

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ADMINISTRAÇÃO
Curso de Especialização em Desenvolvimento e Competências Pessoais e
Organizacionais em Nível Estratégico, Gerencial e Operacional,
em Matéria e Regulação e Serviços Públicos**

Luís Carlos Kothe Hagemann

**DO PODER SANCIONATÓRIO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS:
natureza e fundamentos da possibilidade de imposição de multas**

**Porto Alegre
2007**

Luís Carlos Kothe Hagemann

**DO PODER SANCIONATÓRIO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS:
natureza e fundamentos da possibilidade de imposição de multas**

**Trabalho de conclusão de curso de Especialização
apresentado ao Programa de Pós-Graduação em
Administração da Universidade Federal do Rio
Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção
do título de Especialista em Administração.**

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Antônio Lucas Camargo

**Porto Alegre
2007**

Luís Carlos Kothe Hagemann

**DO PODER SANCIONATÓRIO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS:
natureza e fundamentos da possibilidade de imposição de multas**

Material para consulta na homepage da Biblioteca da
Escola de Administração da Universidade Federal do Rio
Grande do Sul, disponível em:
<http://biblioteca.ea.ufrgs.br/index.asp> / Normas para
Apresentação de Trabalhos Acadêmicos

Conceito final:

Aprovado em:.....de.....de.....

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr.-Instituição

Prof. Dr.-Instituição

Prof. Dr.-Instituição

Orientador: Prof. Dr.-Instituição

Dedico este trabalho a todos vocês que acreditaram em mim.

Aos meus pais, porque na educação para a vida me ensinaram o mais importante: amor, justiça e ética.

Ao Alexandre e à Patrícia, porque irmãos caminham juntos. À Gerta e à Isabel, porque com vocês a família é mais família. Ao afilhado Henrique, porque teu é o futuro. Ao primo Henrique, porque médico do corpo e da alma.

Aos amigos, porque sem vocês tudo seria mais difícil, e em vocês encontro alegria, paz, conforto e sabedoria.

Aos colegas da PGE, pela paciência.

...

E ao Darlan, porque devo muito mais do que uma dedicatória, e na pessoa de quem encontro todas as virtudes.

Agradeço à Procuradoria-Geral do Estado e à Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados pelo curso oportunizado, o que, espero, resulte em frutos para ambas as instituições, mas principalmente para o Estado do Rio Grande do Sul.

“Assim, múltiplo e grande, ou melhor, universal é o poder que em geral tem todo o Amor, mas aquele que em torno do que é bom se consoma com sabedoria e justiça, entre nós como entre os deuses, é o que tem o máximo poder e toda felicidade nos prepara, pondo-nos em condições de não só entre nós mantermos convívio e amizade, como também com os que são mais poderosos que nós, os deuses.”

Platão. *O Banquete*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

RESUMO

Objetiva o presente trabalho o estudo da possibilidade jurídica da imposição de sanções administrativas (multas) por parte de agência reguladora estadual, bem como o exame de instrumentos pré-legislativos até então existentes no Estado Rio Grande do Sul. Para tanto, utiliza-se o método dedutivo, com pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e de pareceres. A regulação de serviços públicos, sendo fenômeno conceitualmente recente, ainda requer estudos de vários de seus aspectos, tais como a natureza jurídica da atividade regulatória, as autonomias das agências e, correlatamente, a fiscalização. Em relação à amplitude da fiscalização, admite o sistema jurídico que se atribua a elas a possibilidade de imposição de multas. Para tanto, contudo, exige-se expressa previsão legal e que se conecte a fiscalização com a autonomia essencialmente técnica das agências. Em consequência, admitido o poder sancionatório das agências, cabível a sugestão de aperfeiçoamentos nos instrumentos pré-legislativos que deverão futuramente ser levados à apreciação do Poder Legislativo, o que foi realizado na parte final do trabalho.

Palavras-chave: agência de regulação, poder sancionatório, multa.

ABSTRACT

It is purpose of the present work the study of legal possibility to the administrative rewards (fines) by state regulatory agencies, as well the discussion of project existent until now in state of Rio Grande do Sul. It is used the deductive method, with bibliographic and jurisprudential research. The regulation of public services, as a conceptually recent phaenomenon, still demands studies in many aspects, such as the nature of the regulatory activity, the autonomy of agencies and, as well, their control power. Concerning the length of control power, legal system admits the possibility of administrative sanctions. However, it is required legal acts and connection between control power and essentially technical autonomy of agencies. Consequently, it is admitted administrative punitive power to the agencies and it is proper making suggestions in order to improve projects which will be presented to analysis to Legislative Power. These suggestions are the final part of the work.

Key-words: regulation agency, punitive power, fines.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 BREVE EXAME DA NATUREZA JURÍDICA DA FUNÇÃO REGULATÓRIA E DAS AGÊNCIAS DE REGULAÇÃO	11
2.1 REGULAÇÃO	11
2.2 AUTONOMIAS	21
3 APLICAÇÃO DE MULTAS	26
3.1 VIABILIDADE E NECESSIDADE JURÍDICA DA POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE MULTAS POR PARTE DA AGÊNCIA REGULADORA ESTADUAL	26
3.2 NECESSIDADE DE EDIÇÃO DE LEI PRÓPRIA	39
3.3 EXAME DOS INSTRUMENTOS PRÉ-LEGISLATIVOS ATÉ ENTÃO EXISTENTES, NO CASO DA AGERGS	43
4 CONCLUSÃO.....	54
REFERÊNCIAS	56

1 INTRODUÇÃO

Fenômeno recente do ponto de vista conceitual, a regulação de serviços públicos tem suscitado debate acerca de seus limites e suas funções no âmbito de várias ciências, o mesmo ocorrendo no Direito, onde ainda se discute acerca de suas autonomias, o conceito jurídico de regulação e sua amplitude.

No caso do presente trabalho, inserido em tais discussões, estuda-se o poder sancionatório das agências. Discute-se a possibilidade jurídica de se poder atribuir a imposição de multas às agências reguladoras, tendo em conta o contexto jurídico em que se acham e a natureza de suas atividades, principalmente em face do poder concedente e dos concessionários.

Para tanto, necessário valer-se do método dedutivo: subsunção do dado concreto ao conceito geral. Impõe-se, nesse sentido, a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial (aqui, incluindo não apenas decisões judiciais mas também orientações jurídicas formuladas por órgão de consulta jurídica da Administração Pública) acerca do tema geral (estudo dos caracteres próprios e peculiares do fenômeno regulatório) até se chegar ao tema específico (fundamentos do poder sancionatório das agências reguladoras).

Em decorrência, discute-se no presente estudo a viabilidade jurídica de se atribuir tal poder sancionatório às agências e, em conseqüência, examinam-se dois instrumentos pré-legislativos existentes no Estado do Rio Grande do Sul acerca do tema, especificamente concernentes à Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados: um projeto de lei recentemente enviado à Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul e atualmente arquivado naquele parlamento, e um anteprojeto de lei proposto posteriormente a tal arquivamento, pela AGERGS ao Chefe do Poder Executivo.

2 BREVE EXAME DA NATUREZA JURÍDICA DA FUNÇÃO REGULATÓRIA E DAS AGÊNCIAS DE REGULAÇÃO

Neste item inicial, pretende-se abordar brevemente, do ponto de vista jurídico, o panorama geral das agências reguladoras no Brasil, principalmente de como têm sido vistas suas autonomias. Isto porque, diretamente relacionada à autonomia (e ao seu exercício) está a necessidade jurídica de se atribuir a uma agência reguladora o poder de imposição de multas.

2.1 REGULAÇÃO

A regulação, no sentido que mais recentemente se tem dado ao vocábulo, ainda é um fenômeno dinâmico e em estudo profundo por várias ciências, entre elas, no mínimo, a Economia e a Administração.

Na ciência do Direito não é diferente, pelos diversos desafios que a regulação tem imposto aos seus operadores; trata-se, em suma, de conviver com uma nova realidade jurídica em meio a sistemas para os quais ela não fora inicialmente criada ou prevista.

O chamado marco regulatório brasileiro, desenvolvido a partir da década de 90, apareceu inserido num contexto internacional de redimensionamento do Estado, com delegação (ou mesmo privatização, sendo que, no caso, não se está usando estes termos como sinônimos) cada vez mais acentuada de serviços públicos a particulares, sob a justificativa, algumas vezes pertinente, da necessidade de melhor infraestrutura para o país para alavancar o seu desenvolvimento econômico-social. Considerações históricas e econômicas a respeito desta “redefinição do papel do Estado” (expressão de Ricardo Antônio Lucas Camargo¹), no

¹ CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Agências de regulação no ordenamento jurídico-econômico brasileiro*. Porto Alegre: Fabris, 2000, p. 25.

que pertine com a sua ligação ao Direito, foram magistralmente trabalhadas por Eros Roberto Grau, sendo de se selecionar a seguinte passagem de seu texto²:

04 – A virada do século assiste ao declínio do capitalismo concorrencial liberal. A economia de guerra e o evento da revolução bolchevista desferem-lhe golpes mortais. Sombrio o futuro do capitalismo, impunha-se a sua renovação, para o que é chamado a atuar o Estado. A *‘mão invisível’* de Smith é substituída pela mão visível do Estado. O Estado assume a responsabilidade pela condução do processo econômico e, com isso, os planos econômico e político se correlacionam (ainda que jamais se tenham dissociado). O conhecimento a respeito dos mecanismos econômicos, ademais, permitiu que da *economia política* caminhássemos para a *política econômica*.

Deixa o Estado, desde então, de *‘intervir’* na ordem social exclusivamente como produtor do direito e provedor de segurança, passando a desenvolver novas formas de atuação, para o que faz uso do direito positivo como instrumento de sua implementação de *políticas públicas* – atua não apenas como *terceiro-árbitro* mas também como *terceiro-ordenador*.

Essas políticas, contudo, não se reduzem à categoria das políticas econômicas; antes, de modo mais amplo, englobam todo o conjunto de atuações estatais no campo social (*políticas sociais*). A expressão *políticas públicas*, assim, designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social. E de tal forma isso se institucionaliza que o próprio direito, neste quadro, passa a manifestar-se como *uma política pública – o direito é também, ele próprio, uma política pública*.

Uma das características produzidas por aquele salto *qualitativo* encontra-se na circunstância de romper-se a rigidez da separação entre *Estado* e *sociedade*, qual cristalizada no momento inicial, *liberal*, do Estado.

05 – O *discurso neoliberal* postula o rompimento da concepção de Estado do bem-estar.

Esse discurso é projetado desde um quadro de transformação que se opera na base econômica – a revolução da informática, da microeletrônica, das telecomunicações. Um passo histórico foi consumado e esse é um dado da realidade. O capitalismo se transforma ao tempo em que fracassam as experiências do chamado *‘socialismo real’* – e isso o *‘reforça’*. Reestrutura-se a nível planetário, no advento de um *poliarquia global*, internacionalizada, globalizada. [...].

Mais adiante, em relação especificamente à regulação, diz o hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal³:

Essa teoria – a *teoria da regulação* – ao supor seja a sociedade autosustentável, propõe a regulação a partir *‘de dentro’* (substitui a *exoregulação* pela *endoregulação* ou *autoregulação*) e, ao dispensar a participação do Estado (também) como agente de produção do *direito moderno*, deita por terra a concepção da *‘volonté générale’*, ignora a correlação entre *direito* e *violência* e a noção de *interesse público* recuperada como *interesse social* e predica serem todos os homens dotados da sabedoria da *prudência*.

² GRAU, Eros Roberto. O discurso neoliberal e a teoria da regulação. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas Camargo (Org.) *Desenvolvimento econômico e intervenção do estado na ordem constitucional: estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza Porto Alegre*: Fabris, 1995, p. 61-62.

³ GRAU, 1995, p. 72-73. Pela brevidade deste trabalho, impossível transcrever outras passagens igualmente interessantes do mesmo texto, não obstante pertinentes para o tema. Tem-se, no entanto, por suficientes as advertências trazidas.

São inúmeros, aqui, os pontos que reclamam reflexão, mas que, no espaço desta exposição, apenas brevemente cabe mencionar, um ou outro.

De uma parte, indagaria eu se, de fato, o apelo à *regulação* está fundado na suposição de que o capitalismo pode prescindir do *direito moderno*. Isso não me parece crível, visto que o *direito moderno* funciona como verdadeira *política pública*, da qual lança mão o Estado para preservar os mercados; e isso, mesmo depois que *'os bárbaros se foram...'*. O direito moderno é instrumento de que se vale o Estado para defender o capitalismo dos capitalistas... Dizendo-o de outro modo: a destruição do Estado hoje, no momento histórico presente, pelo capitalismo, consubstanciaria uma estratégia suicida, na medida em que deixa abandonados, os mercados, à mercê dos capitalistas...

Por isso mesmo, e porque estou convencido de que a proposta da *regulação* é *ambígua* – o movimento [da regulação] não postula a *anomia* nos mercados, porém *novas modalidades de regulação*, mais eficientes – a *teoria [jurídica] da regulação* não é consistente. Consistente, no sentido de que *não propõe a exclusão do terceiro-ordenador* [o Estado, que é também *terceiro-árbitro*]. Ou o propõe? Se é isso que propõe – e isso é mais grave do que tudo – nisso e com isso estaria a escamotear a imagem de um *terceiro-ordenador* (o *'grande-irmão'*, comandante em chefe da *poliarquia* [Capella]), qual, é óbvio, pretende escamotear o conflito.

Posta a advertência, que não se pode deixar de se ter como referência, cumpre afirmar que no presente trabalho toma-se como fato posto a existência da regulação de serviços públicos delegados⁴ e que, frente a isso, necessariamente cabe ao intérprete tentar harmonizar tal existência com o Estado na condição de prestador de serviços públicos – ou, no caso, delegante de tal prestação por particulares – sem que isso implique, por evidente, sua redução ou submissão ao fenômeno regulatório, já que este deve ser visto como atividade também do próprio Estado. Afasta-se, assim, por exemplo, a idéia de que o mercado (de bens e, no caso, de serviços) é conduzido por uma “mão invisível” (expressão de Adam Smith⁵), e

⁴ Para o presente trabalho, em relação à terminologia adotada, via de regra usar-se-á o emprego das palavras “delegação”, “delegante” e “delegatário” (todas atinentes aos serviços públicos que a Administração Pública confere aos particulares), porque se trata do gênero, de que são espécies a concessão, a permissão e a autorização de serviços públicos, sem deixar de se reconhecer a existência de certo dissenso doutrinário acerca da autorização, que, por não apresentar natureza contratual (e sim de ato administrativo de outorga), não se refiriria a serviços públicos *stricto sensu*; e o outro dissenso, se bem que quase superado, se acha na discussão acerca da natureza contratual da permissão. No entanto, para os estritos limites do presente trabalho, não cabe, aqui, ingressar nestas ricas discussões (a respeito: FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli de. *A regulação do serviço público concedido*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 17-28). Por outro lado, eventualmente, não se poderá deixar de usar as expressões concernentes à concessão de serviços públicos (“poder concedente”, “concessionário”), conforme a lei, ficando desde já a advertência de que não se está, com isso, reconhecendo-se sinonímia com “delegação” (já que, como dito, esta é gênero e aquela é espécie).

⁵ Dizia Adam Smith: “Ahora bien, como cualquier individuo pone todo su empeño en emplear su capital en sostener la industria domestica, y dirigirla a la consecución del producto que rinde más valor, resulta que cada uno de ellos colabora de una manera necesaria en la obtención del ingreso anual máximo para la sociedad. Ninguno se propone, por lo general, promover el interés público, no sabe hasta qué punto lo promueve. Cuando prefiere la actividad económica de su país a la extranjera, únicamente considera su seguridad, y cuando dirige la primera de tal forma que su producto represente el mayor valor posible, solo piensa en su ganancia propia; pero en éste como en otros muchos casos, es conducido por una mano invisible a promover un fin que no entraba en sus intenciones. Mas no implica mal alguno para la sociedad que tal fin no entre a formar parte de sus propósitos, pues al perseguir su propio interés, promueve el de la sociedad de una manera más efectiva que si esto entrara en sus designios.” (SMITH, Adam. *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*. Traducción Gabriel Franco. 2. ed. México: FCE, 1958, p. 402).

simplesmente deve ser livremente conduzido por si mesmo; a razão para tanto é nada mais do que a presença, aqui, do interesse público (também referido por Smith) tendo em conta que ele, no caso dos serviços públicos, é que deve preponderar.

Por conseguinte, fixa-se desde já a premissa de que as agências de regulação, como se verá adiante, não obstante sua autonomia, integram o Estado e a Administração Pública, de modo que com este viés sempre terão seu regime jurídico interpretado (inclusive, no que toca ao presente trabalho, na questão da aplicação de multas). Logo, não são algo à parte do Estado, nem acima. Têm suas competências legalmente estabelecidas como qualquer órgão da Administração, e seu regime jurídico preservado e interpretado com esta mesma qualidade.

Cabe também alertar que não é pretensão aqui se valer da regulação como a panacéia para solução de questões que deveriam ser enfrentadas pelo Estado, como tampouco se estará filiando aos que visualizam a regulação como possível ilustração de um novo medievalismo⁶.

Superadas estas observações prefaciais, examina-se o fenômeno regulatório em si, por intermédio de agências. O tema, no campo do Direito Administrativo brasileiro (como também no Direito Econômico), não obstante de recente abordagem, vem merecendo alargado exame pela doutrina, cabendo, a título preliminar, as reflexões de Maria Sylvania Zanella Di Pietro⁷:

O emprego do vocábulo 'agência' não acrescenta nada de útil ou vantajoso ao direito brasileiro. O ente que nos Estados Unidos é denominado de agência, no Brasil é chamado de órgão administrativo ou autarquia de regime especial, como já existem de longa data, a exemplo, das Universidades Públicas, das autarquias corporativas e do Banco Central. Mas também não se pode dizer que haja algum óbice jurídico ao uso do vocábulo. Trata-se de mais um modismo que acompanha o movimento de globalização, já referido na introdução deste livro.[...]

⁶ Tal como o próprio Eros Grau no mesmo texto, assim como CAMARGO, 2000. De se observar, contudo, que não se está aqui a dar qualquer carga pejorativa à alusão ao medievalismo, simplesmente porque este último autor procedeu à comparação entre as agências reguladoras e as instituições medievais conhecidas como guildas para fazer um pertinente alerta acerca da inexistência de maiores novidades na criação de agências reguladoras, tal como esclarecido em sua obra posterior: (CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Interpretação jurídica e estereótipos*. Porto Alegre: Fabris, 2003, p. 102-103).

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2002, p. 154-155.

Em relação às universidades públicas referidas, convém que se anote não ser integralmente pertinente a comparação de sua autonomia com a das agências de regulação. É que a autonomia especial destas instituições de ensino superior vem escudada no art. 207 da Constituição Federal. Quanto à autonomia administrativa, em princípio não se verificam distinções em relação às agências⁸. Contudo, diferentemente das agências, as universidades públicas dispõem de uma autonomia didático-científica, que seria também, já que são o ambiente de disseminação de conhecimento, pedagógica. Evidentemente que às agências não se lhe poderia atribuir idêntica autonomia, uma vez que desempenham atividades distintas.

Ainda, da mesma autora⁹, interessante conceituação do vocábulo “regulação”, inclusive em face do seu parônimo “regulamentação”:

Os vocábulos ‘regulação’ e ‘regulamentação’, especialmente no direito brasileiro, não têm o mesmo significado.

‘Regular’ significa estabelecer regras, independentemente de quem as dite, seja o Legislativo ou Executivo, ainda que por meio de órgãos da Administração direta ou entidades da Administração indireta. Trata-se de vocábulo de sentido amplo, que abrange, inclusive, a regulamentação, que tem um sentido mais estrito.

Em conseqüência, quando se fala em desregular, como um dos instrumentos ora utilizados para reforma do Estado, quer-se significar que deve diminuir o regramento da atividade privada, para diminuir a intervenção do Estado nas liberdades do cidadão. Por outras palavras, quer-se diminuir o poder de polícia do Estado, pela diminuição das limitações ao exercício dos direitos individuais. Não interessa o tipo de regramento ou o órgão que o estabeleça. [...]

Regulamentar significa também ditar regras jurídicas, porém, no direito brasileiro, como competência exclusiva do Poder Executivo. Perante a atual Constituição, o poder regulamentar é exclusivo do Chefe do Poder Executivo (art. 84, IV), não sendo incluído, no parágrafo único do mesmo dispositivo, entre as competências delegáveis.

Ressalve-se, no entanto, que a observação da ilustre autora acerca da diminuição do poder de polícia merece algumas observações.

Em primeiro lugar, convém que se advirta que a atuação estatal sobre e no domínio econômico não se confunde com o poder de polícia¹⁰. Esta distinção é trabalhada por

⁸ Mais adiante, tratar-se-á do tema da autonomia administrativa das agências; em relação às universidades, cabe desde já referir que a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal (por exemplo: ADIn nº 1599/DF; MS nº 22.412/GO; RMS nº 22.111/DF) é no sentido de que não dispõem elas de uma autonomia administrativa irrestrita, no sentido de as retirar do âmbito da administração pública; ou seja, apesar da autonomia, não deixam de se submeter aos controles interno e externo de contas, seus servidores se submetem ao regime jurídico estatutário, devem efetuar aquisições de produtos e contratações de serviços em obediência ao regime jurídico licitatório, e seus bens submetem-se ao regime jurídico público.

⁹ DI PIETRO, 2002, p. 150-151.

¹⁰ Desde já fica assentado que se adota, aqui, a definição constante do Código Tributário Nacional: “Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito,

Washington Peluso Albino de Souza, que diz, em síntese, que a primeira envolve até mesmo obrigações do Estado para com os particulares (algo inimaginável no poder de polícia, que é, por sua natureza, unilateralmente impositivo) e corresponde às modalidades do art. 174 da Constituição Federal, funções estas que não têm como característica a polícia como ato imperial do Estado¹¹. Adverte, o mesmo autor, inclusive, que, não obstante a “privatização” (no sentido de retirada da administração estatal) das empresas estatais, segue havendo não só a submissão ao poder de polícia (expresso, então, na regulação), como à atuação estatal no domínio econômico (novamente, art. 174, CF)¹².

Esta não correspondência entre poder de polícia e atuação estatal no domínio econômico pode, por exemplo, ser demonstrada pelo reconhecimento da existência do chamado dirigismo contratual, tratado com precisão por Louis Josserand¹³, e que significa, segundo ele, a submissão do contrato a novos valores, expressos no seu aspecto social e decorrentes das mudanças nas relações travadas entre as pessoas e entre elas e o Estado, como por exemplo, “debido a causas políticas y económicas profundas – primacía de lo social sobre lo ‘individual’; acumulación de capitales y concentración de empresas; desigualdad de poder entre los contractantes; necesidades de proteger a los individuos contra la tiranía de las agrupaciones, de las compañías, de las sociedades”. Este “dirigismo”, assim, não passa de uma atuação estatal na economia (aqui, expressa nas relações contratuais entabuladas) para evitar (ou tentar evitar) o desequilíbrio nessas relações e, ainda segundo o mesmo Josserand, pode dar-se tanto pela via jurisprudencial (“dirigismo jurisprudencial”) como legislativa (“dirigismo legislativo”). Na mesma linha, Eros Roberto Grau exemplifica tal atuação (e o dirigismo contratual) com as seguintes situações: necessidade de validação de determinados específicos contratos a órgãos administrativos (caso dos contratos de transferência de tecnologia); limitação à capacidade de padronização dos contratos privados pelo hiper-suficiente; contratos privados submetidos eventualmente a controle de preços pelo Estado¹⁴.

interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.”

¹¹ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 188.

¹² *Ibid.*, p. 71.

¹³ JOSSERAND, Louis. *Derecho civil*. Rev. e completado por André Brun. Traducción Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Bosch, 1950, v. 2, t. 1: Teoría General de las Obligaciones, p. 281-288.

¹⁴ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 127.

Em segundo lugar, e como decorrência do raciocínio anterior, não se olvide que a capacidade de imposição de multas (administrativas) é uma das expressões do poder de polícia e isto, a toda evidência, não ocorre em relação às modalidades postas no art. 174 da Constituição Federal, que expressa, em nível constitucional, justamente as modalidades mediante as quais tal atuação se dá¹⁵.

Retornando à questão terminológica, ensina, também, Marçal Justen Filho¹⁶:

É necessária uma ressalva prévia, de natureza terminológica. Os estudos acerca do tema foram realizados, originalmente, nos países de língua inglesa, que se vale das expressões *regulation* para indicar a atividade desenvolvida pelo Estado e *regulator* para qualificar o sujeito que a promove. A tradução das duas expressões para as línguas latinas, especialmente o português, apresenta algumas dificuldades. Em nosso vernáculo, a tradução mais própria poderia ser ‘regulamentação’ e ‘regulamentador’. Ocorre que a primeira expressão já tem conotações específicas e determinadas. O conceito indicado, em inglês, por *regulation* não corresponde ao que em português se conhece sob a expressão ‘regulamentação’. Eventualmente, a ‘regulamentação’ até pode ser uma manifestação de *regulation*.

Eros Roberto Grau faz idêntica referência¹⁷.

Os chamados “órgãos reguladores” (expressão utilizada na Constituição Federal) estão previstos nos arts. 21, XI (serviços de telecomunicações), e art. 177 (serviços de monopólio da União), § 2º, III, sendo que, em função da expressa referência nos referidos dispositivos a alguns específicos serviços, pendeu na doutrina a dúvida acerca da possibilidade de haver competência regulatória para outras atividades. Atualmente, no entanto, acha-se pacificado o entendimento de que é irrelevante a previsão constitucional explícita, podendo, sim, haver regulação sobre outros serviços ou atividades que aqueles expressamente mencionados nas referidas normas¹⁸.

Não obstante, é bom de se salientar que a regulação como fenômeno não é de existência recente, confundindo-se, algumas vezes, com o próprio poder de polícia administrativa, variando conforme a definição doutrinária deste poder ou da definição

¹⁵ “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2000, p. 15.

¹⁷ GRAU, 1995, p. 72.

¹⁸ Nesse sentido, por exemplo: Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Marçal Justen Filho e Alexandre Santos de Aragão; contudo, em sentido contrário: Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

doutrinária de regulação. A respeito, veja-se as pertinentes lições de Alexandre Santos de Aragão¹⁹, citando também Carlos Ari Sundfeld e Conrado Hübner Mendes:

'Regulação', por sua vez, parece assumir sentido mais amplo do que a 'administração ordenadora' e o 'poder de polícia'. A doutrina do Direito Público Econômico faz uso deste termo para tratar da mecânica estatal de ordenação das atividades econômicas em geral, incluindo, portanto, os serviços públicos e as atividades econômicas em sentido estrito. Sendo assim, o Estado desempenha regulação tanto quando tem vínculo genérico com o administrado (livre iniciativa da atividade econômica em sentido estrito) quanto no caso de possuir vínculo específico (serviços públicos prestados mediante concessão ou permissão)'.
Entendemos que o deslinde da distinção entre o poder de polícia e a regulação depende do ponto de vista do qual nos colocamos. Se partirmos de um conceito de poder tradicional, oitocentista, consistente na mera fiscalização da atividade para que não cause prejuízos à coletividade, certamente o âmbito conceitual da regulação será bem mais amplo que o de poder de polícia.

Propugnamos, ao revés, um conceito de poder de polícia adequado ao Estado Democrático de Direito e à complexidade sócio-econômica em que vivemos; que seja funcionalizada em razão dos interesses públicos a serem atendidos pelas atividades privadas, em relação às quais o Poder Público pode, observados os limites legais, dimensionar de maneira dinâmica o conteúdo e a extensão. Não se trata mais apenas de evitar que um particular fira os direitos dos demais, mas também de direcionar a sua atividade na senda dos interesses públicos juridicamente definidos.

Sob esta perspectiva, o conceito de poder de polícia se aproxima do conceito de regulação, apesar de não alcançá-lo *in totum* por não abranger a regulação dos serviços públicos e outros aspectos a ela inerentes, tais como o da composição de conflitos.

Ainda sobre a atividade regulatória, as lições de Marçal Justen Filho²⁰:

As manifestações do Estado Regulatório se traduzem na assunção pelo Estado de grandes parcelas de poder de controle sobre as atividades privadas. A asserção se aplica especialmente ao setor de prestação de serviços públicos, mas não deixa de incidir também sobre o segmento das atividades econômicas propriamente ditas (reservado pela Constituição preponderantemente a desempenho pelos particulares). Mas pode abranger inclusive outras manifestações privadas, ainda que destituídas imediatamente de cunho econômico.

Como afirmou Selznick, a regulação consiste em um controle permanente e concentrado, exercido por uma autoridade pública sobre as atividades dotadas de um certo valor social.

E mais adiante²¹:

[...] É evidente que a regulação é um instrumento da realização de fins escolhidos pelo Estado. Mais do que isso, é imperioso tomar consciência dessa condição instrumental da atividade regulatória do Estado, sob pena de neutralizar-se eticamente a ação estatal. Isso equivaleria a subordinar a atuação estatal à realização exclusiva de valores econômicos, alterando o núcleo fundamental da Constituição.

¹⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 35-36.

²⁰ JUSTEN FILHO, 2000, p. 29.

²¹ *Ibid.*, p. 40.

Defende-se, por isso, a concepção de ser a regulação um conjunto ordenado de políticas públicas, que busca a realização de valores econômicos e não econômicos, reputados como essenciais para determinados grupos ou para coletividade em seu conjunto. Essas políticas envolvem a adoção de medidas de cunho legislativo e de natureza administrativa, destinadas a incentivar práticas privadas desejáveis e a reprimir tendências individuais e coletivas incompatíveis com a realização dos valores prezados. [...]

Por seu turno, ensina Washington Peluso Albino de Souza²²:

Tal como vimos para o ‘ato’ intervencionista, o ‘ato regulador’ é de natureza originariamente política, pois que é expressão de Poder. Nessa posição, ‘politiza’ o ‘ato econômico’ na definição da ‘política econômica’. O Direito Econômico dele se vai ocupar, quando esteja ‘juridicizado’ sob a forma de ‘ato jurídico-político-econômico’.

Na linguagem econômica, os efeitos das ‘interferências’, consistindo na influência de um sujeito, ao atuar na atividade de outro, denominam-se ‘externalidade’. São efeitos ‘externos’, laterais, intencionais ou não, produzindo aquele resultado. Praticam-se habitualmente a ‘regulação’ como uma ‘interferência intencional’ para corrigir uma ‘interferência lateral’ e extinguir a externalidade. Mitinik conceitua como ‘uma interferência regida, guiada, controlada... um interferência deliberada ou intencional’. Seria definida como ‘um processo que consiste na restrição intencional da eleição de atividades de um sujeito, e que provém de uma entidade que não é parte direta, nem está integrada nessa atividade’.

No Supremo Tribunal Federal o debate acerca da amplitude da regulação teve início com o julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2095 (liminar indeferida, julgamento em 22.03.2000). Da leitura do acórdão, verifica-se interessante debate acerca da função reguladora, entabulado entre os Ministros Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim. A título de exemplo, cite-se a discussão relativa ao tema da fixação de tarifas, em que o Ministro Pertence alerta acerca dos riscos de a agência reguladora acabar funcionando com competências que deveriam na verdade ser do poder concedente; já a resposta do Ministro Jobim, na linha da doutrina mais recente do Direito Administrativo, entendeu aconselhável que assim o seja, já que a agência reguladora na verdade, fixaria as tarifas no sentido técnico-administrativo, e não no sentido político (“político”, aqui, empregado com significação de atinente ao grupo político transitório que se acha no poder, e não no significado “nomo-gerativo” de exercício de poder estatal genericamente considerado, tal como, por exemplo, menciona Washington Peluso ao aludir a Política como “expressão de Poder”). Como a liminar foi indeferida, presume-se que, na ocasião, vencedora a tese do Ministro Jobim, ainda que não se possa deixar de reconhecer ter havido certo vacilo, com

²² SOUZA, 2005, p. 339.

reserva para posterior modificação de entendimento, de alguns dos demais Ministros votantes no julgamento²³.

Dentre os modos pelos quais esta regulação aqui tratada se manifesta, alguns são referidos por Ricardo Antônio Lucas Camargo²⁴, podendo ser assim reunidos e resumidos: a função de arbitragem entre os usuários e os concessionários; a elaboração de estudos técnicos para subsidiar o poder concedente; o estabelecimento de índices de qualidade e zelo por que sejam atingidos; o zelo pela universalidade do atendimento aos usuários; o fomento do aumento da competitividade; a fiscalização da execução dos serviços sob o aspecto técnico, econômico, financeiro e contábil.

Vitor Rhein Schirato, de modo semelhante, diz que as agências “(...) por um lado, devem regulamentar todos os aspectos técnicos da prestação dos serviços com vistas à sua adequação, exercendo para tanto funções normativa e administrativa, e, por outro, deverão atuar como controladores, mitigadores e árbitros com relação às disputas concorrenciais existentes entre os agentes do setor regulado”²⁵.

A regulação, então, não deixa de ser um controle, no sentido de fiscalização – e não de dominação²⁶. Esta distinção entre controle como dominação ou fiscalização foi muito bem trabalhada por Fabio Konder Comparato. Em síntese, na acepção francesa, controle (*contrôle*), seria a fiscalização ou a “verificação, sobretudo na linguagem administrativa (*être chargé de l’inspection et du contrôle d’une perception, d’une comptabilité, d’une caisse*)”; e, “na acepção inglesa, ao contrário, o núcleo central das diferentes acepções do vocábulo é a noção de poder ou de dominação.” Esclarece, ainda, o autor, que na sua obra o vocábulo “controle” tem esta segunda acepção. No presente trabalho, ao contrário, a francesa.

A nosso ver, então, a regulação é uma atividade estatal típica que visa a exercer, no exercício privado de atividades econômicas de interesse público, o controle exercido de

²³ Some-se a isso o fato de que a composição atual do Supremo Tribunal Federal é bem diferente daquela existente por ocasião do julgamento.

²⁴ CAMARGO, 2000, p. 75-77.

²⁵ SCHIRATO, Vitor Rhein. A regulação dos serviços públicos como instrumento para o desenvolvimento. *Interesse Público*, São Paulo, n. 30, p. 77-96, 2005.

²⁶ COMPARATO, Fabio Konder Comparato. *O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 10-12.

diferentes modos por parte do ente público, de modo a que se atinja uma finalidade pública desejada.

Cumpra, então, verificar de quais instrumentos dispõem as agências reguladoras para o exercício desta sua atividade estatal típica, como, por exemplo, quais as autonomias que lhe podem ser atribuídas, o que será objeto do item seguinte, bem como se possível juridicamente a utilização do instrumento sancionatório das multas, pelo menos em relação à agência estadual (que será, então, objeto do item 3).

2.2 AUTONOMIAS

Questão ainda não resolvida na doutrina, e mesmo no âmbito da Administração Pública, diz com a amplitude das autonomias das agências reguladoras. Este tema deve ser abordado também como premissa geral, uma vez que diretamente ligado à pertinência e à plausibilidade jurídica de imposição de multa por parte das agências reguladoras, em especial a AGERGS. Após uma abordagem genérica sobre a autonomia, examinar-se-á a questão da autonomia financeira, administrativa e especialmente técnica.

A autonomia, genericamente, no Direito, é uma qualidade de quem pode livremente realizar determinado ato jurídico²⁷. Ao ingressar no Direito Público, a autonomia, não obstante não perder a sua natureza, tem nuances próprias. Explícita, a respeito, João Baptista Villela²⁸:

Não só do ponto de vista psicológico, mas também do ético e do jurídico percebe-se que são substancialmente diversas a situação do juiz que está entre acolher ou rejeitar a demanda e a do particular que hesita entre fechar ou não um contrato de compra e venda. A do Presidente da República que se debate entre a sanção e o veto e a da mulher que pode ou não consentir na hipoteca de bens do casal. Em todos esses casos, ao agente se assegura a liberdade de exercício de alternativas. Qualquer que seja o uso que dela se faça, realiza ação formalmente lícita. Mas a autonomia de uns é autofundada, isto é, não exige razões exteriores de legitimação. A de outros é heterofundada: são agentes a quem se defere a prerrogativa para o preenchimento de um dever.

²⁷ No Direito Civil, por exemplo, fala-se sempre na autonomia da vontade como elemento das obrigações.

²⁸ VILLELA, João Baptista. Do fato ao negócio: em busca da precisão conceitual. In: ESTUDOS em homenagem a Washington de Barros Monteiro. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 266.

A autonomia, no serviço público, na expressão do autor transcrito, é, por conseguinte, heterofundada. Assim, sempre o agente público, no exercício de suas funções, age em virtude de razões exteriores de legitimação; não age, portanto, com a liberdade do particular, que não necessita destas razões exteriores de legitimação. Com a agência reguladora, no processo regulatório, ocorre o mesmo.

Por outro lado, é necessário dizer que, não obstante o reconhecimento da autonomia administrativa, as agências, por integrarem a Administração Pública, devem subordinação hierárquica à Chefia do Poder à qual se vinculam, no caso o Poder Executivo, nos termos do inciso II do art. 84 da Constituição Federal. É o que ensina Ricardo Antônio Lucas Camargo²⁹, falando também sobre a amplitude da autonomia:

Sendo administrativa a função exercida pelas agências de regulação – o que não implica, há que se insistir, a postura adotada por alguns de reduzir o Direito Econômico a mero capítulo do Direito Administrativo – parece evidente, inarredável, que devem elas subordinação hierárquica a quem detenha a competência constitucional para exercer a direção superior da Administração Pública (art. 84, II, da Constituição Federal). Como disse Alberto Venâncio Filho, ‘a administração da União tem como órgão propulsor máximo o Poder Executivo exercido pelo Presidente da República, nos termos do art. 78 da Constituição. O princípio da unidade do Poder Executivo, essencial ao regime presidencialista, foi também observado entre nós, sendo portanto as atribuições do Poder Executivo as atribuições do Presidente da República’. Fábio Konder Comparato também observa que ‘a rigor, quando há efetivamente planejamento da ação estatal – o que, convenhamos, raramente ocorre entre nós -, ele se dá no âmbito do Poder Executivo, e mais precisamente, nos limites temporais do mandato do seu Chefe. Os planos, se existentes, não passam programas de governo, com todas as marcas da personalidade e precariedade que lhe são próprias, pois submetidos às exigências mutáveis da conjuntura política’. Claro, em se tratando de matéria de cunho técnico, falar não há em subordinação hierárquica. Contudo, em termos funcionais, em termos de atividade de execução, a subordinação, efetivamente, existe.

Tais, em linhas gerais, as razões pelas quais se entende que as agências de regulação somente têm autonomia no que diz respeito à competência técnica.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a propósito, diz, em relação às agências³⁰:

De fato, são autarquias, ainda que especiais. Integram, portanto, a Administração Indireta, motivo por que não escaparão das regras constitucionais impostas a toda a Administração pelo art. 37, e outros, da Lei Magna bem como dos preceitos do direito administrativo em vigor. Isto limitará, e muito, a sua liberdade de ação.

²⁹ CAMARGO, 2000, p. 28.

³⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Reforma do Estado: o papel das agências reguladoras e fiscalizadoras. *Fórum Administrativo*, n. 3, p. 253-257, 2001.

Corroboramos o entendimento, o que, de certa forma, já foi antecipado no item 2.1 supra na abordagem do tema da autonomia das universidades públicas.

Com efeito, tanto para universidades quanto para as agências, para as quais em ambos os casos se tem tomado no Brasil a forma autárquica, não podem ser tidas como se fora da Administração Pública estivessem.

Para as agências, às vezes, este tema é muito caro, uma vez que incluí-las como ente da Administração Pública, a seu ver, poderia levar a confundi-las com o poder concedente (no caso, por exemplo, do processo regulatório de fixação de tarifas de serviços públicos concedidos), para o que invocam sempre a teoria da captura dos entes reguladores, primeiramente trabalhada por George Stigler (e que diz “...that interest groups and other political participants will use the regulatory and coercive powers of government to shape laws and regulations in a way that is beneficial to them”). Para evitar tal confusão, é bom lembrar alguns aspectos importantes: em primeiro lugar, compor a Administração Pública não retira da agência seu caráter técnico (e tampouco se dirá que as decisões do poder concedente não o possam ter, mas também são uma decisão política no sentido de expressão do Poder estatal); em segundo lugar, suas competências estão legalmente previstas, e suas decisões, justamente porque integram a Administração Pública, necessariamente devem ser devidamente fundamentadas. Assim, ao se dizer aqui que a agência é parte da Administração Pública, não se está simultaneamente dizendo que poder concedente e regulador são o mesmo, uma vez que expressões diferentes das funções estatais; apenas está-se dizendo que suas competências e o exercício de suas atividades decorrem do poder estatal, expresso, no seu caso, por intermédio destas duas maneiras.

Logo, a autonomia que se poderá reconhecer como uma nota distinta da autonomia de que dispõe qualquer ente de Direito Público da Administração Pública necessariamente terá que estar relacionada com a sua área de atuação: no caso das universidades públicas, a autonomia que se lhes reconhece como nota especial é a didático-científica, e no caso das agências é a autonomia técnica, como se verá logo a seguir.

Antes de tocar neste ponto, porém, cabe ainda breve referência à autonomia financeira das agências de regulação. Sobre isso, apregoa Marçal Justen Filho³¹:

3.1. A destinação de verbas orçamentárias

Isso significa, primeiramente, a manutenção das agências através de recursos alocados pelo ente federativo, de acordo com a partilha orçamentária. Evidentemente, isso propicia a redução da margem de autonomia da agência, tal como acima apontado. A dependência de recursos orçamentários acarreta redução da margem de liberdade nas escolhas e decisões.

Observe-se que essa dependência se refere não apenas ao processo parlamentar de elaboração da lei orçamentária, mas igualmente se põe no tocante à própria execução da lei orçamentária. Os dois momentos são inconfundíveis e envolvem questões e vínculos de poder diferenciados. Há a questão da partilha dos recursos públicos realizada por ocasião da elaboração da lei orçamentária. Isso significa a prevalência de decisões adotadas pela Chefia do Executivo e pelo Legislativo. Mas a simples alocação orçamentária de verbas é insuficiente para atribuição de alguma segurança às entidades destinatárias. A liberação de verbas orçamentárias produz, em não poucas hipóteses, práticas reprováveis de clientelismo. Ademais disso, a própria Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) impôs o dever de acompanhamento da execução orçamentária e cumprimento de metas. A frustração das estimativas de arrecadação impõe a redução correspondente de despesas, conforme previsto no art. 9º daquele diploma. Não há critérios precisos e definidos a propósito do processo decisório para redução de despesas, o que dá oportunidade a uma discricionariedade incompatível com os fins da Constituição e da própria Lei.

Portanto a ampliação da autonomia da agência dependeria da possibilidade de atribuição de verbas, realizada de modo a excluir condicionamentos ou interferências por outros órgãos estatais. A solução consiste em assegurar às agências a percepção de receitas em virtude do exercício de suas competências, de modo a propiciar-lhes a obtenção dos recursos que lhes assegurem uma espécie de auto-suficiência econômico-financeira.

Na mesma linha, Alexandre Santos de Aragão³²:

11.2. Autonomia financeira, Orçamentária e as Controvérsias Acerca da Natureza das 'Taxas Regulatórias':

A autonomia financeira é requisito essencial para que qualquer autonomia se efetive na prática. A este respeito, SILVIO SPAVENTA observa que para uma pessoa jurídica ser autônoma deve, além dos arcações organizacionais adequados, possuir as seguintes características: '1 – que determine o próprio orçamento; 2 – que as despesas obrigatórias que possuam não dependam de quem quer que seja, mas que derivem da lei ou dos próprios estatutos'.

Podemos constatar que de fato as leis instituidoras das agências lhes asseguram autonomia financeira, através da titularidade das chamadas 'taxas regulatórias' (ex. arts. 11 a 14 da Lei nº 9.427/96); e orçamentária, através do envio da proposta de orçamento ao Ministério ao qual é vinculada (ex. art. 49 da Lei nº 9.427/96).

[...]

Quanto à autonomia orçamentária das agências reguladoras, não podemos desprezar as sérias limitações que, em virtude do Princípio da Unidade Orçamentária, sofrem, já que este Princípio impõe contingenciamentos orçamentários até mesmo aos Poderes da República e a outros órgãos constitucionais autônomos, como o Tribunal de Contas e o Ministério Público.

³¹ JUSTEN FILHO, 2000, p. 476.

³² ARAGÃO, 2002, p. 331-334.

No dizer de RICARDO LOBO TORRES, face ao princípio constitucional da unidade, o orçamento é uno embora possa aparecer em vários documentos separados, devendo apresentarem-se, em seu conjunto, de forma harmônica e integrada.

Tratando do tema especificamente em relação às agências reguladoras, FERNANDO HERREN AGUILLAR observou que ‘ainda não se desenvolveu mecanismo que permita uma autonomia orçamentária mais sólida, porque, na prática, o Executivo pode cortar as propostas elaboradas pelas autarquias.’

Então, efetivamente não se pode afirmar que a autonomia “especial” das agências reguladoras passe necessariamente pela autonomia administrativa no mesmo sentido que é dado, por exemplo, aos conselhos federais encarregados do registro e fiscalização profissional. Esta autonomia “especial” das agências decorre, na verdade, de uma autonomia técnica que devem elas possuir para o pleno exercício dos seus misteres, e inclusive para a sua própria razão de ser. Esta autonomia técnica é a capacidade de poder se manifestar, dentro da sua área de atuação, com plenitude no exercício das suas competências, regulando a atividade privada segundo critérios científicos e técnicos próprios do(s) ramo(s) do conhecimento em que atuarem. É, assim, uma autonomia, poder-se-ia dizer, finalística, no sentido de ser diretamente vinculada à sua atividade fim.

E a imposição de multa, caso possível, sempre deverá fundar-se na verificação técnica da conduta do delegatário de serviço público, segundo fundamentos científicos aceitos como aptos à reconstituição do fato infracional descrito na norma, com justificativa nestes fundamentos para apreciação da conduta faltosa do delegatário; e não, por evidente, ao simples talante do regulador.

3 APLICAÇÃO DE MULTAS

Neste item, pretende-se examinar a questão principal do trabalho, ou seja, o exame da viabilidade, em face do ordenamento jurídico brasileiro, de possibilidade de imposição de multa por parte de agência reguladora.

Justifica-se a necessidade deste exame em face de se tratar, no caso, a AGERGS, agência de regulação que não integra a Administração Pública Federal (portanto, a União), e sim Estado da Federação, o que acarreta necessariamente a necessidade do exame da questão atinente ao art. 29, II da Lei de Concessões (Lei Federal nº 8.987/95) e à competência legislativa dos Estados.

Superado este exame, caso se chegue à conclusão da possibilidade de imposição de multa, cumpre que se estabeleça como requisito para tanto a previsão e autorização legal.

3.1 VIABILIDADE E NECESSIDADE JURÍDICA DA POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE MULTAS POR PARTE DA AGÊNCIA REGULADORA ESTADUAL

Já se disse anteriormente que a regulação se manifesta, por exemplo, pela arbitragem entre os usuários e os concessionários, pela elaboração de estudos técnicos para subsidiar o poder concedente, pela fixação de índices de qualidade e zelo a serem atingidos, pelo zelo pela universalidade do atendimento aos usuários, pelo fomento do aumento da competitividade e pela fiscalização da execução dos serviços sob o aspecto técnico, econômico, financeiro e contábil.

Para no mínimo algumas dessas funções, recomendável a existência do poder sancionatório. Do contrário, o exercício da fiscalização se enfraquece, porque não encontra guarida para gerar a competente punição em decorrência da desobediência ou do descumprimento. Claro que o oposto também existe, ou seja, o exercício da fiscalização sem

possibilidade de imposição de multa, que é o caso do conselho fiscal das sociedades anônimas, os quais se expressam, conforme Waldirio Bulgarelli, em “fiscalizar, verificar, opinar, denunciar, sugerir, convocar, analisar, examinar, solicitar, escolher, informar, comparecer e responder, todos obviamente com seus significados próprios, mas guardando, em sua maioria, uma linha comum significatória.”³³.

Opostamente, no controle de contas públicas a imposição de multas tem previsão legal e é amplamente utilizada pelos Tribunais de Contas.

A punição como consequência jurídica não deixa de ser no ordenamento uma decorrência necessária à realização de uma determinada conduta condenada pelo próprio ordenamento. Dentre as distintas modalidades de normas, há aquelas onde se prescreve uma conduta e a consequência jurídica de seu descumprimento, esta calcada numa punição. É o que ensina magistralmente, por exemplo, Hans Nawiaski³⁴:

[...] La norma jurídica es, según lo expuesto, un precepto relativo a la conducta exterior, a cuya inobservancia va ligado un apremio o una pena; el mandato de un hacer o un omitir, cuya desobediencia tiene por efecto un apremio o una pena.

5. Puesto que la ejecución forzosa y la pena condicionan el carácter jurídico de una norma, de aquí se sigue que deben ellas mismas ser parte integrante del Derecho, es decir, poseer su misma cualidad, su carácter de normas de conducta externa. Con otras palabras: han de ser a su vez objeto, contenido de normas. De aquí resulta un dualismo de las normas jurídicas. En primer término están las normas que prescriben a los sujetos jurídicos un comportamiento externo; junto a ellas, en segundo lugar, las normas que ordenan a determinadas personas que, en caso de que las primeras normas no sean atendidas, obliguen a los transgresores por medio de la ejecución forzosa a cumplir con ellas o a reparar la infracción, o retribuyan la conducta antinormativa mediante la imposición de penas. Mas para que estas segundas normas dirigidas al ejecutor civil o al penal sean a su vez normas externamente coactivas, hay también tras ellas medios ejecutivos o penas, que son aplicadas contra esos encargados a causa de la inobservancia de sus obligaciones. Al juez que deniega justicia y al funcionario administrativo se les exige responsabilidad.

Também em relação à origem normativa do sancionamento, muito precisas as lições de Sacha Calmon Navarro Coêlho³⁵:

De um ponto de vista que considera as normas condicionais em posição estática, segundo a tradição kelseniana, estas se dividem em dois espécimens básicos: normas

³³ BULGARELLI, Waldirio. *Regime jurídico do conselho fiscal das S.A.* Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 134-135.

³⁴ NAWIASKI, Hans. *Teoría general del derecho*. Traducción José Zafra Valverde. Madri: Rialp, 1962, p. 35-36.

³⁵ COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Teoria e prática das multas tributárias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 13-14.

impositivas e normas sancionantes. A diferença entre elas é simples. As impositivas têm hipóteses de incidência compostas de fatos jurídicos lícitos e, por consequência, comandos que impõem direitos e deveres (relações jurídicas obrigacionais). As sancionantes são feitas de hipóteses de incidência que representam fatos ilícitos e de consequências que consubstanciam, sempre, sanções (castigos, penas). A norma tributária é do tipo das impositivas, como já vimos.

[...]

Num e noutro tipo de norma, basta ocorrer o ‘fato típico’ descrito na hipótese para que as consequências jurídicas previstas se instalem no meio social. [...] A segunda é sancionante porque prevê a aplicação, ao seu destinatário, de uma sanção, contra-ataque da ordem jurídica aos que a desrespeitam (há a aplicação de uma sanção). A norma sancionante contém o poder dissuasório e punitivo que o Direito direciona àqueles que descumprem os deveres legais.”

Com efeito, é o que se pretende ao atribuir tal poder ao agente regulador: permitir que, havendo previsão legal de hipótese de conduta que se caracterize por estar em desacordo ao ordenamento jurídico e à própria estrutura jurídica da delegação de serviço público em questão, possa ele impor a devida multa por tal conduta faltosa. Em outros termos, a criação de normas prescrevendo condutas antijurídicas por parte dos delegatários de serviços públicos que se submetem à regulação pela AGERGS deverá necessariamente ter como consequência a possibilidade de imposição de uma punição, que se dará mediante a utilização da sanção pecuniária.

Posta a possibilidade de o ordenamento jurídico prever a sanção afluente, notadamente pecuniária para o que interessa ao presente trabalho, necessário, por outro lado, que se verifique da natureza jurídica desta sanção nos distintos ramos do Direito.

A aplicação de sanção, no Direito Civil, dá-se por intermédio da cláusula penal, assim definida por Caio Mário da Silva Pereira³⁶:

A cláusula penal ou pena convencional – *stipulatio penae* dos romanos – é uma cláusula acessória, em que se impõe sanção econômica, em dinheiro ou outro bem pecuniariamente estimável, contra a parte infrigente de uma obrigação. Pode ser avençada conjuntamente com a obrigação principal, e normalmente o é, ou em apartado (Código Civil, art. 916; Anteprojeto de Código de Obrigações, art. 154), e constitui uma das mais importantes modalidades de promessa condicionada.

A propósito, ensina também Antônio Chaves³⁷:

³⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. 2, p. 93.

³⁷ CHAVES, Antonio. *Tratado de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, v. 2, t. 1: Direito das Obrigações, p. 126.

O intuito punitivo transparece da própria denominação desse pacto acessório: cláusula penal, que, na definição de Clóvis Bevilácqua, em comentário ao art. 916 do CC, 'é um pacto acessório em que se estipulam penas ou multas contra aquele que deixar de cumprir o ato ou fato a que se obrigou, ou apenas o retardar'.

Dela resulta que pode ser estipulada:

- a. para o caso de total inadimplemento da obrigação (pena compensatória);
- b. para o caso de mora (pena moratória) ou,
- c. para segurança de alguma cláusula especial (pena também compensatória).

Daí a divisão da cláusula penal em compensatória e moratória, conforme atenda à compensação da indenização, da qual é o equivalente legal, ou somente à mora.

Não obstante via de regra aparecer contratualmente, nada obsta que exista também no plano superior da norma legal, como, aliás, adverte Caio Mário da Silva Pereira, *verbis*³⁸:

Toda obrigação, de qualquer espécie, pode receber o reforço de uma cláusula penal. Frequentemente vem esta adjeta às convencionais, em razão de que a mesma vontade criadora do vínculo tem o poder de estipulá-la. É originariamente contratual, como contratual o seu campo de incidência mais freqüente, e mesmo o seu mecanismo. Mas seria inexacto insulá-la no direito do contrato, como aliás procede Salvat, e antes dele Giorgi, pois que é lícito inseri-la no testamento, que é ato unilateral, reforçando a obrigação de o herdeiro pagar o legado. De fora parte as obrigações contratuais, também as decorrentes da lei, a par das penalidades que as acompanham por força da mesma lei, podem ser igualmente reforçadas de penas convencionalmente determinadas, pois nenhuma incompatibilidade existe entre a natureza legal da obrigação e o caráter convencional da multa. O assunto, aliás, tem sido objeto de cogitação em outros sistemas jurídicos, como o francês, no qual a jurisprudência anula as cláusulas penais referentes à responsabilidade delitual, não obstante militar a doutrina no sentido de sua validade.

A multa como decorrência de imposição legal, tal como referida pelo renomado Caio Mário, é o que se apregoa no presente trabalho. Isto porque, em primeiro lugar, não se poderia cogitar da imposição de multa contratual a menos que, no caso das delegações de serviços públicos (notadamente as concessões), houvesse tal previsão no instrumento próprio. Mesmo assim, a imposição de sanção somente com previsão em lei é de rigor em se tratando de Administração Pública, onde vigora, como se verá logo adiante, o princípio constitucional da legalidade. E em segundo lugar, está-se dando ao concedente e ao regulador um reforço na exigência do cumprimento da obrigação do concessionário, reforço este expresso na possibilidade de imposição de multa em consequência de uma conduta faltosa. Trata-se, como verá mais adiante, do exercício do de poder de polícia.

³⁸ PEREIRA, 2001, p. 95-96.

No Direito Penal, admite-se igualmente a imposição de multas. A respeito das semelhanças e diferenças entre o ilícito penal e o administrativo, ensina o sempre lembrado Nelson Hungria³⁹:

A ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, na essência, é o dever jurídico. Dizia BENTHAM que as leis são divididas apenas por comodidade de distribuição: todas podiam ser, por sua identidade substancial, dispostas 'sobre um mesmo plano, sobre um só *mapamundi*'. Assim, não há falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal. A separação entre um e outro atende a critérios de conveniência ou de oportunidade, afeiçãoados à medida do interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço. Conforme acentua BELING, a única diferença que pode ser reconhecida entre as duas espécies de ilicitude é de quantidade ou de grau; está na maior ou menor gravidade ou imoralidade de uma em cotejo com outra. O ilícito administrativo é um *minus* em relação ao ilícito penal. Pretender justificar um discrimine pela diversidade qualitativa ou essencial entre ambos, será persistir no que KUKULA justamente chama de 'estéril especulação', idêntica à demonstração da 'quadratura do círculo'. Baldadas têm sido todas as tentativas doutrinárias em tal sentido.

Em consequência, a sanção também não pode apresentar maior distinção do que aquela calcada na gravidade ou imoralidade do próprio ilícito. Diz, a respeito, o mesmo autor⁴⁰:

Pena administrativa e pena criminal – Se nada existe substancialmente diverso entre ilícito administrativo e ilícito penal, é de negar-se igualmente que haja uma *pena administrativa* essencialmente distinta da *pena criminal*. Há também uma fundamental identidade entre uma e outra, posto que *pena* seja, de um lado, o mal infligido por lei como consequência de um ilícito e, por outro lado, um meio de intimidação ou coação psicológica na prevenção contra o ilícito. São *species* do mesmo *genus*. Seria esforço vão procurar distinguir, como coisas essencialmente heterogêneas, *e.g.*, a multa administrativa e a multa de direito penal. Dir-se-á que só esta é conversível em prisão; mas isto representa maior *gravidade*, não *diversidade de fundo*. E se há sanções em direito administrativo que o direito penal desconhece (embora nada impediria que as adotasse), nem por isso deixam de ser *penas*, com o mesmo caráter de contragolpe ao ilícito, à semelhança das penas criminais. A única diferença, também aqui, é puramente *quantitativa* (de maior ou menor *intensidade*) e *formal*: as penas administrativas (direito penal administrativo) são, em geral, menos rigorosas que as criminais e, ao contrário destas, não são aplicadas em *via jurisdicional*, isto é, não vigora a respeito delas o princípio *nulla poena sine iudicio* ou *nemo damnetur nisi per legale iudicium*.

No Direito Processual Civil, admite-se também a imposição de sanções pecuniárias, notabilizando-se as *astreintes*, assim definidas por Guilherme Rizzo Amaral: “[...] constituem técnica de tutela coercitiva e acessória, que visa a pressionar o réu para que o mesmo cumpra mandamento judicial, pressão esta exercida através da ameaça ao patrimônio, consubstanciada

³⁹ HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 15-21, [s.d.], p. 15.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 17.

em multa periódica a incidir em caso de descumprimento”⁴¹. O mesmo autor refere, ainda, os traços que dão a sua natureza jurídica⁴²: se são técnica de tutela jurisdicional (e não a tutela em si), têm finalidade em si mesmas (o fim último da sua existência nada mais é do que o cumprimento da obrigação pelo réu-devedor); apresentam caráter coercitivo (pressão ao devedor para cumprir decisão judicial); têm caráter acessório (“[...] ou seja, como técnica destinada ao alcance de determinado fim, só têm razão de existir quando este fim ainda é almejado”); apresentam caráter patrimonial; e, finalmente, não se confundem com pena (muito menos privada), uma vez que seu fim precípua é criar uma “pressão psicológica” no réu, e apenas secundariamente atingir seu patrimônio.

Como se vê, igualmente no Direito Processual Civil a existência de tais punições tem como mote, de um lado, criar uma motivação psicológica ao possível infrator para que não realize a infração (no caso, descumprindo decisão judicial), e, de outro, servir como contragolpe à infração, caso ela se configure.

Examinadas as distintas naturezas da multa nos ramos do Direito, cumpre verificar como se insere ela no fenômeno regulatório, desde já admitindo que esta dúplici natureza se mantém neste campo. Aqui, no entanto, o contragolpe à infração decorrerá, assim como ocorre no Direito Penal, da lei, e não de contrato (como no Direito Civil, via de regra) ou simultaneamente da lei e do processo judicial (no Direito Processual Civil).

Ainda, necessário que se afirme não haver dúvida que se está aqui inserido predominantemente no âmbito do Direito Administrativo. Diz-se predominantemente porque outros ramos do Direito também interferem no fenômeno regulatório das delegações de serviços públicos (por exemplo: Direito Civil, Direito Econômico, Direito Constitucional).

Contudo, na sua origem a delegação de serviço público é um instituto do Direito Administrativo. Presente a Administração Pública como delegante e também como regulador, presentes, por conseguinte, os poderes administrativos, dentre os quais se insere o poder de polícia. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello esclarece⁴³:

⁴¹ AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro*: multa do artigo 561 do CPC e outras. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 85.

⁴² *Ibid.*, p. 53-72.

⁴³ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Aspecto jurídico-administrativo da concessão de serviço público. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 221-234, [s.d.], p. 221.

A fiscalização dos serviços públicos concedidos é feita pelo Estado tendo em vista o interesse coletivo, no exercício do seu poder de polícia de ordem pública, isto é, poder de polícia propriamente dito, como, também, em atenção ao próprio serviço, no exercício do poder de polícia de gestão, isto é, poder de polícia *scripto-sensu*. Os concessionários de serviço público estão, portanto, sujeitos a fiscalização de duas naturezas: uma, relativa às restrições naturais dos direitos fundamentais das pessoas físicas ou jurídicas por parte de qualquer das entidades de direito público, nos limites da sua competência – fiscalização geral; e outra, referente à organização e funcionamento do serviço por parte do poder concedente – fiscalização especial.

Na mesma linha, Heraldo Garcia Vitta⁴⁴:

Para o exercício da função administrativa, o ordenamento jurídico atribui determinada potestade ou poder ao agente público. A atividade administrativa é a expressão dessa potestade, a fim de obter a cura do interesse público. Nesse sentido, isto é, para o exercício e o desenvolvimento da função administrativa, o ordenamento jurídico atribui ao agente público diversas potestades, como a regulamentar, a disciplinar e outras; são, porém, aspectos diversos da potestade administrativa, a qual, por sua vez, é expressão de uma única potestade, a do império do Estado.”

Marcos Juruena Villela Souto também menciona a possibilidade de sanção⁴⁵:

A constatação de alguma violação dos limites ou deveres impostos a servidores, administrados ou contratados ensejará a atuação da função sancionatória do administrador, que pode ter natureza disciplinar, de polícia administrativa ou do contrato.

Note-se, aqui, sobremaneira a presença do interesse público no exercício deste poder de imposição de sanções. O interesse público, então, não é outra coisa senão a própria razão de ser da existência das multas administrativas.

No caso das multas decorrentes da regulação de serviços públicos delegados, que também, evidentemente, são multas administrativas, uma vez que aplicadas por entes da Administração Pública, está-se diante do poder de polícia fiscalizador. É a fiscalização, pelo ente estatal, da atividade privada de promoção de serviços públicos que a ela foram delegados. É uma fiscalização que objetiva, no mínimo, a melhoria da qualidade dos serviços ofertados ao usuário e a obediência aos princípios insculpidos no art. 6º, e § 1º, da Lei Federal nº 8.987/95⁴⁶. Estes objetivos devem ser perseguidos não só pelo concessionário, mas também

⁴⁴ VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 63.

⁴⁵ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 32.

⁴⁶ Cujá redação é a seguinte:

“Art. 6º. Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

pelo poder concedente e pelo regulador. Não tem esta multa, conforme acima assentado, natureza contratual, o que, aliás, também há bastante tempo já fora advertido por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello⁴⁷: “A multa e o castigo pecuniário ao concessionário não se equiparam à cláusula penal dos contratos privados, pois aqueles têm caráter disciplinar e este é equivalente a perdas e danos e, portanto, de caráter patrimonial.”

Um problema, no entanto, necessita ser enfrentado: a redação do art. 29, II, da Lei Federal nº 8.987/95⁴⁸. Na medida em que há referência apenas ao poder concedente no *caput* do dispositivo, haveria, no mínimo, uma dúvida acerca da possibilidade de também a agência reguladora aplicar a sanção.

Por um lado, há quem defenda que aplicação de sanção é de exclusiva atribuição do poder concedente, considerando o disposto na mencionada norma, que não traz semelhante atribuição às agências reguladoras⁴⁹.

Por outro, a defesa da possibilidade de atribuição deste poder sancionatório às agências escuda-se na sua ampla função fiscalizatória, que teria, inclusive, respaldo na própria Lei de Concessões, se bem que de modo genérico, no parágrafo único⁵⁰ do art. 30⁵¹. Esta norma seria suficiente para admitir-se tal competência às agências⁵².

Inicialmente, vejamos o que diz Egon Bockmann Moreira⁵³:

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.”

⁴⁷ MELLO, [s.d.], p. 227.

⁴⁸ A redação do mencionado dispositivo é a seguinte: “Art. 29. Incumbe ao poder concedente: [...] II - aplicar as penalidades regulamentares e contratuais; [...]”

⁴⁹ É a posição externada por Ricardo Antônio Lucas Camargo na ata nº 1102 do Conselho Superior da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, sessão realizada em 05/07/2001.

⁵⁰ A redação do mencionado dispositivo é a seguinte: “Art. 30. [...] Parágrafo único. A fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários.”

⁵¹ Esta foi a tese vencedora quando a questão foi submetida ao exame do Conselho Superior da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, conforme ata nº 1102. A discussão deu origem à Informação nº 03/01-CS, de autoria da Procuradora do Estado Helena Beatriz Cesarino Mendes Coelho.

⁵² Alexandre Santos de Aragão orienta-se no mesmo sentido, sem, no entanto, fundamentar (ARAGÃO, 2002, p. 318). Luís Roberto Barroso, citando Diogo de Figueiredo Moreira Neto, também.

⁵³ MOREIRA, Egon Bockmann. Agências reguladoras independentes, poder econômico e sanções administrativas (reflexões iniciais acerca da conexão entre os temas). *Revista de Direito do Estado*, n. 2, p. 163-192, 2006.

Ora, a sanção administrativa exige obediência a uma regra de competência previamente estabelecida, não só no que diz respeito à forma e limites do seu exercício, mas em especial quanto à substância e à estabilidade da capacidade punitiva da Administração. A competência para aplicar sanções há de ser vinculada àquele que detém capacidade administrativa quanto à fiscalização das atividades desenvolvidas pelas pessoas privadas. A complexidade econômico-social dos setores regulados exige um apuramento técnico dos agentes administrativos.

O conteúdo material da competência sancionatória tem relação imediata com a sua razão formal: saberá aplicar a sanção adequada aquele que maiores conhecimentos detiver e que mais interagir naquele setor específico (por exemplo, uma multa, ainda que elevada, pode ser irrelevante para uma empresa do setor de saúde ou bancário, ao contrário de uma suspensão de atividades ou publicidade quanto ao desvio constatado).

[...]

Logo, à agência reguladora independente deve ser reservada a competência para aplicar as sanções administrativas que lei lhe atribuir. A atribuição dessa competência a um terceiro implica coarctar a razão de ser de entidades independentes – subtraindo do regulador um dos mais importantes momentos do ciclo regulatório.

Filiamo-nos a esta segunda corrente. No entanto, ao que disse o doutrinador supratranscrito, necessário acrescentar que o elemento essencial da discussão, em relação às agências reguladoras, vem a ser, na realidade, a plausibilidade de se lhe atribuir tal poder em face do disposto nos já mencionados arts. 29, II, e 30, e seu parágrafo único, todos da Lei Federal das Concessões, em exame conjunto. Assim, correto o entendimento do referido autor no sentido de que mais afeto ao órgão técnico a atribuição do poder de sancionar (isto, aliás, em certo sentido já adiantamos no item 2.2 supra), e que este órgão seria o regulador. Contudo, falta, ainda, enfrentar esta inquietante questão jurídica de fundo, o que nos propomos a seguir.

O texto do art. 29 (aquele que atribui, no inc. II, o poder sancionatório) fala em “poder concedente”. E o *caput* do art. 30 igualmente menciona a expressão “poder concedente”. O que exige certo exercício interpretativo, então, é a redação do parágrafo único do referido art. 30, que fala em “órgão técnico” para a fiscalização pelo poder concedente.

Em primeiro lugar, deve-se reconhecer como premissa que a palavra “fiscalização”, constante no art. 30, não pode ser lida em dissonância com o art. 29, nem com a Lei como um todo. Logo, a fiscalização com que aqui se lida é ampla, envolvendo controle (no mesmo sentido que se dá no presente trabalho) e também o poder de aplicar sanções (tal poder sancionador tem sido aqui defendido como uma decorrência do poder de fiscalizar, também). E se o inc. II do art. 29 atribui ao poder concedente o poder sancionatório, igualmente tal poder pode ser exercido nos limites que lhe dará, além do próprio art. 29, também o art. 30.

Em segundo lugar, em exame sistemático dos dispositivos, não se pode concluir que a expressão “órgão técnico” tenha aparecido distintamente do resto da lei (e, especialmente, do art. 29) à toa. Só se poderia concluir que somente ao poder concedente seria dado o poder de fiscalizar (e, por decorrência, de sancionar) se tal parágrafo do art. 30 não existisse, ou existisse com outra redação que concentrasse nele mesmo (concedente) tais poderes fiscalizatórios.

Desse modo, a alusão a “órgão técnico” só pode ser tida como referência a quem futuramente (ou seja, em momento posterior à edição da Lei de Concessões) viria a ter competência (e autonomia) técnica para exercer a fiscalização juntamente com o concedente, ou seja, o regulador. E diz-se juntamente com o concedente para se assentar o entendimento de que, não obstante se reconheça o poder sancionatório às agências, o exercício interpretativo que aqui se faz igualmente não retira tal poder do poder concedente. Assim, a rigor, ambos podem aplicar sanções aos concessionários.

O que a lei denominou “órgão técnico” apareceu posteriormente à sua edição⁵⁴. Com efeito, as agências reguladoras federais foram criadas em leis posteriores à Lei de Concessões. Compreensível, então, que a redação do parágrafo único não seja a mais técnica, embora não se lhe possa tachar de imprecisa, ao utilizar tal expressão (“órgão técnico”). Os órgãos técnicos, na esfera federal, apareceram, então, personificados nas das agências reguladoras. Inicialmente, as federais: Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (Lei nº 9.427, de 26.12.1996), Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL (Lei nº 9.472, de 16.07.1997), Agência Nacional do Petróleo – ANP (Lei nº 9.478, de 06.08.1997), Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (Lei nº 9.782, de 26.01.1999), Agência Nacional de Águas – ANA (Lei nº 9.984, de 17.07.2000), Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT – e Agência Nacional dos Transportes Aquaviários – ANTAQ (ambas criadas pela Lei nº 10.223, de 06.06.2001). Mas também as estaduais, tal como a AGERGS, no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, criada pela Lei Estadual nº 10.931, de 09.01.1997. Todas, portanto, editadas posteriormente à Lei de Concessões (tudo isto, no entanto, tendo os arts. 29, II, e 30, parágrafo único, desta Lei, como normas gerais, tema a ser investigado mais adiante).

⁵⁴ BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 14 fev. 1995. Com vigência a partir desta mesma data.

É possível, e até provável, que a expressão “órgão técnico” aparecesse como “regulador”, ou “órgão regulador”, ou “ente regulador”, ou “agência reguladora”, caso as agências tivessem sido criadas anteriormente ou contemporaneamente à Lei de Concessões. Como não o foram – apareceram depois –, a previsão legal tinha que ser mesmo genérica, para poder recepcionar as entidades que posteriormente poderiam vir a ser criadas (pois, se não fossem criadas, a própria redação do dispositivo admite a possibilidade de celebração de convênios, pelo concedente, com entidades externas à Administração Pública, para a efetivação da fiscalização; melhor, no entanto, que tudo isso se dê com entidades da própria Administração).

Tal viés interpretativo segue as linhas mestras do renomado Carlos Maximiliano, que ensina⁵⁵:

O intérprete não traduz em clara linguagem só o que o autor disse explícita e conscientemente; esforça-se por entender mais e melhor do que aquilo que se acha expresso, o que o autor inconscientemente estabeleceu, ou é de presumir ter querido instituir ou regular, e não haver feito nos devidos termos, por inadvertência, lapso, excessivo amor à concisão, impropriedade de vocábulos, conhecimento imperfeito de um instituto recente, ou por outro motivo semelhante.

Em terceiro lugar, embora se admita tratar de argumento *ab utile*, não conduziria ao melhor resultado interpretar que as agências, criadas que foram para (entre outros) fiscalizar, não poderiam exercer uma decorrência lógica da fiscalização, qual seja a imposição de multa. Criá-las, então, no âmbito dos Estados, seria até mesmo um contra-senso, ofendendo o princípio da eficiência (CF, art. 37, *caput*) na medida em que se estaria instituindo uma entidade para exercer competências sem que tais competências pudessem ser exercidas, com custos e mobilização de pessoal onerosos aos cofres públicos inutilmente.

Por outro lado, também é de se rechaçar o entendimento de que, tratando-se de norma geral aquela que autorizaria a imposição de multas em concessão de serviços públicos, impossível aos Estados legislar a respeito, tal como disciplina o inc. XXVII do art. 22 da CF.

Para tanto, em primeiro lugar, necessário entender o que vêm a ser as normas gerais ali referidas. Fernanda Dias Menezes de Almeida, não obstante não se posicionar especificamente, limitando-se a transcrever outros autores, realiza interessante sistematização

⁵⁵ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 136.

dos estudos até então feitos, respeitantes à conceituação jurídica de “normas gerais”. Destaca-se: “não são normas gerais as que se afastem dos aspectos fundamentais ou básicos, descendo a pormenores ou detalhes” (Carlos Alberto de Carvalho Pinto); “normas gerais são as normas fundamentais, restritas a estabelecer diretrizes, sem possibilidade de codificação exaustiva”; “normas gerais são os lineamentos fundamentais da matéria, são as estipulações que apenas dão estrutura, plano e orientação” (Claudio Pacheco); “normas gerais são princípios, bases, diretrizes que hão de presidir todo um subsistema jurídico” (Ferreira Filho); entre outras⁵⁶.

Nota-se, com bastante nitidez, que a doutrina mais busca dizer o que não é norma geral, do que propriamente dizer o que é norma geral.

De todo o modo, o que se colhe como pretensa síntese do que foi examinado, é que “normas gerais” seriam aquelas que dispõem acerca de como se deve, no âmbito de cada uma das esferas políticas, disciplinar as relações jurídicas a que elas se referem.

Washington Peluso Albino de Souza, ao abordar aspectos conceituais acerca das normas gerais de Direito Econômico, fornece interessante balizamento que serve também aos outros ramos do Direito⁵⁷:

A Norma Geral, em tal caso, seja editada pela União (§ 1º), seja pelo Estado no exercício da competência suplementar (§ 2º plena), ou da competência plena (§ 3º), deverá conter as diretrizes ideológicas a serem seguidas no exercício de qualquer das demais competências legislativas sobre o assunto.

[...]

Numa primeira aproximação, portanto, diremos que as ‘Normas Gerais de Direito Econômico’ seriam aquelas portadoras de ‘princípios’ e ‘regras’ de disciplinação da política econômica, em suas peculiaridades estaduais, municipais, regionais e nas diferentes possibilidades de interrelações entre os entes que as compõem, sempre ajustados aos fundamentos ideológicos da Constituição.

No caso da concessão de serviço público, e, por conseqüência, da regulação do serviço concedido, pode-se fazer semelhante observação: as normas gerais estabeleceriam diretrizes amplas e gerais, sem descer à minúcia. Se se tomar em conta que aplicação de sanções exige tal especificação que impõe que a norma não se insira entre aquelas com caracterização geral, conclui-se que nada impede que se legisle abaixo da Lei de Concessões (com leis estaduais e

⁵⁶ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 156-161.

⁵⁷ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Constituição econômica: estudos*. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2001, p. 188.

municipais) prevendo condutas e sanções, em relação às agências reguladoras estaduais e municipais, por exemplo.

Além disso, atente-se que o parágrafo único do art. 175 da CF fala que a “lei disporá sobre [...] fiscalização”, em relação às delegações de serviço público, sem estabelecer como tal lei deva ser produzida. Procurando ler referida norma em harmonia com os dispositivos acerca da competência legislativa, conclui-se que no âmbito da autonomia administrativa de cada Estado possa ele estabelecer, para a fiscalização, a possibilidade de sancionamento, em obediência ao princípio da federação (CF, arts. 1º, 18, 25 e 60, § 4º), pelo qual se asseguram aos Estados legislar no âmbito de suas esferas administrativas dispondo acerca das competências e do funcionamento da Administração Pública Estadual (da qual, como já visto acima, fazem parte as agências reguladoras, como autarquias do Poder Executivo).

Como consequência, pode-se afirmar que as normas dos arts. 29 e 30 da Lei de Concessões não estabelecem o conteúdo mínimo indispensável para que sejam observadas pelas leis de cada uma das esferas da Federação; assim, seriam normas exclusivamente dirigidas à União (como ente da Federação atuando seja como poder concedente, seja como regulador).

Portanto, não se podendo caracterizar como normas gerais aquelas referentes a sanções administrativas nas concessões (seja as de competência do concedente, seja as de competência do regulador), afasta-se eventual inconstitucionalidade de norma local que assim disponha, pelo argumento da possível ofensa ao inc. XXVII do art. 22 da CF. Ou, seja, ausentes normas gerais, a competência para o Estado-membro legislar é plena (CF, § 3º do art. 24).

E, superado o problema da redação do art. 29, II, da Lei de Concessões, a conclusão parcial, para o presente tópico, é no sentido de que juridicamente viável a atribuição do poder sancionador às agências reguladoras estaduais, no âmbito da sua competência de fiscalizar as concessões de serviços públicos a elas afetas.

3.2 NECESSIDADE DE LEI EDIÇÃO DE LEI PRÓPRIA

Postas algumas premissas, conforme tópicos acima, passar-se-á ao exame da principal de todas, e que diz diretamente com o núcleo do estudo: a investigação acerca do que dá a competência regulatória às agências. Que uma agência reguladora deve ser criada por lei de iniciativa do Poder Executivo, nos termos da letra *e* do inciso II do § 1º do art. 61 da Constituição Federal, nem se discute⁵⁸. Mas, e suas competências? Não se pode admitir outra resposta, em afirmação ao princípio constitucional da legalidade, que também, para o exercício da competência regulatória, é necessária a lei. Ambas (competência e legalidade) estão nitidamente imbricadas no Direito Administrativo; não obstante, inicia-se pelo exame da primeira.

Para que determinada atividade da Administração Pública possa ser exercida, é necessária a competência. A respeito da competência no Direito Administrativo, alguns importantes aspectos devem ser obtidos das lições magistrais de Ruy Cirne Lima⁵⁹:

1. Competência *lato sensu* se denomina, em direito público, a medida do poder que a ordem jurídica assina a uma pessoa determinada.

[...]

3. Tomada em sentido lato, entretanto, a expressão ‘medida de poder’ traduz conceito equivalente ao de legalidade. Sob esse aspecto, pode a noção de competência confundir-se com a de legalidade do ato jurídico, especialmente no que concerne à licitude do objeto deste e à perfeição da forma.

Tem, porém, a noção de competência o seu sentido estrito. Distingue-se, com efeito, a incompetência, da ilicitude do objeto, por um traço nítido: tratar-se-á de incompetência sempre que a pessoa administrativa ou o agente desta praticar ato incumbente, nos termos da lei, a outra pessoa administrativa ou a outro agente da mesma pessoa; tratar-se-á, ao contrário, de ilicitude do objeto do ato, se disser respeito a este, por exemplo, a atividade proibida indistintamente a todas as pessoas administrativas e seus agentes. Sinala, pois, a incompetência, dentro do conceito mais amplo de legalidade, o fato peculiar da invasão de atribuições alheias.

[...]

4. São vários os momentos e critérios de partição da competência no Direito Administrativo. Devemos, entre eles, apontar: 1º) a divisão das funções políticas (legislativa, administrativa e judiciária), momento comum à União, aos Estados e ao Distrito Federal; ou legislativa e administrativa, momento comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios na respectiva organização; 2º) a autonomia constitucional dos poderes da União (CF/1988, arts. 21 e 22)); 3º) a autonomia constitucional dos Estados-membros (CF, art. 25, § 1º); 4º) a autonomia dos Municípios (CF, art. 29); 5º) a autonomia do Distrito Federal (CF, art. 32); 6º) a organização administrativa e judiciária dos Territórios (CF, art. 33); 7º) a

⁵⁸ Nesse sentido, por exemplo: JUSTEN FILHO, 2000, p. 413.

⁵⁹ LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 7. ed. rev. e reelab. por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 385-391.

organização dos Ministérios da União, das Secretarias dos Estados e do Distrito Federal e das Diretorias dos Municípios; 8º) a divisão dos agentes das pessoas administrativas, segundo o lugar e a matéria.

Esta medida de poder é que, para a regulação de serviços públicos delegados no Estado do Rio Grande do Sul, caberá à AGERGS.

Ensina, também, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho⁶⁰:

Quantidade de poder, a competência se verifica em função da matéria, objeto da atividade, tendo em vista o conteúdo do ato. Pressupõe, sem dúvida, capacidade de direito e expressão de vontade, dando condições de legitimidade ao exercício dessa porção de poder, seja pelo agente pessoa física ou pelo órgão pessoa jurídica.

E, ainda, do mesmo autor⁶¹:

Duas regras, de cunho jurídico, regulam o exercício das faculdades administrativas ou mais propriamente da competência:

- a) uma, a primeira, no tocante aos gerais serviços públicos, impondo obrigações de fazer e realizar;
- b) outra, a segunda, submetendo agentes e órgãos às limitações do que as leis não proibem e sim permitem.

Nesse particular, sem dúvida, resguarda-se a administração (nas faculdades administrativas e na competência), no sentido de não infringir a legalidade. Podendo, desde então, respeitado o princípio da reserva legal, exercitar atos competentes, isto é, atos motivados, onde a causa e o fim-finalidade apareçam identificados com o direito de agir.

Claro que se está aqui a falar do exercício da competência dentro do Poder Executivo, onde institucionalmente se acha, como já se disse antes, a agência reguladora. Para que possa realizar as suas diversas atividades, necessário que esteja a agência no exercício das suas competências. Por exemplo, tanto quando fiscaliza, quanto quando fixa índices mínimos de qualidade de prestação de serviço público pelo concessionário, ou, no que pertine ao presente trabalho, quando estabelece sanções pelo descumprimento de alguma obrigação por parte do concessionário, deve sempre fazê-lo com fundamento legal na sua competência. Se não tiver competência para exercer as suas funções, ambas (competência e funções) decorrentes da lei, não poderá a agência atuar e, especificamente, impor sanções.

⁶⁰ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Da competência administrativa*. São Paulo: Resenha Universitária, 1977, p.17.

⁶¹ *Ibid.*, p. 50.

A respeito, referindo a competência no tocante aos órgãos da administração indireta, novamente os ensinamentos de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho⁶²:

Em sentido lato, a expressão medida de competência ou medida de poder traduz sujeição ao princípio da legalidade. De igual maneira, em sentido estrito, na administração indireta e descentralizada, a medida de competência é exclusiva, determinante, atuando as pessoas administrativas conforme a partição ou os critérios de partição, embora pelo ato instituidor a capacidade outorgada possa permitir ampliação ou não das atribuições incumbentes.

Portanto, do ponto de vista conceitual, a competência exercida pelas pessoas da administração indireta não se difere daquela exercida na administração direta. Contudo, vem acrescida de um limite, posto justamente na exclusiva seara de atuação destas pessoas, no ramo específico para o qual foram instituídas. No caso da agência reguladora, suas competências só podem ser exercidas em face das delegações de serviço público a cujo poder concedente estejam vinculadas, e sempre respeitando sua autonomia técnica, como acima já tratado.

Assim é que a AGERGS tem competência para regular as delegações de serviços públicos estaduais, mas não tem para regular serviços públicos não delegados. Por conseguinte, não pode regular serviços públicos prestados diretamente pelo Estado (por exemplo, escolas estaduais) ou por suas autarquias (por exemplo, no Rio Grande do Sul, na matéria de trânsito, de competência do Departamento Estadual de Trânsito). E, indo mais adiante, tampouco tem competência para regular serviços privados, mesmo aqueles de interesse geral (por exemplo, escolas privadas⁶³), e, ainda, serviços prestados por particulares aos entes públicos⁶⁴.

Por conseguinte, para exercer a sua competência, sempre a agência reguladora deverá fazê-lo nos termos da lei. Isto vale para qualquer dos seus misteres e também para que possa impor sanções. E aqui, ingressa-se, necessariamente, no exame do princípio da legalidade.

⁶² FRANCO SOBRINHO, 1977, p. 228.

⁶³ Ou ainda, tal como enfrentando no Parecer nº 14.118 da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul (aprovado, inclusive, por seu Conselho Superior), os Centros de Formação de Condutores (CFCs).

⁶⁴ Por exemplo, no Parecer nº 14.391 da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul a matéria da competência regulatória da AGERGS para serviços prestados por particulares ao DETRAN foi enfrentada em relação aos Centros de remoção, depósito e guarda de veículos automotores (CRVAs).

A respeito, acha-se em Marçal Justen Filho⁶⁵:

Todas as agências reguladoras ou entidades dotadas de alguma margem de autonomia têm sido instituídas através de lei. Observe-se, no entanto, que os diplomas legais não disciplinaram de modo exaustivo a estrutura e as competências das diversas agências. Ou a lei é omissa acerca do tema ou remete à edição de atos internos, destinados a complementar a disciplina estrutural da agência. Esta solução somente pode ser admitida em termos. Os limites para delegação à regulamentação interna envolvem, em última análise, identificar a competência normativa da agência.

No mesmo sentido, Carlos Ari Sundfeld⁶⁶: “O órgão regulador não pode praticar atos concretos sem base normativa específica e adequada. Se uma competência não foi expressamente conferida por lei, nem com base nela, pelos regulamentos, pelo edital da licitação ou pelo contrato, o órgão não a tem.”

Assim, desde que presente a autorização legal, as agências reguladoras têm por missão institucional exercer a regulação de determinadas atividades consideradas de relevância pelo Estado.

Do contrário, ou seja, sem previsão legal, é-lhes vedada exercer a fiscalização. No caso do poder sancionatório, igualmente, já que a aplicação de sanções pela Administração Pública (onde se ubicam as agências, como já dito várias vezes no presente trabalho) só pode ser reconhecida e autorizada quando houver previsão legal.

Logo, não se admite a aplicação de sanções pelas agências reguladoras se o pretenderem fazer com suporte em qualquer instrumento infralegal, tal como, por exemplo, um decreto do Poder Executivo, ou alguma portaria de um dos seus dirigentes.

Essa é, aliás, a posição da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, externada com todas as letras no Parecer nº 12.384, de autoria da Procuradora do Estado Maria Denise Vargas de Amorim, assim ementado:

AGÊNCIA ESTADUAL DE REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS
DELEGADOS DO RIO GRANDE DO SUL - AGERGS. APLICABILIDADE DE
PENALIDADE NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES. IMPOSSIBILIDADE.
RESERVA LEGAL.

⁶⁵ JUSTEN FILHO, 2000, p. 413.

⁶⁶ SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 322.

Se a lei não lhe entregou atribuição sancionatória de irregularidades por ela detectadas no cumprimento de suas atividades, não titula a AGERGS o poder de penalizar.

Princípio da reserva legal, ou da legalidade, que pressupõe existência de lei em sentido formal.⁶⁷

Assim, necessariamente de se advertir acerca da necessidade, caso se pretenda que a AGERGS detenha o poder sancionatório, de envio de projeto de lei (ou desarquivamento daquele arquivado) prevendo tal possibilidade pela agência reguladora local, com a tipificação das condutas e os correlatos apenamentos.

Daí a pertinência, no presente trabalho, do item seguinte, ou seja, do exame dos instrumentos pré-legislativos até então existentes no Estado do Rio Grande do Sul.

3.3 EXAME DOS INSTRUMENTOS PRÉ-LEGISLATIVOS ATÉ ENTÃO EXISTENTES, NO CASO DA AGERGS

Neste tópico, proceder-se-á ao exame dos seguintes instrumentos pré-legislativos: o Projeto de Lei nº 359/2003 e o anteprojeto de lei encaminhado ao Governador do Estado pelo Conselho Superior da AGERGS.

O Projeto de Lei nº 359/2003 foi encaminhado à Assembléia Legislativa em 28/10/2003, tendo sido arquivado em 16/12/2003⁶⁸.

Por outro lado, o anteprojeto de lei encaminhado em 03 de maio de 2005 pela Direção da AGERGS ao Governador do Estado⁶⁹ não chegou a ser enviado ao Poder Legislativo. Segundo consta do Ofício de encaminhamento, o texto “[...] é o mesmo analisado pela Casa Civil e já encaminhado [...], em ano anterior, à Assembléia Legislativa.” No entanto, o que se detecta do exame de ambos os instrumentos em cotejo é a existência de distinções no texto (que serão oportunamente tratadas).

⁶⁷ Exatamente na mesma linha, a Informação nº 038/03-PDPE, da lavra da Procuradora do Estado Helena Beatriz Cesarino Mendes Coelho.

⁶⁸ Informações obtidas do sítio do Poder Legislativo na rede mundial de computadores (*internet*); endereço eletrônico: www.al.rs.gov.br; acesso em 15/08/2007.

⁶⁹ Por intermédio do Ofício nº 129/2005-CS.

Em face destes aspectos, o exame dos referidos instrumentos dar-se-á de modo conjunto, e com tentativa de apreciação crítica do teor dos seus dispositivos, apontando possíveis aperfeiçoamentos de redação ou de conteúdo, entendidos cabíveis.

Prefacialmente, no que toca à ementa do projeto de lei (“Dispõe sobre as sanções aplicáveis pela Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – AGERGS”), nenhuma observação, exceto que se poderia acrescentar, no seu final, “[...] e dá outras providências”, tal como usualmente se faz, já que outras providências, no mínimo, são de reconhecer nas regras sobre vigência (art. 10) e revogação das disposições em contrário (art. 11).

Passa-se, como dito, ao exame de cada dispositivo.

Relativamente ao art. 1º, a redação do projeto de lei é a seguinte:

Art. 1º – A Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – AGERGS, em conformidade com as competências definidas na Lei nº 10.931, de 9 de janeiro de 1997, e alterações, bem como na Lei nº 11.075, de 6 de janeiro de 1998, aplicará aos delegatários dos serviços públicos prestados no Estado do Rio Grande do Sul, sob a sua regulação, as seguintes sanções, em decorrência da inobservância desta Lei, demais legislação vigente ou do descumprimento dos instrumentos de delegação da prestação de serviços públicos:

- I – advertência escrita;
- II – multa.

Já a redação do anteprojeto posterior é um pouco diferente:

Art. 1º – A Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – AGERGS, em conformidade com as competências definidas na Lei nº 10.931, de 9 de janeiro de 1997, e alterações, bem como na Lei nº 11.075, de 6 de janeiro de 1998, aplicará aos delegatários dos serviços públicos prestados no Estado do Rio Grande do Sul, sob a sua regulação, as seguintes sanções, em decorrência da inobservância da presente lei, da legislação vigente, das resoluções que emite, de outros atos normativos relativos aos serviços públicos delegados e do descumprimento dos instrumentos de delegação da prestação de serviços públicos:

- I – advertência escrita;
- II – multa.

Tanto uma quanto outra merecem crítica. Em primeiro lugar, a alusão à aplicação de sanções em decorrência da inobservância da própria lei não é jurídica, podendo até mesmo caracterizar um contra-senso. Isto porque o que assegura a aplicação de sanções não é a inobservância da lei, e sim a configuração de condutas que estejam hipoteticamente nela

previstas como infrações⁷⁰. Logo, a rigor poder-se-ia dizer que a aplicação de sanções nada mais é do que a observância dos ditames da própria lei, e não a sua inobservância. Tudo isso já fora há bastante tempo ensinado de modo ímpar por Hans Kelsen, que disse⁷¹:

O que faz com que determinada conduta seja antijurídica e constitua um delito – no sentido mais amplo da palavra – não é uma qualidade imanente da mesma, nem também a relação com uma norma metajurídica, moral, isto é, transcendente ao Direito positivo, mas única e exclusivamente o facto do preceito jurídico a estabelecer como condição de uma consequência específica; isto é, o facto da ordem jurídica reagir contra essa conduta por meio de um acto de coacção.

[...]

Considerado debaixo do ponto de vista imanente adoptado pela teoria pura do Direito, o conceito de anti-juridicidade sofre uma transformação essencial. Para êsse conceito não têm interesse decisivo as razões do legislador, nem a circunstância de um facto ser contrário aos desejos da autoridade legislativa ou, como é costume dizer-se, ainda incorrectamente, que seja ‘socialmente prejudicial’ (seria mais exacto dizer que o legislador o considera como tal), mas única e exclusivamente, a posição que êsse facto ocupa na norma jurídica: a de ser a condição de específica reacção do Direito, do acto de coacção (que é a acção do Estado). A anti-juridicidade é a conduta que o preceito jurídico estabelece como condição, realizada pelo homem contra o qual se dirige o acto de coacção determinado pela norma como consequência daquela conduta.

Além disso, tampouco cabível que se invoquem as expressões “legislação vigente”, “outros atos normativos relativos aos serviços públicos delegados”, etc., como aptos a ensejar a aplicação de penalidades, porque todos estes instrumentos legais e/ou infra-legais compõem, por óbvio, o ordenamento jurídico, sendo desnecessária tal invocação por não passar de uma redundância. E também porque o que dá a força normativa para aplicação de sanções é a lei em sentido estrito, sendo que a alusão genérica a descumprimento de instrumentos infra-legais poderia vir a ofender o princípio da tipicidade, em relação ao qual ensina Heraldo Garcia Vitta⁷²:

Pouco valeria o princípio da legalidade se o administrador pudesse impor penalidades administrativas sem que houvessem sido definidos, com antecedência e de maneira exaustiva, os comportamentos que são pressupostos das sanções. Do mesmo modo, o referido princípio seria inócuo se, acaso, o administrador pudesse determinar as infrações por atos subalternos da lei, ficando ao Legislativo, apenas, a enumeração das respectivas penalidades.

Quanto aos dois tipos de sanções previstas nos incisos do mesmo artigo, descabido qualquer apontamento por inseridos na discricionariedade do administrador público.

⁷⁰ A respeito, item 3.1 supra, especificamente nota de rodapé nº 34.

⁷¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução Fernando de Miranda. São Paulo: Saraiva, 1939, p. 30-31.

⁷² VITTA, 2003, p. 91.

Sugere-se, em face das críticas aqui trazidas, nova redação ao dispositivo, nos seguintes termos:

Art. 1º – A Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – AGERGS, em conformidade com as competências definidas na Lei nº 10.931, de 9 de janeiro de 1997, e alterações, bem como na Lei nº 11.075, de 6 de janeiro de 1998, poderá aplicar aos delegatários dos serviços públicos prestados no Estado do Rio Grande do Sul, sob a sua regulação, presentes as hipóteses previstas nesta lei, as seguintes sanções:

- I – advertência escrita;
- II – multa.

Passando ao exame do art. 2º, segue transcrição:

Art. 2º – Será aplicada primeiro a advertência, por escrito, pelo descumprimento da legislação e dos instrumentos referidos no artigo 1º desta Lei.

Parágrafo único – No caso da infração classificada no Grupo “C”, de que trata o artigo 4º, inciso III, desta Lei, será aplicada, diretamente, a penalidade de multa.

A redação do novo anteprojeto também é distinta:

Art. 2º – Será aplicada primeiro a advertência, por escrito, pelo descumprimento desta lei, da legislação vigente, das resoluções emitidas pela AGERGS, de outros atos normativos relativos aos serviços públicos delegados e dos instrumentos de delegação da prestação de serviços públicos, referidos no artigo 1º desta Lei.

Parágrafo único – No caso da infração classificada no Grupo “C”, de que trata o artigo 4º, inciso III, desta Lei, será aplicada, diretamente, a penalidade de multa.

A crítica feita em relação ao dispositivo anterior no que concerne à alusão à legislação fica mantida em relação ao art. 2º. Trata-se, na verdade, como dito, de redundância desnecessária.

Não bastasse isso, outro apontamento impõe-se: a inadequada topografia do dispositivo. É que o art. 2º, na verdade, por enunciar de norma que se refere diretamente à aplicação de sanção, deveria aparecer após o dispositivo seguinte (na formatação original, art. 3º), ou, quiçá melhor, constituir parágrafo deste, na medida em que explicita situação peculiar de sua aplicação. O mesmo vale para o seu parágrafo, que deveria ser nada mais do que um parágrafo do dispositivo que menciona (art. 4º, na formatação original), ou ainda, ter a redação aperfeiçoada em conjunto com a norma do *caput*.

A proposta em relação ao art. 2º, por estes motivos, é de supressão, com reformulação da redação do dispositivo seguinte (art. 3º na formatação original), renumerando-se os dispositivos seguintes a partir do art. 3º.

Passa-se, então, ao exame dos dispositivos seguintes, e nas sugestões de nova redação a eles atinentes já se incorporarão as normas do art. 2º.

Dispõe o art. 3º do projeto de lei arquivado:

Art. 3º – Constitui infração sujeita à multa:

I – não atender à advertência escrita da AGERGS;

II – não dispor de pessoal técnico legalmente habilitado para o atendimento dos serviços pertinentes;

III – não utilizar equipamentos, instalações e métodos operativos indispensáveis para garantir a prestação de serviço adequado;

IV – não manter regularmente organizados e escriturados os seus livros e registros contábeis e organizados os arquivos, documentos e anotações, de forma a possibilitar a inspeção e a fiscalização;

V – não manter em funcionamento sistema de comunicação que possibilite fácil acesso aos consumidores;

VI – não permitir ou criar dificuldade de qualquer natureza, à fiscalização da AGERGS, para acesso a obras, equipamentos e instalações integrantes do serviço;

VII – não manter registro atualizado das reclamações e das solicitações dos usuários, com anotação da data e do motivo, ou não informar fundamentadamente ao interessado, no prazo definido em lei, resoluções, outros atos normativos e instrumentos de delegação da prestação de serviços públicos, as providências adotadas;

VIII – não prestar regularmente à AGERGS contas relativas à gestão dos serviços delegados, nos termos das normas vigentes;

IX – não cumprir as disposições relativas às tarifas e aos níveis dos indicadores de qualidade do serviço, inclusive os formulados pela AGERGS em decorrência do disposto na Lei nº 11.075, de 6 de janeiro de 1998 – Código Estadual de Qualidade dos Serviços Públicos;

X – não prestar à AGERGS as informações requisitadas, nos prazos estabelecidos em leis, resoluções, outros atos normativos e instrumentos de delegação da prestação de serviços públicos;

XI – praticar tarifas sem a homologação ou fixação final da AGERGS;

XII – não permitir à AGERGS amplo acesso às informações sobre a prestação dos serviços públicos delegados;

XIII – não encaminhar à AGERGS, nos prazos estabelecidos, os indicadores regulares da qualidade dos serviços, estabelecidos em lei, outras normas e instrumentos de delegação da prestação de serviços públicos, devidamente apurados;

XIV – não atender às disposições das resoluções da AGERGS;

XV – não cumprir regra ou determinação que vise à segurança dos usuários;

XVI – fornecer informação inverídica à AGERGS.

Aparecem com redação distinta no posterior anteprojeto os seguintes dispositivos do mesmo art. 3º:

Art. 3º – Constitui infração sujeita à multa:

I – não atender à advertência escrita da AGERGS acerca do disposto nesta lei, na legislação vigente, nas resoluções referidas no art. 2º desta lei, em outros atos normativos relativos à prestação de serviços públicos pelos delegatários, bem como nos instrumentos de delegação da prestação de serviços públicos;

[...]

V – não manter em funcionamento sistema de comunicação que possibilite fácil acesso aos usuários dos serviços públicos delegados;

[...]

VIII – não prestar regularmente à AGERGS contas relativas à gestão dos serviços delegados, nos termos das normas vigentes;

[...]

XIII – não encaminhar à AGERGS, nos prazos estabelecidos, os indicadores regulares da qualidade dos serviços, estabelecidos em lei, em resoluções referidas no artigo 2º desta lei, em outros atos normativos e em instrumentos de delegação da prestação de serviços públicos;

XIV – não atender a disposições das resoluções da AGERGS;

[...]

Em relação ao *caput* do dispositivo, verifica-se a desnecessidade da alusão à sujeição à multa: em primeiro lugar, porque a pena de multa já está prevista no art. 1º do próprio estatuto; em segundo lugar, porque as regras de aplicação de pena constam dos dispositivos seguintes (arts. 4º e 5º na formatação original), sendo o dispositivo em exame norma que simplesmente prevê as condutas típicas. Não bastasse isso, a referência à sujeição à multa, com possibilidade de aplicação de advertência em dispositivo anterior (tal como era o art. 2º na formatação original) parece permitir certa confusão na aplicação das punições.

As condutas típicas também merecem algumas observações.

Prefacialmente, em relação aos dispositivos que prevêm condutas negativas, parece de melhor técnica usar-se “[...] deixar de [...]”, porque assim fica prevista explicitamente também a conduta omissiva, e não só a comissiva, como poderia levar a entender a redação original.

O inc. I, porque significa momento posterior à advertência escrita (ou seja, quando ela foi feita e não foi atendida) mereceria dispositivo à parte. Além disso, toda a parte adicional acrescentada no novo anteprojeto mostra-se despicienda e redundante. Sugere-se sua retirada, e inclusão como parágrafo, tal como adiante se verá na proposta de nova redação.

O inc. III merece melhor redação, tal como a seguir se proporá.

A referência aos instrumentos normativos no inc. VII, tal como já se assentou em relação aos anteriores que usam a mesma técnica, é dispensável.

No inc. VIII há problema na redação: não há como prestar contas relativas à gestão dos serviços; o ato de prestação de contas não se confunde com o dever de informar, sendo, no máximo, espécie dele. Esse inciso, por se referir não a prestação de contas efetiva, e sim ao dever de informar, fica subsumido nos outros três que prevêm efetivamente o mesmo dever, ou, melhor dizendo, a infração administrativa de não haver cumprido tal dever: incs. X, XII e, a contrário senso, XVI.

O inc. IX é excessivamente aberto, na medida em que, por sua redação, invoca não só o Código Estadual de Qualidade dos Serviços Públicos, mas qualquer disposição. Melhor suprimir a redação genérica, mencionando-se apenas o referido Código, já que o cumprimento das disposições referentes a tarifas está subsumido no inc. XI e os níveis de indicadores de qualidade já constam do Código.

O inc. X também faz referência a lei e atos infra-legais, sendo, portanto, cabível a substituição por “legislação em vigor”.

O inc. XIII, igualmente, deve ser reformulado no mesmo sentido.

Por outro lado, os arts. 4º e 5º, por tratarem das sanções que deverão ser aplicadas em face da ocorrência das condutas do dispositivo anterior, devem dele constituir parágrafo.

Em face das observações aqui postas, propõe-se nova redação para o art. 3º, reenumerando-o em face da sugestão de supressão do art. 2º, e já incorporando o conteúdo dos arts. 4º e 5º, nos seguintes termos:

Art. 2º – Constituem infrações administrativas na prestação dos serviços públicos delegados no Estado do Rio Grande do Sul, sujeitas às sanções previstas nesta lei:

- I – deixar de dispor de pessoal técnico legalmente habilitado para o atendimento dos serviços pertinentes;
- II – deixar de utilizar equipamentos, instalações e métodos operativos indispensáveis para garantir a prestação de serviço adequado;
- III – deixar de manter regularmente organizados e escriturados os seus livros e registros contábeis e organizados os arquivos, documentos e anotações, de forma a possibilitar a inspeção e a fiscalização;

IV – deixar de manter em funcionamento sistema de comunicação que possibilite fácil acesso aos consumidores;

V – impedir ou criar dificuldade de qualquer natureza, à fiscalização da AGERGS, para acesso a obras, equipamentos e instalações integrantes do serviço;

VI – deixar de manter registro atualizado das reclamações e das solicitações dos usuários, com anotação da data e do motivo, ou não informar fundamentadamente ao interessado, nos prazos definidos na legislação em vigor, as providências adotadas;

VII – deixar de cumprir as disposições relativas às tarifas e aos níveis dos indicadores de qualidade do serviço formulados pela AGERGS em decorrência do disposto na Lei nº 11.075, de 6 de janeiro de 1998 – Código Estadual de Qualidade dos Serviços Públicos;

VIII – deixar de prestar à AGERGS as informações requisitadas, inclusive aquelas relativas à gestão dos serviços delegados, nos prazos estabelecidos na legislação em vigor;

IX – praticar tarifas sem a homologação ou fixação final da AGERGS;

X – impedir ou obstaculizar à AGERGS amplo acesso às informações sobre a prestação dos serviços públicos delegados;

XI – deixar de encaminhar à AGERGS, nos prazos estabelecidos, os indicadores regulares da qualidade dos serviços, estabelecidos em lei, outras normas e instrumentos de delegação da prestação de serviços públicos, devidamente apurados;

XII – deixar de atender às disposições das resoluções da AGERGS;

XIII – deixar de cumprir regra ou determinação que vise à segurança dos usuários;

XIV – fornecer informação inverídica à AGERGS.

§ 1º - Para todas as infrações previstas no *caput*, aplicar-se-á, como primeira sanção, a advertência escrita, devendo o advertido providenciar, em prazo razoável estabelecido pela AGERGS, na correção do ato faltoso sobre o qual fora advertido.

§ 2º - Não atendida a advertência escrita, aplicar-se-á a sanção pecuniária, nos seguintes termos:

I – para as infrações previstas nos incisos I e II, multa no valor de 0,1% (um décimo por cento) sobre o montante do faturamento do ano anterior ao da ocorrência;

II – para as infrações previstas nos incisos III a VIII, multa no valor de 0,2% (dois décimos por cento) sobre o montante do faturamento do ano anterior ao da ocorrência;

III – para as infrações previstas nos incisos IX a XIV, multa no valor de 0,4% (quatro décimos por cento) sobre o montante do faturamento do ano anterior ao da ocorrência.

§ 3º - No caso de a delegatária não haver informado o valor do faturamento do ano anterior, a multa de que tratam os incisos do § 2º será calculada sobre o valor do último faturamento informado à AGERGS, com a devida atualização monetária pelo índice próprio das tarifas do serviço público prestado no respectivo setor regulado, apurado na data da aplicação da sanção.

§ 4º - O não atendimento da advertência escrita tal como previsto no § 1º, constituirá também infração administrativa sancionável, a ser punida com a multa prevista no inc. I do § 2º, admitindo-se a cumulação com a sanção a ser aplicada sobre a conduta que anteriormente gerou a advertência.

Para concluir em relação à proposta acima, convém ainda dizer que, com o texto do § 4º, pretende-se dar por atendida, o que antes não ocorria, a necessidade de previsão legal expressa da cumulação de sanções para um mesmo fato, tal como adverte Heraldo Garcia Vitta (citando, como exemplo, o § 2º do art. 87 da Lei de Licitações)⁷³, advertência que subscrevemos.

⁷³ VITTA, 2003, p. 118-119 e p. 165.

Avança-se ao art. 6º, que apresenta a seguinte redação (idêntica para os dois instrumentos): “Art. 6º – A reincidência específica implicará aplicação de multa em dobro.”

Não há como se dar trânsito ao dispositivo tal como apresentado. Em primeiro lugar, porque não define o que vem a ser reincidência específica. Se se pretende qualificar como reincidência específica a repetição de conduta prevista como infração administrativa em cada hipótese (inciso) do dispositivo anterior, então isto precisa ficar devidamente esclarecido na norma.

Em segundo lugar, não estabelece a norma dentro de que lapso temporal a reincidência se configuraria. Sabido que as concessões de serviços públicos têm prazo bastante alongado (15 anos, por exemplo, no caso das concessões rodoviárias do Estado do Rio Grande do Sul). Em vista disso, não se mostraria razoável entender recorrente o concessionário que cometesse a duas faltas em lapso temporal tão distante que permitiria qualificá-las como fatos absolutamente isolados um do outro (por exemplo, uma vez no início da concessão e outra ao final) de modo que não se poderia fixar qualquer liame de intencionalidade entre eles. Logo, seria necessário que se estabelecesse um período razoável de tempo dentro do qual se configuraria a reincidência. Como a definição do que vem a ser razoável aqui, é mais técnica do jurídica, ou seja, mais afeta ao conteúdo da regulação em si, não há como apresentar-se alternativa de texto.

Atente-se que as objeções aqui postas não dizem com a instituição da reincidência em si, inclusive porque ela é admitida não só no Direito Penal, como também em alguns ordenamentos que estabelecem infrações administrativas⁷⁴. O que se adverte, no entanto, é acerca da necessidade de melhor definição do conteúdo da norma.

Em face destas ponderações, recomenda-se, por ora, a supressão do dispositivo.

O art. 7º vem com a mesma versão nos instrumentos em exame. A redação é a seguinte:

⁷⁴ Por exemplo: Decreto-lei nº 25, de 30/11/1937 (que organiza a Proteção do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional); Lei nº 8.884, de 11.06.1994 (que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica).

Art. 7º – O procedimento administrativo sancionatório será disciplinado por Resolução do Conselho Superior da AGERGS, a qual assegurará o contraditório, a ampla defesa, bem como os recursos cabíveis.

Não é objeto do presente trabalho o poder normativo das agências reguladoras, e tampouco há espaço para a rica pesquisa acerca do tema. Em síntese, no entanto, há que se dizer que a doutrina majoritária afasta a possibilidade de se atribuir às agências o poder regulamentar (ou seja, de editar decretos regulamentares – CF, art. 84, IV). Em relação especificamente ao tema do art. 7º, melhor seria que a definição do processo administrativo sancionatório, bem como seus procedimentos, se dessem mediante lei em sentido estrito, e melhor ainda se tal se desse na própria lei que prevê as sanções. Contudo, caso a opção seja por um instrumento infra-legal, não há como se afastar a necessidade de que se dê mediante Decreto expedido por quem tem competência regulamentar no caso, que é o Chefe do Poder Executivo (Governador do Estado). Assim, a norma carece de reformulação, ou para fazer incluir os procedimentos mínimos para o trâmite do processo administrativo sancionatório, ou para prever que a sua disciplina se dará mediante Decreto do Poder Executivo.

O art. 8º, igualmente, tem a mesma redação nos dois instrumentos, *verbis*:

Art. 8º – No caso de haver, em legislação, normas ou instrumentos de delegação, a previsão da aplicação de penalidades específicas às delegatárias de serviços públicos, a AGERGS aplicará as sanções correspondentes.

A norma ofende o princípio da legalidade e deve ser suprimida. Não se pode atribuir o poder sancionatório à agência reguladora se a outro órgão em outro instrumento legislativo foi atribuído tal poder. Trata-se de uma espécie de “carta branca” ao regulador, sem qualquer razoabilidade e fundamento, pois: invade competências alheias (competências estas definidas nas outras normas ali mesmo invocadas de modo vago e impreciso)⁷⁵; não especifica quais seriam os outros normativos (haveria, no mínimo, que nominá-los); ofende a hierarquia da Administração Pública, se em outra norma o poder punitivo for atribuído, por exemplo, ao Chefe do Poder Executivo⁷⁶.

⁷⁵ A respeito, item 3.2 supra, especificamente nota de rodapé nº 59. Além disso, convém que se anote, a título de ilustração, que na ADIn nº 2.544-RS (julgamento definitivo) o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ação procedente, partiu expressamente da premissa de que “É curial que, em linha de princípio, a outorga sem ressalva de uma competência a um órgão ou uma entidade estatal implica a exclusão, quanto ao seu objeto, da interferência dos demais.”.

⁷⁶ A respeito, também item 3.2 supra, especificamente nota de rodapé nº 59.

O art. 9º também com mesma redação nos dois casos, dispõe:

Art. 9º – O valor das multas aplicadas com base no disposto nesta Lei será aplicado, preferentemente, no custeio de programas de capacitação dos servidores da AGERGS e de esclarecimentos aos prestadores de serviços e seus usuários.

Em primeiro lugar, de se duvidar do resultado prático do dispositivo, já que fala em “preferentemente”, o que não afasta a possibilidade de decisão administrativa em sentido contrário.

Por outro lado, se algum intérprete procurar dar uma carga de conteúdo mais forte a esta palavra, de modo a tentar vincular o administrador à aplicação dos recursos na capacitação dos servidores da AGERGS (interpretação com a qual não concordamos), então estar-se-á correndo o risco de ferir o princípio da unidade de tesouraria (Lei Federal nº 4.320/64, art. 56)⁷⁷. Evidentemente que com isso não se quer dizer que não devam os servidores da AGERGS receber a devida capacitação para melhor exercício dos seus misteres, o que, aliás, deve ser reconhecido como meritório na norma. No entanto, não é por intermédio dela que se alcançará tal desiderato.

Por fim, os arts. 10 e 11 tratam de normas de vigência e revogação de disposições contrárias, não guardando correlação com a matéria de fundo aqui em exame, de modo que quanto a eles não há qualquer comentário a se fazer.

Estas, portanto, são as ponderações a que se propôs no presente trabalho, de modo a procurar aperfeiçoar o sistema pré-legal de sanções administrativas a cargo da AGERGS, afim de melhor proporcionar a possibilidade de novo oferecimento de projeto de lei pela Chefia do Poder Executivo estadual, no exercício de suas competências.

⁷⁷ A respeito, já tivemos oportunidade de nos manifestar na Procuradoria-Geral do Estado, por intermédio da Informação nº 129/06-PDPE, enfrentando, contudo, o tema dos recursos advindos da taxa de regulação.

4 CONCLUSÃO

Algumas considerações finais podem ser obtidas conclusivamente acerca de tudo o que foi trabalhado.

A regulação, como já dito, é um fenômeno recente no país, não só no ramo do Direito como também em diversas outras ciências, merecendo estudos apropriados acerca das suas dimensões. No caso do Direito, o exame da regulação deve dar-se naturalmente a partir de sua natureza jurídica e passar pelos diversos aspectos que correspondem à atuação pelos órgãos mediante os quais ela usualmente se expressa – as agências reguladoras.

As agências reguladoras, por integrarem, no modelo jurídico brasileiro, a Administração Pública (nas distintas esferas da Federação), fazem parte do Poder Executivo, inclusive devendo natural obediência à Chefia deste Poder em função, no mínimo, do princípio da hierarquia que orienta a atuação da Administração Pública no Brasil. Como decorrência, ao se reconhecer a presença de autonomias às agências, não se poderá afastar que tal autonomia é meramente técnica, mas nunca administrativa (ou mesmo financeira) no sentido de acarretar uma aparente exclusão do aparelho estatal ou mesmo – o que seria inimaginável – a formação de um novo (quarto) Poder. Têm as agências autonomias inerentes ao modelo autárquico via de regra adotado (logo, pessoas jurídicas de Direito Público)

Dentre os diversos exames que devem (ainda) ser feitos acerca dos aspectos que envolvem a atuação dos órgãos reguladores, um é a possibilidade do exercício do poder de sancionar por parte destes órgãos, que foi objeto da segunda parte deste trabalho. Admite-se tal possibilidade como decorrência do exercício da autonomia técnica (numa de suas facetas) das agências (assim como se admite via de regra a capacidade de punir a todos os órgãos administrativos com competência legal para tanto). Os fundamentos do poder sancionatório das agências, são, igualmente, os mesmos atribuídos aos demais órgãos administrativos, ou seja, a criação, pelo ordenamento jurídico, de um contragolpe “pedagógico” à realização de uma determinada conduta tida por inadequada por todos e assim admitida e prevista pelo legislador.

Nessa linha, alguns requisitos devem ser atendidos e o primeiro e mais importante é, como dito, a previsão legal desta competência a cargo do regulador. O segundo é a presença nesta mesma lei, de previsão acerca das condutas dos delegatários, a conseqüente sanção pelo descumprimento e a fixação de procedimentos mínimos pelos quais serão aplicadas as sanções. No caso do Rio Grande do Sul, para que a agência reguladora local possa aperfeiçoar sua atuação, com aplicação de sanções aos delegatários, o caminho que deve ser percorrido é ainda incipiente: antes do envio de novo projeto de lei, necessário que cruciais alterações sejam promovidas no instrumento pré-legislativo, com o que o presente trabalho pretendeu contribuir, nos termos acima propostos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro: multa do artigo 561 do CPC e outras*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

AMORIM, Maria Denise Vargas de. *Parecer nº 12.384*. Porto Alegre, Procuradoria-Geral do Estado do RS, 1998.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 56, p. 201-227, 2002.

BULGARELLI, Waldirio. *Regime jurídico do conselho fiscal das S.A.* Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Agências de regulação no ordenamento jurídico-econômico brasileiro*. Porto Alegre: Fabris, 2000.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org). *Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional: estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Fabris, 1995.

_____. *Interpretação jurídica e estereótipos*. Porto Alegre: Fabris, 2003.

CHAVES, Antonio. *Tratado de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 2, t. 1: Direito das Obrigações

COELHO, Helena Beatriz Cesarino Mendes. *Informação nº 03/01-CS*. Porto Alegre, Procuradoria-Geral do Estado do RS, 2001.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Teoria e prática das multas tributárias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

COMPARATO, Fabio Konder Comparato. *O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Reforma do Estado: o papel das agências reguladoras e fiscalizadoras. *Fórum Administrativo*, n. 3, p. 253-257, 2001.

FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli de. *A regulação do serviço público concedido*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Da competência administrativa*. São Paulo: Resenha Universitária, 1977.

GRAU, Eros Roberto. O discurso neoliberal e a teoria da regulação. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas Camargo (Org.) *Desenvolvimento econômico e intervenção do estado na ordem constitucional: estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza* Porto Alegre: Fabris, 1995.

_____. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 15-21, [s.d.],

JOSSERAND, Louis. *Derecho civil*. Rev. e completado por André Brun. Traducción Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Bosch, 1950, v. 2, t. 1: Teoría General de las Obligaciones.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução Fernando de Miranda. São Paulo: Saraiva, 1939.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 7. ed. rev. e reelab. por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros, 2007.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Aspecto jurídico-administrativo da concessão de serviço público. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 221-234, [s.d.].

MOLL, Luiza Helena (Org). *Agências de regulação do mercado*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2005.

MOREIRA, Egon Bockmann. Agências reguladoras independentes, poder econômico e sanções administrativas (reflexões iniciais acerca da conexão entre os temas). *Revista de Direito do Estado*, n. 2, p. 163-192, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NAWIASKI, Hans. *Teoría general del derecho*. Traducción José Zafra Valverde. Madrid: Rialp, 1962.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 2.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A regulação dos serviços públicos como instrumento para o desenvolvimento. *Interesse Público*, São Paulo, n. 30, p. 77-96, 2005.

SMITH, Adam. *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*. Tradución Gabriel Franco. 2. ed. México: FCE, 1958.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Constituição econômica: estudos*. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2001.

_____. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2005.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

VILLELA, João Baptista. Do fato ao negócio: em busca da precisão conceitual. In: ESTUDOS em homenagem a Washington de Barros Monteiro. São Paulo: Saraiva, 1982

VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.