

O Controle Autárquico no Processo de Desestatização e de Globalização da Economia

José dos Santos Carvalho Filho*

1. Nos tempos atuais, é praticamente impossível conceber o Estado como organismo que exerce por si só, ou seja, apenas por seus órgãos e agentes internos, todas as atividades públicas. Há muito a centralização do exercício estatal cedeu espaço a inúmeras formas em que os serviços e atividades são transferidos a outras pessoas, permitindo, no mais das vezes, desempenho dotado de maior celeridade e eficiência. A esse processo dá-se o nome de descentralização administrativa. Já tivemos a oportunidade de anotar que descentralização "é o fato administrativo que traduz a transferência da execução de atividade estatal a determinada pessoa, integrante ou não da Administração" (nosso "Manual de Direito Administrativo", 2a. ed., 1998, pág. 229). A descentralização, na verdade, envolve duas ordens de idéias: de um lado, liga-se à transferência de funções para determinada área territorial, e nesse caso teremos a descentralização geográfica ou territorial; de outro, indica a transferência para determinadas pessoas, e nesse caso estaremos diante da descentralização institucional. O conceito acima refere-se especificamente a esta segunda ordem de idéias.

2. Existem duas formas básicas através das quais o Estado deixa de executar funções por si mesmo e as atribui a outras pessoas. Primeiramente, pode valer-se do sistema da instituição legal, vale dizer, o Estado providencia a promulgação de lei que institua, ou autorize a instituição, de pessoa administrativa, definindo, de modo específico, as funções a ela cometidas. Em segundo lugar, pode adotar o sistema de transferência a empresas da iniciativa privada pelo regime de concessões e de permissões de serviços públicos. Quando o nascimento da pessoa se dá por lei, ocorre a descentralização por delegação legal (por alguns autores denominada de outorga legal), de modo a manter a pessoa instituída sob regime de vinculação à pessoa instituidora, normalmente uma pessoa federativa. Ao contrário, se as funções são atribuídas a pessoa privada sob o regime de concessão ou de permissão, estaremos diante de descentralização por delegação negocial (por alguns autores denominada simplesmente de delegação), e isso em virtude do verdadeiro negócio jurídico de direito público que vincula o Poder Público à empresa prestadora do serviço. A descentralização por delegação legal é hoje usual entre os sistemas jurídicos mais modernos. A própria idéia da transferência do serviço a um ente vinculado ao Estado tem sido freqüentemente estudada pelos especialistas de Direito Administrativo e adotada em vários países. Apenas para exemplificar, vale a pena observar a idéia tal como sentida por ANDRÉ DE LAUBADÈRE. Diz o grande publicista francês que a descentralização se caracteriza pela aplicação a serviço público determinado, dotado de certa autonomia ("elle (la décentralisation) s'applique à un service public déterminé qui reçoit une certaine

autonomie") (grifo do autor), admitindo sua implementação pelos "estabelecimentos públicos" e pela concessão ("Cette décentralisation par service se réalise par les procédés de l'établissement public et de la concession") ("Manuel de Droit Administratif", L.D.G.J., Paris, 10a. ed., 1976, pág. 158).

3. Neste trabalho, interessa-nos mais de perto a descentralização por delegação legal, porque se refere ela à criação, pelo Poder Público, de pessoas administrativas que, a ele vinculadas, têm como objeto específico determinada atividade, especificamente prevista na lei, a qual, antes executada diretamente pelo Estado, passa agora a sê-lo por outra pessoa. No direito pátrio, identificamos classificação dicotômica no que concete à Administração Pública. Além da Administração Direta (federal, estadual, distrital ou municipal), composta pelos agentes e órgãos internos das diversas pessoas integrantes do regime federativo, temos a Administração Indireta, incumbida do desempenho descentralizado de atividades estatais, constituída de quatro categorias jurídicas: as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas ou governamentais. Essa divisão, já clássica na previsão do Decr.-lei nº 200/67, da reforma administrativa federal, foi de resto consagrada pela própria Constituição Federal (veja-se, como exemplo, o art. 37, XIX, que a todas faz referência).

4. As autarquias constituem uma categoria específica de pessoas jurídicas integrantes da Administração Indireta das pessoas federativas. A despeito dessa atual certeza, o vocábulo "autarquia" não tem aquela precisão que tanto tranqüiliza os juristas e os intérpretes das leis e dos demais sistemas normativos. O termo significa "governo próprio", ou "administração própria", oriundo do prefixo grego "autós" (próprio, a si mesmo) e da palavra "arqué" (governo, direção). Não é difícil verificar que apenas esses dados, ou seja, dizer que há governo próprio, são insuficientes para caracterizar tais entidades, porque, em última análise, não somente as pessoas políticas da federação têm governo e direção próprios, como até mesmo os têm as pessoas privadas da Administração. Todos, afinal, têm seus órgãos de direção e atuam sob seu comando. É verdade que estas últimas têm relação de vinculação com as primeiras, mas não é menos verdade que as autarquias também o têm. Por outro lado, é de se consignar o fato de que o termo foi usado pela primeira vez no final do século passado pelo italiano SANTI ROMANO, mas com sentido totalmente diverso do que o adotado nos dias de hoje. Referia-se o grande jurista às comunas ou províncias italianas, que, embora não pudessem caracterizar-se como "autonomias", por falta de capacidade política, tinham pequena margem de auto-administração, sendo então denominadas de "autarquias". Diante de tantas ambigüidades, não há outra alternativa senão a de relegar a segundo plano o sentido estrito da palavra, para entendê-la como uma categoria especial de pessoas jurídicas, com características próprias e integrantes do sistema de administração descentralizada das pessoas políticas do nosso regime federativo.

5. Apesar de estudadas pelos juristas pátrios desde 1930, as autarquias foram introduzidas no direito brasileiro, por volta da década de 1940, sob a nítida influência do direito italiano. A noção jurídica, então, era a de entidades que geriam certos serviços públicos em razão de delegação do Poder Público, fórmula que, como se pode observar, está longe de ostentar uma boa definição jurídica dentro da Administração.

O Decr.-lei nº 6.016, de 22.11.43, definia a autarquia como o "serviço estatal descentralizado, com personalidade de direito público, explícita ou implicitamente reconhecida por lei" . Se a definição se apresenta com certa fluidez, o certo é que já delineava a fisionomia do instituto e sua previsão legal. Posteriormente, outros diplomas a definiram de forma semelhante, como a Lei nº 830/49, que reorganizou o Tribunal de Contas da União; a Lei nº 4.478/63, do Estado do Rio Grande do Sul, e mais recentemente o Decr.-lei nº 200, de 25.02.67 (CRETELLA JUNIOR, "Curso de Direito Administrativo", Forense, 1977, pág. 56/7).

6. Em três aspectos podemos definir as linhas de uma entidade administrativa: primeiramente, por sua personalidade jurídica; em segundo lugar, pela sua posição topográfica dentro da Administração; e, por último, através da identificação de seu objeto. A personalidade é hoje pacificamente reconhecida como sendo de direito público, o que, aliás, ficou expresso no citado Decr.-lei 6.016, muito embora o Decr.-lei nº 200/67 não o tenha expressado quando definiu a entidade (art. 5º, I). No que concerne a sua posição, integram elas a Administração Indireta das pessoas federativas, posição, diga-se por oportuno, fixada expressamente pelo mesmo art. 5º, I, do Decr.-lei 200/67.

7. Quanto ao objeto, dispôs ainda a referida norma que a autarquia é o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, "para executar atividades típicas da administração pública", as quais possam exigir gestão administrativa e financeira descentralizada para seu melhor funcionamento. Novamente o intérprete se defronta com outra expressão ambígua - "atividades típicas". E de imediato surge a indagação: que são atividades típicas da administração pública? Ou, em outras palavras: que são, dentre todas as atividades administrativas, aquelas que se podem considerar típicas?

Em sua clássica obra, HELY LOPES MEIRELLES afirmou que à autarquia "só deve ser outorgado serviço público típico, e não atividades industriais ou econômicas, ainda que de interesse coletivo" ("Direito Administrativo Brasileiro", Malheiros, 18a ed., 1993, pág. 307). Mais adiante, o autor abona a definição legal, advogando que através dela ficaria a Administração federal impedida de conferir a suas autarquias atividades econômicas próprias de empresas públicas e de sociedades de economia mista (ob. cit., pág. 309). Das palavras do saudoso publicista não se consegue extrair o verdadeiro sentido do que são atividades ou serviços públicos típicos, mas a idéia traduz um caráter residual, ou seja, o sentido de que não são atividades típicas as atividades industriais ou econômicas. LUCIA VALLE FIGUEIREDO limita-se, na conceituação, a mencionar que são criadas pelo Estado "para persecução de finalidades públicas", o que também, a nosso ver, não apresenta linha de boa precisão ("Curso de Direito Administrativo", Malheiros, 2a ed., 1995, pág. 86). Em sua definição, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO refere que as autarquias prestam "serviço público descentralizado" ("Direito Administrativo", Atlas, 1993, pág. 270), fator que, na verdade, não as caracteriza, vez que outras categorias de pessoas administrativas existem também destinadas à execução descentralizada de serviços públicos. No tópico relativo às autarquias, DIÓGENES GASPARINI informa que o Poder Público, ao criá-las, lhes transfere "a titularidade da atividade ou serviço" e que "a ela (autarquia) se outorga, como própria, a atividade, ou serviço, que se pretende ver descentralizada" ("Direito Administrativo", Saraiva, 4a ed., 1995, pág. 224). Também não nos parece claro, nas palavras do excelente jurista, o tipo de atividade transferida.

De nossa parte, já tivemos a oportunidade de dizer que "a noção de 'atividades típicas' é extremamente fluida e variável no tempo e no espaço" e acrescentamos que "em nosso entender, porém, o legislador teve o escopo de atribuir às autarquias a execução de serviços públicos de natureza social e de atividades administrativas, com a exclusão dos serviços e atividades de cunho econômico e mercantil, estes adequados a outras pessoas administrativas, como as sociedades de economia mista e as empresas públicas" (nosso "Manual de Direito Administrativo", cit, pág. 307). Continuamos convicto do acerto dessa distinção. Por todo o perfil jurídico que apresentam, as autarquias devem voltar-se, realmente, para atividades próprias do Estado, aquelas de cunho eminentemente social (ou, se se preferir, não-econômico), que, distantes da possibilidade de geração de receitas lucrativas, encerram, ao contrário, a necessidade do Estado de despender recursos para alcançar suas finalidades administrativas.

8. É interessante, contudo, observar que as denominações e classificações das pessoas governamentais sofrem grande variação nos ordenamentos jurídicos estrangeiros e, freqüentemente, não se encontra a desejada precisão na distinção entre tais pessoas, fato reconhecido pelos próprios especialistas locais. Portanto, nem sempre é tarefa simples identificar pessoas administrativas estrangeiras que tenham perfil jurídico idêntico ou assemelhado a autarquias e às demais pessoas administrativas brasileiras. Na Itália, as pessoas administrativas denominam-se entes públicos não territoriais (*enti pubblici non territoriali*), sendo criados pelo Estado e objetivando fins específicos. Estes, por sua vez, classificam-se em entes paraestatais ("*enti paraestatali*") e entes públicos econômicos ("*enti pubblici economici*"). Segundo ensinamento de GUIDO E POTENZA, são os primeiros os mais assemelhados às nossas autarquias, já suas atividades são de claro aspecto social. Assim, tem-se os entes de assistência (denominados de "Opera") e os de previdência (denominados de "Istituto") ("*Manuale de Diritto Amministrativo*", Dott. A. Giuffré Edit., Milão, 6a.ed., 1978, pág. 407). Essas funções, tipicamente autárquicas, são fixadas em seu estatuto ou em regulamento específico ("*Gli ordinamenti degli altri enti sono stabiliti, volta per volta, dalle leggi istitutive, o contenuti nei rispettivi statuti, o in regolamenti che gli enti stessi adottano nell'esercizio della loro autonomia*")

O sistema francês também é dissonante do nacional. Como ensina JEAN RIVERO, as pessoas com certa autonomia vinculadas ao Estado denominavam-se classicamente estabelecimentos públicos ("*établissement public*"). Posteriormente, o Estado assumiu a gestão de outras atividades não bem caracterizadas como serviços públicos. A estes, para não haver confusão com aquela outra categoria, foi dada a denominação de estabelecimentos de utilidade pública ("*établissements d'utilité publique*"). Mais assemelhados às nossas autarquias são os "estabelecimentos públicos", submetidos, como diz o autor, a regime especial de direito público ("*...si on a affaire à un établissement publique, personne publique, donc soumise en principe au droit public...*") ("*Droit Administratif*", Dalloz, Paris, 8a ed., 1977, pág. 466). No México, por abrigo do sistema francês, também se usa a denominação "estabelecimentos públicos" ("*establecimientos públicos*"), conforme deixa claro GABINO FRAGA ("*Derecho Administrativo*", Ed. Porrúa, México, 17a ed., 1977, pág. 218).

No direito argentino, a classificação dos entes estatais, embora com maior número de categorias, envolve pessoas administrativas com perfil assemelhado ao das autarquias. Constituem, no dizer de ROBERTO DROMI, as entidades que desempenham atividades administrativas ("*entidades que desarrollan actividades administrativas*"), diversas das que atuam no plano econômico ("*entidades que desarrollan actividades económicas*"), estas

mais próximas às nossas sociedades de economia mista e empresas públicas. No que concerne à primeira categoria, diz o autor que, tal como as nossas autarquias, são elas reguladas por regime de direito público e executam atividades sociais em sentido estrito ("se sujetan a un régimen jurídico predominante de derecho público y pueden revestir las formas de 'entidad autárquica' o de 'corporación pública'" ("Derecho Administrativo", Edic. Ciudad Arg., Buenos Aires, 4a. ed., 1995, pág. 464). O panorama dos sistemas de pessoas administrativas demonstra que, se não há uma plena igualdade entre eles, ressaem ao menos alguns aspectos específicos que guardam compatibilidade entre eles. Em relação às pessoas administrativas, pode notar-se que, conquanto diversas as terminologias adotadas, o certo é que sempre há uma categoria especial de entidades destinadas a executar, de forma descentralizada, atividades próprias do Estado, vale dizer, aquelas que não têm conteúdo econômico primário, atividades essas de caráter assistencial, de fiscalização, de controle e outras semelhantes.

9. No direito brasileiro, a despeito das classificações sugeridas por ilustrados estudiosos, permitimo-nos classificá-las, quanto ao objeto, tomando em consideração a sua finalidade básica de executar atividades próprias do Estado, em: a) autarquias assistenciais, quando prestam auxílio a categorias de pessoas com vistas a reduzir desigualdades sociais (ex.: SUDENE, INCRA); b) autarquias previdenciárias, com destinação óbvia (ex.: INSS); c) autarquias culturais, dirigidas à educação e à cultura (ex.: UFRJ); d) autarquias profissionais, que regulam o exercício de certas profissões (ex.: O. A. B.); e e) autarquias administrativas, correspondentes ao resíduo das entidades autárquicas e apropriadas para atividades tipicamente administrativas (ex.: INMETRO, Banco Central) (vide ainda nosso "Manual" cit., pág. 282).

10. Em virtude do processo de privatização de certas pessoas administrativas, incumbidas da execução de serviços públicos econômicos, foi criado recentemente um novo tipo de autarquias - as agências governamentais - com o objetivo de exercer controle sobre as pessoas do setor privado que, através de concessões públicas, passaram a substituir aquelas pessoas vinculadas ao Estado e a executar as tarefas que lhes eram confiadas. Foram, então, instituídas a ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica (Lei nº 9.427, de 26.12.96); a ANATEL - Agência Nacional de Telecomunicações (Lei nº 9.472, de 10.07.97); e a ANP - Agência Nacional do Petróleo (Lei nº 9.478, de 06.08.97). Na classificação que apresentamos, parece-nos que essas agências autárquicas possam ser enquadradas na categoria das autarquias administrativas, e isso porque a função de controle que exercem bem se qualifica como própria dos serviços administrativos do Poder Público. Como são espécies novas dentre as entidades autárquicas, vale a pena desenhar algumas linhas que denotam a relevância da função que lhes foi destinada, qual seja, a de controle da atuação das pessoas da iniciativa privada, hoje desempenhando serviços que antes eram executados por pessoas paraestatais.

11. Primeiramente, é mister destacar que os serviços estatais, próprios ou não, são desempenhados de duas formas básicas: uma centralizada, quando o serviço é prestado pelo próprio Estado, representado este pelas pessoas políticas da federação, e outra descentralizada, quando o Estado o delega para uma outra pessoa. O processo de descentralização, a seu turno, ainda admite uma subdivisão, considerando-se o tipo de mecanismo jurídico através do qual é implementado. Como, em nosso entender,

existirá sempre nessa hipótese uma delegação, temos sustentado que o processo admite: a) delegação legal, exigindo-se nesse caso que o serviço, ou sua execução, seja transferido por lei que, ao mesmo tempo, institua ou autorize a instituição da pessoa encarregada de sua prestação; b) delegação negocial, quando o Estado e o prestador do serviço ajustarem esse objetivo, caso em que se recorrerá às figuras da concessão ou da permissão de serviços públicos, matéria, aliás, regulada pela Lei nº 8.987, de 13.02.95, com alterações introduzidas pela Lei nº 9.074, de 08.07.95 (nosso "Manual", pág. 211). Deve consignar-se, todavia, que alguns autores não aceitam a delegação legal, razão que os leva a advogar a tese de que delegação somente existiria nas hipóteses de concessão ou permissão. É o caso de HELY LOPES MEIRELLES, que denomina a delegação legal de outorga legal e a delegação negocial simplesmente de delegação (ob. cit., pág. 305). Dissentimos, concessa venia, desse entendimento, porquanto nos parece que sempre que o Estado pretende descentralizar-se está, em última análise, procedendo à delegação da titularidade ou da execução do serviço. Não vemos, pois, por que não sistematizar as formas de descentralização em delegação legal ou delegação negocial, se em ambas, variando apenas o mecanismo jurídico, o Poder Público está trespassando a outrem atividade que estava a seu cargo.

12. Mudando o rumo que imprimiu durante aproximadamente três décadas, o governo decidiu abandonar o exercício de serviços públicos econômicos executado por pessoas paraestatais para transferi-lo a pessoas do setor privado. A mudança foi consagrada pelo Programa Nacional de Desestatização - PND, cujas linhas básicas estão definidas pela Lei nº 8.031, de 12.04.90. O programa teve lastro em alguns fundamentos considerados pelo governo como objetivos estratégicos inarredáveis. Primeiramente o novo sistema teve o escopo de reduzir o déficit público e sanear as finanças governamentais; para tanto, fazia-se necessário redefinir a posição do Estado no setor econômico, de modo a serem transferidas para a iniciativa privada as atividades que o Estado exercia de forma indevida e dispendiosa. Dentro dessa estratégia, seria viável modernizar o parque industrial do país e retomar os investimentos nas empresas que viessem a executar tais atividades. Conseqüentemente, a Administração, distante dessas impertinentes atividades, poderia dedicar-se àquelas em que a presença do Estado fosse reclamada de modo mais contundente, como é o caso das atividades de eminente cunho social, basicamente direcionadas para os segmentos mais desfavorecidos da sociedade e aptas a reduzir desigualdades sociais. Tais estratégias, diga-se por oportuno, foram fixadas para estabelecer rígidos parâmetros na atuação dos administradores públicos. Como bem adverte JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA, "a desestatização deverá guardar compatibilidade com todos os objetivos fixados pelo legislador e encontrar o fundamento em um ou alguns desses objetivos" ("Sociedade de Economia Mista e Privatização", Lumen Iuris, 1997, pág. 37). A advertência é procedente. Se a lei aponta determinados objetivos a serem alcançados, a atividade administrativa só se legitima se seus motivos estiverem em congruência com esses fins. Fora daí, ocorre desvio de poder, justificando a invalidação da conduta do administrador. É a esse afastamento do Estado que a lei denominou privatização. A Lei nº 8.031/90 a definiu como "a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade" (art. 2º, § 1º). Para a implementação do programa, passaram, então, a ser suscetíveis de privatização dois tipos de entidades: em

primeiro lugar, as pessoas controladas, de forma direta ou indireta, pela União, tendo sido instituídas por lei ou por ato do Executivo; em segundo, as oriundas da iniciativa privada que, por algum motivo, passaram ao controle direto ou indireto da União.

13. No confronto entre esses dados, podemos afirmar, sem medo de equívoco, que a privatização retrata mecanismo jurídico e político através do qual algumas atividades executadas como decorrência de descentralização por delegação legal passam a sê-lo em virtude de descentralização por delegação negocial. Não há, pois, qualquer alteração concernente ao regime da prestação do serviço: continua este a ser descentralizado. Mas o Poder Público, alienando seu domínio societário, descaracteriza a pessoa como entidade administrativa e, conseqüentemente, a insere na categoria geral das pessoas de iniciativa privada. Significa, portanto, que a pessoa que passa a exercer a atividade descentralizada há de enquadrar-se no grupo daquelas que atuam em virtude de delegação negocial, diversamente da delegação legal anteriormente atribuída ao ente paraestatal. Por isso mesmo, a citada Lei nº 8.031/90 deixou claro que a privatização de típicas pessoas paraestatais prestadoras de serviços públicos, caso das empresas públicas e sociedades de economia mista, deveria efetivar-se por intermédio de "delegação, pelo Poder Público, da concessão ou permissão do serviço objeto da exploração, observada a legislação específica" (art. 7º).

14. Ora, esse tipo de transformação altera, sem sombra de dúvida, um fator inerente e necessário a qualquer atividade que represente a prestação de um serviço público: o controle.

De fato, enquanto o serviço é executado por pessoa da Administração Indireta, o controle sobre ela exercido, seja no ângulo institucional ou finalístico, seja no político e financeiro, pertence à administração direta da respectiva pessoa federativa e, no âmbito federal, é usualmente atribuído aos Ministérios. No entanto, quando o mesmo serviço é transferido a pessoas da iniciativa privada, o controle continua a ser necessário, mas é preciso criar mecanismos diversos para exercê-lo, pois que a atividade, de qualquer modo, passa a situar-se fora do âmbito de manipulação direta do Estado. As agências autárquicas foram, então, o resultado da concepção do governo sobre a forma de controle sobre os novos prestadores de serviços públicos.

Em substancioso artigo sobre a desestatização do setor de energia elétrica, MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO lembrou acertadamente que "embora a criação de nova entidade na Administração Pública possa parecer incoerente com o Programa Nacional de Desestatização, a autarquia busca, justamente, viabilizar o atendimento dos objetivos almejados. Com o advento da Lei nº 8.987/95, que deu nova roupagem aos institutos da concessão e permissão de serviços públicos, há necessidade de uma adequada estrutura administrativa para disciplinar e monitorar os serviços delegados a particulares, já que o "déficit" de infra-estrutura, notadamente no setor de energia (aí envolvidos os segmentos da eletricidade, gás e petróleo), impõe, como condição de sobrevivência, a utilização de recursos, financeiros e tecnológicos, privados, sem que se modifique a titularidade do serviço, com o conseqüente poder de controle, que continua sendo pública" (grifo nosso). Concluindo seu pensamento, averba: "As funções de regulamentar e fiscalizar são, pois, inerentes à natureza autárquica escolhida, e às tarefas de execução administrativa da política do poder concedente" ("A ANEEL e a Desestatização dos Serviços de Energia", in

15. Todas essas idéias conduzem à certeza de que não se pode deixar de dar relevo a dois aspectos no que toca às agências recém-instituídas pelo governo federal. O primeiro consiste na qualificação de tais entidades como autarquia: já vimos que se trata de categoria inteiramente adequada às funções que lhes são cominadas. O segundo reside na função primordial a elas atribuídas - a função de controle, que se exerce não somente sobre as pessoas privadas executoras dos serviços públicos em si mesmas, como também sobre a política adequada aos objetivos desejados para cada uma das áreas onde se deu a privatização, como os já citados casos da energia elétrica, petróleo e telecomunicações. Firmada sua natureza autárquica como institucionalmente compatível com seus fins, voltemo-nos especialmente para o segundo aspecto que envolve tais entidades - o controle.

16. Tantos são os fatores que os objetivos das agências autárquicas abrigam, que se afigura acertado afirmar que, sem atribuir-se ao elemento controle a relevância que deve merecer, o processo de desestatização está fadado ao fracasso e, o que é pior, com insuperáveis gravames a toda a coletividade. Diga-se preliminarmente, aliás, que não houve, como seria desejável, a cronológica seqüência para as etapas da privatização e da criação e estruturação efetiva das agências. A melhor estratégia governamental teria sido a total estruturação das agências controladoras com bastante antecedência, para só então ser providenciado o processo de desestatização pelo regime de concessões e de permissões. Os dois processos, porém, foram quase simultâneos, e esse fato provocou, em alguns casos, a péssima execução de serviços públicos concedidos, com muitas reclamações dos usuários, sem que estes pudessem recorrer à Administração que firmou a concessão, aparentemente inerte diante de tais abusos ou atos de incompetência. O certo é que, apesar dessa circunstância, as leis criadoras das agências autárquicas consignaram, com clareza, a função de controle que constitui seu objetivo primordial. Assim, a Lei nº 9.472, de 16.07.97, dentre as inúmeras atribuições conferidas à Agência Nacional de Telecomunicações, realçou as de implementar a política nacional de telecomunicações e de "celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções" (art. 19, I e VII). A Lei nº 9.478, de 06.08.97, por sua vez, atribuiu à Agência Nacional do Petróleo - ANP as funções de implementar a política nacional de petróleo e gás natural e, principalmente, a de celebrar contratos de concessão para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e fiscalizar sua execução, bem como a de fiscalizar as atividades integrantes da indústria do petróleo e, nos casos cabíveis, aplicar as sanções administrativas e pecuniárias previstas em lei (art. 8º, I, IV e VII). Não foi diverso o perfil da Lei nº 9.427, de 26.12.96, que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL: a esta foi atribuída a função de regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica em conformidade com as políticas governamentais (art. 2º) e de "celebrar e gerir os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público, expedir as autorizações, bem como fiscalizar, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, as concessões e a prestação dos serviços de energia elétrica" (art. 3º, IV).

17. Dissemos que a função de controle exercido pelas agências é tão relevante que sem ela a delegação dos serviços concedidos e permitidos poderá gerar muitas imperfeições, distorções e abusos no campo do poder econômico. Uma dessas imperfeições consiste, por exemplo, no desempenho deficiente das empresas prestadoras do serviço. Se a fiscalização do Poder Público não se fizer efetivamente atuante, a incompetência e o despreparo na execução das tarefas que lhes foram confiadas provocarão, sem dúvida, irreparáveis gravames à coletividade dos usuários. Ninguém desconhece que um dos princípios reitores dos serviços públicos é o da eficiência, justamente porque deles serão destinatários os integrantes da coletividade. Distorções podem ocorrer no aspecto relativo aos fins colimados pelo serviço. Se um determinado serviço público, ou atividade econômica, é delegado, isso significa que o concedente, titular do serviço ou da atividade, deseja vê-lo prestado nas mesmas condições em que o faria se não tivesse havido a delegação. Desse modo, caberá às agências controladoras fiscalizar de perto as atividades das pessoas delegatárias com o fim de averiguar se estão realmente em consonância com a política governamental definida para o setor.

18. No que concerne à eventual prática de abuso de poder econômico, é necessário dar destaque ao processo de globalização para o qual estão rumando, cada vez mais celeremente, as diversas economias mundiais. No capítulo destinado à ordem econômica, a Constituição Federal, preocupada com a indevida exploração das atividades econômicas, averbou que "a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros" (art. 173, § 4º). O mandamento demonstra que a base da economia fundada no regime da livre iniciativa reside no sistema da competitividade, único gerador do verdadeiro equilíbrio de mercado. Ausente o regime de competição, mais facilitado se tornará o domínio do mercado; e, dominado o mercado, o fato redundará no inevitável aumento arbitrário dos lucros. Ocorrendo essas situações, caracterizado estará o abuso do poder econômico a ser reprimido pelo legislador, nos termos da citada regra constitucional.

A globalização da economia pode provocar grande risco ao regime da concorrência. No mundo globalizado, o número de fabricantes e de prestadores de serviços tende a diminuir, porque a antiga posição empresarial; limitada às linhas de determinado território, hoje cede espaço a um entrelaçamento de interesses econômicos que refoge à estrita circunscrição do país, para alcançar continentes diversos e, por que não dizer, o mundo integralmente considerado. A fusão de empresas gera ganhos de eficiência e permite a redução de custos e de preços, isso para não falar da elevação dos padrões de qualidade de produtos e serviços. As empresas crescem e se tornam poderosas, e isso as coloca a um passo da chegada ao regime de monopólio, aquele que "surge pela desnaturação do regime da competição, fazendo emergir um único fornecedor de um produto" (CELSO RIBEIRO BASTOS, "Curso de Direito Administrativo", Saraiva, 1996, pág. 271). Esses instrumentos de otimização técnica (mas não humana) adotados pelas empresas do setor privado receberam inegável impulso através dos grandes tratados de economia globalizada firmados por países das diversas partes do mundo, nos quais é marcante o sinal de interação das atividades empresariais. O Mercado Comum Europeu é um exemplo desses grandes ajustes internacionais; outro é o Mercosul, do qual o Brasil é signatário. Em artigo sobre o direito comunitário emergente e supranacional decorrente desse último Tratado, assinalou ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO que "a tecnoburocracia dos

Estados membros necessita posicionar-se em consonância com a onda de inovação implantada a partir do espírito de integração, abstando-se de, ao manejar as políticas atinentes, levar em conta aspectos individualizados de cada País, em desprestígio ao princípio da coordenação a que se refere o tratado de Assunção" ("O Mercosul e a Importância do Direito Comunitário Emergente", in Revista de Direito Administrativo nº 210, Renovar, 1997, págs. 117/122). A globalização, resultante exatamente dessa abstenção das políticas locais em favor das internacionais, é destacada nos modernos estudos de especialistas desse novo processo econômico, jurídico, político e social. (vide MIGUEL ANGEL EKMEKDJIAN, "Introducción al Derecho Comunitário Latinoamericano", 1996, Buenos Aires; RODOLFO CARLOS BARRA, "Derecho de la Integración y Mercosur", 1996. Ed. Ciências de la Administración, apud o autor citado).

19. Entrevistado sobre os novos processos de globalização, JOSHUA KARLINER, coordenador do "Transnational Resource & Action Center", entidade dedicada ao estudo da economia globalizada através das corporações multinacionais, acentuou, em entrevista publicada no jornal "O Globo", de 31.05.98, que o poder crescente dessas entidades se tornou maior que do que o dos Estados onde operam, fato nitidamente comprovado, por exemplo, pelo total das vendas anuais das seis maiores corporações japonesas em 1995 (US\$ 928 bilhões), que praticamente se igualou ao PIB dos países da América do Sul somados (US\$ 938 bilhões). Destacou, ainda, o especialista que o desenvolvimento da economia globalizada está numa direção oposta aos preceitos de justiça social e, conquanto reconheça que isso tem ocorrido desde o início do século XX, os riscos atuais são maiores, sobretudo por força dos acordos internacionais de comércio e investimento, os quais têm propiciado uma estrutura global que oferecem maior poder ainda às corporações. De suas palavras, transpirou um alerta ao próprio Estado, arriscado a ficar à mercê do poderio dessas corporações, se não adotar postura enérgica e de conotação social.

20. Pois é exatamente assim que deve postar-se o Estado diante dessas irrefragáveis ameaças. E, nessa atuação, é de extrema relevância a função das agências autárquicas consistente no controle das atividades econômicas e serviços públicos delegados à iniciativa privada. Existem, na verdade, órgãos, pessoas administrativas e legislação destinados a reprimir o abuso do poder econômico. O regime de concorrência é protegido pela Lei nº 8.884/94. O CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica, a SDE - Secretaria de Direito Econômico e a SAE - Secretaria de Acompanhamento Econômico são órgãos que têm a incumbência de proteger o equilíbrio das condições de mercado. Mas é um trabalho bem planejado e efetivo por parte das agências autárquicas reguladoras que vai realmente controlar as atividades desestatizadas exercidas atualmente pelas pessoas privadas. Sua competência administrativa há de estar consonante aos princípios da ordem econômica previstos na Constituição e aos postulados contidos nas leis regulamentadoras, com o objetivo de prevenir a sociedade de condutas que refletem abuso do poder econômico. A advertência tem fundamento na medida em que não se pode fechar os olhos ao fato de que é possível que empresas dos setores de petróleo, energia elétrica e telecomunicações possam associar-se em empreitadas abusivas, transformando atividades econômicas e serviços de interesse do Estado e da coletividade (que também têm cunho econômico lato sensu) em objeto de seus interesses exclusivamente econômicos, através da

eliminação da competitividade, da dominação do mercado e da imposição de preços incompatíveis com a lei natural do mercado. Recentemente mesmo, foi necessária a intervenção do governo federal para evitar que a fusão de duas grandes empresas de siderurgia, oriundas do processo de privatização, viesse a ocasionar atividade econômica praticamente monopolística, com rompimento da salutar e obrigatória prática competitiva indispensável ao equilíbrio das leis de mercado. Para prevenir profundos gravames à coletividade, como o que poderia decorrer do referido processo, é preciso que as agências reguladoras sejam realmente fortes em sua representação do Estado e cumpram com denodo as funções de controle, acompanhamento e fiscalização dos serviços delegados em virtude do Programa Nacional de Desestatização. Afinal de contas, se o Estado deixa de exercê-los, não deixa, por isso, de ter a sua titularidade; e quem tem a titularidade tem, ipso facto, o dever de fiscalizar o que delegou a terceiros.

21. De tudo o que dissemos, podem extrair-se as seguintes conclusões:

- a) em virtude do Programa Nacional de Desestatização, o governo instituiu por lei as novas agências reguladoras, sob a forma adequada de autarquias, que, entre outras funções, exercem a de controle e fiscalização de atividades delegadas por concessões e permissões;
- b) a privatização de pessoas paraestatais significa apenas que o serviço, antes objeto de descentralização por delegação legal, passa a ser executado em decorrência de processo de descentralização por delegação negocial (concessões e permissões), mas nem por isso perde o Poder Público a sua titularidade;
- c) a adoção hoje generalizada do regime da globalização da economia pode acarretar o aparecimento de corporações nacionais e multinacionais tão poderosas, resultantes de procedimento de fusão, que podem colocar em risco a própria potestas do Estado;
- d) da globalização é possível vislumbrar o intento de dominação dos mercados e do aumento arbitrário de preços, formas de abuso de poder econômico que cumpre ao Estado reprimir, atendendo a mandamento constitucional, para que não haja gravames à coletividade;
- e) torna-se de extrema relevância a função de controle e fiscalização a ser exercida pelas novas agências reguladoras sobre as pessoas da iniciativa privada hoje incumbidas da execução de serviços públicos e atividades antes a cargo de pessoas paraestatais, com vistas a prevenir a ocorrência de formas abusivas de atuação no domínio econômico;
- f) para tanto, cumpre que tais agências autárquicas sejam fortalecidas e amparadas pelo Estado e que cumpram, com fidelidade, a missão controladora e fiscalizatória que a lei lhes atribuiu.

* Prof de Dir. Administrativo da Universidade Estácio de Sá, da Faculdade Veiga de Almeida, da Escola da Magistratura do R.J, da Fundação Escola do Min.Publ. do R.J. e do Curso de Pós-Graduação da Fac. Dir. de Campos Membro do Ministério Público do Rio de Janeiro

Disponível em: <http://www.estacio.br/graduacao/direito/revista/revista2/artigo14.htm>
Acesso em: 15 de agosto de 2007