitando-se aos mesmos princípios e controles dos atos administrativos em geral.*

A finalidade da ANEEL é regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal. Além de ficar responsável pelos encargos do poder concedente previstos nos arts. 29 e 30 da Lei 8.987/95, a ela incumbe:

- expedir os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas legais pertinentes ao setor elétrico;
- promover as licitações, efetuar as concessões, permissões e autorizações no âmbito de sua competência, bem como celebrar e gerir os respectivos contratos;
- definir o *aproveitamento ótimo* do potencial hidrelétrico, sem o que não poderá ser licitado;
- dirimir as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem entre esses agentes e seus consumidores;
- zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, podendo estabelecer restrições para impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica;
- declarar a utilidade pública, para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa das áreas necessárias aos concessionários, permissionários e autorizados de energia elétrica.

Como se vê, os poderes da ANEEL são amplos e, para esse fim, sua Diretoria, composta de um Diretor Geral e quatro Diretores, goza de autonomia, com mandato de quatro anos, nomeados pelo Presidente da República, mediante prévia aprovação do Senado Federal (CF art. 52, III, f).

A administração da Diretoria será objeto de *contrato de gestão*, cujas cláusulas servirão de referência para o controle de sua atuação.

A autonomia financeira é resguardada basicamente pelos recursos oriundos da *taxa de fiscalização* dos serviços de energia elétrica, instituída pela mesma Lei 9.427/96.

Outro ponto importante é a possibilidade de *descentralização* de suas atividades, mediante *convênios de cooperação* com os Estados e o Distrito Federal. Daí por que São Paulo já criou a sua Comissão de Serviços Públicos de Energia, cujo diploma examinaremos abaixo.

3.2 — A agência nacional de telecomunicações — ANATEL

A organização dos serviços de telecomunicações e a criação da respectiva entidade reguladora foram objeto de uma lei única, redigida com maior exatidão e juridicidade, já que resultou de minuta preparada pelo eminente administrativista CARLOS ARY SUNDFELD, em que os variados aspectos da matéria são cuidados com a devida atenção (Lei 9.472, de 16.7.97).

Merece referência especial a distinção feita a propósito do regime jurídico que preside a organização daqueles serviços, entre regime público e regime privado: o primeiro é o prestado mediante *concessão ou permissão*, com atribuição à sua prestadora de obrigações de universalização e de continuidade; o segundo é prestado mediante *autorização* e se insere entre as atividades baseadas nos princípios constitucionais da exploração econômica livre e competitiva. A *autorização* mencionada, contudo, é *ato administrativo vinculado* e não terá sua vigência condicionada a termo final, extinguindo-se nos casos previsto na lei.

A Agência Nacional de Telecomunicações é criada sob a forma de *autarquia de regime especial*, caracterizada pela independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira. A sua extinção somente poderá ocorrer por lei específica.

A autonomia financeira é assegurada pela administração do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações — FISTEL, criado pela Lei 5.070, de 7.7.66, cuja receita é composta de várias origens, inclusive por aquelas decorrentes do exercício do poder concedente. No campo da execução orçamentária, a Agência não poderá sofrer limites na movimentação de seus valores e empenhos, o que é de suma importância para a execução do programa da autarquia, mas não impede os cortes gerais de verbas no exercício financeiro, desde que aprovados por lei.

O órgão superior da Agência é o Conselho Diretor, composto por cinco membros, todos com mandato de cinco anos, nomeados pelo Presidente da República, com aprovação prévia pelo Senado Federal (CF art. 52, III, f). Prevê-se ainda a existência de um Conselho Consultivo, integrado por representantes do Congresso Nacional, entidades de classe das prestadoras de serviços de telecomunicações, entidades representantes dos usuários e entidades representativas da sociedade, na forma que dispuser o regulamento.

A Agência possui poderes normativos, dentro da esfera de sua competência e exercerá todas as atribuições afetas ao Poder Executivo no mister de regular, controlar e fiscalizar os serviços de telecomunicações.

3.3 — A agência nacional do petróleo — ANP

A situação da Agência Nacional do Petróleo (Lei 9.478, de 6.8.98) é diferente das demais quanto ao seu objeto. Ela não regula, nem controla ou fiscaliza um *serviço público*. A pesquisa, lavra e refinação do petróleo não constituem serviço público, mas sim atividades econômicas monopolizadas pela União. Antes da Emenda Constitucional n. 9, de 9.11.95, não podia a União ceder ou conceder qualquer tipo de participação, em espécie ou em valor, na exploração das jazidas de petróleo ou gás natural. A partir daquela Emenda, foi facultado à União contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos de I a IV do art. 177 da CF. Para esse fim, foi editada a Lei 9.478, de 6.8.98, estabelecendo as diretrizes gerais da política energética nacional e criando a Agência Nacional do Petróleo, isto porque, embora não constituindo serviço público, a exploração da indústria do petróleo é absolutamente essencial à economia da sociedade.

Por essa razão, a ANP foi criada também sob *forma autárquica especial*, com todas as características de independência das outras duas Agências já referidas, mas com a finalidade básica de *promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo*. Embora não constituindo função típica do Estado — por se tratar de atividade econômica — o legislador entendeu instituir uma agência reguladora poderosa, para poder controlar uma atividade que, por sua relevância econômica, a Constituição reservou ao Estado.

O regimento da ANP deverá dispor sobre os procedimentos a serem adotados para a solução dos conflitos entre os agentes econômicos e entre estes e os usuários e consumidores, com ênfase na conciliação e no arbitramento. Ao mesmo tempo, é assegurado a qualquer deles o acesso às gravações eletrônicas das reuniões da Diretoria que decidirem tais questões.

4 — A AGÊNCIA REGULADORA DOS SERVIÇOS DE ENERGIA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O Estado de São Paulo, por meio de suas empresas (CESP, CPFL e ELETRO-PAULO), era praticamente o único concessionário da produção, transmissão e distribuição de energia elétrica no território do Estado. Com a política de privatização traçada pelo Governo Federal e a proposta de descentralização efetuada pela Lei criadora da Agência Nacional de Energia Elétrica, o Governo do Estado tomou a iniciativa de instituir a sua entidade autárquica reguladora, fazendo-o pela Lei Complementar 833, de 17.10.97, com a denominação de Comissão de Serviços Públicos de Energia — CSPE, regulamentada pelo Decreto 43.036, de 14.4.98.

São Paulo não adotou a denominação de Agência, preferindo utilizar o nome de Comissão, constituída por um Conselho Deliberativo, e uma diretoria executiva chamada de Commissariado e composta de um Comissário-Geral (o representante da entidade) e dois Comissários-Chefes, um para a área comercial e de tarifas e outro para a área técnica e de concessões. Talvez a intenção tenha sido fugir da padronização das autarquias, mas a lei falhou em não mencionar expressamente o seu *caráter especial*, embora lhe tenha outorgado satisfatória autonomia técnica, administrativa e financeira.

O Conselho Deliberativo tem poderes bastante amplos e considerável representatividade: além do Comissário Geral e três membros de livre escolha do Governador, integram o Conselho: um representante do PROCON; um da sociedade civil, dois das empresas prestadoras de serviços de energia no Estado (um do setor elétrico e outro do gás canalizado), dois dos trabalhadores naquelas empresas; um dos servidores da própria CSPE, um da Federação das Indústrias, e um da Federação do Comércio.

Tanto os membros do Commissariado como os do Conselho possuem mandato de quatro anos, só podendo ser reconduzidos uma única vez.

É de notar que a competência da CSPE compreende a regulamentação, o controle e a fiscalização de dois ramos da distribuição de energia: *elétrica*, por delegação da ANEEL, por se tratar de serviço público de competência federal (CF, art. 21, XII, *a*), e *gás canalizado*, de competência originária do Estado por força do art. 25, § 2, da Constituição Federal.

A lei paulista dá especial relevo à proteção ao consumidor, adotando as seguintes diretrizes: a) proibição de discriminação no uso e acesso à energia, b) proteção no que diz respeito aos preços, continuidade e qualidade dos serviços, c) aplicação de metodologias que proporcionem a adoção de tarifas adequadas ao padrão econômico da população, d) garantia de amplo acesso da sociedade a informações sobre a

prestação dos serviços públicos de energia e sobre as atividades da autarquia. Paralelamente, a CSPE deverá criar um Serviço de Ouvidoria, para atender as queixas dos consumidores.

Bem é de ver, contudo, que as atribuições da CSPE com relação ao controle dos serviços de *energia elétrica* é restrita à delegação de poderes recebidos da ANEEL. Há de se examinar sempre o convênio entre as duas entidades para verificar se a matéria em debate se encontra entre as atribuições delegadas.

A autonomia financeira da autarquia é assegurada não só pelas dotações orçamentárias que lhe forem transferidas, como também pelos recursos oriundos da *taxa de fiscalização* (criada pela própria lei, art. 13), a ser paga pelos concessionários, permissionários e autorizados dos serviços de energia, taxa essa fixada anualmente pelo Conselho Deliberativo e que não poderá exceder a 0,5% (cinco décimos por cento) da receita bruta anual obtida da exploração do serviço. É óbvio que essa taxa se refere aos serviços de gás canalizado, visto que os serviços de energia elétrica já são tributados pela Lei criadora da ANEEL. Para os serviços delegados à CSPE pela ANEEL, esta deverá repassar à autarquia paulista um percentual da taxa recolhida por aquela Agência federal dos agentes do setor de energia elétrica que atuam no Estado de São Paulo (cláusula convenial).

5 — CONCLUSÕES

5.1 As Agências Reguladoras federais foram criadas como autarquias sob *regime especial*, regime este caracterizado pelo conjunto de privilégios específicos que a lei outorga à entidade para a consecução de seus fins.

5.2 Esses privilégios caracterizam-se basicamente pela estabilidade de seus dirigentes (mandato fixo), autonomia financeira (renda própria e liberdade de sua aplicação) e poder normativo (regulamentação das matérias de sua competência, sem invadir as chamadas *reservas da lei*).

5.3 Entendeu-se indispensável a outorga de amplos poderes a essas autarquias, tendo em vista a enorme relevância dos serviços públicos, por elas regulados, para o desenvolvimento global do País, como também do envolvimento de poderosos grupos econômicos (nacionais e estrangeiros) que assumiram a prestação daqueles serviços.

5.4 Essas três Agências Reguladoras possuem aspectos comuns e alguns específicos, em face da natureza dos serviços ou atividades por elas controlados, podendo ser destacados os seguintes:

— os administradores possuem mandato, só podendo ser destituídos por condenação judicial transitada em julgado, improbidade administrativa, ou descumprimento injustificado das políticas estabelecidas para o setor ou pelo contrato de gestão,

— nomeação dos dirigentes pelo Presidente da República, com prévia aprovação dos nomes pelo Senado Federal, nos termos do art. 52, inciso III, alínea f, da Constituição Federal;

— edição de normas sobre matérias de sua competência;

— vedação ao ex-dirigente, até um ano depois de deixar o cargo, de representar qualquer interesse perante a Agência, ou de prestar serviços a empresas sob sua regulamentação;

— recursos próprios oriundos de taxa de fiscalização, ou de participações governamentais decorrentes do contrato de concessão,

— submissão a regime próprio de licitações (ANATEL),

— declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação ou servidão administrativa, das áreas necessárias aos concessionários, permissionários e autorizados de energia elétrica (ANEEL).

5.5 Como ensina Hely Lopes Meirelles, a autarquia, sendo um prolongamento do Poder Público, uma *longa manus* do Estado, executa serviços próprios do Estado, em condições idênticas às do Estado, com os mesmos privilégios da Administração-matriz e passíveis dos mesmos controles dos atos administrativos. A Agência Nacional do Petróleo tem por finalidade regular e controlar a indústria do petróleo que, embora não constitua função típica do Estado, a Constituição reservou à União, pela enorme relevância econômica que representa para a sociedade.

5.6 O Estado de São Paulo criou a sua Agência Reguladora dos serviços públicos de energia sob a denominação de Comissão de Serviços Públicos de Energia — CSPE. Deu-lhe forma autárquica, mas, sem falar em regime especial, conferiu-lhe os elementos indispensáveis para assegurar a sua autonomia técnica, administrativa e financeira.

5.7 A competência da CSPE compreende a regulamentação, o controle e a fiscalização de dois ramos da distribuição de energia: *elétrica*, por delegação da ANEEL, por se tratar de serviço público de competência federal, e *gás canalizado*, de competência originária do Estado por força do art. 25, § 2º, da Constituição Federal.

5.8 A legislação de todas as Agências confere especial relevo à proteção ao consumidor, instituindo inclusive uma ouvidoria para o recebimento de queixas dos usuários.