



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Társis Nametala Jorge

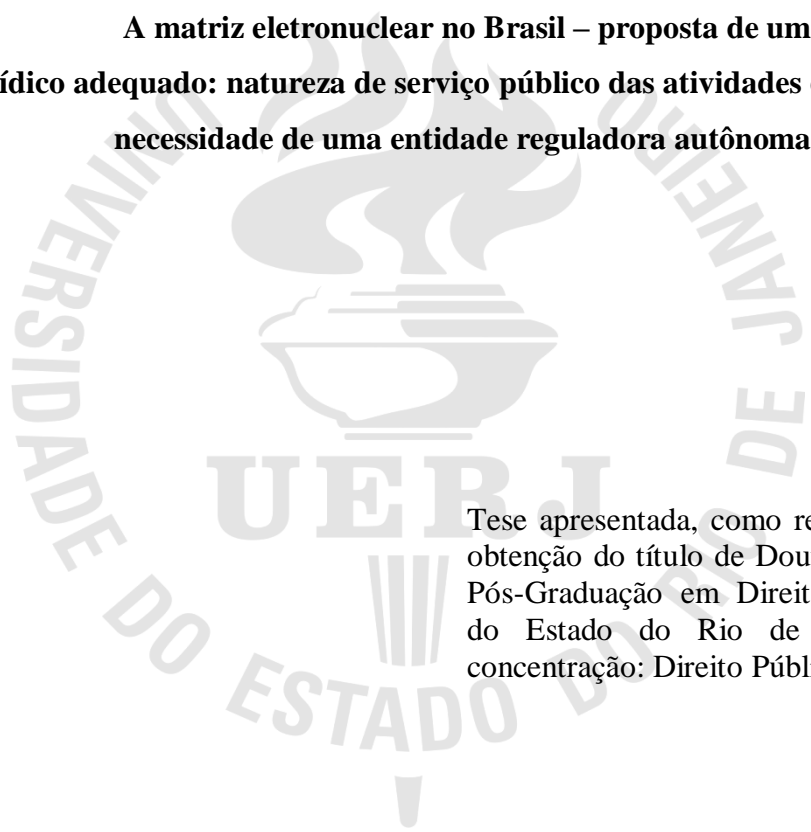
A matriz eletronuclear no Brasil – proposta de um marco jurídico adequado: natureza de serviço público das atividades do ciclo nuclear e a necessidade de uma entidade reguladora autônoma.

Rio de Janeiro

2011

Társis Nametala Jorge

**A matriz eletrônica no Brasil – proposta de um
marco jurídico adequado: natureza de serviço público das atividades do ciclo nuclear e a
necessidade de uma entidade reguladora autônoma.**



Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Santos de Aragão

Rio de Janeiro

2012

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

J82m Jorge, Társis Nametala.

A matriz eletrônica no Brasil- proposta de um marco jurídico adequado: a natureza de serviço público das atividades do ciclo nuclear e a necessidade de uma entidade reguladora autônoma./ Társis Nametala Jorge-2012.

235 f.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Santos de Aragão.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Constituição – Energia (Física nuclear). 2. Matriz eletrônica. 3. Constituição. I. Aragão, Alexandre Santos de. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 342.4: 539.184.2

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Társis Nametela Jorge

**A matriz eletronuclear no Brasil – proposta de um
marco jurídico adequado: natureza de serviço público das atividades do ciclo nuclear e a
necessidade de uma entidade reguladora autônoma**

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Público.

Aprovado em: 15 de fevereiro de 2011.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Alexandre dos Santos Aragão

Faculdade de Direito da UERJ.

Prof. Dr. Gustavo Binenbojm.

Faculdade de Direito da UERJ.

Prof. Dr^a. Lucia Helena Salgado.

Faculdade de Direito da UERJ.

Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira.

Faculdade de Direito da UFP.

Prof. Dr. Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto

Faculdade de Direito da USP.

Rio de Janeiro

2012

RESUMO

JORGE, Társis Nametela. *A matriz eletronuclear no Brasil – proposta de um marco jurídico adequado*: natureza de serviço público das atividades do ciclo nuclear e a necessidade de uma entidade reguladora autônoma. 2010. 235 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

Partindo de uma análise histórica comparativa do tratamento da questão nuclear no Brasil, buscou-se compreender os condicionantes da estrutura normativa constitucional do tema atômico na atual Carta de 1988 para então lançar-se a uma análise crítica do atual quadro institucional, posto que é anterior à Constituição, mas que teria sido pela mesma recepcionado. Após esta análise crítica, tenta-se, no mesmo ambiente, reconstruir uma tessitura mínima para um ramo jurídico da energia nuclear, analisando, juntamente, a natureza das atividades do chamado ciclo nuclear. Enfim, cotejando todos estes dados, procura-se demonstrar que o atual marco legal é, ao menos, desatualizado e não atende a um projeto maior de desenvolvimento e controle das atividades nucleares no Brasil.

Insta ainda salientar que, devido à própria natureza de uma tese de doutoramento, fez-se um recorte temático na questão nuclear, propositadamente não se aprofundando na temática referente à responsabilidade civil por dano nuclear, uma vez que já é tema tratado com bastante propriedade por variados escritos e autores.

Palavras-chaves: Matriz eletronuclear. Constitucionalidade.

ABSTRACT

From a historical comparative analysis of the nuclear issue treatment in Brazil, we sought to understand the constitutional constraints of the normative structure of atomic matter in the current Federal Constitution of 1988 and then embark on a critical analysis of the current institutional framework put - that is earlier the Constitution, but that would have been approved by it. Following this review, attempts to, in the same environment, rebuilding the fabric of a legal minimum for one class of nuclear energy, and examine, together, the nature of the activities of so-called nuclear cycle. Finally, comparing all these data, we seek to demonstrate that the current legal framework is, at least, outdated and does not attend to a broader project of developing and controlling nuclear activities in Brazil. It must also be remembered that due to the nature of a doctorate, became a thematic focus on the nuclear issue, purposely not delving into themes related to civil liability for nuclear damage since it is already subject dealt with enough property for various writings and authors.

Keywords: Nuclear issue. Nuclear energy.

RESUMEE

Partir d'une analyse historique comparative du traitement de la question nucléaire au Brésil, nous avons cherché à comprendre les contraintes constitutionnelles de la structure normative de la matière atomique dans la présente Charte de 1988, et puis se lancer dans une analyse critique de l'actuel cadre institutionnel mis - qui est antérieure la Constitution, mais qui aurait été approuvé par elle. Après cet examen, les tentatives de, dans le même environnement, la reconstruction du tissu d'un minimum légal pour une classe de l'énergie nucléaire, et d'examiner, ensemble, la nature des activités du cycle nucléaire dite. Enfin, en comparant toutes ces données, nous cherchons à démontrer que le cadre juridique actuel est, du moins, pas à jour et ne pas assister à un projet plus large de développement et de contrôle des activités nucléaires au Brésil. Demande également noter qu'en raison de la nature d'un doctorat, est devenu un axe thématique sur la question nucléaire, à dessein, se plonger dans des thèmes liés à la responsabilité civile pour les dommages nucléaires, car il est déjà sujet traité suffisamment de biens pour les différents écrits et des auteurs.

Mots-clés: Question Nucléair au Brésil. Structure normative.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	10
1	ASPECTOS INTRODUTÓRIOS FUNDAMENTAIS	13
1.1	O Ciclo Eletronuclear – Da mina à produção da energia elétrica – dados tecnológicos indispensáveis	13
1.1.1	<u>O Brasil e sua matriz energética</u>	13
1.1.2	<u>Panorama mundial do uso da energia nuclear</u>	15
1.1.3	<u>Aspectos gerais do ciclo do combustível nuclear</u>	16
1.1.4	<u>Da transformação da energia nuclear em energia elétrica</u>	19
1.1.5	<u>Os rejeitos radioativos</u>	20
2	FORMAÇÃO DO TRATAMENTO DA QUESTÃO NUCLEAR NO BRASIL	22
2.1	Primeira Era Vargas, Governo Dutra, Segunda Era Vargas e Governo Café Filho	22
2.2	Governo Juscelino e governo Goulart	27
2.3	Governos militares	31
2.4	A partir da constituição de 1988	34
2.5	O Brasil e o panorama internacional	35
2.6	Fatos contemporâneos no Brasil	37
3	DESENVOLVIMENTO DO TEMA	40
3.1	Apresentação e crítica do atual quadro institucional	40
3.1.1	<u>Apresentação</u>	40
3.1.2	<u>Papel misto da Comissão Nacional de Energia Nuclear: regulatório, regulamentador, fiscalizador e atuação no mercado</u>	48
3.1.2.1	Análise inicial.....	49
3.1.2.2	Funções regulatórias.....	50
3.1.2.3	Funções de polícia.....	55
3.1.2.4	Funções regulamentadoras.....	59
3.1.2.5	Funções fiscalizatórias.....	60
3.1.2.6	Atuação no mercado.....	64
3.2	Atuação no mercado por meio das indústrias nucleares do Brasil, da NUCLEP e da Eletronuclear	69

3.2.1	<u>Possibilidade de conflito de interesses</u>	76
4	DA EXISTÊNCIA DE UM DIREITO NUCLEAR E DE SEU PROPÓSITO	81
4.1	Linhas gerais	81
4.2	A Elaboração do Marco Jurídico Adequado	88
4.3	Enumeração dos Princípios	90
4.3.1	<u>Princípio da segurança tecnológica</u>	91
4.3.2	<u>Princípio da prevenção e princípio da precaução</u>	92
4.3.3	<u>Princípio da cooperação internacional</u>	94
4.3.4	<u>Princípio da utilização para fins pacíficos</u>	96
4.3.5	<u>Princípio da desnuclearização</u>	99
4.3.6	<u>Princípio do controle parlamentar</u>	101
4.3.7	<u>Princípio do licenciamento prévio</u>	103
4.3.8	<u>Princípio da participação federativa</u>	104
4.3.9	<u>Princípio da segurança física</u>	104
4.3.10	<u>Princípio da responsabilização</u>	105
4.3.11	<u>Princípio do controle contínuo e evolutivo</u>	109
4.3.12	<u>Princípio do desenvolvimento sustentável</u>	111
4.3.13	<u>Princípio do cumprimento estrito</u>	112
4.3.14	<u>Princípio da transparência</u>	112
4.3.15	<u>Princípio da independência da entidade regulatória</u>	113
5	A QUESTÃO NUCLEAR E SEUS ASPECTOS MINERAL E AMBIENTAL	118
5.1	A imbricação dos temas	118
5.2	Competências em matéria minerária-nuclear	118
5.3	Princípios analisáveis	124
5.3.1	<u>Princípio da soberania permanente sobre os recursos minerais</u>	124
5.3.2	<u>Princípio da dualidade da propriedade</u>	126
5.3.3	<u>Princípio da prioridade</u>	126
5.3.4	<u>Princípio da compatibilidade ambiental</u>	128
6	AS ATIVIDADES NUCLEARES ENTRE O SERVIÇO PÚBLICO E A ATIVIDADE ECONÔMICA	129
6.1	Serviço público e atividade econômica – utilidade da distinção	129

6.2	Serviço público – necessária definição – a busca do regime jurídico – introdução aos critérios.....	130
6.3	Análise retrospectiva.....	132
6.3.1	<u>O Início dos estudos sobre serviço público.....</u>	132
6.3.2	<u>Desenvolvimentos ulteriores acerca do serviço público.....</u>	137
6.4	Ensaio de uma noção de serviço público para os fins deste estudo.....	149
6.5	Ciclo nuclear – serviço público.....	153
6.5.1	<u>Serviço público e monopólio: ausência de exclusão recíproca entre os conceitos.....</u>	153
6.5.2	<u>Mutações.....</u>	159
6.6	O regime do ciclo nuclear – serviço público e as características específicas de sua regulação.....	164
7	DA NECESSIDADE DE UMA ENTIDADE REGULATÓRIA NUCLEAR INDEPENDENTE E DA FORMA DE SUA REGULAÇÃO.....	168
7.1	Linhas gerais.....	168
7.2	Do arcabouço geral para uma agência reguladora independente.....	170
7.2.1	<u>Independência: linhas gerais.....</u>	170
7.2.1.1	Independência dos gestores.....	171
7.2.1.2	Ausência de recurso hierárquico impróprio.....	175
7.2.1.3	A necessária imparcialidade que nasce da autonomia.....	178
7.3	Da independência da entidade regulatória nuclear.....	179
7.4	Da função regulatória e da função regulatória da agência nuclear.....	180
7.4.1	<u>Função regulatória: linhas gerais.....</u>	180
7.5	Pressupostos jurídicos e colocação sistêmica do poder normativo das agências.....	182
7.5.1	<u>O princípio do Estado Democrático de direito.....</u>	182
7.5.2	<u>O princípio da separação de Poderes.....</u>	184
7.5.3	<u>O princípio da legalidade e o poder regulamentar: traçando as diferenças entre atividade regulatória e regulamentar.....</u>	188

7.5.4	<u>As diversas densidades normativas possíveis</u>	191
7.5.5	<u>Deslegalização e fenômenos assemelhados</u>	192
7.5.6	<u>A eficiência da regulação</u>	197
7.6	Caráter ponderado das normas reguladoras	197
7.7	Processualização dos procedimentos e a sua consensualidade	199
7.8	Os princípios norteadores da produção abstrata de normas pelas agências	201
7.9	O pragmatismo necessário à atividade regulatória – o atingimento do interesse público	203
7.10	Fundamentação e teleologia da regulação nuclear	204
7.10.1	<u>Regulação de serviço público</u>	206
7.11	Objetivos da regulação nuclear	207
7.12	A intensidade da regulação nuclear	208
7.13	Especialização da agência nuclear	209
7.14	Limites da regulação da agência nuclear sobre o ciclo energético ...	211
	CONCLUSÃO: PROPOSTAS PARA O MARCO LEGAL E PARA A AGÊNCIA REGULADORA NA ÁREA NUCLEAR	213
	REFERÊNCIAS	219

INTRODUÇÃO

Esta tese se propõe a analisar a questão do ciclo do combustível nuclear no Brasil, desde a lavra dos minérios nucleares até a produção de energia nuclear em usinas term nucleares. Fica, portanto, fora da análise, o tema dos radioisótopos e sua configuração, nos termos do art. 21, inciso XXIII, alíneas "b" e "c" e correspondentes no art. 177, todos da Constituição. No que tange à responsabilidade civil por dano nuclear, nossa análise fica também limitada ao viés principiológico, o mesmo se dando com relação aos rejeitos nucleares.

Isto porque objetivo aqui é o de discutir a configuração jurídica do ciclo nuclear perante o atual estágio de desenvolvimento tecnológico e econômico da questão. Tornou-se, assim imperativo, delimitar a natureza das atividades envolvidas no ciclo nuclear, se atividades econômicas (em sentido estrito) ou se serviço público, traçar delineamentos de um direito da energia nuclear e discutir o papel de uma agência regulatória em matéria nuclear.

O tema apresenta grande relevância. O histórico da questão nuclear no Brasil já o demonstra. Por outro lado, as perspectivas com relação à matriz energética nacional o tornam ainda mais relevante, visto que se anuncia em médio prazo o esgotamento das possibilidades de ampliação da matriz hidráulica no Brasil, e levando-se em conta o caráter poluente das fontes de calor à base de carbono.

Partiu-se do quadro atualmente plasmado na Carta de 1988, sem desprezar os seus condicionantes históricos, bem como a legislação ordinária acerca do tema. Utilizou-se, ainda a título de parâmetros não só a doutrina nacional acerca das questões abordadas, incluindo o estudo de temas regulatórios em campos análogos – como o petróleo, o gás e as telecomunicações – mas, também, e principalmente, a doutrina estrangeira.

Isto se deu porque o tratamento do direito da energia nuclear no Brasil apresenta um vácuo histórico de aproximados vinte e cinco anos, à exceção de alguns poucos artigos doutrinários publicados neste interregno. Muito provavelmente em decorrência do arrefecimento das políticas públicas na questão nuclear, os autores desinteressaram-se do tema, aplicando-se ao estudo de outras linhas, como, por exemplo, a do direito da energia elétrica e do petróleo, que conheceram na última década uma multiplicidade de monografias, cursos, obras coletivas e artigos doutrinários em revistas do ramo.

No entanto, na seara internacional, o direito nuclear continuou a ser alvo de discussões, em publicações cíclicas, em obras de organismos oficiais como a Agência

Internacional de Energia Atômica (AIEA), entre outros. A questão nuclear vem sendo tratada, no panorama internacional com ênfase nas questões de desnuclearização, não proliferação de armamentos nucleares, regulamentação dos dejetos e transporte de material nuclear bem como responsabilidade civil por dano nuclear.

O problema regulatório, no entanto, não encontra tamanha riqueza de produção, o que foi, também, um fator que aumentou o desafio inicialmente proposto.

Assim, passando a descrever temática organizacional do trabalho, foi este dividido em duas partes, sendo a primeira destinada a explicar, no Capítulo 1, questões básicas acerca da matriz nuclear brasileira. Este tema é relevante para o desenvolvimento do trabalho, para compreender melhor a capacidade energética nacional, bem como a maneira que vêm sendo tratadas as formas de produção de energia nuclear pelo mundo. Tratou-se, ainda, no Capítulo 1, de trazer dados tecnológicos básicos para a compreensão do chamado ciclo da energia nuclear e, assim, apurar o mundo fático sobre o qual deve o marco legal se debruçar. Já no Capítulo 2, passou-se a descrever o desenvolvimento das políticas públicas energéticas no Brasil, com ênfase acentuada na questão nuclear com o fito de desenvolver, a posteriori, sem desconexão com a realidade nacional, o marco legal da questão. Não se deixou de lado, igualmente, alguns aspectos de política internacional que influenciaram nossas decisões internas, uma vez que não se pode duvidar do alcance planetário da questão nuclear.

Concernente à segunda parte entrou-se propriamente na temática jurídica. Assim é que no Capítulo 2 apresentou-se, de maneira estática, o atual quadro institucional diante do marco legal plasmado na Carta de 1988 e nas leis ordinárias. No Capítulo 3, constatou-se, diante da doutrina e dos institutos jurídicos, qual o papel do principal órgão atualmente existente em termos de política nuclear no Brasil, a CNEN, verificando que se trata, hoje, de uma autarquia de atividades absolutamente mistas: desde órgão regulatório, sendo também regulamentador, fiscalizador e atuante no mercado, não só no ramo de pesquisas como também em atividades exercidas por estatais por ela controladas. Realizamos, outrossim, uma crítica dinâmica do quadro apresentado.

No que tange ao Capítulo 4, passou-se a buscar e propor a construção, do que pode vir a ser chamado de um direito nuclear, descrevendo-se o histórico da necessidade de regulamentação do setor nuclear. Em seguida, concluiu-se pela necessidade da elaboração de um marco jurídico adequado para o direito nuclear. Assim é que, neste Capítulo realizou-se a enumeração e explanação dos princípios que se julgaram importantes no direito nuclear. No entanto, tendo em vista as imbricações entre a questão nuclear e a questão minerária e ambiental, fez-se um breve apanhado, no Capítulo 5 acerca da regulação jurídica destes dois

últimos temas, à luz da questão nuclear. E, no Capítulo 6, procurou-se definir a natureza de serviço público das atividades envolvidas no ciclo nuclear.

Já no Capítulo 7, passa-se a desenvolver o estudo acerca da necessidade de uma autoridade regulatória nuclear, bem como a forma de sua atuação regulatória. Assim, traça-se um apanhado geral, para, em seguida, tratar de um arcabouço mínimo para a eficiência e eficácia de uma entidade regulatória autônoma. Ou seja, para que ela possa atingir os fins colimados. Destarte, escreveram-se tais esteios para ao final retomar o tema da independência da entidade reguladora, já a analisando perante a questão nuclear. Ao final faz-se um estudo, sobretudo da função regulatória de uma autoridade regulatória nuclear, para, enfim, concluir-se com as propostas para o marco legal e para a agência reguladora em matéria nuclear.

O que se buscou polemizar com este estudo foi o seguinte: o atual modelo legal da questão nuclear no Brasil é adequado à busca da melhor eficiência possível do setor? A resposta se impôs negativa e, diante disto, tentou-se arquitetar um marco jurídico mais adequado aos fins propostos.

A tese é, portanto, em alguma medida, propositiva, como se poderá observar.

1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS FUNDAMENTAIS

1.1 O ciclo eletronuclear - Da mina à produção da energia elétrica – dados tecnológicos indispensáveis

Neste primeiro tomo passaremos a explanar, no Capítulo 1, questões básicas acerca da matriz nuclear brasileira. Este tema é relevante para o desenvolvimento do trabalho, para compreender melhor a capacidade energética nacional, bem como vêm sendo tratadas as formas de produção de energia nuclear pelo mundo. Tratamos, ainda, no Capítulo 1, de trazer dados tecnológicos básicos para a compreensão do chamado ciclo da energia nuclear e, assim, apurar o mundo fático sobre o qual deve o marco legal se debruçar.

1.1.1 O Brasil e sua matriz energética

Por *matriz energética* deve-se entender:

(...) o conjunto dos recursos de energia de uma sociedade ou região e as formas como eles são utilizados. Uma matriz energética abrange principalmente as fontes primárias (petróleo, carvão mineral, água, lenha, cana-de-açúcar), as fontes secundárias (gasolina, óleo diesel, eletricidade, álcool), os setores de consumo (transporte, indústria, agricultura, comércio e residências) e as formas de energia – renovável e não renovável.¹

O Brasil, segundo apontam os especialistas, é “o país que mais utiliza a energia renovável através de geração de origem hidro e biomassa”². E, atualmente, “entre as grandes nações, a matriz energética brasileira é a que apresenta o maior equilíbrio”³.

¹ SOARES, Cláudio. Dossiê Nuclear – Brasil Investe na Energia Nuclear. **Guia do Estudante**, 2011. Rio de Janeiro: Abril, 2010. p. 142 e ss. Ver também CAPOZZOLI, Ulisses. Brasil: História da Ciência no Brasil n. 02. O Envolvimento com o Átomo. In: Scientific American. São Paulo: Duetto, 2009.

² E.F. MULLER, Antônio. A Energia Discriminada. In: TM – Petróleo – **Revista Brasileira de Tecnologia e Negócios de Petróleo, Gás, Petroquímica, Química Fina e Biocombustíveis**. Ano XII, mai./jun. 2010. n.72. pp. 115, 116.

³ SOARES, Cláudio. Op. cit., p.52 e ss.

No entanto, “a necessidade de encontrar alternativas às fontes de energia não renováveis leva o país a investir na energia nuclear, que atualmente representa somente 1,4% da matriz energética nacional”⁴. Assim é que

(...) a partir de 2025/2030, não existirá mais disponibilidade de aproveitamentos hídricos de porte para geração de energia elétrica, pois, pela avaliação das autoridades existem disponíveis hoje 260.000MW hídricos, com cerca de 90.000 MW já aproveitados, 90.000 MW em desenvolvimento e os restantes em terras indígenas de impossível aproveitamento. Portanto, para o atendimento de energia elétrica de base existem duas possibilidades: a geração de energia elétrica através de usinas termoelétricas utilizando como combustível urânio ou carvão⁵.

Ocorre que

(...) a tecnologia de geração de energia utilizando carvão é altamente poluente, acrescentando grande quantidade de CO₂ ao meio ambiente e, sem dúvida, com as pesquisas que estão sendo desenvolvidas para queima limpa, no futuro, poderá ser uma solução⁶.

Portanto, há quem indique que:

(...) a solução do Brasil para atender o Sistema Integrado Nacional, com energia de base, em futuro próximo é a geração nucleoe elétrica, utilizando combustível nacional que é o urânio, não necessitando de importação de qualquer outro combustível, e sem depender das oscilações no preço do mesmo⁷.

A energia nuclear se constitui de uma fonte primária de energia. Somente poderá ser aproveitada – nos limites atuais – para sua transformação em energia elétrica. Ao seu lado, na qualidade de fonte energética primária, estão o petróleo, a biomassa, o carvão, o gás natural, os recursos hídricos e outros, dentre os quais a própria luz solar.

Tal saída, a despeito de controversa, deve, efetivamente, ser levada em consideração, uma vez que “o Brasil possui a sétima reserva mundial de urânio, equivalente a sete bilhões de barris o que corresponde segundo dados da ANP, em torno de 50% da reserva de petróleo brasileiro conhecida nesta presente data”⁸. Em termos absolutos, a reserva de urânio atualmente conhecida em território nacional é de aproximadamente 300 mil toneladas⁹. E, “pode haver mais, já que dois terços do território nacional ainda não foram explorados para verificar-se a presença do mineral”¹⁰.

⁴ Id. *Ibid.*, p. 52 e ss.

⁵ Disponível em: www.comciencia.br. Acesso em: 17 jun. 2009.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*

⁹ SOARES, Cláudio. *Op. cit.*, p. 52 e ss.

¹⁰ Id. *Ibid.*, p. 52 e ss.

Para os próximos anos – até 2030, a planificação da renovação da matriz energética do Brasil prevê até oito nucleoeletricas de 1.000MW¹¹, sendo que para que tal meta seja atingida, devem estar em funcionamento até 2020, pelo menos quatro nucleoeletricas¹².

1.1.2 Panorama mundial do uso da energia nuclear

No panorama mundial, por exemplo, observou-se, nas últimas décadas do século XX um decréscimo na utilização da matriz eletronuclear, principalmente após os acidentes de Chernobyl, em 1986 e da usina de Three Mile Island, na Pensilvânia, Estados Unidos, em 1979.

Por exemplo, nos Estados Unidos notou-se uma tendência ao abandono da energia nuclear, mas isto, de acordo com Rogério Cerqueira Leite, não por conta dos custos, mas porque dispõe de carvão em abundância, combustível que é mais seguro, embora também poluente. De acordo com o mesmo autor, a própria Alemanha “abandonou, recentemente, e pela segunda vez, a energia nuclear, não somente pelos custos imprevisíveis dos processos de decomissionamento e armazenamento do lixo radioativo, mas também por apreensão quanto à questão de segurança”¹³. Também se noticia que a Itália desativou permanentemente seus reatores e cancelou os respectivos projetos.

Por outro lado, tanto a França quanto o Japão, que são “os países com maior necessidade desse tipo de energia, continuarão investindo neste setor”¹⁴. Aliás, atualmente, 80% da energia elétrica têm matriz nuclear¹⁵. Este país conta, atualmente com 59 reatores nucleares em funcionamento e o Japão com 55, tendo os EUA 104 e a Rússia 31 reatores operando, somando 439 no mundo inteiro¹⁶.

No entanto,

(...) nos últimos anos assiste-se ao "renascimento" da energia nuclear, com vários países voltando a planejar a construção de usinas, sendo a principal razão para

¹¹ E.F. MULLER, Antônio. *Op. cit.*, p. 115-116.

¹² *Id. Ibid.*, pp. 115, 116.

¹³ Disponível em www.comciencia.br. Acesso em: 17 jun. 2009.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ SOARES, Cláudio. *Op. cit.*, p. 52 e ss. Ver também CAPOZZOLI, Ulisses. *Op. cit.*

¹⁶ *Id. Ibid.*, p. 52 e ss. *Id. Ibid.*

mudança a decisão de conter as emissões de gases para efeito estufa. Para muitos cientistas, só a energia nuclear poderá contribuir decisivamente para isso¹⁷.

Noticiava-se, assim, já para o ano de 2008, na China o início da construção de cinco novas usinas nucleares, na França, o início de uma nova usina nuclear e outras tantas no Reino Unido, Eslováquia, Suécia e na Rússia¹⁸.

Outrossim, ainda em outubro de 2008, a imprensa nacional afirmava que Paulo:

(...) o aquecimento global, processo para o qual as termelétricas movidas a combustíveis fósseis têm sido importantes contribuintes, está produzindo um grande paradoxo na matriz energética de muitos países. Devido à necessidade de adequação ao Protocolo de Kyoto, que estipula meta de 10% de fontes renováveis na matriz energética, muitos países estão reabilitando a geração nucleoeletrica¹⁹.

1.1.3 Aspectos gerais do ciclo do combustível nuclear

Atualmente a energia nuclear decorre da existência de um determinado mineral, o urânio. Segundo as publicações especializadas:

(...) minério de urânio é toda concentração natural de mineral ou minerais na qual o urânio ocorre em proporções e condições tais que permitam sua exploração econômica. O urânio se distribui sobre toda a crosta terrestre, como constituinte da maioria das rochas. Não tem uma cor característica, pode ser amarelo, marrom, ocre branco, cinza; as muitas cores da terra. O que o diferencia de outros minerais é a sua propriedade física de emitir partículas radioativas, a radioatividade, que é aproveitada para produzir calor e gerar energia.²⁰

O ciclo do combustível se constitui de várias etapas, cada uma com sua especificidade. Primeiramente, deve-se alertar para o fato de que “o urânio usado em usinas nucleares não é o natural, sendo obtido a partir dele pelo processo de enriquecimento”²¹, a ser explicitado adiante.

A primeira etapa é a da mineração, que ocorre após a descoberta da jazida com a sua avaliação de viabilidade econômica. Ora,

¹⁷ Id. Ibid., p. 52 e ss. Id. Ibid.

¹⁸ COMMISSIONARIADO DE ENERGIA ATÔMICA DA FRANÇA. ELENUC: Les Centrales Nucléaires dans Le Monde. 2009. Disponível em: www.cea.fr. Acessos em: jan. 2009 e jun. 2010.

¹⁹ **Jornal Valor Econômico**. 22 out. 2008.

²⁰ Disponível em: www.inb.gov.br. Acesso em: 17 jun. 2009.

²¹ Disponível em: www.comciencia.br. Acesso em: 17 jun. 2009. Na publicação ainda se esclarece que: “Na natureza existem vários “tipos” de urânio, chamados isótopos, que diferem apenas pelo número de nêutrons existentes no núcleo. Os vários isótopos usualmente são identificados pela soma do número de prótons e de nêutrons existentes em seu núcleo. Assim, o urânio mais comum na Natureza é o urânio-238. O processo de enriquecimento consiste em adicionar urânio-235, obtendo-se uma mistura dos dois isótopos, cuja proporção depende da aplicação. Isto é feito porque o urânio-235 (U-235) é altamente fissionável, enquanto o urânio-238 (U-238) é bem mais estável, o que permite controlar a energia produzida na reação em cadeia através da proporção entre eles. Usinas nucleares usam uma proporção de 3% de U-235 e 97% de U-238. Reatores nucleares para pesquisa, como os do Instituto de Pesquisas Energéticas e Nucleares (Ipen), usam cerca de 20% de U-235. Já as bombas atômicas usam 90% de U-235. O urânio natural possui somente 0,7% de U-235”.

(...) para que sua exploração seja economicamente viável, é preciso encontrar jazidas de urânio em forma de minério. Na verdade, existem vários tipos de minério de urânio, nome dado a qualquer concentração natural mineral na qual o urânio ocorre em proporções que permitam sua exploração econômica. O mais comum e importante é a uranita (...).²²

O minério retirado da jazida é levado para o processo de beneficiamento na usina de beneficiamento. Neste processo, o urânio é separado do minério e é purificado e concentrado, transformando-se num sal de cor amarela, denominado “yellowcake”²³.

No Brasil, este processo é realizado pela INB – Indústrias Nucleares do Brasil S/A.

Em seguida o “yellowcake” (que é óxido de urânio) é convertido em hexafluoreto de urânio, ficando em estado gasoso, depois de dissolvido e purificado.

Na etapa seguinte ocorre o **enriquecimento isotópico**, cuja finalidade é a de acrescer a concentração de urânio 235 para além daquela encontrada na natureza que é de apenas 0,7%, para de 2% a 5%, tornando, portanto, o produto combustível nuclear.

Ou seja, este processo de enriquecimento é aquele por meio do qual “se eleva a concentração de U – 235 na massa do minério”²⁴, uma vez que 99,3% do metal é formado por U-238, que não serve para gerar energia. Assim, no enriquecimento, separam-se os diversos isótopos e se retiram os indesejáveis, deixando os U-235²⁵.

Quanto mais enriquecido for o Urânio, maior o potencial energético dele. Assim, o Urânio enriquecido em 2,5% a 5% serve como combustível para as usinas nucleares. Para sua utilização em submarinos nucleares, deve ser enriquecido em 20% e, para que possa ser usado em uma bomba atômica, deve ser atingido o patamar de 90% de enriquecimento²⁶.

O Brasil ainda não domina completamente em escala industrial este processo de enriquecimento isotópico, que é realizado na Europa por um consórcio de empresas denominado URENCO²⁷. Este procedimento é realizado em **ultracentrífugas que já são produzidas no Brasil**, no entanto.

Quanto a tal aspecto, a imprensa noticiava em 24 de outubro de 2008 que o **Brasil já estava mais próximo de acordo com a União Européia em fusão**

²² SOARES, Cláudio. *Op. cit.*, p. 52 e ss. CAPOZZOLI, Ulisses. *Op. cit.*

²³ Disponível em: www.comciencia.br. Acesso em: 17 jun. 2009.

²⁴ SOARES, Cláudio. *Op. cit.*, p. 52 e ss. CAPOZZOLI, Ulisses. *Op. cit.*

²⁵ Id. *Ibid.*, p. 52 et seq.. Id *Ibid.*

²⁶ Id. *Ibid.* loc. cit. et seq. Id *Ibid.*

²⁷ Disponível em: www.comciencia.br. Acesso em: 17 jun. 2009.

nuclear. O Brasil necessita fechar os termos do acordo com o EURATOM para que possa “participar do projeto do reator nuclear experimental termonuclear internacional, que está sendo construído na França”, além de ter que pagar uma espécie de **pedágio** orçado em um bilhão de dólares²⁸.

De acordo com publicação especializada, “a implantação da tecnologia de produção de hexafluoreto de urânio em escala industrial é parte importante do esforço nacional na busca de autonomia no domínio do complexo ciclo da produção de combustíveis nucleares”.

Na mesma fonte especializada obtém-se a informação segundo a qual:

(...) a técnica de obtenção laboratorial do UF₆ [hexafluoreto de urânio] já foi desenvolvida no Brasil, o passo seguinte é a sua produção em nível piloto. Este passo está sendo realizado pela Marinha do Brasil em uma instalação denominada Unidade de Produção de Hexafluoreto de Urânio (Usexu) (...)

Lá ainda se assevera que

(...) a produção anual prevista é de 40 toneladas de hexafluoreto de urânio, que atenderá às necessidades do Programa Nuclear da Marinha e, ainda, poderá atender, eventualmente, a parte das necessidades das Indústrias Nucleares do Brasil (INB)²⁹.

No passo seguinte, o gás de hexafluoreto de urânio é convertido em dióxido de urânio, que tem estado sólido, em pó. Este procedimento é realizado também pela INB.

Após, o pó é utilizado para fabricação de pastilhas de dióxido de urânio, ainda na INB³⁰.

²⁸ **Jornal Valor Econômico.** 24 out. 2008.

²⁹ MARINHA DO BRASIL. **Seminários Temáticos para a 3ª Conferência Nacional de C, T. & I.** p. 1558 e ss. Disponível em: www.cgee.org.br. Acesso em: 17 jun. 2009. Lá ainda se remarca que “a necessidade da Marinha, para o desenvolvimento dessa instalação, decorre da negativa de fornecimento de hexafluoreto de urânio, por parte de países detentores dessa tecnologia, para a fabricação de combustível nuclear dos reatores de pesquisa e, no futuro, de submarinos com propulsão nuclear. Essa negativa de fornecimento foi aplicada pela primeira vez quando a Marinha tentou realizar uma compra no exterior, para o reator de pesquisas Ipen-MB01, operado em conjunto pelo Ipen e pela Marinha (...). E realça a importância estratégica da dominação deste trecho do ciclo nuclear, inclusive em virtude do custo de produção da energia nuclear: sabe-se, atualmente, que a fase de transformação do concentrado de urânio em UF₆ não é a etapa das mais onerosas na fabricação de combustível nuclear. Na cadeia de valor do ciclo do combustível nuclear, as contribuições se distribuíam, resumidamente, da seguinte forma, em preços, no ano de 2003: obtenção do urânio natural – 22%, produção do hexafluoreto de urânio (conversão) – 5%, enriquecimento – 47% e Fabricação de combustível 26%. Entretanto, prevê-se que, no futuro, essa etapa deva aumentar a sua participação proporcional. Além disso, prevêem-se a escalada do preço do combustível, em vista da crise energética, a demanda acentuada de energia pela sociedade e a queda na produção do petróleo. Na distribuição dos custos, a agregação de valor da fase da conversão parece não ser relevante, mas é importante observar que essa situação vem se modificando e os serviços de conversão vêm aumentando de preços continuamente. (...) As razões para esse comportamento de mercado podem ser inferidas como a redução, ou a previsão de redução, da disponibilidade de urânio no mundo, desativação de algumas unidades de conversão e aumento, ou a expectativa de aumento, da demanda mundial, consistente com as previsões dos estudos dos órgãos especializados que indicam que a partir de 2006 haverá um déficit de urânio disponível no mercado (...) o que pode estar contribuindo desde já com esse comportamento de preços”.

³⁰ Disponível em: www.inb.gov.br. Acesso em: 17 jun. 2009. “Após o processo de mistura (homogeneização) com U₃O₈, o pó de UO₂ é transportado para uma prensa rotativa automática [1], onde são produzidas pastilhas. Nesta fase do processo são chamadas de "pastilhas verdes" [2]. As "pastilhas verdes", ainda relativamente frágeis, são encaminhadas ao forno de sinterização [3], sob temperatura de 1750° C, em processo semelhante ao da fabricação de cerâmicas, onde adquirem resistência (ou endurecimento) necessária às condições de operação a que serão submetidas dentro de um reator de uma usina

Depois vem a etapa denominada de fabricação de elementos combustíveis, no qual as pastilhas são montadas em varetas de uma liga metálica especial, o zircaloy³¹. Esta etapa também é realizada pela INB³².

1.1.4 Da transformação da energia nuclear em energia elétrica

Como esclarecem os especialistas,

(...) o núcleo do reator [nuclear] consiste de um conjunto de vários tubos longos com pastilhas de dióxido de urânio, substância que contém átomos de urânio. No urânio ocorre uma reação em cadeia causada pelas fissões do urânio-235 e a energia liberada é absorvida pelo material do reator na forma de calor – a energia nuclear contida nos núcleos atômicos é transformada em energia elétrica. A temperatura da água usada para refrigerar o reator nuclear de Angra chega a 320° C.³³

Prossegue informando que:

(...) como em qualquer usina termoeletrica (no caso, termonuclear), o calor é usado para vaporizar a água. O vapor é forçado a passar pelas pás de uma turbina e a girá-la – a energia térmica é transformada em energia mecânica de rotação. O eixo da turbina comunica-se com um gerador, que transforma a energia mecânica em energia elétrica. A energia elétrica é então conduzida, através de fios e torres de transmissão (...)³⁴.

Ainda é em publicação especializada que se esclarece que:

(...) as usinas nucleares são centrais termoeletricas - como as convencionais - compostas de um sistema de geração de vapor, uma turbina para transformação do vapor em energia mecânica e de um gerador para a transformação de energia mecânica em energia elétrica. A geração de vapor, não ocorre em consequência da combustão de um material combustível, como o carvão e óleo, e sim devido à fissão de núcleos de átomos de urânio, sendo a empresa Eletrobrás Termonuclear S.A. – ELETRONUCLEAR a responsável, no Brasil, pelo projeto, construção e operação da

nuclear. As pastilhas sinterizadas [4] passam, ainda, por uma etapa de retificação [5] para ajuste fino das dimensões. Após a retificação todas as pastilhas sinterizadas são verificadas através de medição a laser [6], que rejeita aquelas cuja circunferência estiver fora dos padrões adequados. As pastilhas sinterizadas aprovadas são acondicionadas em caixas [7] e armazenadas adequadamente num depósito existente dentro da FCN Pastilhas. Os equipamentos são mantidos sob ventilação/exaustão [8] controladas, visando a manutenção da boa qualidade do ar no interior da fábrica”.

³¹Disponível em: www.comciencia.br. Acesso em: 17 jun. 2009.

³²Disponível em: www.inb.gov.br. Acesso em: 17 jun. 2009. O elemento combustível: “É composto pelas pastilhas de dióxido de urânio montadas em tubos de uma liga metálica especial - o zircaloy - formando um conjunto de varetas, cuja estrutura é mantida rígida por reticulados chamados grades espaçadoras. Ainda em Resende, na Fábrica de Combustível Nuclear - FCN - Componentes e Montagem, é produzido, obedecendo a severos padrões de qualidade e precisão mecânica. O Elemento Combustível é a fonte geradora do calor para geração de energia elétrica, em uma usina nuclear, devido à fissão de núcleos de átomos de urânio. O elemento combustível é um conjunto de 235 varetas combustíveis - fabricadas em zircaloy - rigidamente posicionadas em uma estrutura metálica, formada por grades espaçadoras; 21 tubos-guias e dois bocais, um inferior e outro superior. Nos tubos-guias são inseridas as barras de controle da reação nuclear. Antes de serem unidas a estes tubos por solda eletrônica, as grades espaçadoras são alinhadas por equipamentos de alta precisão. A solda das extremidades das varetas se dá em atmosfera de gás inerte e sua qualidade é verificada por raios-X. As pastilhas de urânio, antes de serem inseridas nas varetas combustíveis, são pesadas e arrumadas em carregadores e secadas em forno especiais. Simultaneamente, os tubos de zircaloy têm suas medidas conferidas por testes de ultra-som e são minuciosamente limpos. Só então as pastilhas são acomodadas dentro das varetas sob a pressão de uma mola afastada do urânio através de isolantes térmicos de óxidos de alumínio. Um elemento combustível supre de energia 42.000 residências médias durante um mês”.

³³Disponível em: www.comciencia.br. Acesso em: 17 jun. 2009.

³⁴Ibid.

Central Nuclear Almirante Álvaro Alberto (CNAAA), que reúne as usinas de Angra I e II.³⁵

1.1.5 Os rejeitos radioativos

Os rejeitos ocorrem em todas as fases do ciclo nuclear. Aliás, é um equívoco bastante comum pensar em rejeitos apenas relacionados à fase de combustão dos combustíveis nucleares. Apenas os **rejeitos radioativos** é que ocorrem somente na etapa pós-enriquecimento.

Em especial, no que concerne aos rejeitos produzidos já pelas usinas nucleares (no caso brasileiro, Angra I e Angra II), podem eles ser classificados em três níveis de radioatividade: alta, média e baixa. Importante é ressaltar que “ainda não há no Brasil, um lugar escolhido para o depósito definitivo de o lixo nuclear, ficando o lixo de Angra em depósitos intermediários”³⁶.

Como se noticia,

(...) para os rejeitos de baixa e média radioatividade (que deveriam ficar no depósito intermediário por no máximo três anos) os destinos são dois galpões de concreto construídos dentro de rochas, ao lado da usina. Nestes galpões ficam armazenados tambores que, ou contém botas, macacões e outras roupas contaminadas (rejeitos de baixa radioatividade, com meia-vida aproximada de 60 anos) utilizadas por trabalhadores ou peças de metal do reator e resíduos químicos (rejeitos de média radioatividade). A maior parte dos tambores contém rejeitos de baixa radioatividade que podem ser, inclusive, reutilizados³⁷.

Ainda, de acordo com as publicações especializadas,

(...) o rejeito de alta radioatividade, que a indústria chama de subprodutos, é formado pelo elemento combustível já irradiado dentro do reator. Este rejeito tem uma meia-vida bastante longa., podendo chegar a dezenas de milhares de anos, o que torna a questão sobre o destino a ser dado a ele muito mais importante. Por incrível que pareça, o elemento combustível também pode ser reutilizado. Normalmente, ele é retirado do reator com apenas 15% de sua capacidade utilizada. Se a usina recebe elementos combustíveis com qualquer tipo de problema, pode recorrer ao combustível estocado a ser utilizado em combinação com o novo. O local de estocagem dos rejeitos de alta radioatividade de Angra são as suas piscinas.³⁸

Retomando:

(...) à medida que o tempo passa, o urânio do reator vai sendo “gasto”. Após 03 anos, cerca de 75% do urânio-235 desaparece, sendo substituído pelos produtos de fissão (como o estrôncio-90 e o céscio-137) e por outros elementos químicos (como o plutônio, o netúnio e outros isótopos do urânio), originados quando o urânio emite

³⁵ Disponível em: www.inb.gov.br. Acesso em: 17 jun. 2009.

³⁶ Disponível em: www.comciencia.br. Acesso em: 17 jun. 2009.

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid.

radioatividade ao invés de sofrer fissão. Essas substâncias são conhecidas como “rejeitos radioativos” ou “lixo atômico”, e algumas são extremamente radioativas³⁹.

Segundo a publicação:

(...) o projeto que define normas para a construção de locais definitivos de armazenamento de lixo nuclear já foi aprovado no Congresso, estando em tramitação no Senado. Ele segue as normas internacionais, que propõe a construção de silos de concreto no subsolo⁴⁰.

A par do risco de *vazamentos* nas usinas nucleares, a questão dos rejeitos radioativos é um dos pontos nevrálgicos da questão nuclear, em relação ao qual muitos especialistas temem danos ao meio ambiente.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ibid.

2 FORMAÇÃO DO TRATAMENTO DA QUESTÃO NUCLEAR NO BRASIL

No presente Capítulo 2 passamos a descrever o desenvolvimento das políticas públicas energéticas no Brasil, com ênfase acentuada na questão nuclear com o fito de desenvolver, *a posteriori*, sem desconexão com a realidade nacional, o marco legal da questão.

Não deixamos de lado, também, alguns aspectos de política internacional que influenciaram nossas decisões internas, uma vez que não se pode duvidar do alcance planetário da questão nuclear.

2.1 Primeira Era Vargas, Governo Dutra, Segunda Era Vargas e Governo Café Filho

No Brasil, a questão nuclear vem sendo discutida, ao menos, desde o segundo quartel do Século XX⁴¹.

Os especialistas costumam compartimentalizar, para fins de estudo, alguns períodos, ou ciclos, no que se refere às políticas públicas brasileiras acerca da questão nuclear. Noticiar tais momentos para nós é, nestas linhas, fundamental, uma vez que, por conseguinte, poderemos analisar o histórico legislativo nacional quanto ao tema nuclear, inclusive para propor comportamentos regulatórios *ad futurum*.

Assim,

(...) o primeiro momento do desenvolvimento nuclear brasileiro foi marcado por discussões em torno da exploração e do controle dos recursos atômicos. Foi a existência desses recursos em território nacional que levou o Brasil a participar, na ONU, da primeira reunião dos países interessados no problema atômico. Portanto, é este o ponto de partida do debate em torno do problema nuclear⁴².

Já o segundo ponto *está relacionado com as discussões travadas no âmbito do Clube Militar. Esta arena e destacada por aí se ter desenvolvido um debate sistemático sobre o problema, revelando de que forma a vertente militar se posicionava sobre a questão*⁴³.

⁴¹ LEAL, Maria Cristina. **Caminhos e Descaminhos do Brasil Nuclear: 1945 – 1958**. Mar. 1982. Dissertação (Mestrado) - IUPERJ. Rio de Janeiro. p. 13

⁴² Id. *Ibid.*, p. 13. Ver também CAPOZZOLI, Ulisses. *Op. cit.*

⁴³ LEAL, Maria Cristina. *Op. cit.*, loc. cit.

A importância desta vertente, ainda logo após o fim da **Primeira Era Vargas**, foi decisiva, uma vez que no período de transição, o então General Eurico Gaspar Dutra, alinhando-se com os interesses norte-americanos, ao mesmo tempo em que “buscava desenvolver alguns projetos de caráter nacional, criou o Conselho Nacional de Pesquisas. Foram ainda tomadas medidas de caráter protecionista quanto aos recursos naturais estratégicos”⁴⁴.

Ocorre que, ainda em 1940, os EUA propuseram um **Programa de Cooperação para Prospecção de Recursos Minerais**, em decorrência do qual, especialistas daquele país, percorreram nosso território para detectar jazidas de Tório, Urânio e Petróleo. Viu-se que aqueles dois materiais encontravam-se no subsolo brasileiro misturados à já referida **areia monazítica**, exigindo estudos para se estabelecer o processo de separação entre as substâncias⁴⁵.

Em decorrência das políticas adotadas, em 1945 o Brasil assina o primeiro acordo atômico, comprometendo-se a vender – com exclusividade – para os Estados Unidos 300 (trezentas) toneladas anuais de monazita, por um prazo de 03 (três) anos, com possibilidade de renovação por mais 10 (dez) vezes.

Com o fim da *Primeira Era Vargas*, este acordo passou a ser questionado internamente, entre nós, visto que o Brasil poderia obter melhores preços pela monazita no mercado internacional. Isto motivou o Brasil a comparecer à Comissão de Energia Atômica da ONU em 1946, na qualidade de país detentor de reservas, sendo chefe da comissão brasileira o Almirante Álvaro Alberto Silva, que rejeitou a proposta de monopólio nuclear feita pelos Estados Unidos, por intermédio do conhecido plano Baruch⁴⁶. Ocorre que, segundo a interpretação feita pela delegação

⁴⁴ Id. Ibid., loc. cit.

⁴⁵ Id. Ibid., loc. cit. De acordo com Maria Cristina Leal, tal acordo foi decorrência das decisões tomadas na Conferência de Chapultepec. Ver também CAPOZZOLI, Ulisses Op. cit..

⁴⁶ CALLEGARO PEZZUTTI, Ary Antônio. **A Agência Internacional de Energia Atômica**. Fev. 1980. Dissertação (Mestrado) - Departamento de Ciências Jurídicas da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. p. 11-12. Segundo Ary Callegaro O Plano Baruch foi, na realidade, o resultado da manifestação de um grupo de altos funcionários do Governo dos Estados Unidos, juntamente com um grupo de cientistas e industriais, sob a liderança de Dean Acheson, Sub-Secretário de Estado e David Lilienthal, então Presidente da Tennessee Valley Authority. Este grupo havia preparado o que ficou conhecido como "Relatório Acheson-Lilienthal". Foi um arrojado, mas ingênuo plano, que previa que a energia atômica seria usada exclusivamente para fins pacíficos, mediante a transferência da propriedade de todos os recursos nucleares do mundo, para uma autoridade internacional que sobre eles exerceria total controle. As características principais deste plano foram, posteriormente, incorporadas no que veio a ser conhecido como "Plano Baruch". O Presidente Truman havia indicado Barnard Baruch como seu representante na Comissão de Energia Atômica das Nações Unidas. A primeira reunião esboçou a proposta americana para o controle da energia atômica no mundo e, em dramático discurso, disse Baruch: "nós estamos aqui para fazer uma escolha entre o rápido e o fatal. Nós temos que eleger o mundo da Paz ou o mundo da Destruição". E continuou: "Os Estados Unidos propõem a criação de uma Autoridade Internacional para o Desenvolvimento Atômico à qual devem ser confiadas todas as fases do desenvolvimento e do uso da energia atômica, começando com as matérias primas e incluindo: Poder para controlar, inspecionar e licenciar todas as outras atividades atômicas etc.

brasileira, sob a capa de uma pretensa proposta de paz mundial, o que os EUA pretendiam por intermédio do Plano Baruch era quase uma nacionalização (em favor deles) das jazidas nucleares de todo o mundo. Na documentação deixada pelo Almirante Álvaro Alberto Silva, podem ser observadas Uma série de recomendações que poderiam ser consideradas o embrião de uma política de energia atômica:

- 1) criação de um organismo de controle interno da energia nuclear; 2) nacionalização das minas de urânio e tório; 3) revisão da concessão de mineração; 4) obrigatoriedade de tratamento primário dos minerais radioativos como medida capaz de controlar as exportações; 5) concessão de vantagens as primeiras firmas de tratamento de minerais atômicos; 6) intensificação de atividades técnico-científicas na área⁴⁷.

Tantas discussões no nível internacional evidentemente impulsionaram sua replicação no âmbito interno de nosso país, principalmente diante da ameaça colateral de perda da propriedade das jazidas nacionais.

Assim, em janeiro de 1947, o então Presidente da República, General Eurico Gaspar Dutra criou a Comissão de Estudos e Fiscalização dos Minerais, rompendo, outrossim, o acordo de 1945 em 12 de junho de 1948. Assim, ainda que a exportação tenha continuado nos anos seguintes, não havia, pelo menos, de direito, uma exclusividade para os EUA. Em seguida, tendo sido incumbido o Almirante Álvaro Alberto, em 1948, apresentou ele ao Congresso anteprojeto de lei propondo criação de organismo de supervisão científica e técnica em geral e em particular, para a indústria nuclear, no nível nacional. Veio a lume, portanto, o CNPq – Conselho Nacional de Pesquisas, em 1951. O mesmo Almirante havia apresentado, na mesma época, um projeto de criação de um Conselho de Energia Atômica, que não foi em frente, prevalecendo, à época, a concepção generalista que deu origem ao CNPq, sendo este criado já no novo governo Vargas, em 1951, por intermédio da Lei 1310/51.

Posteriormente, em 1950, Vargas, com um discurso nacionalista contrário aos investimentos estrangeiros, alçou a Presidência da República ainda uma vez. Já sob sua presidência, além da Lei 1310/51, foi editado do Decreto 30.230 de 1º de dezembro de 1951, o qual aprovava o regulamento para pesquisa e lavra de interesse de produção de energia nuclear. Tal texto normativo infralegal também fazia a seguinte referência:

- (...) ao trabalho conjunto a ser realizado pelo Conselho Nacional de Pesquisas e pelo Departamento Nacional de Produção Mineral, do Ministério da Agricultura. O primeiro ficava responsável pelo beneficiamento, transporte, tratamento químico, comércio e exportação de materiais apropriados à energia atômica. O segundo teria

⁴⁷ LEAL, Maria Cristina. Op. cit., p. 15. De acordo com Maria Cristina Leal, tal acordo foi decorrência das decisões tomadas na Conferência de Chapultepec. Ver também: CAPPOZOLI, Ulisses. Op. cit..

como atribuição autorizar a pesquisa e a lavra de minerais físseis apenas a cidadãos de nacionalidade brasileira. Ao Departamento Nacional de Produção Mineral caberia também a execução do Código de Minas⁴⁸.

Já em 1951, um novo acordo Brasil – Estado Unidos foi assinado, mas com a redução das

(...) quantidades propostas por Washington, as quais passaram a ser as seguintes: o governo dos EUA adquiriria do Brasil sais de cério e terras raras até o montante de 2.500 toneladas, bem como 2.500 toneladas de areias monazíticas em cada ano de vigência do entendimento. A duração do ajuste seria de 3 anos. Ou, em outras palavras, o governo norte-americano comprava anualmente ao Brasil 2.500 toneladas de monazita in natura e os produtos cério e toríferos resultantes da industrialização de outras 2.500 toneladas de monazita. E só durante três anos (...) o acordo nesses termos se conformava integralmente com a lei n 1.310, de 15.01.51 pois era feito de governo a governo⁴⁹.

Em seguida do segundo acordo atômico, foi firmado também um acordo militar entre os dois países, a 15 de março de 1952, por meio do qual os Estados Unidos deveriam fornecer materiais, serviços ou outra forma de assistência militar, sob a forma não de empréstimo, mas de entrega graciosa. Demais disso, houve delegação legislativa em favor do Poder Executivo⁵⁰, sendo criada a Comissão de Exportação de Materiais Estratégicos (Decreto 30.583, 21 de fevereiro de 1952), para garantir o cumprimento dos termos do acordo. Importante ressaltar que o CNPq, à época, posicionou-se contra o acordo atômico, chamando atenção inclusive para o descumprimento das compensações específicas.

Releva ainda observar que, de acordo com os especialistas, houve uma divisão dentro do governo, adotando o CNPq uma tendência de caráter mais nacionalista e a CEME outra, mais alinhada com os interesses dos Estados Unidos, sendo, esta última, apoiada pelo então Presidente da República, Vargas. A tendência do CNPq, assim, tendia para uma ampliação dos parceiros nucleares do Brasil, para além das estreitas ligações com os Estados Unidos.

⁴⁸ LEAL, Maria Cristina. Op. cit., p. 13. A autora ainda acresce que “O Código de Minas, que havia entrado em vigor a partir da publicação do decreto-lei n 1.989, de 1940, dava poderes de concessão para o aproveitamento do subsolo, sem referência à forma de exploração, o que juridicamente significava abertura às empresas que não fossem proprietárias diretas do solo. O Código atribuía ao DNPM o direito de fiscalização sobre os minérios estratégicos. A criação da Comissão de Estudos e Fiscalização dos Minerais Estratégicos (CEFME) e do Conselho Nacional de Pesquisas (CNPq), bem como a aprovação do Decreto n.º 30.230 configuravam um projeto nacionalista que tentava criar as condições institucionais capazes de propiciar o desenvolvimento da energia nuclear no Brasil, apesar da ambigüidade da legislação protecionista”.

⁴⁹ Id. Ibid., p. 20.

⁵⁰ Id. Ibid., p. 13. A autora ainda acresce que: “A abertura desse precedente contrariava as normas da Constituição de 1946 que determinava ser “da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre os tratados e convenções celebrados com os Estados estrangeiros pelo Presidente da República (...) III - Autorizar o Presidente da República a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou, por motivo de guerra, nele permaneça temporariamente”. (Seção IV, Art. 66).

E, em 1952, quando do endurecimento da política Norte Americana, Vargas passou a apoiar a corrente defendida pelo CNPq, encaminhando missões diplomáticas à Alemanha⁵¹ e à França. As missões ocorreram no ano de 1953.

Morto Vargas e assumindo a Presidência Café Filho, ele optou por aceitar as novas propostas dos Estados Unidos para continuidade da política nuclear brasileira.

Para a compreensão do processo histórico e mesmo das finalidades a que se devem ater os elementos do marco regulatório da questão nuclear, é preciso também por em evidência as intenções de um importante ator político na época. Trata-se do Clube Militar. Assim, revela-se que:

(...) nos debates em torno dos minerais estratégicos, diferentemente do que ocorreu no caso do petróleo, não encontramos posições radicalmente antagônicas. Ao contrário, havia consenso não só com relação ao fato de que esses minérios deveriam pertencer à área de Segurança Nacional, como também quanto aos procedimentos a serem adotados para a sua venda e utilização.⁵²

Assim é que

(...) os principais pontos ressaltados nos artigos que trataram dos minerais estratégicos refletiam as seguintes preocupações gerais: estabelecer uma relação entre os minerais estratégicos e a energia nuclear, que deveriam ser encarados como questão militar (área de segurança nacional); diagnosticar sobre a possibilidade de desenvolvimento da energia nuclear no Brasil; propor o monopólio estatal e/ou a contenção de exportação para os minérios finalmente, mostrar a importância e a necessidade da intervenção do Estado para o desenvolvimento de energia nuclear. A importância dos minerais estratégicos para a defesa nacional aparece nos artigos relacionada ao aperfeiçoamento do potencial militar⁵³.

Em termos mais objetivos, eis as propostas do clube:

1. Proibição da exportação de quaisquer minerais que contenham urânio ou tório, tanto em bruto, como semibeneficiado, bem como da exportação de produtos resultantes da industrialização desses minerais em nosso território e que possam ser utilizados para a produção de energia atômica;
2. intervenção da União nos termos do art. 146 da Constituição Federal com o fim de instituir o monopólio estatal da pesquisa e da lavra e do aproveitamento industrial dos minerais que contenham urânio e tório;
3. A entidade governamental que for incumbida de exercer o monopólio estatal dos minérios radioativos ficará proibida de efetuar as importações a que se refere o item n. 1, exportações estas que passara a ser consideradas crime de lesa-pátria; em consequência, os funcionários ou autoridades que desrespeitarem essas proibições deverão ser punidos por traição;
4. A entidade governamental que for incumbida de exercer o monopólio estatal dos minerais radioativos devesse dirigir seus trabalhos no sentido do mais rápido aproveitamento da energia atômica para fins

⁵¹ Id. Ibid., p. 28. Importante lembrar que “a solução alemã para o enriquecimento de urânio era o processo de ultracentrifugação e não a difusão gasosa, tecnologia adotada no programa nuclear norte-americano. Veja-se, que segundo os especialistas, a grande vantagem do processo de ultracentrifugação tem sobre o processo de difusão gasosa é de que, através dele, obtém-se urânio enriquecido com tecnologia mais barata”. A autora relata quem os EUA descobriram a negociação Brasil-Alemanha, que era internacionalmente ilegal à época, em virtude de a Comissão de Ocupação da Alemanha Pós 2º Guerra Mundial ter proibido negociações nucleares entre estes dois países. Daí que a Comissão de Energia Nuclear dos EUA determinou e efetuou a apreensão dos aparelhos que em 1954 estavam para ser exportados para o Brasil. Estes aparelhos, a despeito dos esforços do Itamarati, somente chegaram ao Brasil em 1968 (!), já sob o governo de Juscelino Kubistchek. Já quanto à missão francesa, a despeito da aprovação pelo Comissariado de Segurança Nuclear Francês, com a crise de 1951 e a morte de Getúlio Vargas, as negociações foram interrompidas.

⁵² Id. Ibid., p. 25. Ver também: CAPOZZOLI, Ulisses. Op. cit.

⁵³ LEAL, Maria Cristina. Op. cit., loc. cit.

industriais tendo em vista a elevação do padrão de vida do povo brasileiro; quaisquer aplicações para fins agressivos ficara ao repúdio das tradições pacíficas do Brasil⁵⁴.

Fundamentava-se a intervenção da União uma vez que “só o Estado que, por sua natureza, está alheio as preocupações de lucro, poderá assegurar esses objetivos⁵⁵”.

Ocorre que a partir de 1952, com as eleições internas para a entidade, o Clube Militar acaba não mais tratando com a mesma importância que dava anteriormente, a questão nuclear, emergindo assim um posicionamento que se chama de **nacionalismo moderado**, não só por parte de outros órgãos, mas inclusive pelo CPNq, no sentido de obter o melhor resultado possível com as políticas de compensação específica. Ou seja, transferência de tecnologia nuclear dos EUA para o Brasil, como decorrência dos acordos de exportação de minérios nucleares.

Também por esta época acentuou-se uma tendência que já se manifestava desde algum tempo, no sentido da implementação de uma política nuclear própria para o Brasil.

Certo é que se pode afirmar, sem maiores receios, que a esta altura, a questão nuclear tinha se deslocado da periferia das decisões políticas, para ocupar lugar central e, então, passar a ser tratada como política pública.

Todas estas tendências influenciaram nosso marco legislativo e sua apreensão serve para propostas de um marco regulatório a ser proposto, ao menos no que concerne à questão da existência de uma entidade regulatória autônoma para o tema nuclear⁵⁶.

2.2 Governo Juscelino e Governo Goulart

⁵⁴ Id. Ibid., p. 25. Ver também: CAPOZZOLI, Ulisses. Op. cit.

⁵⁵ LEAL, Maria Cristina. Op. cit., loc. cit.

⁵⁶ Id. Ibid., p. 32. Veja-se o seguinte trecho de Maria Cristina Leal: “Pode-se afirmar que o processo decisório ficou limitado ao Executivo, em decorrência da especificidade da questão e dos interesses de segurança nacional envolvidos. Os atores que representavam a elite militar e a burocracia modernizadora foram os que mais participaram do processo decisório da política nuclear. A interferência dos interesses norte-americanos sempre ocorreu por intermédio do Itamarati. O produto final, eu seja, a legislação reguladora sobre os recursos naturais surgiu com sentido protecionista, estimulada por grupos nacionalistas. Apesar disso, até o final do governo Vargas as questões específicas da absorção de tecnologia nova, como a tecnologia alemã, foram boicotadas pelo governo norte-americano, que com isso inviabilizou a implementação de uma política nuclear no Brasil. Finalmente, a ambigüidade do sistema político - seu sentido paternalista e de coalizões de forças antagônicas - não conseguiu absorver e compatibilizar os interesses diferenciados (nacionalistas versus internacionalistas) no caso da política nuclear. A descrição das forças políticas dominantes e as coalizões existentes durante o período descrito neste capítulo, serviram de pano de fundo para o exame de uma política substantiva: no caso, a nuclear. Vale dizer, o processo decisório refletiu a correlação de forças ao nível do sistema político. As decisões e orientações dos diversos atores envolvidos foram influenciadas tanto pela dinâmica interna, quanto pela pressão externa”.

Após a queda de Getúlio, a Alemanha foi declarada livre e, portanto, desocupada. Daí que os empecilhos iniciais para a entrega das ultracentrífugas estavam superados. No entanto, por dissensões internas, as centrífugas, como foi visto, apenas aportam aqui em 1958. Mas tais ultracentrífugas passaram a ser utilizadas nos experimentos de enriquecimento de urânio⁵⁷

Antes disso, porém, em 1956, Juscelino Kubitschek instituiu a Comissão Nacional de Energia Nuclear – CNEN, que absorveu as funções respectivas até então exercidas pelo CNPq – Decreto 40.110/56. A essa época, via-se que a matriz eletrônica era mais cara do que a sua correspondente hidráulica o que arrefeceu o entusiasmo pela energia atômica.

Na abertura da sessão legislativa de 1956, o então Presidente assim se manifestou:

Aproxima-se a era das usinas atômicas, para cuja utilização o país deve se preparar desde já, incluindo no programa de expansão da indústria da eletricidade algumas usinas atômicas, embora de pequeno porte, a fim de que nossos engenheiros possam se familiarizar com essa nova técnica e estejam preparados para os grandes projetos que fatalmente surgirão no futuro não muito remoto⁵⁸.

Este decreto (40.110/56) foi antecedido de severas discussões no nível das casas legislativas. Como sublinham as publicações mais especializadas no tema:⁵⁹

(...) de um lado, estavam os defensores do monopólio estatal da energia nuclear, inclusive na esfera da produção e distribuição de energia elétrica gerada em usinas nucleares. Consideram que o capital estrangeiro se interessava mais pelo significado político do controle da energia elétrica do que pelos aspectos financeiros da atividade. Usavam como exemplo o que ocorria no setor hidrelétrico, em que 82% das atividades estavam sob o controle de empresas canadense e americana. Também atribuíam ao capital estrangeiro a responsabilidade pelo atraso de diversos setores da economia, como na exploração do petróleo. Do outro lado, inversamente, o Estado deveria ser responsável apenas pelas atividades de pesquisa científica e tecnológica da área, delegando as tarefas empresariais ao capital estrangeiro. Os adeptos desta corrente justificavam que o país não tinha pessoal especializado suficiente e recursos para investimentos de tal vulto em infra-estrutura. O confronto era acirrado nas altas esferas da política⁶⁰.

Em sua criação, a CNEN, então diretamente submetida à Presidência da República (art. 1º), o que demonstra o posicionamento estratégico desta autarquia, sem subordinação a nenhum ministério específico, funcionaria como “órgão promotor da execução da Política de Energia Nuclear aprovada pelo Presidente da República” (art. 5º), sendo constituída por 5 (cinco) membros, sendo um deles

⁵⁷ Apud ANDRADE, Ana Maria de. **A Opção Nuclear: 50 Anos Rumo à Autonomia**. Rio de Janeiro: MAST, 2006. p. 128.

⁵⁸ Apud Id. Ibid., p. 96.

⁵⁹ Id. Ibid., loc. cit. Ver também: CAPOZZOLI, Ulisses. Op. cit.

⁶⁰ ANDRADE, Ana Maria de. Op. cit., p. 96. Ver também: CAPOZZOLI, Ulisses. Op. cit.

presidente, e todos de “livre escolha e nomeação do Presidente da República”. Apesar da instituição da CNEN,

(...) a política de exportação dos minerais nucleares não foi alterada em sua essência. Em outro nível, mesmo com a criação da CNEN, que pouco a pouco iria concentrar as atividades de pesquisa e prospecção de urânio e tório, o CNPq e o Departamento Nacional de Produção Mineral continuaram a realizar estes trabalhos até 1959⁶¹.

Isto é:

(...) até a CNEN ter uma estrutura própria, o CNPq continuou a comprar o óxido de tório extraído das areias monazíticas da Usina de Santo Amaro da Orquima, localizada na cidade de São Paulo. A empresa era detentora do monopólio de exploração da monazita, por intermédio de suas subsidiárias. De propriedade e direção de Augusto Frederico Schmidt – representante legal da Société des Produits Chimiques des Terres Rares no contrato firmado com o CNPq para a instalação da fábrica de beneficiamento de urânio em Poços de Caldas⁶².

Quanto à colocação institucional da CNEN no quadro do estado, em 1961, ela foi transferida para a pasta do Ministério das Minas e Energia criado pela Lei 3782, de 22 de julho de 1960, cujo art. 8º ditava que a “Comissão Nacional de Energia Nuclear passa para a jurisdição do mesmo”.

Foi no governo de Goulart que a CNEN passou a ter maiores atribuições. De acordo com os especialistas,

(...) Goulart e Damy imprimiram a marca de seus aliados: alteraram drasticamente a legislação sobre a CNEN e revalorizaram a pesquisa científica e tecnológica, acompanhando a direção da política externa brasileira. João Goulart foi mais um presidente que falou à nação sobre a indispensabilidade da energia nuclear como fonte complementar para a geração de energia elétrica. Entretanto, ele foi o presidente da República que mais fortaleceu a Comissão Nacional de Energia Nuclear, por meio do empenho e experiência de Marcello Damy de Souza Santos, cuja autoridade de físico nuclear contribuiu para o sucesso do IEA. Em vez de manter a CNEN como mais um órgão sob a jurisdição do Ministério das Minas e Energia, como pretendiam os dois últimos presidentes da República, elevou-a a um patamar superior, inclusive àquele de quando fora criada em 1956. Com a Lei 4118, de 27 de agosto de 1962, alterou a política nacional de energia nuclear, decretou o monopólio da União dos minérios e materiais nucleares, e a CNEN tornou-se uma autarquia federal, com autonomia administrativa e financeira, diretamente subordinada à Presidência.⁶³

⁶¹ ANDRADE, Ana Maria de. Op. cit., loc. cit.

⁶² Id. Ibid., p. 102. A autora ainda assevera que: “perto de encerrar seu mandato, Juscelino lançou a pedra fundamental das usinas para industrialização do rejeito zirconífero e metalurgia do zircônio, em Poços de Caldas, como tão almejou Álvaro Alberto e membros da Comissão de Energia Atômica do CNPq. Para supervisionar o empreendimento, agora a cargo da CNEN, que retomou os entendimentos com a Société de Produits Chimiques des Terres Rares e obteve o financiamento do banco francês, foi contratada a Empresa Brasileira de Engenharia. Também no último ano do governo JK, a Orquima S.A., que se beneficiava das ligações de seus sócios com o poder político desde o governo Vargas, foi comprada em estado pré-falimentar pela CNEN. A negociação envolveu o intelectual e maior acionista da empresa, Augusto Frederico Schmidt, grande amigo e um dos principais assessores do presidente da República. Os resultados do Plano de Metas para o campo nuclear foram fracos e apenas não se interromperam as ações iniciadas pelo CNPq. Em suas memórias, JK alegou que o contrabando de monazita e o não aproveitamento das ultracentrífugas encomendadas na Alemanha por Álvaro Alberto foram responsáveis pelos problemas de energia nuclear no seu governo. Esqueceu-se de lembrar que enfraqueceu a produção de ciência e tecnologia ao reduzir o orçamento do CNPq e de ter tomado providências para transferir a CNEN para a jurisdição do recém-criado Ministério das Minas e Energia, a partir de fevereiro de 1961”. Os acionistas da usina de Orquima, segundo a própria autora (p. 102) eram Bernardino de Mattos Netto, Othon Henry Leonardos, Wolf Klabin, Horácio Lafer, Francisco Negrão de Lima e San Thiago Dantas. Quanto à Empresa Brasileira de Engenharia, a autora ainda afirma que o general Bernardino de Mattos Netto, que presidira a Comissão de Energia Atômica do CNPq, era sócio da Empresa Brasileira de Engenharia (p. 113).

⁶³ Id. Ibid., p. 108.

Demais disso,

(...) no processo de reformulação, a CNEN teve as funções, a estrutura organizacional e as atribuições cuidadosamente redefinidas em Lei, tais como: estudar e propor as medidas necessárias à orientação da Política Nacional de Energia Nuclear; promover a pesquisa, prospecção, lavra e fiscalização das jazidas de minerais nucleares, o beneficiamento e tratamento químico dos minérios nucleares; produzir e comercializar os minérios nucleares, materiais férteis, materiais físséis especiais, como os subprodutos nucleares e radioisótopos que dependam de licença; promover e incentivar a preparação de cientistas, técnicos e especialistas nos diversos setores relativos à energia nuclear; estabelecer regulamentos e normas de segurança sobre o uso da radiação e de materiais nucleares; realizar estudos, projetos, construção e operação de usinas nucleares; opinar sobre a concessão de patentes e licenças relacionadas com o processo para a utilização da energia nuclear. A Lei de 1962 detalhou meticulosamente os meios e as alternativas para atingir os objetivos, bem como inovou ao instituir, no art. 19 "Fundo Nacional de energia Nuclear destinado ao desenvolvimento das aplicações da Energia Nuclear, e que será administrado e movimentado pela CNEN"⁶⁴.

Por outro lado,

(...) os institutos brasileiros de pesquisas nucleares, especialmente o Instituto de Pesquisas Radioativas (IPR/MG), o Instituto de Energia Atômica (IEA/USP), o recém-criado Instituto de Engenharia Nuclear (IEN/UB), o Laboratório de Dosimetria (CNEN/PUC-RJ) e também o Centro de Energia Nuclear da Agricultura (CENA/ESALQ) – passaram a integrar o Plano Nacional de Energia Nuclear, sob a coordenação da CNEN. A intenção era congrega em torno da CNEN os esforços isolados de pesquisadores e os institutos de pesquisas nucleares (...)⁶⁵

Em decorrência, assim, do monopólio nuclear instituído em 1962 – abrangendo os minérios e materiais nucleares,

(...) as empresas privadas foram afetadas. Para se encarregar diretamente das atividades de lavra e beneficiamento, a CNEN comprou as seguintes empresas mineradoras do setor: Sulba S/A; Sociedade Comércio de Minérios Ltda., subsidiária da Orquima; e a subsidiária da Mibra S/A, Indústrias Nacionais de Refinação de Monazita LTda. Mesmo com o agravamento das tensões políticas, a CNEN entrou em entendimentos com os empresários para constituir a Companhia de Materiais Nucleares do Brasil (Conambra). A empresa seria subsidiária da CNEN, que deteria pelo menos 51% do seu capital, e o restante do capital seria subscrito por autarquias federais ou sociedades de economia mista das quais a União fosse a acionista majoritária. A empresa teria por finalidade "a lavra, o beneficiamento, refino, tratamento químico e o comércio dos minerais nucleares de interesse para a produção de energia nuclear, e seus associados, como também a produção e comércio de materiais ligados à utilização de energia nuclear"⁶⁶.

2.3 Governos militares

Dentro de uma perspectiva de alçar posição de destaque no cenário internacional, principalmente a partir de 1967, os governos militares valorizavam o

⁶⁴ Id. Ibid., loc. cit.

⁶⁵ Id. Ibid., loc. cit. Ver também: CAPOZZOLI, Ulisses. Op. cit.

⁶⁶ ANDRADE, Ana Maria de. Op. cit., p. 112. A autora ainda remarca que a Conambra foi criada pelo Decreto 53.735, de 18 de março de 1964. O decreto n. 62.710, de 16 de maio de 1968, estendeu às pessoas físicas e jurídicas de direito privado o acesso à subscrição das ações. Ao que tudo indica, a empresa não chegou a funcionar.

estreitamento de laços com países considerados potências médias. Na Europa ocidental, o Brasil conseguiu estabelecer laços de cooperação tecnológica (laços estes que já haviam existido anteriormente) com a França e a então República Federal da Alemanha.

Foi criado um grupo especial de estudos na matéria nuclear. Este grupo em seu relatório conclui que:

(...) apesar da construção ou ampliação das usinas hidrelétricas seria necessária a complementação com usina nuclear de 500MW, a ser instalada em 1976/77, para atender à demanda de energia elétrica cujo consumo aumentava aceleradamente; "era imperativo que a tecnologia nacional fosse preparada para participar de um programa nuclear em larga escala a se iniciar na década de 1980, e um convênio precisava ser assinado entre a CNEN e a Eletrobrás para estabelecer a cooperação entre as partes"⁶⁷.

Tal convênio foi assinado em abril de 1968, “transferindo à Eletrobrás a responsabilidade do processo decisório da usina nuclear”⁶⁸.

Por outro lado, a partir de dezembro de 1968, a CNEN voltou a ficar vinculada ao Ministério da Minas e Energia, ficando *totalmente desvinculada da Presidência da República, ficando clara sua principal missão durante grande parte dos governos da ditadura militar: a produção de energia nuclear para geração de energia elétrica*⁶⁹.

Com relação à construção das usinas, a Eletrobrás delegou a tarefa para sua então subsidiária, Furnas Centrais Elétricas S/A.

Em 1975⁷⁰, Brasil e Alemanha assinaram um (novo) acordo nuclear. Este acordo estava

(...) alicerçado em acordos anteriores: O Acordo de Cooperação sobre utilização pacífica da Energia Atômica entre o Brasil e a Euratom (1961), o Acordo de Cooperação Científica e Tecnológica entre o Brasil e a Alemanha (1969) e as Diretrizes para Cooperação Industrial entre o Brasil e a Alemanha (1974), conhecidos como Protocolo de Brasília .

Já o acordo de salvaguardas entre o Brasil, a Alemanha e a Agência Internacional de Energia Atômica é de fevereiro de 1976, “estendendo as salvaguardas para o material e equipamento especificados, assim como para

⁶⁷ Id. Ibid., p. 130.

⁶⁸ Id. Ibid., loc. cit.

⁶⁹ Id. Ibid., loc. cit. Ver também: CAPOZZOLI, Ulisses. Op. cit.

⁷⁰ Sem dúvida que a crise do petróleo de 1973 serviu como incentivo ao desenvolvimento das tecnologias nucleares. Esta constatação é descrita por Pilar Armanet ao afirmar que “el mayor impulso en este desarrollo se debió sin lugar a dudas al impacto de la crisis del petróleo de 1973. En ese momento las demandas por equipos y materiales nucleares aumentaron considerablemente, y por dos razones fundamentales: con el alza de los precios del petróleo disminuyeron proporcionalmente los costos de generación de la energía nuclear, y, el embargo petrolero contribuyó a crear conciencia de la vulnerabilidad económica y política de los países compradores de petróleo, y de la necesidad de aumentar y diversificar las fuentes de abastecimiento de energía tanto desde el punto de vista de la procedencia de sus importaciones como del tipo de recursos generadores, a fin de asegurar el abastecimiento permanente de energía, especialmente en momentos de crisis externas e internas”. ARMANET, Pilar. Energía Nuclear y no proliferación en América Latina: la constitución del sistema de Tlatelolco. **Revista de Informação Legislativa**, ano 1, n. 1, março de 1964, Brasília, Senado Federal.

informações tecnológicas relevantes”⁷¹. A principal vantagem apresentada pelo acordo Brasil-Alemanha foi a possibilidade da “transferência de tecnologia e implantação de todas as fases do ciclo do combustível; capacidade de fabricação de reatores de grande porte; e identificação das reservas de urânio e tório”⁷². Para a Alemanha, entre outras razões, havia a abertura da possibilidade de enriquecimento de urânio, já que estava impedida de fazê-lo face ao acordo com a Euratom⁷³.

No quadro de competências que resultou do acordo Brasil-Alemanha, a Nuclebrás ficou encarregada da execução no sentido de ser responsabilizada pelas atividades de pesquisa e prospecção de minerais nucleares,

(...) desenvolvimento do ciclo do combustível, construção de usinas nucleoeletricas e montagem de um parque industrial destinado à fabricação dos equipamentos para as usinas. Para esses fins, foram constituídas imediatamente subsidiárias sob a forma de joint ventures com empresas alemãs e uma companhia austríaca: a Nuclebrás Auxiliar de Mineração (Nuclam), com participação da Urangesellschaft (UG), para atuar na prospecção, pesquisa e mineração e beneficiamento de urânio; a Nuclebrás Engenharia (Nuclen), em associação com a Kraftwerk Union (KWU), grupo Siemens, para realizar serviços de engenharia para as usinas nucleares; a Nuclebrás Equipamentos Pesados (NUclep), em acordo com a KWU, a Gute Hoffnungs Hütte (GHH) e a austríaca Voest, para a fabricação de reatores, geradores de vapor, componentes pesados e protótipos de carros blindados; a Nuclebrás Enriquecimento Isotópico (Nuclei), em associação com a Steag e a Interatom, para a produção de urânio enriquecido; e a Nuclebrás-Steag Companhia de Exploração de Patentes de Enriquecimento por Jato-Centrífugo (Nustep), a única com sede na Alemanha e associada à Trenndüsen Entwicklungs Patentvertretung GmbH & CO. KG., criada para o desenvolvimento do método de enriquecimento por jato centrífugo. A Nuclebrás tinha participação majoritária no capital das subsidiárias: 51% da Nuclam, 75% da Nuclen e Nuclei e 98,2% na Nuclep⁷⁴.

Já Furnas ficou encarregada da construção das duas primeiras usinas do acordo e a “Nuclen ficou encarregada da parte de engenharia dos demais projetos”⁷⁵.

O acordo foi objeto de questionamentos internos e de pressões – contrárias – internacionais, principalmente por parte dos Estados Unidos da América, que temiam perder a posição de preeminência nas relações com o Brasil, em matéria nuclear, mas que apoiou seus protestos, então na época da presidência de Jimmy Carter, em 1977, no perigo do desenvolvimento de armas nucleares pelo Brasil que, à época, ainda não era signatário do TNP, tendo as tensões chegadas ao ponto de haver o rompimento do acordo militar que vigia entre Brasil-EUA desde 1952, e, posteriormente, interrompendo o fornecimento de suprimento de combustível para Angra I e se

⁷¹ Id. Ibid., loc. cit.. Ver também: CAPOZZOLI, Ulisses. Op. cit.

⁷² ANDRADE, Ana Maria de. Op. cit., loc. cit. Ver também: CAPOZZOLI, Ulisses. Op. cit.

⁷³ ANDRADE, Ana Maria de. Op. cit., loc. cit.

⁷⁴ Id. Ibid., p. 144.

⁷⁵ Id. Ibid., loc. cit. Ver também: CAPOZZOLI, Ulisses. Op. cit.

imiscuindo⁷⁶ em questões referentes ao tratado de Tlatelolco (que não dizia respeito àquele país, visto que se destinava à América Latina e Caribe), sempre com o intuito de “cercear a transferência de tecnologia nuclear para manter a dependência dos países politicamente periféricos”⁷⁷. Os EUA inclusive pressionaram a Holanda, país que integra o consórcio Urenco (juntamente com Inglaterra e Alemanha), que detém a tecnologia para enriquecimento por centrifugação, ficando o Brasil limitado a utilizar o processo por jato centrífugo, à época ainda em estágio experimental.

Internamente ainda surgiram a partir de 1978, duras críticas ao acordo, tendo em vista que, nas bases em que acabou ocorrendo, significou mais uma compra de equipamentos de que transferência de tecnologia.

A partir de 1981, por questões econômicas estruturais do Brasil, pelo aumento dos custos de financiamento do projeto, e por outras razões, programa nuclear brasileiro entrou em fase de quase estagnação, inclusive com a paralisação das obras de Angra 2.

Por outro lado, foi durante a década de 1980 que o tratamento da questão nuclear no Brasil sofreu uma série de alterações, que culminaram com o seu atual estado conforme plasmado na Carta de 1988.

Conforme se referem os especialistas,

(...) finalmente, a energia nuclear deixava de ser tratada como um assunto de segurança nacional e passava a ser discutida como algo que poderia ser importante ou não ao bem-estar social diante da relação custo benefício e dos riscos relacionados a acidentes e rejeitos nucleares⁷⁸.

As políticas públicas quanto à energia nuclear foram revistas ainda no Governo Sarney, tendo-se entendido pela continuidade das obras de Angra 2, “tendo em vista a demanda de energia elétrica e a importância estratégica do domínio da tecnologia nuclear”⁷⁹. Assim,

(...) Sarney transformou a grande “holding” (Nuclebrás) estatal nas Indústrias Nucleares do Brasil (INB), vinculando-as à CNEN. A Nuclen foi transformada em subsidiária da Eletrobrás, que devolveu a Furnas o gerenciamento da construção e operação das usinas nucleares⁸⁰.

⁷⁶ ARMANET, Pliar. Energía Nuclear y no proliferación en América Latina: la constitución del sistema de Tlatelolco. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal. ano 1, n. 1, mar. 1964. E, habilmente, para obter uma legitimação quanto tal atitude, em 26 de maio de 1977 assinou e ratificou internamente sua adesão ao Tratado de Tlatelolco.

⁷⁷ ANDRADE, Ana Maria de. Op. cit., p. 145.

⁷⁸ Id. Ibid., p. 156. Ver também: CAPOZZOLI, Ulisses. Op. cit.

⁷⁹ ANDRADE, Ana Maria de. Op. cit., p. 158.

⁸⁰ Id. Ibid., loc. cit.

Importante ressaltar que a INB entrou entendimentos com o Centro Tecnológico da Marinha em São Paulo, para obter o processo de enriquecimento de urânio por meio do processo de ultracentrifugação.

2.4 A partir da Constituição de 1988

No final do governo Itamar Franco decidiu-se finalmente pelo prosseguimento das obras de Angra II e já em 1995 iniciou-se o processo concorrencial para Angra III.

Ainda em 1995,

(...) as empresas do sistema Eletrobrás foram incluídas no Programa Nacional de Desestatização do governo privatista de Fernando Henrique Cardoso, mas o segmento da geração nuclear foi excluído do processo por impedimento constitucional. Diante disso, a fusão da Nuclen com o Departamento de Engenharia Nuclear de Furnas deu origem à Eletrobrás Termonuclear SA (Eletronuclear), em 1997, que passou a responder pelo projeto, construção e operação de usinas do setor. A INB ficou encarregada das demais atividades do ciclo do combustível nuclear: fabricação de pastilhas e elementos combustíveis, em sua unidade em Resende (RJ) e o beneficiamento de urânio em Poços de Caldas (MG), que posteriormente passou a ser feito na INB Caetité (BA)⁸¹.

O acordo Brasil-Alemanha foi rompido, por este país, em 2004, tendo sido substituído por um acordo de cooperação na área energética.

Importante ainda salientar que a Marinha continuou desenvolvendo um programa de enriquecimento de urânio, pelo método da ultracentrifugação, para obter combustível para o submarino nuclear brasileiro, tendo sido este programa incorporado às pesquisas oficiais ainda em 1987.

Cumprir ainda lembrar que até a data atual, o enriquecimento de urânio feito em Resende não supre toda a necessidade de Angra I e II, sendo o Brasil ainda dependente dos processos realizados pelo consórcio URENCO.

No entanto, o mais importante, para nosso trabalho, é deixar remarcado que a questão nuclear, com o tempo, vai paulatinamente deixando de ser tratada como um problema de segurança nacional para ir se inserindo no contexto do suprimento das necessidades energéticas da economia nacional, tendo restado explícito no texto constitucional a finalidade somente pacífica do uso da energia nuclear entre nós.

⁸¹ Id. Ibid., p. 160. Ver também: CAPOZZOLI, Ulisses. Op. cit.

2.5 O Brasil e o panorama internacional

Tendo em vista o alcance mundial da questão nuclear, é preciso fazer referência a alguns atores de ordem internacional bem como a instrumentos normativos de caráter planetário.

No campo internacional, foi criada a AIEA – Agência Internacional de Energia Atômica, em 1957, como órgão com considerável autonomia própria da ONU.

Foi também em 1957, na mesma ocasião em que foi assinado, ainda em Roma, o EURATOM, que criou a **comunidade europeia da energia atômica**.

Na verdade, a alteração fundamental das questões nucleares no Brasil é de ordem supra legal. A primeira, diz respeito à Constituição de 1988, o que será analisado em item posterior e a segunda, concernentemente às entidades internacionais criadas na década de 1960, atuantes na questão nuclear, em nível planetário.

Em 1968, é lançado o Tratado de Não Proliferação Nuclear – na verdade, de não proliferação de armas nucleares. Este tratado, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1970 e considera as nações divididas em dois grupos: i) os cinco países que detonaram ogiva nuclear antes de 1º janeiro de 1967, quais sejam: EUA, União Soviética (agora, Rússia), China, Reino Unido e França; ii) os demais, que por meio do tratado, comprometem-se a não obter armas nucleares. Conforme explicam os especialistas do tema,

(...) essa divisão tem como base a situação geopolítica mundial ao término da II Guerra Mundial. Os cinco países do primeiro bloco, a não ser a China, foram os vencedores da guerra e, não por acaso, são os membros permanentes do Conselho de Segurança da ONU, aqui, inclusive a China, os únicos com poder de veto sobre as decisões. Assim, de acordo com o TNP, os cinco podem manter suas armas atômicas, mas não transferi-las nem repassar a tecnologia para sua fabricação a outra nação. O acordo, que entrou em vigor em 1970, permite que os demais países desenvolvam a tecnologia nuclear para a geração de energia elétrica e outros fins pacíficos, sujeitando-se às inspeções da Agência Internacional de Energia Atômica (AIEA). Demais disso, o TNP estipula que as visitas periódicas de inspeção têm de ser negociadas previamente com cada país e há limites para as averiguações. Por exemplo, os técnicos podem averiguar o grau de enriquecimento de urânio, mas não o funcionamento das centrífugas que enriquecem o material ⁸² (...)

Em respeito ao segredo industrial. Ocorre, entretanto, que em 1997, a AIEA aprovou

(...) um protocolo adicional, que dá aos inspetores da agência poderes de investigação mais amplos. O objetivo é detectar a existência de atividades secretas. O protocolo

⁸²SOARES, Cláudio. Op. cit., p. 52 e ss.

adicional prevê que a AIEA tenha o direito de fiscalização sem aviso prévio e sem restrições.

É interessante notar, por outro lado, que

(...) esse protocolo não se aplica a nenhum dos cinco Estados dotados de armas, o que cria uma situação assimétrica. Para a enorme maioria das nações do mundo, que não possuem bombas, impõe-se um controle rigoroso. Aos detentores dos armamentos, exige-se o compromisso do desarmamento, sem prazos⁸³. Daí que os principais atingidos pelas determinações do protocolo adicional são os países com condições de desenvolver tecnologia no âmbito nuclear, como é o caso do Brasil e da Argentina, além do Irã. Muitos cientistas da área nuclear dizem que o protocolo busca de fato a não proliferação tecnológica, em proveito das nações que já detêm o controle do processo nuclear⁸⁴.

Exatamente por não ser o Brasil, ao menos ainda, signatário do protocolo adicional do TNP é que em 2004 viu-se envolvido em polêmica com a AIEA. Como referido o protocolo adicional dá poderes mais amplos aos fiscais daquela agência e,

(...) sob pressão dos países que detêm armas nucleares, sobretudo Estados Unidos (EUA), Reino Unido e França, a AIEA exigia examinar as centrífugas da unidade industrial brasileira. No entanto, o governo brasileiro não aceitou a inspeção visual das centrífugas, cujos formato e disposição são considerados segredo tecnológico. Avalia-se que esses equipamentos, desenvolvidos em nosso país, produzem urânio enriquecido a um custo mais baixo que outras tecnologias. Por isso, o exame minucioso do equipamento poderia colocar em risco o segredo industrial. Além disso, argumentavam os brasileiros, para controlar o grau de enriquecimento de urânio não seria preciso olhar dentro das máquinas. Depois de longas negociações, a agência concordou em examinar tubos, válvulas e conexões sem acesso às centrífugas⁸⁵.

A questão foi objeto de uma série de matérias e comentários, como por exemplo, a publicada em periódico nacional:

O projeto nuclear brasileiro, que andou chamando a atenção do mundo, entrará em uma fase decisiva nesta semana. Na terça-feira, uma equipe da Agência Internacional de Energia Atômica (Aiea) visitará as instalações da fábrica de enriquecimento de urânio que o governo federal está implantando em Resende, no sul do Rio de Janeiro. A visita pode representar o “round” final de uma briga que já se estende desde o início do ano passado. Fiscais da agência, órgão ligado à ONU cuja

⁸³Id. Ibid., loc. cit.

⁸⁴Id. Ibid., loc. cit. Acerca das opiniões sobre a necessidade ou utilidade do Brasil em ser signatário do protocolo adicional, a **Folha de São Paulo, Periódico de Imprensa**, na data de 10 de abril de 2010 publicou a opinião de dois intelectuais acerca do tema. Um deles é o Diplomata Samuel Pinheiro Guimarães, para quem trata-se de “instrumento desnecessário e humilhante, tendo em vista que: o centro da questão é o tratado de não proliferação nuclear (TNP), cujo objetivo é evitar uma guerra nuclear. A possibilidade de tal conflito não está nos países que não detêm armas nucleares, mas sim, naqueles que as detêm. Portanto, o principal objetivo do TNP deve ser a eliminação das armas dos países nuclearmente armados: Estados Unidos, Rússia, China, França e Inglaterra. Há 42 anos esses países se comprometeram a eliminar suas armas, e há 42 anos não cumprem esse compromisso. Ao contrário, aumentaram a eficiência de suas armas nucleares. Apesar de não terem se desarmado, esses países insistem em forçar os países não nucleares a aceitar obrigações crescentes, criando crescentes restrições à difusão de tecnologia, inclusive para fins pacíficos (...). Assim, para o citado estudioso, o Protocolo Adicional constituiria uma violação inaceitável da soberania diante da natureza pacífica das atividades nucleares no Brasil, uma suspeita injustificada sobre nossos compromissos constitucionais e internacionais e uma intromissão em atividades brasileiras na área nuclear. Na mesma ocasião, foi também exposta à opinião de Rubens Ricupero, para quem a adesão ao TNP constituiu a consequência natural, pois a proibição da arma nuclear já constava da Constituição de 1988 e o acordo de 1991 havia criado para o país todas as obrigações que decorreriam do tratado. Quando a adesão se deu, em 1997-1998, os únicos que não haviam assinado eram Índia, Paquistão e Israel, que tinham para isso uma razão: queriam a bomba (o quarto era Cuba, que aderiu logo depois). Que sentido teria tido para o Brasil ficar de fora, em companhia dos três belicistas, se já havíamos assumido na prática as obrigações do TNP? O mesmo argumento se aplica ao Protocolo Adicional, que não é mais que a aceitação de fiscalização reforçada. O Brasil é dos raros países que permitem à agência acesso até a suas instalações militares. O que teríamos a temer se nada temos a esconder?”(...). Portanto, afirma que a “adesão não contraria o interesse nacional”.

⁸⁵Id. Ibid., loc. cit.

tarefa é inspecionar atividades nucleares em todos os países que detêm essa tecnologia, querem ter "acesso visual irrestrito" às centrífugas onde é enriquecido o urânio brasileiro, usado como combustível para o funcionamento das usinas nucleares de Angra I e Angra II. O Brasil, por sua vez, quer mostrar o mínimo possível de seus equipamentos, sob o argumento de que o modelo nacional, desenvolvido pela Marinha, é um avanço industrial e, como tal, tem direito à proteção do sigilo. O impasse pode estar perto de ser solucionado – e disso depende a entrada em pleno funcionamento da fábrica⁸⁶.

Hoje, o Brasil é signatário não somente do TNP⁸⁷, como do tratado de Tlatelolco, conforme se verá mais adiante. O tratado de Tlatelolco deu origem ao OPANAL⁸⁸, Organismo para la Proscripción de Las Armas Nucleares de América Latina e Caribe, com sede na cidade do México, naquele país.

2.6 Fatos contemporâneos no Brasil

Mais contemporaneamente, em julho de 2008, noticiava a imprensa nacional a discordância da CNEN e da ELETRONUCLEAR acerca das *exigências impostas na licença prévia dada para Angra 3*. Boa parte da controvérsia entre o IBAMA e as entidades acima citadas dizia respeito ao tratamento dos rejeitos radioativos. Veja-se que a CNEN, à época já desejava apresentar projeto de lei para criação do que denomina **Empresa Brasileira de Rejeitos Radioativos**, que seria vinculada ao Ministério da Ciência e Tecnologia⁸⁹.

Logo em seguida, conforme noticiado em periódico da imprensa nacional, ao **Comitê de Desenvolvimento do Programa Nuclear Brasileiro**, coordenado pela então Ministra Chefe da Casa Civil, Dilma Roussef, foi determinado um prazo de 60 dias para definir uma política para o setor, com vistas ao maior problema então enfrentado, qual seja como armazenar os rejeitos nucleares sem que eles poluam o meio ambiente. Ainda se noticiou o interesse do Brasil no desenvolvimento de

⁸⁶ Disponível em: [http:// veja.abril.com.br_201004_p_126](http://veja.abril.com.br_201004_p_126). Acesso em: jun. 2010.

⁸⁷ Disponível em: http://veja.abril.com.br_250697_p_031b. Acesso em: jun. 2010. A proposta de adesão ao TNP foi encaminhada pelo então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, em junho de 1997: O presidente Fernando Henrique Cardoso encaminhou ao Congresso “a proposta de adesão do Brasil ao Tratado de Não-Proliferação de Armas Nucleares -- um pacto segundo o qual os signatários se comprometem a não desenvolver tecnologias nucleares para fins bélicos. A decisão do governo brasileiro, tomada quase trinta anos depois da criação do tratado, tem o valor simbólico de integrar a diplomacia brasileira num mundo onde não há mais Guerra Fria. O Brasil não assinou o tratado antes porque temia que fosse utilizado por potências estrangeiras para impedir pesquisas na área, mesmo com fins pacíficos. A mudança tem um matiz político. O governo pleiteia uma vaga permanente no Conselho de Segurança da ONU e ficaria com sua candidatura enfraquecida se permanecesse alinhado com o pequeno bloco de países que não assinaram o tratado, formado por Cuba, Israel, Índia e Paquistão”.

⁸⁸ ARMANET, Pliar. Energía Nuclear y no proliferación en América Latina: la constitución del sistema de Tlatelolco. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal. Ano 1, n. 1, mar. 1964.

⁸⁹ *Jornal Valor Econômico*. 24 jul. 2008.

submarinos nucleares para proteção das então recém-descobertas camadas de pré-sal, tendo-se, então, entendido, que submarinos a propulsão nuclear não seriam classificados como submarinos de ataque. A intenção, à época, era de avançar na construção de Angra III a partir de 2009, tendo restado claro que o governo estudava

(...) caminhos para incluir a energia nuclear dentro da matriz energética nacional, como uma reserva técnica aos combustíveis utilizados nas térmicas nacionais, sendo então certo que a energia nuclear não seria utilizada para substituir a matriz hídrica brasileira⁹⁰.

Fato é que em 04 de agosto de 2010 a imprensa noticiava que:

A energia nuclear deve aumentar a sua presença na matriz elétrica brasileira. A perspectiva inicial é colocar em operação nos próximos 20 anos mais quatro novas usinas, duas no nordeste e duas outras no sudeste, o que elevaria a geração termonuclear para 7,3 mil MW ante os 1,990 mil MW existentes. Essa capacidade de hoje representa apenas 2% de todo o parque gerador nacional, mas, com os cenários futuros projetados pelo governo, o crescimento da geração nuclear poderá chegar a 20% de participação na matriz elétrica brasileira, embora se reconheça que no Brasil, a energia nuclear nunca será como na França, onde ela é a fonte principal, mas poderá chegar a 20% da participação na energia gerada em nosso País⁹¹.

Acresça-se, ademais, que em matéria datadas de 09 de dezembro de 2009, Wagner Victor expende uma série de considerações acerca do implemento das perspectivas nacionais para a energia nuclear. Afirma o referido autor, aliás, que

(...) noção de que a energia nuclear é uma opção a ser cada vez mais considerada para garantir a segurança energética do Brasil de forma ambientalmente correta ganha força neste momento em que o mundo está prestes a se reunir em Copenhague para discutir os rumos do combate à mudança climática. O início das obras de Angra 3 em dezembro marcará a retomada dos investimentos em geração nuclear no País, que continuarão com a construção das usinas previstas no Plano Nacional de Energia 2030 (PNE 2030)⁹².

Com efeito, o Plano Nacional de Energia 2030 prevê, como já referido neste trabalho, a construção de até oito reatores nucleares, sendo que dois deles deverão estar localizados no Nordeste do país, indicativo de uma política pública no sentido de fornecer àquela região, que sofre de um déficit de potencial hidrelétrico, uma fonte alternativa⁹³.

É fato que com o início do fornecimento, a partir da próxima década das hidrelétricas do Rio Madeira e de Belo Monte, como remarca, tornará

(...) ainda mais importante ao considerarmos a entrada no sistema elétrico brasileiro destas grandes hidrelétricas, da complementação térmica. É que, entre outras razões, a transmissão por longas distâncias dos blocos massivos de energia gerados por essas hidrelétricas tornará o sistema ainda mais vulnerável a desligamentos em efeito dominó, como o que ocorreu em Itaipu, recentemente.

⁹⁰ **Jornal Valor Econômico**. 19 ago. 2008.

⁹¹ **Jornal Valor Econômico**. 04 ago. 2010.

⁹² **Jornal do Commercio**. 09 dez. 2009.

⁹³ *Ibid.*

No sistema de transmissão de energia elétrica a regra é de que o risco é proporcional à distância. Considerando-se, de tal sorte, que a energia vinda de Itaipu tem que percorrer 300 km para que se inicie seu fornecimento e que, em Santo Antônio, Jirau e Belo Monte, as distâncias variam e variarão entre 1.500 km a 3.000Km, pode-se então ter uma idéia do risco corrido. Por isso, “(...) a construção de usinas nucleares no Nordeste seja primordial para garantir a segurança do abastecimento na região. O mesmo vale para o Sudeste, que já abriga Angra 1, Angra 2 e, futuramente, Angra III”⁹⁴.

A tendência, que parece ir se confirmando, igualmente, é, de fato, a instalação de termonucleares próximas a grandes concentrações de centros urbanos. Comprova tal assertiva, por exemplo, a matéria jornalística publicada no periódico **Jornal do Commercio**, em 11 de dezembro de 2009, que noticia as tratativas envolvendo a Eletronuclear e o Governo do Estado de Alagoas para a construção de uma termonuclear naquele Estado. Há também **candidaturas** para receber usinas nucleares por parte de outros estados do Nordeste, como por exemplo, Sergipe, Bahia e Pernambuco. O governo federal, aliás, vem noticiando que pretende construir 04 termonucleares a partir de 2012⁹⁵.

No âmbito legislativo, ainda em 2009, foi publicada a Lei 12.111/09, resultado da conversão da medida provisória 466/09, que cuida, entre outros temas, de subsídios para cobertura com gastos em termoelétricas, a partir de encargos setoriais.

Daí se pode observar a curva ascendente na utilização da matriz nuclear dentro do panorama energético nacional, em atendimento às demandas por uma matriz energética de natureza variada, com o fito de solucionar as mais diversas demandas de energia.

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ **Jornal Valor Econômico**. 15 jan. 2009. Ainda se noticia que: “Dos quatro Estados interessados, dois – Pernambuco e Bahia – propuseram o conceito de “central nuclear”. Por esse conceito, a central do Nordeste teria duas usinas, uma ao lado da outra, nas margens do Rio São Francisco, na região do sertão. O rio faz a divisa entre os dois Estados. Como as usinas não podem ser construídas em margens distintas, os dois governadores – Eduardo Campos (PSB), de Pernambuco, e Jaques Wagner (PT), da Bahia – estão dispostos a aprovar, em seus Estados, legislação para autorizar um “deslocamento” da divisa. Essa seria uma forma de evitar uma disputa política pela instalação das usinas. “Trata-se de uma proposta inovadora. Um dos dois Estados cederia ao outro uma área para a construção da usina”, elogiou o ministro da Ciência e Tecnologia, Sérgio Rezende, observando que, nesse caso, o custo de construção das usinas poderia ficar abaixo de R\$ 10 bilhões”.

3 DESENVOLVIMENTO DO TEMA

3.1 Apresentação e crítica do atual quadro institucional

Neste capítulo, passa-se a realizar uma apresentação, análise e crítica do atual marco legal e do quadro institucional na seara nuclear.

3.1.1 Apresentação

De início, passamos a analisar a questão nuclear, quanto ao seu tratamento no direito atualmente em vigor. As atividades nucleares no Brasil constituem competência da União, senão vejamos o que vem escrito no art. 21, XXIII, da Constituição:

Art. 21 – Compete à União:

(...)

XXIII – explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa a lavra, o enriquecimento e o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:

- a) toda atividade nuclear em território nacional somente será admitida para fins pacíficos e mediante aprovação do Congresso Nacional;
- b) sob regime de concessão ou permissão, é autorizada a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos medicinais, agrícolas, industriais e atividades análogas;
- c) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa.

Repare-se, portanto, que a União, por variadas razões, demonstradas nos trechos anteriores, especialmente a de segurança, detém o monopólio das atividades nucleares no País. Confira o disposto no art. 177, V, da CRFB/88:

Art. 177 – Constituem **monopólio** da União:

(...)

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal. (Grifo nosso).

Interessante aqui é observar parecer exarado por Pontes de Miranda, sobre o tema. Assim, discorrendo sobre a atividade monopolística, quando exercida por uma empresa estatal, PONTES DE MIRANDA pondera o seguinte, em parecer relacionado ao projeto de lei criando a **Aerobrás**:

Monopolizar não é desapropriar, nem encampar. Desapropria-se ou encampa-se sem se monopolizar, como se, havendo duas ou mais empresas que explorem determinado ramo da indústria ou de comércio, a entidade estatal desapropria os bens da empresa, ou encampa a empresa, e não se dirige contra as outras. Pode a entidade estatal desapropriar os bens de todas as empresas em funcionamento ou encampar todas as empresas existentes, sem estabelecer monopólios, isto é, sem proibir que se instalem e funcionem outras empresas com a mesma atividade. Para se criar o monopólio, ou para se estender o monopólio existente, a Constituição de 1946, art. 146, exige lei especial, desde que haja interesse público na medida excepcional e se respeitem os direitos fundamentais assegurados pela Constituição. Não se exigiu que o monopólio seja imediato à promulgação da lei. A lei especial pode estabelecer que o monopólio seja imediato, desde que de tal imediatidade não resulte ofensa aos direitos fundamentais assegurados pela Constituição de 1946⁹⁶.

Ensina ainda que da mesma forma:

(...) a nova Constituição do Brasil, entrada em vigor em 15-3-1967 (art. 157, § 8.º), faculta ao Estado, visando realizar a justiça social, promover a intervenção do domínio econômico, "e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei da União", quando indispensável à segurança nacional ou desenvolvimento de setor onde é insuficiente ou ausente a iniciativa privada, "assegurados os direitos e garantias individuais". E, releva acentuar que por força do disposto no § 1.º, do art. 5.º, do Decreto-lei n.º 200, de 25-2-1967, as s. e. m. brasileiras que exercerem atividades submetidas a regime de monopólio estatal, deverão ter a maioria do capital acionário permanentemente sob o controle da União Federal. Reputamos incensuráveis estes ensinamentos do Mestre, bem como perfilhamos sua assertiva de que o art. 146, da Constituição de 1946, de modo nenhum permite que a União estabeleça monopólio a favor de qualquer empresa particular, mesmo de economia mista; considerando-se que, o que o citado artigo prevê é o monopólio da União⁹⁷.

Embora não mencione expressamente o caso nuclear, é relevante relembrar a lição de Alexandre Aragão neste passo. Segundo o citado autor:

Preliminarmente, há de se destacar que nossa Constituição em alguns casos estabelece que alguns bens são monopolizados pelo Estado, no sentido de que apenas ele pode ser seu proprietário (ex. os recursos minerais em geral, cuja propriedade é da União, que, todavia, não monopoliza a sua exploração - art. 176), e em outros, atribui com exclusividade ao Estado não apenas a propriedade do bem como a sua exploração (o caso do petróleo -art. 176 c/c art. 177).⁹⁸

Esta segunda circunstância apontada pelo autor – exclusividade ao Estado não apenas a propriedade do bem como a sua exploração – parece ser o caso também a pesquisa a lavra, o enriquecimento e o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados. Aliás, se lançarmos os olhos para o art. 177 parágrafo primeiro da Constituição, veremos que a autorização para contratar empresas estatais ou privadas para realização de atividades previstas no mesmo art. 177 não inclui o inciso V – que trata exatamente dos minerais nucleares (pesquisa, lavra, enriquecimento, reprocessamento, industrialização e comércio).

Esta constatação não deixa de trazer uma perplexidade diante do atual quadro institucional, já que, como se verá, a INB – Indústrias Nucleares do Brasil, sociedade

⁹⁶ DAVIS, M. T. de Carvalho Britto. **Tratado das Sociedades de Economia Mista**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1969.

⁹⁷ Id. *Ibid.*

⁹⁸ SANTOS, Alexandre de Aragão. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 158.

controlada pela CNEN, responde pela exploração do urânio, desde a mineração e o beneficiamento primário até a produção e montagem dos elementos combustíveis que acionam os reatores de usinas nucleares – o que, pelo menos a princípio, contraria a letra da Constituição. Este tema será tratado ainda por ocasião das proposições deste trabalho⁹⁹.

Retornando, ao art. 173 da Carta, o Estado poderá atuar de forma absolutamente direta no mercado, travestindo-se de sociedade de economia mista e/ou de empresa pública. E, ainda de acordo com o texto Magno, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.

Conforme afirma a doutrina, ao revés da antiga Constituição, que previa uma autorização genérica para a intervenção empresarial, nos termos do seu art. 163, a atual Carta impõe rígidos requisitos para a intervenção empresarial, prestigiando a desestatização da atividade econômica.

Lembra Diogo de Figueiredo Moreira Neto que:

(...) a partir do dia 5.10.1988, portanto, qualquer atividade empresarial do Estado - União, Estados e Municípios - é inconstitucional, salvo se for o caso de prestação de serviço público para o qual seja constitucionalmente competente, ou se a lei que a instituiu tenha invocado, consistentemente, imperativo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo¹⁰⁰.

É o mesmo autor quem assevera que evidentemente que a intervenção direta empresarial pelo Estado, atuando como se agente privado fosse, não pode gerar qualquer forma de monopólio, o que seria totalmente inadmissível¹⁰¹.

Além da CNEN, atuam no monopólio de energia nuclear as seguintes empresas estatais:

a) Eletronuclear – Trata-se de uma sociedade de economia mista, vinculada ao Ministério das Minas e Energia, que integra o grupo Eletrobrás, tendo competência para construir e operar as usinas nucleares geradoras de energia elétrica no Brasil;

b) INB – Indústrias Nucleares do Brasil – Sucessora da antiga NUCLEBRÁS¹⁰² (Decreto-lei n.º 2.464/88), a INB é uma sociedade de economia

⁹⁹ Id. Ibid., loc. cit. Alexandre Aragão, no tema, levanta a hipótese de que tratar-se ia meramente da transferência de gestão econômica de bens e atividades monopolizados. Mas a dúvida permanece, tendo em vista que a Constituição não menciona os termos "concessão", "autorização", ou equivalentes, mas usa uma semântica bem mais genérica: contratar, o que, a princípio, parece interditar qualquer forma de trespassse da atividade para pessoas jurídicas de direito privado, ainda que estatais.

¹⁰⁰ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. p. 299.

¹⁰¹ Id. Ibid., loc. cit.

¹⁰² Ainda na época da NUCLEBRÁS, foi editada a Lei n.º 6819/1974 que trazia algumas disposições cuja transcrição julgou-se de suma importância: "Art. 18. A Companhia Brasileira de Tecnologia Nuclear, constituída pela Lei n.º 5.740, de 1.º de dezembro de 1971, passa a denominar-se Empresas Nucleares Brasileiras S.A., que usará a abreviatura NUCLEBRÁS,

mista, vinculada ao Ministério da Ciência e Tecnologia, respondendo pela exploração do urânio, desde a mineração e o beneficiamento primário até a produção e montagem dos elementos combustíveis que acionam os reatores de usinas nucleares. O conjunto dessas atividades constitui o Ciclo do Combustível Nuclear. Atua também na área de tratamento físico dos minerais pesados com a prospecção e pesquisa, lavra, industrialização e comercialização das areias monazíticas e obtenção de terras-raras;

c) NUCLEP – ex-Subsidiária da antiga Nuclebrás (hoje, INB), a NUCLEP foi criada com base no Decreto n.º 76.805/75 para projetar, desenvolver, fabricar e comercializar equipamentos pesados relativos a usinas nucleares e outros projetos correlacionados.

É necessário esclarecer que a CNEN detém 99,9% das ações da INB e da NUCLEP. Tais empresas têm seus custos com pessoal bancados pela União Federal, que não têm por objetivo o lucro e, principalmente, quando obtiverem lucros, eventuais dividendos serão vertidos para o caixa único da União Federal e não para CNEN – autarquia federal que é custeada com recursos orçamentários.

Há quem afirme, em defesa deste sistema, que a existência de sociedades de economia mista controladas pela CNEN e com funções específicas de produção de elemento combustível (INB) e produção de componentes utilizados pela indústria nuclear (NUCLEP) também não pode ser considerada como incompatível com o desempenho seguro das atribuições institucionais da Autarquia.

E que a participação acionária da CNEN em tais empresas funciona como mecanismo de controle do órgão regulador sobre os agentes executores do monopólio da União Federal, permitindo, em última instância, a intervenção direta do órgão regulador via participação acionária para correção de postura da empresa. Afasta-se, desta forma, qualquer insinuação de promiscuidade administrativa. Concluindo que estamos tratando de um setor monopolístico e, como tal, deverá ser

diretamente vinculada ao Ministério das Minas e Energia. §1º A participação acionária da CNEN no capital social da Companhia Brasileira de Tecnologia Nuclear será transferida para a União Federal. § 2º A União manterá na NUCLEBRÁS sempre 51% (cinquenta e um por cento), no mínimo, das ações com direito a voto, sendo nula qualquer transferência ou subscrição de ações feitas com infringência do disposto neste parágrafo. Art. 19. Além das atribuições contidas no art. 3º da Lei nº 5.740, de 1º de dezembro de 1971, caberá à NUCLEBRÁS a comercialização exclusiva de materiais nucleares compreendidos no âmbito do monopólio, observado o disposto no art. 16 desta Lei. Art. 20. O art. 5º, da Lei nº 5.740, de 1º de dezembro de 1971, passa a vigorar com a seguinte redação: "Art. 5º É facultado à NUCLEBRÁS desempenhar suas funções, diretamente ou através de subsidiárias, por convênio com órgãos públicos, por contratos com especialistas e empresas privadas, ou associação com outras entidades, observada a Política Nacional de Energia Nuclear. Parágrafo único. Para a execução de atividades de que trata o art. 1º, da Lei nº 4.118, de 27 de agosto de 1962, a NUCLEBRÁS só poderá constituir subsidiárias, das quais detenha, no mínimo e em caráter permanente, 51% (cinquenta e um por cento) das ações com direito a voto, por autorização do Presidente da República, mediante Decreto".

analisado, não havendo qualquer incompatibilidade na participação acionária da CNEN nestas sociedades. E que não há incompatibilidade nas funções da CNEN, que estão previstas em lei e têm por escopo interesses públicos, seja o da garantia da segurança nos setores nuclear e radioativo, seja pela saúde da população, no que tange às atividades de pesquisa e produção de radiofármacos.

Ademais, precisamos identificar se o monopólio autorizado pela Constituição Republicana de 1988 abriga tal situação dentro de si. Mais uma vez, lançamos os olhos sobre o texto constitucional:

Art. 177 – Constituem monopólio da União:

(...)

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal.

Nesse passo, é preciso lançar os olhos sobre os termos da manifestação de Pontes de Miranda sobre o tema: no particular, Pontes de Miranda é taxativo ao afirmar que pelo art. 146, da União, não pode estabelecer monopólio a favor de qualquer empresa, estatal ou não, mesmo sociedade de economia mista¹⁰³.

Com efeito, foi por essa razão, de ordem jurídico-constitucional, que a Lei n.º 2.004, de 1953, que dispôs sobre a política nacional do petróleo e institui a "Petrobrás" — usou no caput de seu art. 1.º, as expressões:

Art. 1.º — Constituem monopólio da União: I — a pesquisa e a lavra de jazidas de petróleo e outros hidrocarbonetos fluidos e gases raros, existentes no território nacional", para estatuir no artigo seguinte que a União exercerá o monopólio estabelecido no artigo anterior. "II — por meio da sociedade por ações "Petróleo Brasileiro S/A" e das suas subsidiárias, constituídas na forma da presente lei, como órgãos de execução¹⁰⁴.

¹⁰³ TAVARES, André Ramos. Op. cit.

¹⁰⁴ Id. Ibid. O autor ainda assevera que “Aos que desejarem aprofundar-se no estudo da disciplina legal do refino de petróleo no Brasil, em face da nova Constituição de 1967, sugerimos a leitura de excelente trabalho publicado às págs. 53-70, da "Revista de Direito", vol. 4, de 1968, editada pelo Ministério Público do Estado da Guanabara, da lavra de JUARY C. SILVA. Nesse artigo, o autor conclui que, face o art. 162, da atual Constituição, o monopólio estatal de pesquisa e lavra do petróleo deixou de revestir caráter meramente legal, para adquirir foros de preceito constitucional; continuando a vigorar integralmente o regime monopolístico do petróleo instituído pela Lei n.º 2.004, "com a única diferença de que, doravante, o monopólio estatal da pesquisa e lavra é inderrogável pela lei ordinária". Ao cogitar da efêmera desapropriação das refinarias particulares, alude ao Decreto n.º 41.652, de 4-6-1957, que tratou do refino de óleo cru em benefício da "Petrobrás", reportando-se, então, a Parecer do saudoso FRANCISCO CAMPOS (in "Direito Administrativo", 1958, vol. II, pág. 323), "onde se demonstra à evidência que essa medida importava em abusiva requisição da propriedade particular fora dos casos permitidos pela Constituição". Entende o membro da Diretoria do Inst. Dos Advogados Brasileiros que pelo Decreto n.º 53.701, de 13-4-1964, praticou-se ilegalidade maior, reconhecendo, entretanto, que o Poder Público poderia editar a desapropriação em favor da "Petrobrás" das ações de todos e quaisquer acionistas das companhias permissionárias do refino de petróleo — mas não sob a forma de um mero decreto executivo. De fato, concordamos com o argumento de JUARY SILVA, de que como a situação jurídica das companhias particulares de refinação fora ressalvada em lei, de que "parece óbvio e evidente que só uma norma jurídica da mesma natureza e vigor seria apta a inovar esse estado de coisas; do contrário, estaria sendo violentada a hierarquia das fontes do Direito". Aquele decreto expropriatório foi revogado através do Decreto n.º 56.570, de 9-7-1965, considerando que (termos dos considerados) "fora expedido em clima de tensão emocional e sob pressão de forças demagógicas e ideológicas que, então, ditavam os rumos do extinto governo, sem qualquer relação com os legítimos interesses da Nação".

Veja-se que a redação do contexto constitucional atual não é diversa, como se pode observar da leitura dos arts. 177 e 21 da atual Carta Republicana.

Ou seja, o monopólio não será de nenhuma sociedade de economia mista ou empresa pública. O monopólio será (e é) da União Federal, que o exercerá por intermédio das referidas pessoas jurídicas de direito privado, paraestatais – integrantes de sua administração pública direta.

É claro que o próprio conceito de sociedade de economia mista inclui o de controle acionário governamental. No entanto, nos casos em que a sociedade de economia mista tem como objeto social o exercício de determinada atividade econômica em regime monopolístico, reforça-se tal necessidade – controle acionário – visto que a Sociedade de Economia Mista aí estará exercendo em nome da União o respectivo monopólio.

Insta aqui demandar se o exercício do monopólio pode ser indireto, ou seja, por meio de controladoras e controladas, ou por intermédio de autarquias, como é o caso da CNEN. Trata-se, aliás, de prática recorrente no nosso sistema, tendo sido amplamente aceito, sem maiores questionamentos.

A Eletrobrás Termonuclear S/A - ELETRONUCLEAR – foi criada com a finalidade de operar e construir as usinas termonucleares do país¹⁰⁵, ou, mais especificamente, com a finalidade de explorar, em nome da União, atividades nucleares para fins de geração de energia elétrica.

Subsidiária da Eletrobrás S/A, a Eletronuclear é uma sociedade de economia mista e responde pela geração de aproximadamente 2,5% (desempenho de 2005) da energia elétrica consumida no Brasil. Pelo sistema elétrico interligado, essa energia chega aos principais centros consumidores do país e corresponde, por exemplo, a mais de 50% da eletricidade consumida no Estado do Rio de Janeiro, proporção que se ampliará consideravelmente quando estiver concluída a terceira usina (Angra 3) da Central Nuclear Almirante Álvaro Alberto (CNAAA).

Atualmente estão em operação as usinas Angra 1, com capacidade para geração de 657 megawatts elétricos, e Angra 2, com potência de 1.350 megawatts elétricos. Angra 3, que será praticamente uma réplica de Angra 2 (incorporando os

¹⁰⁵ Foi criada em 1975 sob a denominação de NUCLEBRÁS e como subsidiária da EMPRESAS NUCLEARES BRASILEIRAS S/A., por meio do Decreto 76.803/75. Posteriormente, por meio do Decreto não numerado de 23 de maio de 1997, é transformada, adquirindo sua atual configuração.

avanços tecnológicos ocorridos desde a construção desta usina), também está prevista para gerar 1.350 megawatts.

A INB (Relembrando que a INB – Indústrias Nucleares do Brasil – é sucessora da antiga NUCLEBRÁS¹⁰⁶ (Decreto-lei n.º 2.464/88¹⁰⁷) tem por finalidade a exploração do urânio, desde a mineração e o beneficiamento primário até a produção e montagem dos elementos combustíveis que acionam os reatores de usinas nucleares. E atua também na área de tratamento físico dos minerais pesados com a prospecção e pesquisa, lavra, industrialização e comercialização das areias monazíticas e obtenção de terras-raras. Neste ponto parece que o objeto empresarial da INB encontra-se albergado no inciso V do art. 177 da Carta da República.

Segundo informações do próprio sítio virtual da INB,

(...) criada em 1988, a INB sucedeu a Nuclebrás e, em 1994, tornou-se uma única empresa ao incorporar suas controladas - Nuclebrás Enriquecimento Isotópico S.A. (Nuclei); Urânio do Brasil S.A. e Nuclemon Mínero-Química Ltda, absorvendo suas atividades e atribuições¹⁰⁸.

Importante ressaltar que a NUCLEP era subsidiária da extinta NUCLEBRÁS, mas não foi incorporada por sua sucessora, a INB, passando o seu controle acionário (da NUCLEP) para a CNEN.

Ainda é da mesma fonte que colhemos as seguintes informações:

Indústrias Nucleares do Brasil S/A – INB, empresa de economia mista, vinculada ao Ministério da Ciência e Tecnologia – MCT e controlada pela Comissão Nacional de Energia Nuclear – CNEN, atua no setor nuclear como executora de atividade monopolizada conferida pela União Federal. As principais atividades previstas no seu objetivo social são: I – Realizar a prospecção, pesquisa e a lavra de jazidas de minérios nucleares e associados; II – Construir e operar: a) instalações de tratamento, concentração, beneficiamento, conversão e industrialização de minérios nucleares e seus associados e derivados; b) instalações destinadas ao enriquecimento de urânio, ao reprocessamento de elementos combustíveis irradiados, bem como a produção de elementos combustíveis e outros materiais de interesse da indústria nuclear; III – Negociar, nos mercados interno e externo, equipamentos, materiais e serviços de seu interesse; IV – Comercializar os materiais nucleares compreendidos no âmbito do monopólio da União, observado o disposto no Art. 16 da Lei nº 6.189, de 16 de dezembro de 1974, bem como de outros minérios e concentrados minerais, e produtos químicos em geral, de fabricação própria ou de terceiros¹⁰⁹.

Ainda, no sistema nuclear, encontramos a NUCLEP – ex-Subsidiária da antiga Nuclebrás (hoje, INB), criada com base no Decreto n.º 76.805/75. A

¹⁰⁶ Na verdade, a NUCLEBRÁS já era sucessora de outra Companhia, a CBTN – Companhia Brasileira de Tecnologia Nuclear, que autorizou à CNEN a sua criação por meio da Lei 5740 de 1971 (é importante ressaltar que em alguns dispositivos a lei faz referência à NUCLEBRÁS, isto porque o instrumento legislativo a que tivemos acesso já tinha as alterações posteriores, como a da transformação da CBTN em NUCLEBRA, demonstrando, assim uma péssima técnica legislativa).

¹⁰⁷ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.464, de 31 de agosto de 1988. Altera a denominação da Empresas Nucleares Brasileiras S.A. – NUCLEBRÁS e transfere bens de sua propriedade, e dá outras providências.

¹⁰⁸ Disponível em: www.inb.gov.br. Acesso em: 27 mar. 2008.

¹⁰⁹ Disponível em: www.inb.gov.br. Acesso em: 27 mar. 2008. A INB também foi regulada pela Lei nº 10.463, de 23.05.2002, que: Altera a sede e o foro das Indústrias Nucleares do Brasil S.A. - INB. As companhias e sociedades objetos da operação foram mencionadas nos capítulos iniciais do presente trabalho.

Nuclebrás Equipamentos Pesados S.A. - NUCLEP é uma empresa de economia mista, vinculada à Comissão Nacional de Energia Nuclear – CNEN, que é a sua acionista majoritária, tendo como órgão supervisor o Ministério da Ciência e Tecnologia – MCT, possuindo, como objeto social – empresarial desenvolver, fabricar e comercializar equipamentos pesados relativos a usinas nucleares e outros projetos correlacionados.

Ora, esta finalidade não parece estar abrangida pela autorização inserida no art. 177, inciso V da Carta Magna. Também não parece estar abrigada pelo artigo 21 da Carta:

Art. 21 – Compete à União:

(...)

XXIII – explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa a lavra, o enriquecimento e o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições.

Assim, as atividades da NUCLEP, desenvolvimento, fabricação e comercialização equipamentos pesados relativos a usinas nucleares e outros projetos correlacionados talvez não se encontrem ao abrigo do permissivo monopolístico constitucional.

Destarte é que temos a NUCLEP (NUCLEBRÁS EQUIPAMENTOS PESADOS S/A) atuando em área que não seria reservada a monopólio estatal. Aliás, com efeito, nos instrumentos legislativos que à NUCLEP deram origem, não se encontra nenhuma referência a um monopólio de suas atividades.¹¹⁰

O que causa indagação é a redação do art. 19 da Lei 6189/74 ao estatuir que além das atribuições que lhe são conferidas, caberá à CNEN e a suas subsidiárias ou controladas a comercialização exclusiva de materiais nucleares compreendidos no âmbito do monopólio (...), bem como do seu art. 1º que estatui que:

(...) a União exercerá o monopólio de que trata o art. 1º, da Lei nº 4.118, de 27 de agosto de 1962: I - Por meio da Comissão Nacional de Energia Nuclear - CNEN, como órgão superior de orientação, planejamento, supervisão, fiscalização e de pesquisa científica. II - Por meio de Empresas Nucleares Brasileiras S/A. - NUCLEBRÁS e de suas subsidiárias, como órgãos de execução.

Por seu turno, o art. 1º da Lei nº 4118/62, a que faz referência o art. 1º da Lei nº 6189/74 estabelece que:

Art. 1º Constituem monopólio da União:

I - A pesquisa e lavra das jazidas de minérios nucleares localizados no território nacional;

II - O comércio dos minérios nucleares e seus concentrados; dos elementos nucleares e seus compostos; dos materiais físséis e férteis, dos radioisótopos

¹¹⁰ O Decreto nº 76.805, de 16.12.75 autorizou a criação da Nuclebrás Equipamentos Pesados S.A. - NUCLEP, sociedade por ações, subsidiária da Empresas Nucleares Brasileiras S.A. - NUCLEBRÁS.

artificiais e substanciais e substâncias radioativas das três séries naturais; dos subprodutos nucleares;

III - A produção de materiais nucleares e suas industrializações.

É verdade que a NUCLEP é controlada pela CNEN. É verdade também que a legislação determina que a CNEN e a INB, por determinação devem exercer o monopólio legalmente previsto, inclusive a INB deve fazê-lo de forma direta ou por meio de suas controladas (ou subsidiárias), mas a NUCLEP não é controlada nem subsidiária da INB, sendo, como exposto, controlada pela própria CNEN e, além disso, as atividades exercidas pela NUCLEP não estariam abrangidas pela autorização monopolística constitucional.

Destarte, ao que parece, a NUCLEP não atua em regime de monopólio, devendo estar, ao menos idealmente, ao contrário, inserida em economia de mercado.

No que concerne ao setor de pesquisa a lavra, o enriquecimento e o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados (arte. 21 e 177 da Constituição), o mercado atua em regime monopolístico constitucionalmente autorizado nas mãos da União e das entidades decorrentes de sua descentralização administrativa (CNEN e INB).

Quanto ao setor de desenvolvimento, fabricação e comercialização de equipamentos pesados relativos a usinas nucleares e outros projetos correlacionados, o mercado atua em regime de competição, com a intervenção estatal ocorrendo por meio da participação no mercado sob a forma de pessoa jurídica de direito privado (sociedade de economia mista) ¹¹¹.

3.1.2 Papel misto da Comissão Nacional de Energia Nuclear: regulatório, regulamentador, fiscalizador e atuação no mercado

Neste item, passa-se a constatar, diante da doutrina e dos institutos jurídicos, qual o papel do principal órgão atualmente existente em termos de política nuclear no Brasil – a CNEN verificando que se trata, hoje, de uma autarquia de atividades absolutamente mistas: desde órgão regulatório, sendo também regulamentador, fiscalizador e atuante no mercado, não só no ramo de pesquisas como também em

¹¹¹ Evidentemente que neste trecho estamos desconsiderando as outras formas de intervenção que são estudadas mais adiante, uma vez que sua análise em conjunto, aqui, somente traria confusão didática.

atividades exercidas por estatais por ela controladas. Realizamos, outrossim, uma crítica dinâmica do quadro apresentado.

3.1.2.1 Análise inicial

Seguindo, uma política de descentralização administrativa, a União criou, pelo art. 3.º da Lei n.º 4.118/62¹¹², a Comissão Nacional de Energia Nuclear – CNEN, autarquia atualmente vinculada ao Ministério da Ciência e Tecnologia, e a incumbiu de regular o setor nuclear brasileiro. Reproduzimos alguns textos legais já apresentados no intuito de facilitar a leitura do trabalho.

Atualmente, as competências da CNEN se encontram discriminadas no art. 2.º da Lei n.º 6.189/74, com redação dada pela Lei n.º 7.781/89, nos seguintes termos:

Art. 2º Compete à CNEN:

I - colaborar na formulação da Política Nacional de Energia Nuclear;

II - baixar diretrizes específicas para radioproteção e segurança nuclear, atividade científico-tecnológica, industriais e demais aplicações nucleares;

III - elaborar e propor ao Conselho Superior de Política Nuclear - CSPN, o Programa Nacional de Energia Nuclear;

IV - promover e incentivar:

a) a utilização da energia nuclear para fins pacíficos, nos diversos setores do desenvolvimento nacional;

b) a formação de cientistas, técnicos e especialistas nos setores relativos à energia nuclear;

c) a pesquisa científica e tecnológica no campo da energia nuclear;

d) a pesquisa e a lavra de minérios nucleares e seus associados;

e) o tratamento de minérios nucleares, seus associados e derivados;

f) a produção e o comércio de minérios nucleares, seus associados e derivados;

g) a produção e o comércio de materiais nucleares e outros equipamentos e materiais de interesse da energia nuclear;

h) a transferência de tecnologia nuclear a empresas industriais de capital nacional, mediante consórcio ou acordo comercial;

V - negociar nos mercados interno e externo, bens e serviços de interesse nuclear;

VI - receber e depositar rejeitos radioativos;

VII - prestar serviços no campo dos usos pacíficos da energia nuclear;

VIII - estabelecer normas e conceder licenças e autorizações para o comércio interno e externo:

a) de minerais, minérios, materiais, equipamentos, projetos e transferências de tecnologia de interesse para a energia nuclear;

b) de urânio cujo isótopo 235 ocorra em percentagem inferior ao encontrado na natureza;

IX - expedir normas, licenças e autorizações relativas a:

a) instalações nucleares;

b) posse, uso, armazenamento e transporte de material nuclear;

c) comercialização de material nuclear, minérios nucleares e concentrados que contenham elementos nucleares;

X - expedir regulamentos e normas de segurança e proteção relativas:

a) ao uso de instalações e de materiais nucleares;

b) ao transporte de materiais nucleares;

¹¹²Art. 3.º - Fica criada a Comissão Nacional de Energia Nuclear (C.N.E.N.), como autarquia federal, com autonomia administrativa e financeira.

- c) ao manuseio de materiais nucleares;
- d) ao tratamento e à eliminação de rejeitos radioativos;
- e) à construção e à operação de estabelecimentos destinados a produzir materiais nucleares e a utilizar energia nuclear;
- XI - opinar sobre a concessão de patentes e licenças relacionadas com a utilização da energia nuclear;
- XII - promover a organização e a instalação de laboratórios e instituições de pesquisa a elas subordinadas técnica e administrativamente, bem assim cooperar com instituições existentes no País com objetivos afins;
- XIII - especificar:
 - a) os elementos que devam ser considerados nucleares, além do urânio, tório e plutônio;
 - b) os elementos que devam ser considerados material fértil e material físsil especial ou de interesse para a energia nuclear;
 - c) os minérios que devam ser considerados nucleares;
 - d) as instalações que devam ser consideradas nucleares;
- XIV - fiscalizar:
 - a) o reconhecimento e o levantamento geológicos relacionados com minerais nucleares;
 - b) a pesquisa, a lavra e a industrialização de minérios nucleares;
 - c) a produção e o comércio de materiais nucleares;
 - d) a indústria de produção de materiais e equipamentos destinados ao desenvolvimento nuclear;
- XV - pronunciar-se sobre projetos de tratados, acordos, convênios ou compromissos internacionais de qualquer espécie, relativos à energia nuclear;
- XVI - produzir radioisótopos, substâncias radioativas e subprodutos nucleares, e exercer o respectivo comércio;
- XVII - autorizar a utilização de radioisótopos para pesquisas e usos medicinais, agrícolas, industriais e atividades análogas;
- XVIII - autorizar e fiscalizar a construção e a operação de instalações radiativas no que se refere a ações de comércio de radioisótopos.

3.1.2.2 Funções regulatórias

Neste trabalho dedicaremos linhas mais extensas à questão regulatória. Neste capítulo apenas procuraremos preparar o caminho para uma análise crítica do quadro institucional ora apresentado.

Assim é que, em primeiro plano, falamos em função reguladora, de forma mais direta, ou seja, em contraposição com a função meramente regulamentadora, no sentido de que a função reguladora é sim diversa da mera função regulamentadora, como se exporá em item adiante. Por ora, nesse breve intróito, é de se traçar algumas linhas de diferenciação. Esta diferença reside, no dizer de Conrado Hübner Mendes,

Regulação, por sua vez, parece que assume sentido mais amplo do que se deu à administração ordenadora e ao poder de polícia. A doutrina de Direito Econômico faz uso desse 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 a regulação tanto quando tem um vínculo genérico com o administrado (livre iniciativa da atividade econômica em sentido estrito) quanto no caso de possuir um vínculo específico (serviços públicos prestados mediante concessão ou permissão). (...) A amplitude da

regulação que exercem e o grau de independência que possuem, porém, podem ser os primeiros elementos a conferir [especificidade as atuais agências]¹¹³.

Bem verdade que a função reguladora sempre esteve, em maior ou menor grau, entre as funções estatais de ordenação da economia. Sem dúvida que o BACEN e a CVM estão em patamar assemelhado ao das agências.

Todavia, as decisões do Banco Central estão condicionadas pelo poder normativo do Conselho Monetário Nacional, bem como da vontade política do Presidente da República. Tal estado de dependência é incompatível com o arquétipo das agências. Quanto à CVM, de acordo com o art. 6º da Lei nº 6385/76, seus diretores são demissíveis *ad nutum*, o que também, põe seu modelo em rota de colisão com o arquétipo da regulação ideal.

Pode-se ainda conceituar a regulação, conforme a pena de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, afirmando que a intervenção regulatória se caracteriza pela imposição, por norma legal, de prescrições, positivas e negativas, sobre o desempenho de atividades econômicas ou sociais privadas, visando à prevalência de interesses públicos específicos legalmente definidos¹¹⁴. Dele não discrepa Floriano de Azevedo Marques, que ensina que por regulação deve-se compreender toda a atividade estatal sobre o domínio econômico que não envolva a assunção direta da exploração da atividade econômica (em sentido amplo) do Estado¹¹⁵. É ainda o mesmo Diogo de Figueiredo que, adotando o conceito mais restrito de regulação, assevera que:

(...) a regulação, até mesmo por suas características enunciadas, é uma função administrativa, que não decorre, assim, do exercício de uma prerrogativa do poder político, mas, muito pelo contrário, decorre da abertura, pela lei, de um espaço decisório reservado a uma ponderação politicamente neutra de interesses concorrentes em conflitos setoriais, potenciais ou efetivos¹¹⁶.

Mas, é fato que, conforme relembra Calixto Salomão Filho,

(...) no sistema brasileiro jamais houve tentativa de formulação de uma teoria geral da regulação. A razão para tanto é jurídica e simples. Trata-se da tradicional concepção do Estado como agente de duas funções diametralmente opostas: a ingerência direta na vida econômica e a mera fiscalização dos particulares. A prestação de serviços públicos, de um lado, e a vigilância do mercado, através do poder de polícia, de outro, sempre representaram para os administrativistas a totalidade das funções que o Estado poderia exercer¹¹⁷.

¹¹³ SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discursão. **Direito Administrativo** Econômico. São Paulo: Malheiros, s.d.

¹¹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. pp. 132, 133.

¹¹⁵ MARQUES, Floriano de Azevedo. Floriano de Azevedo Marques. Regulação setorial e autoridade antitruste - A importância da independência do regulador. In: **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. p. 95-118.

¹¹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., p. 132-133.

¹¹⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica (Princípios e Fundamentos Jurídicos)**. p. 13.

É o mesmo Calixto que, em seguida, afirma, adotando um conceito mais amplo de regulação, “englobando toda forma de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção através da concessão de serviço público ou o exercício do poder de polícia”¹¹⁸.

No mesmo sentido, quando ao espectro de atos das agências, é a lição de Alexandre Santos de Aragão¹¹⁹,

(...) como o conceito de regulação agrega o exercício de uma série de funções e poderes administrativos, é decorrência necessária que as agências reguladoras desempenhem uma série de distintas funções, o que chega mesmo a desafiar algumas formulações mais tradicionais da doutrina da separação de poderes.

Com razão o autor. Conforme se verá mais adiante, para que uma agência funcione de forma eficaz, ela deve enfeixar em si uma série de competências de naturezas diversas. Bem por isso que, ainda conforme Aragão¹²⁰, autores como Giampero di Plinio vêem o que se denomina de:

(...) crise de racionalidade da legislação e do correspondente dinamismo interpretativo da magistratura. E, em consequência, as autoridades independentes se tornam nestes casos a fonte das regras de autodisciplina do mercado e das suas frações; a sua qualificação como técnica, unida à natureza neutral e independente, constitui uma barreira lógica, sistemática e especial frente aos poderes tradicionais do Estado¹²¹.

Por outro lado, há uma fundamentação de natureza teleológica no que concernem às demais atribuições das agências, tendo como escopo a máxima efetividade da função regulatória (no sentido da sua produção e da sua aplicação). Assim é que o sistema passa a ser *justificado* em virtude da função normativa em si, como defende Aragão ao afirmar que¹²²:

(...) se sem as demais atividades um órgão ou entidade pode continuar a ser considerado como regulador, o mesmo não se pode dizer do poder de editar normas sem o qual deixam de ser reguladores para serem apenas adjudicatórios.

Se adotarmos os parâmetros mais amplos de definição do que vem a ser regulação, poderíamos afirmar que quase todas as funções acometidas à CNEN, ao passo que, seguindo a senda mais restrita, propagada por Diogo de Figueiredo é de se ver que apenas algumas das funções seriam realmente regulatórias.

Dentre elas poderíamos elencar:

1) Caput e inciso II (II - baixar diretrizes específicas para radioproteção e segurança nuclear, atividade científico-tecnológica, industriais e demais aplicações

¹¹⁸ Id. Ibid. loc. cit.

¹¹⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 158

¹²⁰ Id. Ibid., loc. cit.

¹²¹ Id. Ibid., loc. cit.

¹²² Id. Ibid., loc. cit.

nucleares: a) de minerais, minérios, materiais, equipamentos, projetos e transferências de tecnologia de interesse para a energia nuclear; b) de urânio cujo isótopo 235 ocorra em percentagem inferior ao encontrado na natureza;);

2) Caput e inciso VIII primeira parte (VIII - estabelecer normas e conceder licenças e autorizações para o comércio interno e externo: (...);

3) Caput e inciso IX primeira parte (IX - expedir normas, licenças e autorizações relativas a:a) instalações nucleares;b) posse, uso, armazenamento e transporte de material nuclear;c) comercialização de material nuclear, minérios nucleares e concentrados que contenham elementos nucleares).;

4) Caput e inciso XIII (XIII - especificar: a) os elementos que devam ser considerados nucleares, além do urânio, tório e plutônio; b) os elementos que devam ser considerados material fértil e material físsil especial ou de interesse para a energia nuclear; c) os minérios que devam ser considerados nucleares; d) as instalações que devam ser consideradas nucleares.

Mas é necessário estabelecer, assim, quais funções seriam realmente regulatórias e quais seriam **meramente** regulamentadoras. Esta tarefa, não é só relevante diante do direito posto, para se saber o limite material da norma expendida como também para a proposta de criação uma agência regulatória em matéria de energia nuclear, para se ter uma noção mais exata de quais funções a ela devem ser acometidas.

Ao se mencionar a regulamentação, deve-se ter os olhos postos, também, no princípio da legalidade.

Tal princípio está insculpido no art. 5º II da Carta da República, rezando que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Por outro lado, o art. 37, caput, da mesma Carta, estabelece que a Administração Pública obedecerá ao princípio da legalidade.

O princípio da legalidade, que é corolário do Estado Democrático de Direito, é de saber corrente, nasceu da necessidade da proteção do indivíduo frente ao leviatã estatal. Através dele é que se impõem limites ao poder do Estado. Como se sabe, também, para a Administração Pública, o princípio da legalidade tem um caráter específico, que é aquele segundo o qual ela somente pode agir mediante autorização legal.

Por outro lado, os autores soem apontar duas dimensões do princípio da legalidade: o da primazia ou prevalência da lei e da reserva legal. Segundo o primeiro

aspecto (primazia da lei), nenhum ato normativo infralegal pode contrariar a norma legal. De acordo com o segundo (reserva legal), alguns temas são reservados à lei, não podendo ser tratados por atos meramente administrativos. Quanto a esse aspecto, há os autores que não admitem que a lei possa abdicar de sua própria competência, remetendo aos atos administrativos a possibilidade de tratarem da matéria. Por outro lado, conforme inclusive ressalta Alexandre dos Santos Aragão ¹²³, há os que admitem a renúncia de lei de incidir sobre determinados aspectos. É o fenômeno da deslegalização¹²⁴.

Necessária se faz, ainda, uma incursão sobre o poder regulamentar, aspecto sistêmico que se manifesta de forma subjacente ao princípio da legalidade. A discussão acerca da existência, ou não, entre nós dos chamados regulamentos autônomos já é bastante conhecida. Sem embargo, algumas linhas se fazem necessárias, sob pena de lacuna na obra.

Classicamente, para entender a natureza jurídica da atividade regulamentar, duas teorias se formaram no decorrer do desenvolvimento doutrinário. A primeira, que se costumou denominar de tese ou teoria dos poderes próprios, segundo a qual a atividade regulamentar é verdadeira competência própria do Poder Executivo. A outra, denominada teoria da delegação de poderes, passa a entender que o poder regulamentar é mera competência derivada do Executivo.

Avançando, parte da doutrina entende que o poder regulamentar somente pode ser exercido mediante prévia vinculação legal. É a corrente que defende a existência tão somente dos regulamentos executivos. Tratar-se-ia, assim, do exercício de uma função normativa subordinada. Interessante se notar a posição do Prof. Caio Tácito, segundo o qual, embora o regulamento “seja realmente apenas executivo, pode ele não somente reproduzir de forma analítica a lei, mas também ampliá-la e completá-la, sempre de acordo com seu espírito” ¹²⁵. Por outro lado, há os que defendem a existência dos chamados regulamentos independentes, que teriam por

¹²³ Id. *Ibid.*, loc. cit.

¹²⁴ Sobre o tema da deslegalização, é de se notar o ocorrido com o advento da Emenda Constitucional n. 32. A par de ter alterado a disciplina constitucional das medidas provisórias, a emenda também tratou do poder regulamentar do Presidente da República, poder esse que já foi exercido nessa nova configuração, quando o Poder Executivo chegou ao ponto de revogar e dar nova redação a artigos da lei formal que trata da CVM (Comissão de Valores Mobiliários) através de decreto. De ser ver, entretanto, que já há ADIN ajuizada pela OAB em face das alterações, tomando-as por inconstitucionais, por violarem o princípio da legalidade. O fundamento do pedido era duplo. Não somente porque decretos regulamentadores não poderiam tratar de matéria legal e também porque, ainda que superado este aspecto, não poderia o Executivo, a pretexto de tratar de direito administrativo organizacional da CVM, criar direitos e obrigações para particulares. Até o momento em que escrevíamos essas linhas, não havia notícia ainda de qualquer decisão do STF.

¹²⁵ TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público**. Rio De Janeiro: Renovar, 1997. v. 02. p. 1.079.

escopo a previsão de situações não necessariamente disciplinadas por lei, não necessitando de norma legítima prévia.

Nesse passo, cumpre adiantar um limite que sempre nos pareceu claro desde o início desta empreitada: o poder regulador das agências não se explica e não se confunde com o poder regulamentar, por maior amplitude que se lhe queira emprestar.

Identificar o poder regulador com o poder regulamentador trará, sem dúvidas, um amesquinamento e sérios problemas teóricos e práticos.

Ainda levando em consideração a modificação ampliadora do poder regulamentar do Chefe do Executivo trazido pela Emenda Constitucional n. 32, ainda assim não se poderá entender que por mero regulamento, ato administrativo unilateral, se possam criar obrigações para particulares. Tal construção, conforme já se pode ver, e continuar-se-á a demonstrar no decorrer desse opúsculo, simplesmente não encaixa no arcabouço necessário, que já vem sendo arquitetado pela doutrina¹²⁶. Explicamo-nos: regulamentação, faculdade classicamente atribuída ao Chefe do Executivo, e regulação, fenômeno que está na raiz da criação das Agências Reguladoras, não se confundem. A regulamentação, no dizer doutrinário do Prof. Diogo de Figueiredo.¹²⁷

(...) sob o aspecto material, a regulamentação é uma função política, no exercício de uma prerrogativa do poder político de impor regras secundárias, em complemento às normas legais, com o objetivo de explicitá-las e de dar-lhes execução, sem que possam definir quaisquer interesses públicos específicos nem, tampouco, criar, modificar ou extinguir direitos subjetivos sendo, por outro lado, a regulação decorrente da abertura pela lei, de um espaço decisório reservado a uma ponderação politicamente neutra de interesses concorrentes em conflitos setoriais, potenciais ou efetivos¹²⁸.

Esta a diferenciação, para boa parte dos autores, entre ambas as funções, o que nos permitiu, com certo grau de certeza, realizar a classificação das funções regulatórias da CNEN.

3.1.2.3 Funções de polícia

¹²⁶ CUÉLLAR, Leila. As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo. São Paulo: Dialética, 2001. p. 107 e ss. É a partir desse ponto que data vênua, passamos, respeitosamente, a dissentir da tese adotada pela Profa. Leila Cuéllar, visto que a citada autora, em suas conclusões, passa a explicar, por meio do poder regulamentar, o poder normativo das agências reguladoras.

¹²⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito Regulatório. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. pp. 132, 133.

¹²⁸ Id. Ibid., loc. cit.

O poder é uma função (um poder dever) administrativa imputada à Administração Pública, decorrência das suas próprias atribuições. Como afirma André Ramos Tavares¹²⁹:

(...) o poder de polícia é modo de intervenção estatal quando, por seu intermédio, há possibilidade de aplicar sanções a qualquer errônea atuação de particulares no exercício da atividade econômica. Há duas posições antagônicas nessas situações: a liberdade individual e o dever da Administração Pública na manutenção do bem-estar coletivo. É ainda o mesmo autor quem assevera que poder de polícia consiste justamente na autoridade que tem o Estado em detrimento da liberdade individual pela defesa da ordem pública. É a obediência ao princípio da predominância do interesse público sobre o particular¹³⁰.

Na verdade, poder de polícia é um conceito que vem evoluindo através dos tempos. Em análise tendo por conta inclusive o poder de polícia de uma agência reguladora Vivaldo Filho¹³¹ comentando a **nova conformação** de tal instituto a partir da Constituição de 1988, a partir da qual, com o Estado Democrático de Direito, supera-se a **imprecisa e obscura** definição de **ordem pública, interesse público** ou interesse coletivo ressalta que há uma fronteira bastante tênue em algumas ocasiões, entre o poder de polícia nesta nova dimensão democrática de direito e a própria atividade regulatória¹³². Mas a noção de ordem pública não deve ser desprezada, desde que se lhe reconheça um conteúdo definido, evitando assim, exageros e abusos. Por isso, os autores ao definirem o poder de polícia não deixam de utilizá-la, ainda que redimensionada à luz do atual ordenamento constitucional. Exemplo do que se diz agora é o que afirma André Ramos Tavares, no sentido de que:

(...) o emprego de sanções a atividades nocivas à ordem econômica, por meio do poder de polícia, dar-se-á pelo fato de que o conceito de ordem pública não se restringe somente no que concerne à segurança pública, como outrora, mas, também, alcança a ordem econômica e social¹³³.

Este viés é fundamental para a questão nuclear, principalmente se se tiver em mente que, conforme já demonstrado em linhas anteriores deste trabalho, a questão nuclear já deixou de ser somente um problema de segurança nacional e passou a ser vista como um tema ligado à própria ordem econômica.

¹²⁹TAVARES, André Ramos. Intervenção do Estado no Domínio Econômico. In: **Curso de Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006.

¹³⁰ Id. Ibid.

¹³¹SILVINO DA COSTA FILHO, Vivaldo. A Agência Nacional de Telecomunicações: Natureza jurídica, Delegação de Poderes e Poder de Polícia. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 226, out/dez 2001. p. 118 e ss.

¹³² Id. Ibid., loc. cit.

¹³³ TAVARES, André Ramos. Op. cit. O autor, no contexto, segue asseverando que Maria Sylvia Zanella Di Pietro assinala que o crescimento do poder de polícia deu-se porque, de um lado, passou a atuar “em setores não relacionados com a segurança, atingindo as relações entre particulares, anteriormente fora do alcance do Estado; o próprio conceito de ordem pública, antes concernente apenas à segurança, passou a abranger a ordem econômica e social, com medidas relativas às relações de emprego, ao mercado dos produtos de primeira necessidade, ao exercício das profissões, às comunicações, aos espetáculos públicos, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e artístico nacional, à saúde e tantas outras”.

Em nosso direito positivo, encontramos, no art. 78 do Código Tributário Nacional, uma definição (note-se: uma definição, mas não a definição) de poder de polícia. Tal definição legal está ligada às correntes mais liberais do direito, conforme visto:

Art. 78 Considera-se poder de polícia a atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou 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 das atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Podemos ainda nos valer da lição de Diogo de Figueiredo acerca do poder de polícia, ao afirmar que:

(...) o Estado, na sua atuação orientadamente ética, visa a valores de convivência. Mas, enquanto a legislação atende a todos os valores convivenciais possíveis, o poder de polícia se ocupa preferentemente- de quatro expressões que são consideradas essenciais para que se estabeleça a pax et ordo juris: a segurança, a salubridade, o decoro e a estética. Eis os quatro valores precipuamente objetivados pelo poder de polícia e que justificam as limitações que incomodamente impõe¹³⁴.

A tais assertivas, podemos ainda ajuntar o que anota Carlos Ari Sunfeld ao afirmar que *a atuação administrativa para limitar o direito à liberdade e à propriedade (ou, com mais precisão científica: de definir concretamente seus contornos) é estudada dentro da noção de poder de polícia*¹³⁵.

Estas linhas limítrofes lançadas para o poder de polícia, a par de sua utilidade em geral quanto ao estudo da matéria, interessa sobremaneira ao estudo do tema no que concerne ao estamento nuclear, seara na qual a regulamentação desce a detalhes técnicos mínimos, como, por exemplo, ocorre com relação a rejeitos nucleares.

Isto porque – e agora se quer fazer referência não somente ao tema de rejeitos mas a todo o ciclo nuclear – tendo em vista que a CNEN acumula funções regulatórias e de regulamentação, nos atos administrativos por ela expendidos, por vezes é tarefa difícil a de destacar o que é regulação e o que é regulamentação. Esta dificuldade de natureza metodológica pode ter efeitos bastante nefastos na aplicação do sistema jurídico, já que os regimes a serem aplicados a cada uma das espécies chamemos assim, normativas, é diferente.

Por isso, o intérprete, na busca pela melhor solução jurídica possível, deve buscar os marcos teóricos que estejam à disposição para tanto. Por isso, interessante, neste passo, invocar a lição de Luís Roberto Barroso, que, neste aspecto, busca traçar

¹³⁴ FIGUEIREDO MOREIRA NETO, Diogo. **Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico**. 2. ed. pp. 67, 68.

¹³⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 10.

uma linha distintiva mais delimitada entre ambos os fenômenos. Com efeito, o autor remarca que “o Poder Público interfere com a atividade econômica em primeiro lugar, traçando-lhe a disciplina, e o faz mediante a edição de leis, de regulamentos e pelo exercício do poder de polícia”. Cita como exemplos de regulação legislativa, de atividades econômicas, o Código do Consumidor, a Lei de remessa de lucros, a lei de repressão ao abuso do poder econômico, entre outras. Por outro lado, com relação à regulação normativa do que chama de “cunho administrativo, edita decretos regulamentares, resoluções, deliberações, portarias” etc.¹³⁶. Ainda é de se mencionar o entendimento de Horácio Augusto Mendes de Souza, segundo quem,

(...) a função de polícia, como forma de específica manifestação estatal, em que a Administração Pública se coloca como executora de limites ou condicionamentos impostos pela Constituição ou pelas leis a direitos fundamentais¹³⁷⁻¹³⁸.

O limite à atuação de polícia, na área nuclear, também, é tema a ser tratado com bastante cautela. Neste ponto, a lição de Odete Medauar, no sentido de que não pode ser olvidada:

(...) a imposição de sanções norteia-se pela legalidade das medidas punitivas, descabendo à autoridade 'inventá-las'. O requisito de competência também prevalece. Além do mais, deve ser assegurado, ao sujeito, contraditório e ampla defesa, por força da Constituição Federal, art. 5º, LV (...).¹³⁹

Cumprido por fim, discutir a questão do poder de polícia de agência reguladora. Neste sentido, apanhando de forma análoga lição referente à ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações – veremos trecho a seguir. A adequação da lição é notável, visto que discute a existência e o exercício do poder de polícia da Agência mesmo diante de atividades que são consideradas como serviço público¹⁴⁰ - que constitui, como se defende neste trabalho, a própria natureza jurídica das atividades envolvidas no ciclo energético nuclear. As discussões partem de uma negativa, por alguns setores doutrinários da existência de poder de polícia da Agência Nacional de Telecomunicações. Esta assertiva, por si só, já traz alguma perplexidade, visto que não poder obrigar ao cumprimento de suas próprias normas torna uma agência reguladora um modelo obsoleto. De toda sorte, para tal setor doutrinário, a ANATEL somente teria poderes para exercer a fiscalização do cumprimento do contrato de

¹³⁶ BARROSO, Luís Roberto. Modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica. Regime jurídico das sociedades de economia mista. Inocorrência de abuso do poder econômico. **RTDC** n° 18/91.

¹³⁷ SOUZA, Horácio Augusto Mendes de. A intervenção do Estado no domínio econômico à luz da jurisprudência. In: **Direito Empresarial Público**. p. 45-46.

¹³⁸ Ver também: MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. p. 131.

¹³⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno, de Acordo com a Emenda Constitucional 19/1998**. 4. ed., p. 397.

¹⁴⁰ SILVINO DA COSTA FILHO, Vivaldo. Op. cit., p. 118 e ss.

concessão, defendendo outros que o poder de polícia na área de telecomunicações teria sido remetido à União Federal¹⁴¹, já que a Constituição teria reservado ao ente federativo central a própria titularidade do serviço de telecomunicações. De acordo com a tese defendida por Vivaldo Filho¹⁴², no entanto,

(...) na realidade o poder de polícia da ANATEL configura-se como um jus polittiae especial, voltado apenas aos serviços definidos em lei. Afirma ainda que por ser bem mais amplo, o poder regulador absorve a noção de poder de polícia, pois o primeiro passa ser uma generalidade que inclui uma de suas espécies: a polícia administrativa.

Em outras palavras, o autor quer demonstrar que no poder regulatório estaria incluído o poder de polícia. O entendimento defendido neste trabalho não é idêntico, mas semelhante, uma vez que, apesar de não se defender que o poder de polícia seja atributo do poder regulatório, na verdade, e aplicando-se a conhecida tese dos **poderes implícitos**, não é razoável que se conceda poder regulatório sem se conceder o poder para fiscalizar e obrigar ao cumprimento das medidas regulatórias expendidas, raciocínio este que acaba por, de certa forma confluir com o que foi defendido por Vivaldo Filho. Demais disso, no caso específico das telecomunicações, a legislação específica, em seu art. 19 menciona claramente que “a agência pode adotar medidas necessárias para o atendimento do interesse público, inclusive expedir e extinguir autorização para prestação de serviço no regime privado, fiscalizando e aplicando sanções”, dentre outras potestades.

Portanto, resta evidente que uma agência reguladora que não tenha enfeixado também, entre suas potestades, o poder de polícia, tanto no âmbito regulamentar quanto no âmbito fiscalizatório, seria, para utilizar uma expressão conhecida entre nós, forjada por Barbosa Moreira, um **sino sem badalo**.

De toda sorte, para fins da presente pesquisa, continuar-se-á a tratar o poder ou função regulamentadora em separada do poder de fiscalizar, mas sempre tendo em mente que ambos podem muito bem ser considerados como inseridos dentro do poder de polícia¹⁴³.

3.1.2.4 Funções regulamentadoras

¹⁴¹ Id. Ibid., loc. cit.

¹⁴² Id. Ibid., loc. cit.

¹⁴³ Id. Ibid., loc. cit. O autor ainda menciona o quanto se segue: “Assim, separaremos a atividade normativa da compreensão de polícia administrativa, que se traduz (sic) em portarias, resoluções, instruções e outros atos normativos que limitem as liberdades dos cidadãos. Trataremos apenas de sua operacionalização administrativo-material, quer dizer, de aplicação da lei ao caso concreto, englobando tanto medidas preventivas e repressivas, como as fiscalizadoras, visto que representam o atuar natural de seu policiamento estrito”.

Em função do monopólio estatal em torno das atividades nucleares, algumas competências nessa área foram conferidas à CNEN, em especial: autorização e licenciamento de instalações, regulamentação das atividades, fiscalização dos agentes, bem como a produção de radioisótopos.

A CNEN é autarquia vinculada ao Ministério de Ciência e Tecnologia e não ao Ministério de Minas e Energia, e limita-se às atividades de licenciamento, e fiscalização das usinas nucleares.

Pode-se elencar, dentre as funções regulamentadoras da CNEN:

a) Caput e inciso VIII, parte (VIII - estabelecer normas e conceder licenças e autorizações para o comércio interno e externo (...);

b) Caput e inciso IX (IX - expedir normas, licenças e autorizações relativas a a) instalações nucleares; b) posse, uso, armazenamento e transporte de material nuclear; c) comercialização de material nuclear, minérios nucleares e concentrados que contenham elementos nucleares);

c) Caput e inciso X (X - expedir regulamentos e normas de segurança e proteção relativas: a) ao uso de instalações e de materiais nucleares; b) ao transporte de materiais nucleares; c) ao manuseio de materiais nucleares; d) ao tratamento e à eliminação de rejeitos radioativos; e) à construção e à operação de estabelecimentos destinados a produzir materiais nucleares e a utilizar energia nuclear).

d) Caput e inciso XVII (XVII - autorizar a utilização de radioisótopos para pesquisas e usos medicinais, agrícolas, industriais e atividades análogas).

e) Caput e inciso XVIII parte (XVIII - autorizar e fiscalizar a construção e a operação de instalações radiativas no que se refere a ações de comércio de radioisótopos).

3.1.2.5 Funções fiscalizatórias

De outra parte, além de um poder regulatório e de um poder regulamentador, concede a Constituição poder de polícia fiscalizatória à CNEN, como visto.

Destarte, em esfera absolutamente distinta daquela relacionada aos reatores nucleares, voltados para produção de energia elétrica, a CNEN regula e fiscaliza

atividades radiativas que são, há muito, exercidas por particulares. São as clínicas de radioterapia e de medicina nuclear, as indústrias e empresas do setor da agricultura. Nesses casos, atuam com autorização da CNEN.

Podemos assim elencar o caput e incisos:

a) Inciso VIII (VIII - estabelecer normas e conceder licenças e autorizações para o comércio interno e externo:a) de minerais, minérios, materiais, equipamentos, projetos e transferências de tecnologia de interesse para a energia nuclear;b) de urânio cujo isótopo 235 ocorra em percentagem inferior ao encontrado na natureza).

b) Inciso IX (IX - expedir normas, licenças e autorizações relativas a: a) instalações nucleares; b) posse, uso, armazenamento e transporte de material nuclear; c) comercialização de material nuclear, minérios nucleares e concentrados que contenham elementos nucleares).

c) Inciso X (X - expedir regulamentos e normas de segurança e proteção relativas:a) ao uso de instalações e de materiais nucleares;b) ao transporte de materiais nucleares;c) ao manuseio de materiais nucleares;d) ao tratamento e à eliminação de rejeitos radioativos;e) à construção e à operação de estabelecimentos destinados a produzir materiais nucleares e a utilizar energia nuclear).

d) Inciso XIII (XIII - especificar: a) os elementos que devam ser considerados nucleares, além do urânio, tório e plutônio; b) os elementos que devam ser considerados material fértil e material físsil especial ou de interesse para a energia nuclear; c) os minérios que devam ser considerados nucleares; d) as instalações que devam ser consideradas nucleares).

e) Inciso XIV (XIV - fiscalizar: a) o reconhecimento e o levantamento geológicos relacionados com minerais nucleares; b) a pesquisa, a lavra e a industrialização de minérios nucleares; c) a produção e o comércio de materiais nucleares; d) a indústria de produção de materiais e equipamentos destinados ao desenvolvimento nuclear).

f) Inciso XVII (XVII - autorizar a utilização de radioisótopos para pesquisas e usos medicinais, agrícolas, industriais e atividades análogas).

g) Inciso XVIII (XVIII - autorizar e fiscalizar a construção e a operação de instalações radiativas no que se refere a ações de comércio de radioisótopos).

Todas estas atividades, em maior ou menor grau acabam por incluir exercício de poder de polícia. (Não se deve estranhar a repetição de incisos na distribuição das

diversas atividades, uma vez que a redação constitucional acaba por incluir nos mesmos dispositivos funções com diferentes naturezas jurídicas).

Com efeito, a fiscalização que aqui interessa ressaltar é aquela atividade estatal pela qual se realiza o controle da juridicidade do exercício econômico pelos particulares. Implementa-se, por meio desta função, a fiscalização das práticas dos agentes econômicos, do empresariado, de modo a perceber se há adequação entre estas e as normas jurídicas de conteúdo econômico. A fiscalização tem em si - como assevera Manoel Gonçalves Ferreira Filho - a idéia de acompanhamento, com a verificação da observância das normas cabíveis¹⁴⁴.

Vê-se que a Constituição inclui, dentre as funções que denomina *fiscalizatórias* da CNEN, o cuidado das lavras de material nuclear.

Sabe-se que a propriedade dos bens minerais – jazidas, em fase de lavra ou não, é da União sobre estes bens.

Assim é que tais formas, ou seja, os regimes de exploração e aproveitamento da natureza mineral no país estão dispostos na Carta de 1988, em especial, no art. 176, seguindo-se o Código de Mineração, Decreto Lei 227 de 1867, bem como seu regulamento, o Decreto 62.934 de 1968, recepcionados pela mesma Constituição e alterados por legislação infraconstitucional.

O Código de Mineração determina quais os regimes exploratórios cabíveis no que concerne aos minerais brasileiros: **autorização de pesquisa; concessão de lavra; licenciamento; permissão de lavra garimpeira; registro de extração; regime de monopólio**; regimes especiais. Cada um conta com um determinado procedimento administrativo para a concessão do respectivo **título minerário** – título jurídico que autoriza a execução da pesquisa e ou exploração.

Nestas linhas, por virtude do art. 177 da Constituição – que estabelece o monopólio da União Federal para os minérios e minerais nucleares e seus derivados, em seu inciso V, devemos compreender o que realmente vem a ser o **regime de permissão**, previsto expressamente neste dispositivo.

Especialmente, por outro lado, quanto aos minérios nucleares, temos que a Lei 4118/1962, que já previa monopólio em seu art. 1º, observando o art. 31 daquela lei,

¹⁴⁴ TAVARES, André Ramos. Op. cit., p. 299. Sobre o tema, o autor ainda assevera que ao comentar essa forma de atuação estatal, Tupinambá Miguel Castro do Nascimento salienta que o Estado, "na fiscalização observa a atividade econômica em geral e particular, vigiando-a; examina o exercício da atividade empresarial, confrontando-a com os princípios atinentes à ordem econômica, para verificar de sua observância e corrigi-la em seus equívocos e erros. É um poder de comando que vai do simplesmente olhar ao censurar e, se necessário, interditar. Todavia, toda fiscalização será exercida na forma e nos limites indicados em lei, ou seja, de conformidade com a lei.

assevera Luciana Nogueira¹⁴⁵ que “o exercício do monopólio dos minerais nucleares não é subordinado aos regimes de autorização de pesquisa e concessão de lavra”.

No campo do petróleo, outro mineral estratégico, tem-se que o exercício das atividades pelas entidades de direito privado se dá por meio de contrato de concessão de exploração. No âmbito petrolífero, aliás, até tempos recentes, a PETROBRÁS possuía o monopólio das atividades de extração daquela substância. E, em decorrência do maior avanço dos estudos doutrinários naquela especialidade que é útil verificar algumas lições para introduzi-las, de forma crítica, evidentemente, para o campo da exploração de minérios nucleares. Esclarece, neste passo, Alfredo Ruy Barbosa¹⁴⁶ que

(...) de acordo com a legislação brasileira, a concessão mineral atribui um direito exclusivo a um ente privado para explorar e usar uma determinada jazida, desde que este atenda a certos requisitos técnicos, jurídicos e econômicos previstos em lei.

Tal não ocorre no terreno nuclear, em que a concessão mineral é do próprio Estado. Mas isso não quer dizer que, uma vez em prática a concessão, não se deverá atender às finalidades previstas em lei. Pelo contrário, em se tratando, no caso do minério nuclear, de serviço público, o atendimento é não só qualitativamente, mas também quantitativamente mais amplo, devendo sempre se cumprir os deveres previstos na legislação pertinente. De toda sorte, como ocorre nos minerais em geral, “tal direito é oponível erga omnes a fim de proteger a exclusividade que o título deve assegurar” a quem explora – na hipótese nuclear, o próprio Estado.

No caso específico do nuclear há, como foi referido, um detalhe importante e único – ao menos atualmente – que é o fato de que o monopólio da União Federal é exercido por uma autarquia federal, a Comissão Nacional de Energia Nuclear, ou simplesmente CNEN, de acordo com o art. 1º da Lei 4118/62 e conforme reconhecido na Portaria 53 de 18 de maio de 1994, que aprova o Regimento Interno da CNEN, também em seu art. 2º que assim dispõe: “Com base no art. 21, XXIII, e no art. 177, V, da Constituição Federal, bem como no art. 1º da Lei 4118, de 27 de agosto de 1962, a CNEN tem por finalidade: I – exercer o monopólio constitucional da União na área nuclear”.

Esta circunstância demonstra uma desnecessidade de qualquer outro instrumento contratual, visto que se dá a transferência da execução por meio uma

¹⁴⁵ RANGEL NOGUEIRAR, Luciana. Direito **Minerário Brasileiro e as Restrições à Propriedade Superficial**. 24 ago. 2004. Dissertação - Instituto de Geociências da Universidade Estadual de Campinas, UNICAMP. Consulta in loco em junho de 2009.

¹⁴⁶ BARBOSA, Alfredo Ruy; VALOIS, Paulo (Org.). A Natureza Jurídica da Concessão para Exploração de Petróleo e Gás Natural. In: **Temas de Direito do Petróleo e do Gás Natural II**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

delegação legislativa. Ou seja, os instrumentos previstos no Código de Minas não têm serventia para a relação jurídica entabulada entre a União Federal a Comissão Nacional de Energia Nuclear.

3.1.2.6 Atuação no mercado

Como se pode observar, sem muito esforço, portanto, o papel desempenhado pela CNEN é misto, atuando desde a intervenção pela regulação, passando pela regulamentação, pela fiscalização até a atuação, ainda que de modo indireto, por intermédio da NUCLEP e da INB.

Com relação ao papel de atuação no mercado¹⁴⁷, vê-se que a CNEN, seja diretamente, seja por intermédio da INB ou da NUCLEP (embora, quanto a esta última, já tenhamos noticiado que é duvidosa a inserção de suas atividades no terreno monopolístico), exerce as atividades em regime de monopólio.

Estará, pelo menos diante da atual conformação constitucional vigente no país, caracterizado o monopólio estatal da atividade quando, por virtude ou poder decorrência que se extraia de forma suficientemente clara de determinação constitucional (e somente por determinação constitucional, nunca é demais frisar-se¹⁴⁸), o Estado estiver em situação de presença única na respectiva atividade.

¹⁴⁷ NESTER, Alexandre Wagner; ARAGÃO, Alexandre Santos de (org.); AZEVEDO MARQUES NETO, Floriano de (org.). A Inserção do Regime Concorrencial nos Serviços Públicos. In: **O Direito Administrativo e Seus Novos Paradigmas**. São Paulo: Forum, 2008. pp. 447, 448. Segundo o autor citado: “prevalece a diversidade de concepções para o termo mercado. (...) Um dos significados mais comuns, oriundo da noção historicamente atribuída ao termo, refere-se ao mercado como o local — físico ou virtual — onde reúne-se um determinado grupo de compradores e de vendedores que estão relativamente próximos para que suas atividades comerciais afetem as condições de compra e venda dos demais indivíduos e empresas. Além desse significado, Ferrarese ainda indica outras acepções comuns. Fala do mercado como ideologia, isto é, entendido como uma garantia fundamental da expressão da liberdade do homem. Cita o mercado como paradigma de ação social do indivíduo — tomado este, numa concepção carregada pelo individualismo metodológico, como sujeito dotado de uma racionalidade perfeita, capaz de escolher sempre as melhores decisões econômicas. Por fim, menciona o mercado como instituição, ou seja, não apenas como mero instrumento de alocação de recursos econômicos, mas como verdadeiro e eficaz organizador das relações sociais. E, enfim, ressalta que o Estado, por sua vez, interfere nessa relação de maneira determinante, visando atingir suas finalidades últimas”.

¹⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. Regime Constitucional do Serviço Postal. Legitimidade da Atuação da Iniciativa Privada. In: **Temas de Direito Constitucional**. 2003 t. II. Inclusive conforme alerta Luís Roberto Barroso: A propósito, deve-se registrar o fato de que o tratamento constitucional da livre iniciativa no Texto de 1988 traz uma visão diversa da ordem econômica e do papel do Estado, em contraste com os modelos anteriores. Já não se concede mais, como fazia a Carta de 1967-69, ampla competência na matéria ao legislador ordinário, ao qual era reconhecida até mesmo a possibilidade de instituir monopólios estatais. A experiência demonstrou que tal faculdade distorceu o caráter subsidiário e excepcional da atuação estatal na economia, propiciando a criação de centenas de empresas estatais. Em setembro de 1981, recenseamento oficial arrolava a existência, apenas no plano federal, de 530 pessoas jurídicas públicas de caráter econômico, inclusive autarquias, fundações e entidades paraestatais. TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. In: Revista de Direito Administrativo n. 202, p. 1 e ss.

Normalmente a doutrina elenca como fundamentação ontológica das hipóteses de monopólio, a prevalência – ou supremacia – do interesse público.

Conforme ensina Luís Roberto Barroso, acerca da legitimidade para criação de monopólios, a Carta de 1988 manteve a referência já tradicional à livre iniciativa, no capítulo dedicado à ordem econômica, mas promoveu-a a princípio fundamental do Estado brasileiro, dando-lhe novo status constitucional. Além disso, disciplinou exaustivamente as formas de intervenção do Estado no domínio econômico, fixando os limites da ação legislativa na matéria, em qualquer caso excepcional, na qual não se inclui a possibilidade de criar novos monopólios. Qualquer restrição ao princípio precisa estar fundada na própria Constituição. Investigou-se, assim, o sentido e o alcance do princípio da livre iniciativa na Constituição, à vista da circunstância de ser ele o vetor interpretativo a ser seguido e ao qual se deve dar a devida dimensão de peso na ponderação com outros valores constitucionais¹⁴⁹.

Na busca de uma conceituação do monopólio, pode-se recorrer aos anais das votações do Conselho de Defesa da Ordem Econômica – CADE – encontram-se várias manifestações acerca do conceito de monopólio. O então Conselheiro daquela Casa, J. C. de Mendonça Braga manifestou-se, certa feita, a propósito do tema, da forma seguinte:

Monopólio – Exploração de ramo industrial ou comercial, com exclusividade. A palavra deriva do grego monos (único) e polein (vender) e designa a situação que se cria no mercado, quando alguém detém a exclusividade na venda, ou na compra de determinado bem, ou, ao menos, lhe domina as condições de oferta e procura, originando característica especial quanto à formação dos preços. Assim, o que caracteriza, essencialmente, o monopólio é a peculiar determinação dos preços e a falta de concorrência¹⁵⁰.

Evidentemente que a lição deve ser tomada levando em conta que se trata de um serviço público a ser prestado exclusivamente pelo estado na forma de monopólio¹⁵¹. No mesmo sentido é a lição de Ubirajara Mach de Oliveira ao asseverar que “monopolista é aquela empresa que possui a titularidade exclusiva da produção de um determinado bem ou serviço”¹⁵².

O mesmo autor assevera que, se de um lado

¹⁴⁹ Id. Ibid.

¹⁵⁰ **Revista de Direito Econômico**, 4/116 e ss e D.O.U. de 19 set. 1969, Seção I, Parte I, p. 7925 e ss. Referência: Votos no Processo Administrativo n. 3, de 19 de agosto de 1969. Representantes: Sindicato do Comércio Atacadista de Vidro Plano, Cristais e Espelhos do Estado da Guanabara, Abílio de Araújo Lage, Manoel Pinto da Conceição, Ferdinand Hidalgo e Organização Comercial de Vidros “Orwico” Ltda.; Representadas: Indústrias Reunidas Vidrobrás Ltda. e Cia. Comercial de Vidros do Brasil (CVB). Conselheiro-Relator Geraldo de Rezende Martins.

¹⁵¹ Diversamente que defendem certas correntes doutrinárias, defende-se, neste trabalho que a existência de monopólio estatal não exclui a natureza ontológica de serviço público, mas reforça a titularidade estatal respectiva, excluindo, assim, et por cause, a iniciativa privada.

¹⁵² OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. *Cartel: Teoria Unificada da Colusão*. São Paulo: Lex, 2007.

(...) a empresa competitiva não é capaz de unilateralmente afetar os preços ou o nível de produção de um dado mercado, o monopolista, ao contrário, é capaz de alterar a quantidade ofertada em um dado mercado e, dessa forma, alterar o preço de mercado¹⁵³. Assim é que na análise dos monopólios perfeitos, tem-se como pressuposto teórico a indisponibilidade de concorrência real ou potencial, isto é, presume-se que (a) o mercado sob análise não possui outro agente ofertante que não a empresa monopolista; e (b) o monopolista não precisa se preocupar com a entrada de novos concorrentes¹⁵⁴.

Estas lições são plenamente aproveitáveis ao monopólio praticado pelo Estado. Assim é que, atuando na esfera que constitucionalmente lhe é permitida, em monopólio, o Estado tem todos os poderes econômicos acima delineados. Maiores ainda são quando se trata de um serviço público de prestação monopolizado pelo Estado, circunstância na qual poderá exercer de forma vinculante o planejamento.

Com efeito, é o que se pondera, na mesma senda a doutrina¹⁵⁵ afirmando que

(...) o monopólio é a antítese, a negação, da livre iniciativa. Por esse motivo, a doutrina é pacífica em afirmar que, a partir da entrada em vigor da nova Carta, só são admitidos os monopólios estatais por ela previstos expressamente; lei alguma pode criá-los, (...)

Diversamente, aliás, do que ocorria sob a égide da Carta de 67/69, que admitia que legislação infraconstitucional criasse monopólios estatais diretamente, respeitando, apenas os direitos já adquiridos, o que já não é mais possível diante da não reprodução do dispositivo correspondente na carta atual. Mais ainda, deve-se atentar para a circunstância de que a criação de monopólios pelo estado pela Constituição significa uma maior responsabilidade no trato da matéria.

Agora, se o monopólio público é ou não uma intervenção – discussão interessante, mas cujo aprofundamento escapa ao foco destas linhas – o sentido de tal termo (intervenção) pode ser compreendido como a atuação em área de outrem¹⁵⁶, deixando-se entrever que a atuação na economia é concebida como uma atividade característica da iniciativa privada, sendo presença do Estado, nesse segmento, reconhecida como uma espécie de "invasão", uma interferência na área própria de outrem, como salientam os autores¹⁵⁷.

Por isso que tratar da intervenção do na Economia é tratar, primeiramente, do conceito de serviço público, porque será este conceito que determinara aquele outro. Ou, em outro giro verbal, deverão ser considerados como hipótese de intervenção estatal na economia os casos em que o Estado não estiver atuando no sérico público (atuando, portanto, em terreno que pertence à iniciativa privada).

¹⁵³ Id. Ibid.

¹⁵⁴ Id. Ibid.

¹⁵⁵ Id. Ibid.

¹⁵⁶ TAVARES, André Ramos. Op. cit.

¹⁵⁷ Id. Ibid.

De acordo com o que se defende nestas linhas, o monopólio público em si não é uma intervenção, já que a sua instituição não descaracteriza a atividade como serviço público. Assim, somente se poderá discutir intervenção diante da questão do serviço público, e não do monopólio. Por isso que dissentimos em parte do que defende Diogo de Figueiredo, para quem,

(...) na intervenção monopolista o Estado se impõe com exclusividade na exploração econômica de certos bens ou serviços. É a forma mais radical de intervenção do Estado na economia, executada com a supressão da iniciativa privada em setor que passa à reserva de atuação do Poder Público.¹⁵⁸

Conforme se vê, o autor, ainda que de forma não expressa, entende que o monopólio estatal está ligado a uma atividade econômica em sentido estrito e não a um serviço público. No entanto, afirme-se, este parece ser o entendimento majoritário na doutrina.

Ainda é o mesmo autor que afirma que¹⁵⁹, considera-se o instituto da intervenção do Estado sobre as atividades econômicas e sociais

(...) como a imposição imperativa que faz de uma ordem artificialmente engenhada, aquela abstratamente presumida como eficiente, para reger as relações das sociedades que jurisdiciona, afastando a ordem espontânea por elas gerada.

Eros Roberto Grau, por seu turno, realiza uma distinção entre atuação e intervenção. Destarte, estaria o Estado em situação de atuação quando estivesse em seu terreno natural e, em intervenção, nos momentos em que estivesse em área cuja titularidade pertencente à iniciativa privada¹⁶⁰. É do referido autor a seguinte passagem:

(...) o Estado não pratica intervenção quando presta serviço público ou regula a prestação de serviço público. Atua, no caso, em área de sua própria titularidade, na esfera pública. Por isso mesmo dir-se-á que o vocábulo intervenção é, no contexto, mais correto que a expressão atuação estatal: intervenção expressa atuação estatal em área de titularidade do Setor Privado; atuação estatal, simplesmente, expressa significado mais amplo. Pois é certo que a expressão, quando não qualificada, conota inclusive atuação na esfera do público¹⁶¹.

Por outro lado, na esteira de autores como Lúcia Valle Figueiredo, as balizas da intervenção serão, sempre e sempre, ditadas pela principiologia constitucional, pela declaração expressa dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, dentre eles a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Qualquer interpretação sobre a devida ou indevida intervenção

¹⁵⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. p. 465-467. Recomendamos ainda a leitura do texto: MOREIRA, Egon Bockman. O Direito Administrativo da Economia e a Atividade Interventiva do Estado Brasileiro. In: **Direito Administrativo: Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

¹⁵⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 129-133.

¹⁶⁰ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. São Paulo: Malheiros. 10. ed. p. 93.

¹⁶¹ Id. Ibid., p. 93.

estatal deverá ser tirada a lume desses princípios e dos próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito¹⁶².

Não destoam André Ramos Tavares quando assevera que os atos econômicos, propriamente ditos, do Estado, de intervenção no domínio privado, regem-se pelo princípio da subsidiariedade, com o Poder Público, praticando atividade que não lhe é própria, sobrepondo-se ao princípio geral da iniciativa privada. É o que decorre da perspectiva acima adotada acerca do termo 'intervenção'¹⁶³.

Ainda é Roberto Grau quem ensina que se constitui a nova ordem econômica, “além das normas de ordem pública, de normas de intervenção, normas que instrumentam a intervenção do Estado na economia”¹⁶⁴.

Como se vem defendendo aqui que o ciclo nuclear conforme plasmado na Carta da República, e diante dos condicionantes que assim o puseram, deve ser considerado como serviço público, se adotada a concepção de intervenção segundo a qual tal fenômeno significa atuação em área não originariamente destinada ao agente, deve-se concluir que o Estado não intervém na matéria nuclear.

Por outro lado, a questão do “terreno próprio do Estado e o terreno próprio da atividade privada” é apenas um problema de referencial, tanto legislativo quanto temporal. Assim, se se considera que toda atividade é econômica e que algumas atividades econômicas são consideradas como serviço público em virtude de determinados paradigmas, pode-se dizer que o Estado também é interventor quando atua na seara do serviço público.

No entanto, como essa discussão extrapola os lindes deste trabalho, deixa-se para explorá-lo em outra oportunidade. Aqui, o que interessa remarcar é que, de acordo com os posicionamentos dominantes, combinados como nosso entendimento de que o ciclo nuclear é serviço público, não se caracteriza propriamente uma intervenção estatal neste ponto, ainda que se diga que é uma atuação no *mercado*, visto que este termo não deverá, aí, ser entendido como a arena dos agentes econômicos em sentido estrito, mas um ambiente onde se desenvolvem todas as atividades, ou seja, numa acepção mais ampla¹⁶⁵.

¹⁶² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000. 4. ed. p. 84.

¹⁶³ TAVARES, André Ramos. Op. cit., p. 57.

¹⁶⁴ GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 93.

¹⁶⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 21. Menciona que “se por um lado o mercado é decorrência natural e espontânea do dinamismo social, por outro, é uma criação jurídica, vez que apenas pode se desenvolver caso existam os veículos e as garantias jurídicas necessárias”.

3.2 Atuação no Mercado por Meio das Indústrias Nucleares do Brasil, da NUCLEP e da ELETRONUCLEAR

Como já referido, além da Eletronuclear, que é controlada da Eletrobrás, duas outras companhias atuam na questão nuclear, a NUCLEP e a INB, sendo estas duas últimas controladas da CNEN. A título de rememoração repetimos o trecho abaixo:

a) Eletronuclear – Trata-se de uma sociedade de economia mista, vinculada ao Ministério das Minas e Energia, que integra o grupo Eletrobrás, tendo competência para construir e operar as usinas nucleares geradoras de energia elétrica no Brasil;

b) INB – Indústrias Nucleares do Brasil – Sucessora da antiga NUCLEBRÁS¹⁶⁶ (Decreto-lei n.º 2.464/88), a INB é uma sociedade de economia mista, vinculada ao Ministério da Ciência e Tecnologia, respondendo pela exploração do urânio, desde a mineração e o beneficiamento primário até a produção e montagem dos elementos combustíveis que acionam os reatores de usinas nucleares. O conjunto dessas atividades constitui o Ciclo do Combustível Nuclear. Atua também na área de tratamento físico dos minerais pesados com a prospecção e pesquisa, lavra, industrialização e comercialização das areias monazíticas e obtenção de terras-raras;

c) NUCLEP – ex-Subsidiária da antiga Nuclebrás (hoje, INB), a NUCLEP foi criada com base no Decreto n.º 76.805/75 para projetar, desenvolver, fabricar e comercializar equipamentos pesados relativos a usinas nucleares e outros projetos correlacionados.

Ainda como referido, a CNEN detém 99,9% das ações da INB e da NUCLEP.

¹⁶⁶Ainda na época da NUCLEBRÁS, foi editada a Lei n.º 6.819/1974 que trazia algumas disposições cuja transcrição julgamos de suma importância: “Art. 18. A Companhia Brasileira de Tecnologia Nuclear, constituída pela Lei nº 5.740, de 1º de dezembro de 1971, passa a denominar-se Empresas Nucleares Brasileiras S.A., que usará a abreviatura NUCLEBRÁS, diretamente vinculada ao Ministério das Minas e Energia. §1º A participação acionária da CNEN no capital social da Companhia Brasileira de Tecnologia Nuclear será transferida para a União Federal. § 2º A União manterá na NUCLEBRÁS sempre 51% (cinquenta e um por cento), no mínimo, das ações com direito a voto, sendo nula qualquer transferência ou subscrição de ações feitas com infringência do disposto neste parágrafo. Art. 19. Além das atribuições contidas no art. 3º da Lei nº 5.740, de 1º de dezembro de 1971, caberá à NUCLEBRÁS a comercialização exclusiva de materiais nucleares compreendidos no âmbito do monopólio, observado o disposto no art. 16 desta Lei. Art. 20. O art. 5º, da Lei nº 5.740, de 1º de dezembro de 1971, passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 5º É facultado à NUCLEBRÁS desempenhar suas funções, diretamente ou através de subsidiárias, por convênio com órgãos públicos, por contratos com especialistas e empresas privadas, ou associação com outras entidades, observada a Política Nacional de Energia Nuclear. Parágrafo único. Para a execução de atividades de que trata o art. 1º, da Lei nº 4.118, de 27 de agosto de 1962, a NUCLEBRÁS só poderá constituir subsidiárias, das quais detenha, no mínimo e em caráter permanente, 51% (cinquenta e um por cento) das ações com direito a voto, por autorização do Presidente da República, mediante Decreto”.

É preciso realizar uma análise crítica do papel da NUCLEP e da INB no ciclo nuclear, isto porque, como já referido também, o art. 177 da Carta da República, se interpretado de determinada forma – observando que o seu inciso V, que cuida da questão nuclear – não está referido no parágrafo 1º, que autoriza a contratação de empresas estatais ou privadas para a realização das respectivas atividades, pode levar a crer que o exercício de parcela da atividade do ciclo nuclear pela NUCLEP e pela INB restaria como situação em antagonismo com a ordem constitucional inaugurada em 1988.

Tais considerações – do referido aparente antagonismo – ganham fôlego quando da análise do julgamento da ADIN 3273, ajuizada pelo Governador do Estado do Paraná, em face da lei do petróleo, em vários aspectos, com destaque para o problema

(...) dos limites do monopólio constitucional da União frente à propriedade das jazidas de petróleo e gás natural. Assim é que segundo o entendimento do Governador Roberto Requião, a previsão constitucional do monopólio de atividades da indústria do petróleo por parte da União, constante do artigo 177, impediria que a propriedade desses bens fosse assumida pelo concessionário que os extraísse. Sendo assim, a contratação referida no §2º do artigo 177 da Constituição teria como objetivo a prestação de serviços de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo ou gás natural, sendo devido ao concessionário remuneração fixa pela prestação de seus serviços, restando inconstitucional a transferência da propriedade do produto da lavra¹⁶⁷.

No entanto, no julgamento final (por maioria), o Supremo Tribunal Federal, em voto divergente encabeçado pelo então Ministro Eros Grau, entendeu que:

(...) a Emenda Constitucional nº 9 retirou a vedação constitucional à cessão a terceiros, por parte da União, de participação, em espécie ou em valor, na exploração de jazidas de petróleo e gás natural, autorizando constitucionalmente a União a transferir a empresas estatais ou privadas os riscos e os resultados das atividades exploratórias ligadas a esses bens.

Com base em tal premissa, o STF conclui que **os preceitos dos §§1º e 2º do artigo 177 realmente são especiais em relação ao artigo 176 da Constituição.**

Tal circunstância, aluada ao fato de que o “§2º, II, reservou à determinação legal as condições de contratação em relação às atividades de pesquisa e lavra de petróleo e gás natural” leva à conclusão de que o art. 26 da lei do petróleo não poderia ser considerado inconstitucional “já que esta lei foi criada justamente para regular a forma de contratação das atividades da indústria do petróleo monopolizadas pela União, atendendo ao dispositivo constitucional”¹⁶⁸.

¹⁶⁷ LOSS, Giovanni Ribeiro. **A Regulação Setorial do Gás Natural**. Belo Horizonte: Forum, 2007. p. 58.

¹⁶⁸ Id. Ibid., loc. cit.

Ora, se foi discutível o trespasse da propriedade das lavras e jazidas de petróleo para particulares quando os próprios preceitos constitucionais o admitiriam, com mais razão seria interdita tal operação no caso nuclear no qual tal possibilidade não é admitida.

E, muito embora, como também referido, por outro lado, é duvidoso que a NUCLEP atue em setor monopolizado, já que suas atividades não estão, a princípio, enquadradas no já mencionado inciso V do art. 177 da Constituição, ainda assim passaremos a cuidar de ambas, já que, de fato, atuam em nome da CNEN.

Ao que nos parece, a legalidade constitucional da situação descrita somente pode ser admitida se entendermos de alguma forma que ambas as companhias materialmente não passam, na verdade, de meros órgãos da CNEN.

A INB, sociedade de economia mista por definição legal (Lei 10.463/02), por meio deve:

I – Realizar a prospecção, pesquisa e a lavra de jazidas de minérios nucleares e associados; II – Construir e operar: a) instalações de tratamento, concentração, beneficiamento, conversão e industrialização de minérios nucleares e seus associados e derivados; b) instalações destinadas ao enriquecimento de urânio, ao reprocessamento de elementos combustíveis irradiados, bem como a produção de elementos combustíveis e outros materiais de interesse da indústria nuclear; III – Negociar, nos mercados interno e externo, equipamentos, materiais e serviços de seu interesse; IV – Comercializar os materiais nucleares compreendidos no âmbito do monopólio da União, observado o disposto no Art. 16 da Lei nº 6.189, de 16 de dezembro de 1974, bem como de outros minérios e concentrados minerais, e produtos químicos em geral, de fabricação própria ou de terceiros.

Quanto à figura da subsidiária integral, o fato é que a tipicidade legal do art. 251 da Lei das Sociedades por Ações a princípio não comportaria tal interpretação, já que a figura da subsidiária integral tem como contorno a totalidade do capital nas mãos de outra companhia, e não 99,9% nas mãos de uma autarquia.

Por outro lado, a Lei 6189/74 instituiu, em seu art. 19 que caberá à CNEN e suas **subsidiárias ou controladas**. Se não se trata de subsidiária integral, tratar-se-ia, assim de uma **controlada**, como o próprio dispositivo legal prevê. O problema é que, sendo consideradas ambas as sociedades **simplesmente controladas**, continuam a serem empresas estatais, para as quais ficaria vedado o trespasse de atividades do ciclo nuclear, por uma interpretação razoável do art. 177 da Carta da República.

Portanto, retomando a proposta inicial, somente diante de uma interpretação de natureza **material** do que vem a ser a personalidade jurídica de uma companhia que é controlada de forma absoluta por outra entidade, combinado com os conceitos **materiais** de desconcentração e descentralização administrativas (eis se está falando em empresas estatais) poderá fornecer uma solução que pareça adequada.

Daí a advertência de Fábio Konder Comparato é adequada, mormente quando já prenuncia que

(...) a dinâmica do poder de controle societário implica uma constante revisão ou correção do princípio da personalidade jurídica, que recobre a atuação do controlador. Por conseguinte, após um capítulo introdutório, consagrado ao tema geral do sentido e valor desse princípio, discutiremos, nos seguintes, alguns problemas particulares ligados à desconsideração da personalidade societária em função do controle¹⁶⁹.

Na mesma obra, o autor distingue quatro espécies de controle nas companhias: “(i) controle totalitário; (ii) controle majoritário; (iii) controle minoritário; (iv) controle administrativo ou gerencial”¹⁷⁰.

Vimos que a princípio, a classificação de **controle totalitário**, como uma espécie de subsidiária integral, não poderia ser feita quanto à relação entre a CNEN e as duas companhias citadas. E isto parece correto, quando se leva em conta, por exemplo, que

(...) pode-se e deve-se, pois, distinguir a sociedade unipessoal da companhia, cujo controle se funda em quase completa propriedade acionária, para efeito de aplicação do sistema legal. No segundo caso, ainda que reduzida à mínima expressão, existe sempre uma minoria, potencial ou atua, desde que, bem entendido, a pluralidade de acionistas seja real e não meramente simulada¹⁷¹.

Ocorre que o 1% das ações de ambas as companhias que não pertencem à CNEN, pertencem à União Federal. Ao que parece, ao menos materialmente, não se poderia falar em real pluralidade de acionistas, mesmo porque falece à CNEN a autonomia de uma agência regulatória que permitisse um afastamento de tal caracterização.

Demais disso, não se deve esquecer que as companhias estatais não deixam de ser uma técnica jurídica de descentralização administrativa. Mas este conceito deve ser apreendido, de acordo com a moderna doutrina administrativa, em seu sentido material. Materialmente falando, somente se houver um mínimo de autonomia reconhecida para a entidade personalizada criada é que se tem descentralização administrativa (repita-se, em seu sentido material).

Enfim, o argumento aqui é o de que o atual desenho institucional CNEN-controladas constitui-se, **materialmente** em uma figura muito próxima da subsidiária

¹⁶⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder de Controle nas Sociedades Anônimas**. 5. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 317 e ss.

¹⁷⁰ Id. *Ibid.*, p. 51 e ss.

¹⁷¹ Id. *Ibid.*, p. 54 e ss.

integral, devendo-se reconhecer muito mais estas companhias como meros órgãos da CNEN do que entidades personalizadas^{172 173}.

E, por outro lado, reconhece-se que o desenho, ainda que assim justificado, está longe do ideal. No momento correto, apresentar-se-á a configuração que se entende mais correta.

Resta ainda mencionar a questão referente à Eletronuclear. Como já referido, tal entidade não está sob o controle acionário da CNEN, mas sim da Eletrobrás, que é uma sociedade de economia mista de nível federal. A Eletronuclear tem como objetivos a construção as usinas nucleares bem como a sua operação.

Portanto, seu objeto social possui um caráter dúplice: **construção e operação de usinas nucleares**. Tais objetivos foram instituídos pelo Decreto sem número de 23 de maio de 1997 – quando ainda sua denominação era de *NUCLEN*, cujo artigo 2º previa que teria “por objeto social a construção e operação de usinas nucleares, a geração, transmissão e comercialização de energia elétrica delas decorrente e a realização de serviços de engenharia e correlatos”. A colocação da Eletronuclear no sistema nacional é, por assim dizer, híbrida. De um lado, ela possui a função de construir usinas nucleares, bem como a geração de energia elétrica a partir do nuclear. Quanto a este aspecto, não há dúvidas de que está inserida no ciclo nuclear. Por outro lado, ela tem como objetivo a comercialização e transmissão de energia elétrica decorrente da matriz nuclear. Foi por conta destas últimas finalidades que ela se constituiu como controlada da Eletrobrás, *holding mista* do setor elétrico no Brasil, e não, como ocorreu com a INB e a NUCLEP, relativamente à CNEN.

O que ora se deve perquirir é se sua atual localização na estrutura do estado está correta e se suas atividades estão acobertadas pelo monopólio previsto no art. 177, inciso V da Constituição da República.

Quanto ao segundo questionamento, é de se ver que o monopólio inclui a “pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados”. Como se sabe, em uma usina nuclear, não ocorre o enriquecimento do urânio. Tal procedimento é prévio e

¹⁷² Sobre o tema, veja-se a obra de: DAVIS, M. T. de Carvalho Britto. *Tratado das Sociedades de Economia Mista*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1969, com destaque para o capítulo X, já no volume II da obra. De outra parte, o aprofundamento deste tema, com as profundas discussões de direito societário de que necessita, foge ao escopo de nosso trabalho.

¹⁷³ FERREIRA, Waldemar. *A Sociedade de Economia Mista em seu Aspecto Contemporâneo*. São Paulo: Max Limonad, 1956. p. 93. Sobre o tema ainda, mesmo que com lição datada da época, veja o trecho de Waldemar Ferreira: “não é tanto a forma que caracteriza as instituições jurídicas, mas, ademais de sua substância, seu objeto. De resto, a sociedade de economia mista só tem de imutável o organismo estrutural da sociedade anônima, quando o adote. Daí a justeza do reparo de Rafael Bielsa. Quando o Estado é mero acionista, prevalece por certo o caráter de pessoa jurídica de direito privado. Quando, todavia ele concorre para formar a entidade como poder administrador, há que configurar-se como ente autárquico”.

não faz parte das funções de uma termonuclear. Ao contrário, o urânio já chega enriquecido na usina, para ser utilizado como matriz para produção de calor com a finalidade de se gerar energia elétrica. Assim, “pesquisa, lavra, enriquecimento, reprocessamento” não são atividades de uma usina nuclear. Tampouco o será o **comércio** de minérios e minerais nucleares e derivados.

A única atividade ainda não analisada é a **industrialização** do minério ou mineral nuclear. Ocorre que, no direito brasileiro, industrializar é submeter coisa corpórea (na hipótese, o minério ou mineral) a um processo industrial “do qual resulte alteração de sua natureza ou finalidade ou que possibilite sua melhor utilização para satisfazer uma necessidade humana”¹⁷⁴. Neste passo, o enriquecimento e o reprocessamento são aspectos específicos da atividade de industrialização. Daí que se poderia concluir, diante de tal interpretação, a operação de usinas nucleares não se enquadraria no monopólio da União, exercido direta ou indiretamente – bem entendido, não se enquadraria no monopólio dentro do aspecto do tema nuclear.

Mas esta conclusão traria uma pergunta interessante: se o art. 177, inciso V da Constituição não abarca todos os fatos da vida que se desenvolvem no âmbito do ciclo nuclear, onde procurar a matriz constitucional das atividades construção de usinas e de operação de usinas nucleares?

A resposta está no art. 21, inciso XXIII, que complementa a normatividade do art. 177 inciso V. Aquele preceito determina que compete à União “explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza” (além de exercer o monopólio, etc.).

Ora, esta gama de atividades: “explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza” possui um conteúdo para além do que está previsto no art. 177, V.

Assim, pode-se realmente concluir que o monopólio se refere apenas à “pesquisa, lavra, enriquecimento, reprocessamento, industrialização e comércio de minérios nucleares”, **mas não** às atividades de “exploração de serviços e instalações nucleares”. Ou seja, para estas últimas, não há monopólio.

Contudo, isto não significa dizer que não se trate de serviço público. Aliás, como demonstrado neste trabalho, com socorro aos autores que tratam da questão da energia elétrica, a produção desta energia é considerada serviço público.

¹⁷⁴ BOTALLO, Eduardo Domingos. **Fundamentos do IPI**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 37.

Portanto, quanto à atividade de operação de usinas nucleares e produção da respectiva energia elétrica, a atividade da Eletronuclear não se enquadra no monopólio nuclear, mas constitui serviço público, eis que se enquadra, em última análise no conceito de “instalação de energia elétrica” da alínea "b" do inciso XII do art. 21 da Carta da República.

Ademais, não há previsão do monopólio para tal atividade no art. 177 da Carta, como visto, não se podendo fazer a interpretação conjunta do parágrafo 1º do inciso 177 quando autoriza delegação de atividades, mas não as do parágrafo 1º, é de se ver que o veto implícito a tais delegações para a matéria nuclear não vige para a questão da operação de usinas.

Isto significa que a operação de usinas nucleares pode ser concedida a particulares pela União Federal.

O mesmo poderia ser dito quanto à questão da competência da Eletronuclear acerca da construção de usinas nucleares.

Quanto ao primeiro questionamento, assim, vê-se que a atual colocação da Eletronuclear no feixe de controladas da Eletrobrás não traz qualquer impropriedade, mas não a isenta de toda evidência da regulação atualmente desempenhada pela CNEN, que, aliás, para a questão das plantas nucleares – licenciamento de instalações nucleares, já produziu a Resolução CNEN-NE-1.04, de Dezembro de 2002 – aplicável a toda e qualquer instalação na qual “material é produzido, processado, reprocessado, utilizado, manuseado ou estocado em quantidades relevantes”, em especial “reatores nucleares, usina que utilize combustível nuclear par a produção de energia térmica ou elétrica para fins industriais”, entre outras operações (item 23 da citada normativa).

Quanto ao primeiro questionamento, que na verdade, já se demonstra claro, diferentemente do que ocorre com as demais estatais já referidas, não há qualquer impropriedade na sua atual colocação no quadro institucional.

No entanto, registram-se na doutrina vozes que apontam impropriedade, como é o caso de Luiz Gustavo Kaercher Loureiro¹⁷⁵ que afirma:

(...) no plano propriamente setorial, é digno de nota que a exploração de energia nuclear para fins de geração seja tradicionalmente realizada por pessoa jurídica de direito privado de natureza estatal, nada obstante tal atividade não possa ser objeto de delegação (...).

Prossegue:

¹⁷⁵ LOUREIRO, Luis Gustavo Kaercher. **A Indústria Elétrica e o Código de Águas: Constituição, Energia e Setor Elétrico**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2009. p. 154.

(...) com efeito, pelo Decreto 4.550/02, a Eletronuclear, sociedade anônima subsidiária da Centrais Elétricas Brasileiras SA (Eletrobrás) tem por "finalidade específica" aquela de "explorar, em nome da União, atividades nucleares para fins de geração de energia elétrica(art. 3º)".

Como visto, não se concorda com o posicionamento do autor eis que, ainda conforme avaliado, as atividades previstas no inciso V não contemplam a utilização da energia nuclear para fins de matriz elétrica. Tais atividades estão inseridas no art. 21, inciso XXIII, que as deixa fora do regime de monopólio.

3.2.1 Possibilidade de conflito de interesses

Como restou demonstrado acima, a Comissão Nacional de Energia Nuclear – CNEN acaba por desempenhar um papel misto no desenho institucional da questão nuclear do Brasil. Suas atividades partem desde um posicionamento como órgão assistente na formulação de políticas públicas da área nuclear, passando por atividades regulatórias, regulamentadoras, fiscalizatórias, atuando com núcleo de desenvolvimento de tecnologias e ainda como atuante no mercado por meio da NUCLEP e da INB. No ciclo nuclear, apenas a Eletronuclear está fora deste desenho por se tratar de controlada da Eletrobrás.

Além de todos os inconvenientes que, à medida do necessário, são demonstrados nestas linhas, deve-se ainda mencionar o problema do **conflito de interesses**. De fato, é, para dizer o menos, estranho, que uma entidade que tem também funções regulatórias e fiscalizatórias seja a quase única detentora da carteira de ações de duas companhias que atuam no mercado regulado.

Basicamente, o conflito de interesses se instala quando alguém ocupa, numa cadeia de controle, duas posições simultâneas. Os estudos quanto a este tema encontraram um maior grau de desenvolvimento no âmbito do direito privado, como no Direito Civil e, maiormente no Direito Societário. Daí a necessária referência a autores destas searas jurídicas. Principalmente no Direito Civil, a questão é estudada sob o tema do “contrato consigo mesmo”, enquanto que no Direito Societário, sob a nomenclatura de “conflito de interesses”. Evidentemente que, guardadas as devidas e respectivas nuances adquiridas em cada ramo, o problema de fundo é o mesmo.

Roberto de Ruggiero estuda o tema sob o aspecto do chamado “contrato consigo mesmo”. Quanto à caracterização de tal circunstância, cuja aplicação ao caso ora em estudo é plenamente possível, refere-se o autor da forma que se segue:

(...) de um contrato consigo mesmo não se pode falar senão partindo do pressuposto que à unidade da pessoa, de que parte a declaração obrigatória de vontade, não corresponda igualmente uma igualdade patrimonial; é preciso, por outras palavras, pensar em dois patrimônios cuja representação se concentre num único sujeito, o qual os ponha, só com a sua declaração de vontade, numa relação de obrigação¹⁷⁶.

De acordo com Ruggiero, tal ocorrência é “bem possível”, não se encontrando maiores dificuldades em se verificar que alguém pode se encontrar em uma determinada posição em que seja titular de um determinado patrimônio e, por outro lado, administrador de outro, ou ainda, quanto este mesmo alguém venha a ser administrador de dois patrimônios alheios e distintos. São variados os exemplos no direito brasileiro, como é o caso também dos contratos de derivativos, tão estudados atualmente no direito das sociedades anônimas e do mercado de capitais. Ruggiero relembra o exemplo da figura prevista no art. 386 do vetusto Código Comercial, a saber, o comissário, que era encarregado de compras ou vendas cambiais, obrigações do Estado bem como de

(...) outros títulos de crédito circulantes no comércio em geral de mercadorias que têm um preço de bolsa ou de mercado, o qual pode fornecer ao preço corrente, como vendedor, as coisas que deve comprar, ou que fica para si, ao preço corrente e como comprador, com as coisas que deve vender por conta do comitente.

Esta também é a posição do representante legal ou mandatário, ou ainda do gestor de negócios “que dão vida a uma relação contratual entre si e o seu representado”¹⁷⁷.

A questão também não passou em branco para Miguel Maria de Serpa Lopes. Refere-se o civilista que o próprio contrato mesmo será uma relação jurídica decorrente de representação,

(...) havendo, nesse caso, uma reunião, numa só pessoa, de duas situações jurídicas distintas, onde efetivamente a vontade é dupla – como representante e como interessado direto no negócio visado pela representação, ou ainda será um ato jurídico em que uma só pessoa é interessada nos dois sentidos¹⁷⁸.

A doutrina mais contemporânea também se refere ao tema, quando, por exemplo, Anderson Schreiber¹⁷⁹ menciona que:

(...) autocontrato ocorre quando o representante intervém duplamente no negócio jurídico, manifestando-se, individualmente, por centros de interesses distintos. Isto se verifica quando atua, de um lado, em nome do representado, e, de outro (i)

¹⁷⁶ RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil**. 6. ed. Campinas: Bookseller. v. 3, p. 232.

¹⁷⁷ Id. *Ibid.*, loc. cit.

¹⁷⁸ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997. v. III. p. 202.

¹⁷⁹ SCHREIBER, Anderson; TEPEDINO, Gustavo (Org.). **A Representação no Novo Código Civil**. In: A Parte Geral do Novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

pessoalmente, como uma das partes contratantes, celebrando o chamado contrato consigo mesmo; ou (ii) como representante de um terceiro, praticando dupla ou múltipla representação.

De acordo com Gustavo Tepedino¹⁸⁰, o grande problema

(...) no contrato consigo mesmo, teme-se que o mandatário venha a privilegiar seus interesses pessoais, ou, em caso de dupla representação, o interesse de um dos mandantes em detrimento do outro. Tal comportamento representaria violação ao dever de lealdade, em contrariedade ao princípio da boa fé objetiva. Daí a cautela em se admitir esta figura.

Além do art. 117 do Código Civil é importante lembrar que o art. 156 da Lei das Sociedades por Ações menciona a questão – de uma forma mais próxima que a do art. 117 do CC ao que ora se pretende – sob o aspecto de “poder de controle” e conflito de interesses. De acordo com tal preceito da lei do anonimato “é vedado ao administrador intervir em qualquer operação social em que tiver interesse conflitante com o da companhia”.

Aliás, este preceito poderia ser duplamente analisado na perspectiva que ora se propõe. De um lado, por aplicação originária, já que tanto a INB quanto a NUCLEP são sociedades anônimas controladas – e, como sabido, a figura do administrador de uma companhia, para os efeitos aqui estudados, é equiparada a figura do controlador e, portanto a aplicação do art. 156 seria originária. E, segundo por aplicação analógica, como já defendida anteriormente, por demonstrar, ao lado do art. 117 do Código Civil, a existência de um princípio geral que perpassa todo o ordenamento jurídico.

Evidente que, por ser acionista de duas companhias que operam no mercado, a CNEN **possui** interesse nos resultados delas, tornando-se, ao menos, impraticável uma compatibilização da sua função regulatória e fiscalizatória com sua posição de controladora. Haverá interesses em conflito. Sobre a temática, ensina Caio Mário:¹⁸¹

(...) que a noção de interesse, em sentido amplo, pode ser delineada como "tudo o que nos agrada", nos termos em que identificado por Caio Mário da Silva Pereira, ou, ainda, como "exigências da vida", expressão cunhada por Philip Heck. Neste sentido, são interesses do administrador desde as suas demandas econômicas até as pessoais e familiares, desde as suas necessidades materiais até aquelas de cunho exclusivamente afetivo.

Poderia se argumentar no sentido de que tal conflito estaria apenas em estado latente, sendo meramente formal e que, portanto, somente a caracterização de um conflito de interesses material poderia demonstrar a inadequação do atual quadro

¹⁸⁰ TEPEDINO, Gustavo et alii. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

¹⁸¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. II, p. 138. Ver sobre o tema: BARRETO. **O Conflito de Interesses entre a Companhia e seus Administradores**. Rio de Janeiro: Renovar. p. 166.

institucional de participação societária dominante da CNEN em duas companhias que atuam no mercado. Aliás, neste sentido, dentre os autores que defendem este posicionamento, está, entre outros, a lição de Alfredo Lamy Filho, para quem o “conflito não pode ser definido, a priori, sob fundamentos meramente formais, mas deve verificar-se caso a caso, materialmente, manifestando-se somente quando o interesse perseguido pelo acionista em seu voto divergir do da companhia”, opinião esta secundada por Erasmo Valladão¹⁸².

Não se entrará na discussão meritória de tal posicionamento no âmbito do direito privado, uma vez que foge aos limites propostos neste trabalho. Mas fato é que a solução encontrada, no direito público, mormente quando se está falando questões regulatórias, não poderá ser a mesma alvitada para aquele ramo.

Faz parte do modelo regulatório – ou ao menos de um modelo regulatório que se pretenda minimamente efetivo – um sistema de **bloqueio**, o mais eficiente que se possa engendrar, de forma a impedir que os operadores do mercado regulado possam **captar ilicitamente** a vontade do ente regulador.

A questão da **captura** da vontade das agências reguladoras – e a CNEN também faz este papel – é matéria tratada longamente na doutrina, inclusive nacional. Segundo Aragão,

(...) os grupos de interesse tendem, desde logo, a capturar as agências reguladoras. Estas nem sempre se destinam a proteger o público, mas podem vir a significar uma defesa e proteção para os empresários do setor e, simultaneamente, a introdução ou elevação de barreiras de entrada para os que estão de fora. Este quadro é agravado pela necessidade constante de obtenção de informações dos setores regulados e pelo fato destes, com o passar do tempo, possuírem maior interesse na agência que os consumidores ou o Poder Público, o que leva a uma certa identificação entre reguladores e regulados e possível atenuação dos vínculos de fiscalização e controle originariamente previstos¹⁸³.

No Brasil, há uma longa tradição de desvirtuamento da atividade pública em prol dos interesses de uma ou algumas classes que, por razões já conhecidas, tinham e têm a possibilidade de influir nas decisões do poder. Bem entendido: desvirtuando em prol de seus próprios interesses, decisões políticas e mesmo técnicas que deveriam estar destinadas ao bem estar geral. Não se afirma aqui que os interesses das classes não devem interferir nas decisões públicas. Pelo contrário, devem. Mas, o que se deve evitar – a todo custo – é a distorção antidemocrática e ilegítima da convergência de verdadeiros favores públicos a apenas algumas classes já detentoras de formas de poder.

¹⁸² Ver a compilação feita por: BARRETO, Júlio. Op. cit., loc. cit.

¹⁸³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 313 e ss.

A doutrina estuda uma série de medidas que visam a evitar tal captura, espécies de **blindagens**. Entre tais medidas, podem ser mencionadas: “regime de dedicação exclusiva para os agentes, quarentena a ser cumprida após a saída dos quadros das agências, mecanismos administrativos de controle interno”, entre outros. Esta preocupação pode bem ser demonstrada com a transcrição do seguinte trecho de Gustavo Binenbojm quando afirma que:

(...) tais mecanismos são fundamentais, de um lado, para diminuir o risco de captura dos entes reguladores por agentes ou grupos econômicos bem organizados e, por outro lado, aumentar o grau de responsividade social e legitimidade democrática da função regulatória¹⁸⁴.

No entanto, reconhece-se que nenhum mecanismo teria o condão de impedir a captura de forma absoluta. Veja-se, aliás, que se trata de mercados em que os agentes regulados não fazem parte da estrutura administrativa. Se a solução alvitrada não é suficiente para obstaculizar a captura em tais circunstâncias, pode-se, sem muito esforço, imaginar que será ainda menos eficiente dentro do atual modelo nuclear brasileiro.

No modelo ora comentado, a situação é ainda mais pungente, uma vez que, a CNEN está numa situação de regular quase que a si mesma quando regula as atividades da NUCLEP e INB, já que é detentora de 99% das ações de ambas as companhias.

Por outro lado, quando regula as atividades de pesquisa e desenvolvimento nuclear, aí, então, sem dúvida alguma, ela regula a si mesma eis que é também o agente de desenvolvimento de tais técnicas. Por assim dizer, a CNEN está regulando **o seu próprio quintal**.

¹⁸⁴ BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil*. In: **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. O autor relata inclusive a importância da autonomia, inclusive frente à questão da captura, para o modelo regulatório brasileiro. Para outros aprofundamentos, ver também o texto de FIANI, Ronaldo. *Teoria da Regulação Econômica: Estado Atual e Perspectivas Futuras*, cujos originais podem ser encontrados na Biblioteca de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

4 DA EXISTÊNCIA DE UM DIREITO NUCLEAR E DE SEU PROPÓSITO

4.1 Linhas gerais

A preocupação dos juristas com a regulação da energia nuclear, evidentemente, não é nova. E, como também resta evidente, esta preocupação nasce nos países onde a tecnologia nuclear se desenvolveu de primeiro. A França, decerto, é um destes países. Por isto que, ainda em 1955, Bernard Chenot em seu **Droit Public Économique**, cuida do tema.

O autor percebeu, desde então, uma das principais vantagens estratégicas da matriz nuclear diz respeito “à abundância dos recursos naturais”. Dizia então que o “ainda caracteriza a energia atômica, e que é economicamente importante, é a abundância de recursos naturais”. Outro ponto importante assinalado, então, por Chenot foi que “ao mesmo tempo é muito rápido, muito mais rápido do que se pensava, o a queda do custo da energia atômica”¹⁸⁵. Com isso referia-se ao custo mesmo de obtenção da energia nuclear.

Diante de realidade tão pungente, perguntavam-se quais seriam as conseqüências jurídicas da energia nuclear. Dizia, referindo-se aos Estados Unidos que

(...) originariamente, nos próprios Estados Unidos, em um relatório entregue ao Congresso da nação, um deputado sublinhava que a energia atômica exigia uma organização maior e uma capacidade de financiamento mais ampla do que poderia dispor a iniciativa privada, concluindo seu estudo no sentido de que deveria ela permanecer nas mãos do Estado¹⁸⁶.

O que significa dizer, que diante das especificidades apresentadas pela matriz nuclear, tanto estratégicas quanto financeiras, sua produção (produção da energia nuclear) deveria permanecer em mãos do estado.

Àquela época a questão apresentava as mesmas controvérsias que ora soem repetir-se, por sinal. Também naqueles anos inaugurais da segunda metade do século XX, conforme ainda relembra Chenot:

(...) nos diferentes campos que envolviam o uso de energia nuclear, desenvolveu-se um movimento de "desnacionalizar o átomo" e abrir espaço para uma indústria

¹⁸⁵ CHENOT, Bernard. **Droit Public Économique**. Paris: Universidade de Paris – Instituto de Estudos Políticos, 1955-1956. v. I – III. p. 219 e ss.

¹⁸⁶ Id. Ibid., loc. cit.

privada, até mesmo na França, onde atualmente, diante dos textos em vigor o átomo é quase totalmente nacionalizado (...).¹⁸⁷

Em outras palavras, significa dizer que já se fazia presente a discussão entre a nacionalização (no sentido de assunção da atividade pelo estado) e a desestatização das atividades ligadas à energia atômica.

De primeiro precisamos, por questão de método, procurar compreender se existe o que podemos denominar de um **direito nuclear**. E a questão, frise-se, não é somente um aspecto de nomenclatura, eis que, dizer que existe (ou não) um **direito nuclear** é o mesmo que dizer que existe uma série de princípios e regras aplicáveis às atividades nucleares, havendo um (sub) sistema jurídico que lhes é aplicável.

Este objetivo supremo do reconhecimento (que passa pela busca e mesmo pela construção) de um grupo especial de normas é reconhecido no **direito nuclear** em larga escala, como testemunha a seguinte passagem, que estipula o objetivo do “direito nuclear: estabelecer o quadro jurídico para a execução das atividades relacionadas à energia nuclear e radiação ionizante de uma forma que proteja adequadamente pessoas, bens e meio ambiente”¹⁸⁸.

Efetivo fator de dificuldade nesta empreitada é a falta de uniformidade dos institutos a serem reunidos neste enfeixamento. Com efeito, já entre nós se advertiu para tanto:

(...) desde 1916 já se discutia sobre o Direito Atômico, como novo ramo a ser desenvolvido, do Direito da Energia, este considerado em sentido lato, como abrangendo todas as espécies de energia e seus condutores, carvão, petróleo, energia hidráulica etc., ainda que, como se punha em destaque muitos anos depois, ainda não atingida uma unidade estrutural e nem alcançada uma terminologia uniforme, possuindo matéria dos mais variados ramos do direito (...).¹⁸⁹

Na doutrina estrangeira, autores como Alfonso de Los Santos Lasurtegui relembram que “o termo “nuclear” tem sido utilizado por alunos e professores de grande renome, incluindo Puget Henry, que já tinha utilizado em um trabalho

¹⁸⁷ Id. Ibid. loc. cit.

¹⁸⁸ STOIBERS, Carlton; BAER, Alec et alii. **Manual de Derecho Nuclear**. Viena: Publicação da IAEA (Organismo Internacional de Energía Atómica), 2006. p. 5.

¹⁸⁹ ÁLVARES, Walter Tolentino. Introdução ao Direito da Energia Nuclear. São Paulo: Sugestões Literárias S/A. 1975. p. 49. No entanto, mais adiante, o mesmo autor ressalta que: “Conquanto se reconheça que não se alcançou ainda uma estrutura uniforme sobre o Direito Atômico, todavia, a densidade de leis sobre matéria atômica, as contribuições doutrinárias do mais elevado teor e a riqueza bibliográfica de temas setorializados ou comentários de leis de regência, tratados e convenções, todo este valioso complexo já sugere e convida a que se tenha um dimensionamento de estruturação geral do Direito Atômico, que, a nosso ver, no presente, pode ser assim desdobrado para fins de abordagem metodológica, estudos didáticos e compreensão global de sua área, conforme o seguinte SISTEMA JURÍDICO NUCLEAR, abaixo sugerido (...)”. A despeito disso, ainda não há muito tempo, ainda se conceituava o direito nuclear como “a parte do direito ambiental que trata especialmente dos problemas jurídicos relacionados com a geração, transmissão, distribuição e utilização da energia nuclear”. Esta, por exemplo, a conceituação dada por Alaíde Cecília Barth Vencato em 1982 (BARTH VENCATO, Alaíde Cecília. **Direito Nuclear e Proteção Ambiental**. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Dissertação (Mestrado). Florianópolis, ago. 1982. p. 33).

apresentado na Academia de Ciências Morais e Políticas do Institut de France”¹⁹⁰. Mas a questão, evidentemente, não é pacífica, eis que, como afirma o mesmo autor, “de acordo com o professor Zaldívar, ainda seria prematuro falar em um novo Direito em matéria de energia atômica”¹⁹¹.

Na Argentina, autores especialistas na questão assim se manifestam, conceituando o que entendem ser um **direito nuclear**:

(...) todas as disposições legais específicas criadas para regular a conduta das pessoas físicas ou jurídicas que me levam a atividades relacionadas a materiais físséis, radiações ionizantes e a exposição a fontes de radiação natural¹⁹².

Assim, como explanado na referida obra¹⁹³ a definição compreende quatro elementos chave. Em primeiro lugar, como conjunto de disposições jurídicas especiais, o direito nuclear se reconhece como parte do ordenamento jurídico interno, ainda que esteja formado por normas distintas requeridas pela especial natureza da tecnologia a que se refere. Em segundo lugar, o elemento de regulação incorpora o conceito de risco-benefício na gestão de atividades que supõem tanto perigos como vantagens para o desenvolvimento social e econômico. Em terceiro lugar, como sucedem em todos os regimes jurídicos, estas disposições jurídicas especiais se referem à conduta das pessoas físicas e das pessoas jurídicas, como são as entidades comerciais, acadêmicas e científicas e as entidades públicas. O quarto elemento é a radioatividade (produzida mediante o uso de materiais físséis ou de radiação ionizante) como traço característico que justifica um regime jurídico especial.

Não destoa do acima referido o seguinte conceito:

Conjunto de princípios e leis que regulam a atividade do Estado e todos aqueles indivíduos ou entidades legais e como eles pretendem utilizar a energia contida no núcleo atômico.¹⁹⁴

No Brasil, Walter Tolentino Álvares¹⁹⁵ conceitua o “direito da energia nuclear” como sendo “o ramo do direito da energia que estuda e disciplina as relações jurídicas pertinentes à energia nuclear e envolventes da tecnologia respectiva, sua utilização e efeitos”.

Sem embargo, o que não se discute é que “não pode haver desenvolvimento nuclear sem um marco jurídico adequado”. São palavras, por exemplo, de Alfonso de Los Santos:

¹⁹⁰ LASURTEGUI, Alfonso de Los Santos. **Problemas Jurídicos de la Energía Nuclear**. Madrid: Publicaciones Científicas de la Junta de Energía Nuclear, 1984. p. 16 e ss.

¹⁹¹ Id Ibid., loc. cit.

¹⁹² STOIBER, Carlton; BAER, Alec et alii. Op. cit., p. 4 e ss.

¹⁹³ Id. Ibid., p. 4 e ss..

¹⁹⁴ LASURTEGUI, Alfonso de Los Santos. Op. cit., loc. cit.

¹⁹⁵ ÁLVARES, Walter Tolentino. Op. cit., p. 49.

(...) desenvolvimento nuclear não pode ocorrer sem um quadro legal adequado. Esta afirmação, repetida muitas vezes, é verdade e tem plena validade, pois a falta de regulamentação adequada pode prejudicar gravemente o verdadeiro progresso da tecnologia nuclear, isto é, a sua aplicação nas condições adequadas e tendo em conta todos interesses conflitantes. De fato, um programa nuclear que requer a conciliação por via legislativa do desenvolvimento da energia nuclear com a proteção de pessoas, bens e meio ambiente¹⁹⁶.

A tendência de integrar o direito nuclear como ramo menor dentro do direito da energia não é apenas nacional. Trata-se de viés metodológico globalizado. Como assevera Jean Martin¹⁹⁷ ao denominar o direito nuclear de um “direito heterogêneo” já que identifica uma tendência entre os autores a cuidar de o tema nuclear dentro de um campo mais amplo que é o direito da energia, englobando, assim, questões referentes a energia elétrica, petróleo, gás e energia solar. E a própria jurisprudência, tanto administrativa quanto judicial nada traria de diverso na solução das disputas da matéria, sendo, igualmente, a doutrina, de nenhuma originalidade. Diante deste paradigma, as “questões de meio ambiente postas por uma central nuclear seriam idênticas àquelas referentes à atividade de uma refinaria de petróleo”. Em consequência, o direito nuclear não passaria de uma simples “adaptação” de institutos e legislações anteriores ao seu aparecimento. Tendo em vista que “um tema pode ser considerado como específico a partir do momento em que adota novos conceitos, soluções originais no plano jurisprudencial ou mesmo da doutrina”, por conseguinte, para o autor, o direito nuclear nada mais seria que uma ramificação de um direito maior, o direito da energia.

Muito embora não se possa criticar o posicionamento, é preciso reconhecer na regulação nuclear questões próprias, que lhe dão conformidade de um ramo próprio, sob o risco de, em não o fazendo, ter-se uma regulação jurídica inútil, eis que inadequada aos fins pretendidos¹⁹⁸. E mais, no Brasil há legislação específica no terreno nuclear, não se tratando de **mera adaptação** de textos legais anteriores a sua existência.

Neste passo de nosso escrito pode-se observar que há uma homogeneidade nas conceituações do que pode ser considerado como um **direito nuclear**. É de se observar se, diante do direito nacional como se encontra posto, é possível afirmar-se

¹⁹⁶ LASURTEGUI, Alfonso de Los Santos. El Marco Jurídico a un Programa Nuclear – La Legislación nuclear española IAEA-CN-36/2007. In: **Conferência Internacional sobre a Energia Nucleoelétrica e seu Ciclo de Combustíveis**. Salzburgo: 02 a 13 mai. 1977. Original gentilmente cedido ao autor pela ABACC.

¹⁹⁷ MARTIN, Jean. **Le Droit Nucleaire**. Paris : Presses Universitaires de France, p. 25 e ss. Evoca este problema na seguinte passagem: “à ausência de especialidade do direito se opõe a especialidade do tema nuclear, que concerne a questões sensíveis como, por exemplo, a exploração das minas de urânio, a construção de centrais nucleares, seu descomissionamento, a gestão dos detritos nucleares entre outros temas.

¹⁹⁸ Id. Ibid., loc. cit.

que exista um direito nuclear. E, em no havendo, destaca a que parte objeto deste trabalho. Para tanto, é preciso explicitar quais as características e os princípios mínimos que deverá fornecer o sistema jurídico para que seja possível a constatação da existência de tal ramo jurídico entre nós.

Ainda é necessário levar, na tarefa de reconhecimento e organização do sistema do direito nuclear, as considerações de Jorge Martinez Favini¹⁹⁹ no sentido de que “um elemento gravitante na legislação nuclear é o psicológico, exemplificado com atitudes que oscilam entre razoáveis e compreensíveis resistências às atividades nucleares até a tecnofobia pura e simples, irrazoável por definição”.

No mesmo sentido é a lição de Carboni, quando relembra que:

(...) as atividades nucleares são aprioristicamente consideradas perigosas pelas populações, em virtude de sua novidade diante das demais fontes de energia as quais, ainda que sejam maiormente perigosas, são psicologicamente tidas por menos danosas e menos perigosas²⁰⁰.

Na busca do conteúdo obrigatório e mínimo deste ramo jurídico, Favini²⁰¹ ressalta que “a aceitação social dos riscos em comunidades tecnológicas (ou com decisão política de se tornar tecnológica) é um tema que deve integrar o estudo do Direito Nuclear”.

O direito nuclear, igualmente, pela sua própria natureza, é um conjunto de normas e princípios que tende ao prospectivo. Noutra giro verbal: tende a regular questões que eventualmente, ainda não são fatos. Isto porque, como a legislação não é capaz de acompanhar o avanço tecnológico e tendo em vista a periculosidade ínsita ao manuseio das substâncias de natureza nuclear, é necessário se por tanto adiante quanto se puder no terreno da regulação (aqui aplicado o termo em seu sentido amplo, incluindo a legislação e a regulação propriamente dita, bem como a **mera** regulamentação). Por outro lado, o direito nuclear incide sobre situações cujo prolongamento no tempo é notável, como por exemplo, quando cuida da construção, da exploração e do chamado **descomissionamento** de uma usina nuclear – um período que pode bem abranger aproximadamente quatro décadas; demais disso, nas questões nucleares, o tempo das decisões políticas é mais longo. Como, aliás, se pode

¹⁹⁹ FAVINI, Jorge Martinez. Madurez del Derecho Nuclear. In: **Primera Revista Jurídica de Buenos Aires**. Facultad de Derecho Y Ciencias Sociales. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1985.

²⁰⁰ CARBONE, F. Riflessioni. Sul **Diritto dell'Energia Nucleare**. Biblioteca INIS 4432. Texto gentilmente cedido ao autor pela Agência Brasil Argentina de Contabilidade Materiais Nucleares. (ABACC).

²⁰¹ FAVINI, Jorge Martinez. Op. cit.

comprovar da leitura dos trechos iniciais deste trabalho. Tais circunstâncias o “distinguem de outros sistemas técnicos de produção de energia”²⁰².

Trata-se, assim, de uma característica ínsita a este ramo do direito, conforme reconhecido internacionalmente, quando se diz que “não é correto julgar quando uma regulação jurídica, por seu avanço sobre a realidade, é prematura, precipitada ou presunçosa”²⁰³.

Com relação aos sujeitos envolvidos nas relações jurídicas a serem reguladas pelo direito nuclear, Carbone²⁰⁴, por seu lado insiste em afirmar um teor amplo para o direito da energia nuclear, no sentido de que deve alcançar também a tutela dos cidadãos e dos trabalhadores, quanto a vários aspectos, desde a decisão de instalação de uma usina – e a conseqüente preocupação inclusive com as populações mais ou menos próximas – passando pelos temas atinentes ao transporte dos materiais minerais nucleares, entre outros aspectos que vão surgindo conforme o desenvolvimento das atividades nucleares.

Carbone²⁰⁵ ainda deixa entrever, diante da extrema tecnicidade do tema nuclear, a necessidade de uma série de ordenamentos de natureza administrativa com o fito de assegurar o respeito aos ditames de natureza legal e constitucional. Na verdade, a extrema tecnicidade do tema nuclear é um pressuposto condicionante da necessidade da existência de uma regulação infralegal e mais técnica. Conclui²⁰⁶ afirmando que:

(...) a função do legislador em matéria nuclear possui uma tríplice incidência: criar a norma específica de comportamento para quem utiliza a energia nuclear, e, este trecho merece ênfase: criar a autoridade competente de controle e fiscalização sobre as atividades nucleares; e regular as relações entre as autoridades já existentes e as novas autoridades, fixando novas normas processuais, penais e administrativas para a implementação da atuação estatal no nuclear (...) ²⁰⁷

Como se pode ver, na estruturação normativa do direito nuclear, resta sempre evidente a necessidade de uma nova visão sobre a normogênese, além da existência de uma entidade regulatória independente, o que é verdadeiro lugar comum nestas lições.

²⁰² BORGOU, Taoufik. Le Statut du Nucléaire Civil. In: **Bulletin du Droit Nucléaire**, 180. O autor assim melhor explana sua assertiva: “de início, no momento do projeto, entre a decisão de construir e de por em funcionamento passa-se mais de uma dezena de ano”. Arremata, mais adiante: “o tempo do nuclear não é o tempo da decisão política, nem o tempo do direito nuclear atual. “Possui um tempo próprio”.

²⁰³ FAVINI, Jorge Martinez. Op. cit.

²⁰⁴ CARBONE, F. Riflessioni. Op. cit.

²⁰⁵ Id. Ibid.

²⁰⁶ Id. Ibid.

²⁰⁷ Id. Ibid.

Sendo o direito nuclear, por óbvio, um **ramo do direito**, parece evidente que ele deve possuir as mesmas características dos demais ramos, senão por nada, ao menos porque, como de resto se sabe, a **ramificação dos direitos** serve apenas com fins didáticos.

Por isso, quando se quer dizer **características** do direito nuclear, significa os aspectos que um estudioso, postando-se diante deste **sub-sistema**, nota diferenciarem-se dos encontrados em outros **sub-sistemas** de forma suficiente a justificarem um tratamento a parte deste mesmo **sub-sistema**. Assim, como, por exemplo, a **culpabilidade**, que é um conceito geral de direito, passou a ter uma profundidade no direito penal maior do que em outros ramos (mesmo em relação ao tema de responsabilidade no direito civil) uma vez que é um conceito extremamente funcional naquele ramo.

O que significa dizer – e aí não se encontra nenhuma novidade – que o direito nuclear também busca inspiração nos institutos que compõe a teoria geral do direito, bem como em outros que sofreram um processo de aperfeiçoamento em determinados ramos jurídicos. Assim, e como lembra Jean Martin²⁰⁸,

(...) o direito nuclear conhece, em sua elaboração, um movimento dúplice. Em um primeiro momento vai beber na fonte do direito comum. Em seguida, tais elementos sofrem as devidas adaptações de acordo com as necessidades da regulamentação nuclear.

Mas, com efeito, este não é um fenômeno que marcou o **direito nuclear** exclusivamente, mas o direito público – em especial o Direito Administrativo – em geral, principalmente nos países de tradição latina, nos quais o direito privado apropriou-se, historicamente de elementos e institutos que, em verdade, sempre pertenceram à “teoria geral do direito”²⁰⁹.

Ademais, o instituto da responsabilidade – em destaque o seu aspecto objetivo – ganhou contornos bastante característicos no direito nuclear, sendo, com efeito, uma de suas características mais pronunciadas. Com efeito, como se remarca, “não podemos olvidar tampouco o caráter extraterritorial que, infelizmente, podem ter os danos produzidos pela energia nuclear”²¹⁰.

Por outro lado, em vista da eventual globalidade dos efeitos de danos nucleares, a universalidade, a transnacionalidade, a internacionalidade, por assim dizer, deste direito também se encontra bastante característica. E isto ocorre porque

²⁰⁸ MARTIN, Jean. Op. cit., p. 25 e ss.

²⁰⁹ LASURTEGUI, Alfonso de los Santos. Op. cit., loc. cit.

²¹⁰ Id. Ibid., loc. cit.

não somente pela descrita probabilidade de globalidade de efeitos de danos nucleares, mas também porque a matéria prima nuclear é a mesma em todo o planeta, bem como deve ser sua tecnologia. Assim, resta claro que a regulação deve ser a mais semelhante possível. Daí o caráter universal do tema. Como manifestações deste caráter podem-se enumerar, ao menos, quatro diplomas internacionais: a) responsabilidade pelos danos provenientes de acidentes nucleares (OECD; Paris, 29 de julho de 1960); b) responsabilidade do explorador de navio nuclear (OIEA, Bruxelas, 25 de maio de 1962); c) convênio complementar de Paris (31 de janeiro de 1963); d) convênio de Viena (21 de maio de 1963).

Prova da transnacionalidade que contagia a questão nuclear são os vários organismos que, ou foram criados com o intuito de atuar no setor nuclear ou que passaram a ter órgãos internos especializados na questão: OEA (Organização dos Estados Americanos); OIEA (Organização Internacional de Energia Atômica); ENEA (Agência Européia de Energia Nuclear); EURATOM (Comunidade Européia de Energia Atômica); CTEN (Comissão Interamericana de Energia Nuclear); OERN (Organização Européia para Investigação Nuclear), além de outros.

4.2 A elaboração do marco jurídico adequado

Todas as lições acima levam inelutavelmente à conclusão da necessidade de existência de um marco jurídico adequado. É tarefa de envergadura, se se tiver atenção à quantidade de fatos e situações a serem reguladas (desde a mina até os dejetos, passando pela geração elétrica a partir da energia nuclear), bem como os sujeitos envolvidos: Estado, população e trabalhadores, para dizer o menos. No entanto, como já referido, nestas linhas, a atual ênfase reside na análise da necessidade da existência de uma entidade regulatória autônoma.

Frise-se, desde logo, que tal marco jurídico não poderá desconsiderar todas as políticas e tendências adotadas e propostas nas primeiras décadas do tratamento da questão nuclear no Brasil, sob pena de inefetividade das normas e desatendimento às políticas públicas que as fecundaram.

Fica claro, portanto, que os objetivos a serem perseguidos pela legislação nuclear não serão atingidos apenas com a aplicação do chamado **direito comum** ou

mesmo de preceitos isolados de outros **ramos especiais**. Como remarca tão bem Los Santos:

(...) a resposta sem dúvida é a de que se faz necessário estabelecer uma legislação específica e moderna, já que os problemas apresentados são novos no direito, e, por conseguinte, novas devem ser as soluções, o que implica a derrogação de alguns preceitos e sua substituição por outros mais adequados²¹¹.

Pela importância dos temas ligados ao direito da energia nuclear, é desejável, assim que o marco jurídico – ou seja, o conjunto de normas que regram os fenômenos fáticos – se inicie pelo documento jurídico básico da nação, qual seja a Constituição. Como visto, aliás, a Carta de 1988 possui dispositivos específicos sobre a questão nuclear.

Também por conta da internacionalidade da questão nuclear é evidente que também devem ser considerados dentro do marco legal as normas de direito internacional que vierem a ser adotadas pela República Federativa do Brasil.

E, por evidente, a Constituição não pode nem deve esgotar os temas. Daí que, ainda pelos mesmos relevantes motivos, a questão nuclear deve ser tratada também no nível legislativo infraconstitucional. No caso brasileiro, não há, para o tema, exigência, a princípio, de lei complementar, bastando a edição de normas veiculadas em leis ordinárias. A análise, neste passo, é bem semelhante a de outros sistemas jurídicos, como, por exemplo, o espanhol, no qual a introdução de novas normas deve seguir a uma determinada rigidez e complexidade, aumentando estas na medida em que a norma vai subindo na hierarquia legislativa, supondo-se, outrossim, “que para que um preceito revogue outro, deve ter a mesma "patente" legal”²¹². Com isso, no que concerne à questão nuclear, “ao menos em suas questões básicas, a regulação deve ser feita mediante uma lei”²¹³, sendo evidente que esta lei “(...) não pode entrar em muitos detalhes da regulação de matérias tecnológicas mutáveis, pois com isto suportaria um desnecessário risco de se tornar obsoleta antes do tempo (...)”²¹⁴.

A exigência de normas especialíssimas, por outro lado, não deve levar à tola conclusão de que seriam despiciendas as normas gerais do ordenamento ou mesmo de outros ramos. Tal idéia se afiguraria estapafúrdia somente pela lembrança da unidade do sistema jurídico. Demais disso, como veremos, o direito nuclear deve também se socorrer, em especial, de regras e princípios do direito ambiental e do

²¹¹ LASURTEGUI, Alfonso de Los Santos. Op. cit.

²¹² Id. Ibid.

²¹³ Id. Ibid.

²¹⁴ Id. Ibid.

direito minerário, apenas para exemplificar. Neste passo, as regras gerais de solução de conflito aparente de normas parecem ser suficientes.

Ademais, não se pode ter um marco legal sem se ter os denominados **princípios**. Assim é que, no desenvolvimento dos estudos do ramo a doutrina passou a elencar um rol de princípios do que deve ser chamado de **direito nuclear**. Tais esteios do sistema do **direito nuclear** encontram uma unanimidade em sua enumeração.

Tais princípios, evidentemente, devem advir das fontes do direito nuclear que, segundo Walter Álvares, são: “a) o direito estatal; b) o direito comunitário; e c) o direito internacional (público e privado)”²¹⁵.

Cumprindo ainda assinalar que, devido às especificidades do setor nuclear, será forçoso abranger em no estudo, em item a parte, alguns dos princípios do direito minerário, plenamente aplicáveis aqui.

4.3 Enumeração dos princípios

A enumeração de princípios de um determinado ramo é sempre tarefa delicada, visto que, em sendo o direito um sistema integrado, haverá, sem dúvida, zonas cinzentas, nas quais não se saberá muito bem se se está emprestando de outro ramo um princípio ou vice-versa. Mas fato é que não se pode querer construir com um mínimo de seriedade um **subconjunto** de regras, emprestando-lhes sentido e eficácia sem que a elas se atrelem princípios respectivos e reitores, ainda que sofrendo os riscos do processo acima referido.

Com a regulação das atividades nucleares não é diferente. Mundialmente a doutrina sente tal dificuldade, como quando a doutrina de outros países cujos estudos estão mais avançados do que no Brasil, se pergunta, “logo de início, se os princípios – ou conceitos chave – do direito nuclear são institutos da teoria geral do direito que tomam um sabor específico na estrutura do direito nuclear?”²¹⁶

A solução alvitrada pela doutrina tem sido, no caso do direito nuclear, estabelecer duas linhas de princípios: a primeira, de princípios específicos do Direito

²¹⁵ ÁLVARES, Walter Tolentino. Op. cit., p. 51.

²¹⁶ POMPIGNAN, Diane de. **Loi Régissant les usages pacifiques de l'énergie nucléaire: concepts clés**. In : Bulletin de Droit Nucléaire, n. 76

Nuclear; e a segunda, de princípios que, embora nascidos e cultivados em outros campos jurídicos, são importantes para a correta aplicação do direito da energia nuclear²¹⁷.

Em primeiro plano, na linha de princípios fundantes do direito nuclear, vem se impondo o princípio da segurança, apontado mesmo com primeiro e "mãe" de todos os demais princípios do direito nuclear²¹⁸, inclusive, por exemplo, o princípio da precaução.

Já na linha dos princípios, por assim dizer, de origem mista, avulta, em quase todos os textos doutrinários, o da independência da autoridade regulatória nuclear²¹⁹.

4.3.1 Princípio da segurança tecnológica

Acerca deste princípio, é preciso relembrar que várias são as leis nacionais ou ainda instrumentos internacionais, documentos e marcos regulatórios, bem como doutrinadores, que citam a segurança tecnológica como princípio necessário do *direito nuclear*.

Como seu conteúdo, constata-se que a “segurança tecnológica é o requisito prioritário no uso da energia nuclear e nas aplicações da radiação ionizante”²²⁰. Alguns autores identificam este princípio com o denominado *princípio da precaução*. Outros vêem este como subprincípio daquele^{221 e 222}. De toda sorte, da análise deste princípio, deve ressaltar clarificado que “o objetivo fundamental de todo o regime legal é lograr o equilíbrio entre os riscos e as vantagens sociais do nuclear”²²³.

²¹⁷ Id. Ibid.

²¹⁸ Id. Ibid.

²¹⁹ Id. Ibid.

²²⁰ No mesmo sentido: LASURTEGUI, Alfonso de los Santos. **Problemas Jurídicos de la Energía Nuclear**. Madrid, 1984. In: Publicaciones Científicas de la Junta de Energía Nuclear. p. 16 e ss.

²²¹ Como a relembra, “a precaução inclusive deve levar em conta os riscos da não implementação do projeto proposto”. ANTUNES, Paulo de Bessa. Princípio da Precaução: Breve Análise de sua Aplicação pelo Tribunal Regional da 1ª Região. Belo Horizonte: Fórum Administrativo – Direito Público – FA, n. 43, ano 9, mai. 2007. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br>. Acesso em: 11 mai. 2009.

²²² LASURTEGUI, Alfonso de los Santos. Op. cit., loc. cit.. O autor ainda lembra que o princípio da prevenção é um daqueles surgidos durante os debates jurídicos em torno da questão nuclear.

²²³ No mesmo sentido: Id. Ibid., loc. cit.

Em decorrência, “quando os riscos de uma atividade se consideram maiores do que suas vantagens, a prioridade deverá ser proteger a saúde pública, a segurança tecnológica e física e o meio ambiente”.²²⁴

Ora, aplicando-se estes conceitos de segurança tecnológica de forma inter-relacionada e, por assim dizer, superpostos, é necessário se ater à idéia fundamental de que tanto os riscos quanto as vantagens da energia nuclear sejam bem medidos e pesados colimando-se a finalidade de um equilíbrio nas medidas componentes do marco regulatório da atividade.

Esta percepção é extremamente relevante, uma vez que não podem as regras do marco regulatório tratar de forma indistinta todas as diversas atividades que envolvam material nuclear e que apresentem riscos diferenciados.

No ordenamento nacional, este princípio aparece, ainda que não de forma muito clara, no inciso V do art. 177 que diz constituir monopólio da União:

(...) a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados com exceção dos radioisótopos, cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do art. 21 desta Constituição Federal.

Este preceito constitucional parece indicar que entre estas últimas atividades (envolvendo radioisótopos) e aquelas primeiras (envolvendo minérios e minerais nucleares) deverá haver um regime diferenciado.

Isto faz todo o sentido, principalmente se se tem em mente, como aqui defendido, que a atividade nuclear deve ser forçosamente reconhecida como serviço público, exatamente pelo fato de o planejamento estatal ser fundamental.

4.3.2 Princípio da prevenção e princípio da precaução

Pela periculosidade que a atividade nuclear apresenta ao meio ambiente, acaba o ramo jurídico que a estuda tomando por empréstimo alguns institutos do Direito Ambiental. Na linha dos princípios, toma importância o chamado **princípio da precaução**, nome muito utilizado na doutrina nacional, ou da **prevenção**,

²²⁴ Id. Ibid., loc. cit.

nomenclatura mais usada na França, sendo que, naquele país, trata-se de princípios distintos, como se demonstrará.

Ainda como referido, muitas vezes este princípio é visto de forma imbricada com o da segurança tecnológica. No entanto, os estudos efetuados para a confecção deste trabalho demonstraram que, embora haja uma área em comum, o presente princípio possui dimensão própria suficiente a requerer tratamento em separado.

Como relembra Paulo de Bessa Antunes, já mencionado anteriormente, constitui-se ele na idéia básica de que há a necessidade de uma avaliação prévia

(...) de possíveis danos ao meio ambiente que poderiam ser ocasionados por uma intervenção humana a ser realizada e, também, da necessidade de medidas acautelatórias caso as informações disponíveis não fossem suficientes para identificar as consequências da intervenção proposta. Não se deve olvidar, por outra parte que a precaução inclusive deve levar em conta os riscos da não implementação do projeto proposto.²²⁵

O conteúdo deste princípio, no entanto, é um tanto “vaporoso” e tende a ser equívoco.

A doutrina francesa busca um viés comparativo para tentar estabelecer com menor incerteza, seu significado. Parte-se, destarte, da distinção entre risco potencial e risco fundado.

Situa-se, assim, o princípio da precaução relacionado com os riscos potenciais e a prevenção com os riscos fundados²²⁶. Ocorre que, na prática, estes princípios são tratados de forma promíscua, constantemente confundidos, com retrocessos para o correto entendimento da matéria. Talvez por isso os doutrinadores muitas vezes, ao quererem se referir ao princípio da prevenção, mencionam o princípio da precaução. Verdade que palavras são apenas rótulos e o que importa é o significado delas. No entanto, é necessário um mínimo de precisão conceitual para se estudar qualquer tema.

Portanto, adotou-se na presente tarefa a nomenclatura conforme encontrada entre os autores franceses, para os quais, no presente passo, trata-se de princípio da prevenção e não propriamente do princípio da precaução.

Aliás, cumpre esclarecer que sequer as probabilidades, encontradas tanto no risco em potencial quanto no risco fundado são da mesma natureza. Ao contrário. Quando se está falando de prevenção – e, portanto, de riscos fundados – na verdade, o risco encontra-se em outro segmento da cadeia de causalidade. Nesta hipótese, a probabilidade não é do risco em si, pois ele está presente. A probabilidade é de o

²²⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. Op. cit.

²²⁶ KOURILSKY, Philippe. *Le Principe de Précaution*. Paris, *Rapport au Premier Ministre de France*, 15 out. 1999.

risco se tornar fato (e, portanto, dano). Já quando se cuida da precaução – e, portanto, de risco potencial, a probabilidade se refere ao próprio risco, que poderá ou não estar presente.

Sob outro viés, é o mesmo que afirmar que a precaução é a atitude de evitar riscos conforme estudada principalmente pelos ditames do direito civil no que diz respeito ao cuidado geral de conduta, em atividades que não são inerentemente arriscadas. Já a prevenção é um comportamento mais estrito, eis que exigível diante de uma atividade que, em si, já é periculosa.

Ademais, diante do elevado grau tecnológico dos fatos regulados pelo direito nuclear, a própria área de aplicação do princípio da prevenção, bem como o da precaução, tende a se modificar com o passar do tempo. Isto porque, de acordo com a evolução tecnológica, determinadas situações que inicialmente aparentavam ser de risco potencial, demonstram-se *a posteriori* como de risco fundado, deixando, neste processo, de estar debaixo da ação do princípio da precaução para se por sob a égide do princípio da prevenção²²⁷.

Como se pode, portanto, observar que a matéria nuclear comporta a aplicação de ambos os princípios, a depender do conjunto de fatos cuja regulação se estará tratando em determinado momento. Evidente, outrossim, que, por conta das especificidades da matéria, a prevenção toma destaque nos estudos.

4.3.3 Princípio da cooperação internacional

Este postulado tem como pressuposto implícito a dimensão internacional da energia nuclear. Podem ser observados dois sentidos diversos e complementares nele.

O primeiro, no sentido de que os desenvolvedores e usuários da tecnologia atômica devem estar em contato contínuo com seus respectivos "parceiros" nos demais países, bem como das organizações internacionais.

Na verdade, este princípio está na própria raiz do direito da energia nuclear. Como bem demonstra Jorge Martinez Favini²²⁸, trata-se de um “aporte heterodoxo do direito nuclear” uma vez que se trata de uma via na qual os processos de integração

²²⁷ Id. Ibid.

²²⁸ FAVINI, Jorge Martinez. Madurez del Derecho Nuclear. In: **Primera Revista Jurídica de Buenos Aires**. Facultad de Derecho Y Ciencias Sociales. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1985.

internacional acabam se antecipando – já que se trata de “uma atividade sensível” como se observa do Tratado de Não Proliferação de 1978 que instituiu um “(...) política compartilhada por diversos países desenvolvidos que consideram tal gestão a maneira mais efetiva de impedir a aquisição de capacidade que permita o desenvolvimento de artefatos nucleares militares”.

Em desdobramento, é de se ter em mente os implementos tecnológicos de um país no terreno nuclear podem melhorar a atuação nuclear de outros países e, demais disso, como sabido, contrabando de materiais nucleares é um assunto que há muito tempo demanda cooperação internacional.

Um segundo sentido passa pelo comprometimento e assinatura dos instrumentos internacionais de direito nuclear, o que poderá, a depender do texto constitucional de cada país, reduzir a discricionariedade legislativa respectiva quando da formulação das políticas públicas de natureza nuclear.

Como principal instrumento desta cooperação, tem-se a adoção das chamadas “salvaguardas”. Como bem conceitua Ninon Machado Franco:

(...) duas formas de controle ocorrem na área nuclear: as salvaguardas e a proteção física. As salvaguardas são uma forma de controle que ocorre em materiais, equipamentos e informações nucleares, a fim de evitar que sirvam para fins outros que não os pacíficos (...).²²⁹

Prossegue esclarecendo que:

(...) as salvaguardas aplicam-se aos materiais nucleares a partir de uma etapa do ciclo do combustível, isto é, da saída do beneficiamento que precede à conversão, tendo especial relevância nas chamadas etapas finais do ciclo, em particular no reprocessamento do combustível nuclear utilizado²³⁰.

Com relação às salvaguardas o Brasil possui dois acordos com AIEA, um em decorrência do Acordo efetuado com os Estados Unidos e outro por conta do acordo com a Alemanha.

No âmbito internacional, quanto aos tratados, o Brasil é signatário do Tratado de Não Proliferação Nuclear e do Tratado de Tlatelolco²³¹. Por virtude este último

²²⁹ FRANCO, Ninon Machado de Faria Leme. **Aspectos Jurídicos e Institucionais dos Rejeitos Radioativos**. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, jul. 1988. p. 165. O autor esclarece, quanto à origem das salvaguardas, que: “As salvaguardas; surgiram, inicialmente, no âmbito dos acordos de cooperação que os Estados Unidos firmaram por força da Lei Atômica americana. Com a criação da Agencia Internacional de Energia Atômica, as salvaguardas passaram a ser aplicadas por aquele organismo internacional.”

²³⁰ Id. Ibid., p. 168.

²³¹ Segundo a doutrina, o tratado de Tlatelolco teve seus trabalhos iniciados em 14 de fevereiro de 1967, culminando em um processo de elaboração que se iniciara em 1963, com a comissão conjunta pela desnuclearização da América Latina do Brasil, Bolívia, Chile, Equador e México. ARMANET, Pilar. *Energía Nuclear y no proliferación en América Latina: la constitución del sistema de Tlatelolco*. In: **Revista de Informação Legislativa**, ano 1, n. 1. Brasília: Senado Federal, mar. 1964.

instrumento internacional, “constitui o único exemplo de zona livre de armas nucleares em zona habitada no planeta”²³².

4.3.4 Princípio da utilização para fins pacíficos

No Brasil, a energia nuclear somente é admitida para fins pacíficos, conforme afirma peremptoriamente a alínea "a" do inciso XIII do art. 21 da nossa Carta Republicana. Com isto querendo dizer, na pena de Paulo Affonso Leme Machado, que estaria vetada, portanto, “qualquer atividade nuclear militar”²³³.

A dificuldade se mostra quando se tenta conceituar o que vem a ser “atividade nuclear militar”. Neste sentido, Ary Pezzuti²³⁴, comentando o estatuto da AIEA, que proíbe o “military purpose”, comenta acerca da dificuldade de se estabelecer quais os limites para se classificar o uso da energia nuclear como pacífico ou como militar, já que, por exemplo, a “mesma energia, empregada para propulsionar um navio de guerra, pode propulsionar um navio mercante”²³⁵.

Relata o autor que por

(...) ocasião da Conferência do Estatuto, duas definições foram apresentadas. Uma, dizia: "Finalidade militar, significará a produção, o teste ou uso de artefato nuclear, termo nuclear ou radiológico". A segunda estabelecia: "os únicos usos da energia atômica que devem ser considerados como finalidades não pacíficas são os resultantes de aplicações militares da explosão atômica e da toxicidade de produtos radioativos".

E finaliza: “ambas as definições foram, contudo, retiradas e, assim, o Estatuto é e permanece omissa a respeito”²³⁶.

Ocorre, por outro lado, que, no caso do Brasil, ao menos enquanto entidade de direito internacional, vem ele se posicionando no sentido de que, a despeito de ser signatário de tratados, inclusive do Tratado Latino Americano para Proscrição de Armas Nucleares, Tratado de Tlatelolco, teria direito, como os demais signatários, de realizar explosões nucleares para fins pacíficos.

Ou seja, para o Brasil, não proliferação de armamentos nucleares é fenômeno diverso de desnuclearização.

²³² Id. Ibid.

²³³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. p. 139.

²³⁴ CALLEGARO PEZZUTI, Ary Antônio. **A Agência Internacional de Energia Atômica. Dissertação** (Mestrado) - Departamento de Ciências Jurídicas da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, fev. 1980. p. 74.

²³⁵ Id. Ibid., loc. cit.

²³⁶ Id. Ibid., loc. cit.

São elucidantes, para este fim, as discussões ocorridas por ocasião da IV – Conferência Geral da Organização para Proscrição de Armas Nucleares na América Latina - OPANAL – (organismo que nasce do Tratado de Tlatelolco), aqui retiradas da obra de Carlos Eduardo Sette Câmara da Fonseca Costa. Por ocasião do referido evento, os Estados Unidos, dentre outras potências, defendiam a tese segundo a qual técnica e a tecnologia necessárias para uma explosão nuclear seriam as mesmas, fossem as finalidades pacíficas ou não. O Brasil, defendendo seu posicionamento no sentido de poder realizar explosões nucleares, argumentava que:

1 – a pesquisa, em geral, no campo nuclear, conduz inevitavelmente à separação de elementos físséis, que, de per si, em quantidades adequadas, permitiriam chegar à explosão nuclear; 2 – nos reatores, ocorre a produção de Plutônio 239, que tanto pode ser usado para a produção de explosivos nucleares, como combustível para os reatores regeneradores; 3 – na época, foram feitos estudos que demonstraram que uma explosão de um megaton permitiria obter o deslocamento de cerca de 160 metros cúbicos de terra por dólar investido²³⁷.

Tais explosões poderiam ser utilizadas para regeneração de campos de petróleo, por exemplo. E, por fim, proibir explosões nucleares seria estabelecer indevidamente um teto para o desenvolvimento científico de um país na questão nuclear²³⁸.

Já se pode perceber que a discussão acerca do que é ou não finalidade pacífica não se resume à técnica jurídica, mas é permeada por interesses políticos e econômicos, de parte a parte. Apesar disso, a doutrina internacional vem envidando esforços para tentar obter uma definição mais delineada do que vem a ser a “utilização da energia nuclear para fins pacíficos” e, com isso, quiçá possibilitar uma maior segurança jurídica nas respectivas discussões.

Os autores²³⁹ partem, portanto, como regra de um cotejo entre as redações dos diversos instrumentos internacionais ora vigentes. E, com efeito, os tratados de Tlatelolco e de Bangkok falam expressamente em “armas nucleares”, pondo o acento da definição sobre os aspectos militares da utilização, enquanto que o Tratado de Rarotonga, bem como o de Pelindaba se referem mais genericamente a “artefatos nucleares explosivos”. Não é arriscado, portanto, afirmar que é possível que tais tratados se refiram a coisas diversas, ainda que com algumas semelhanças. Ora, *ser* “um explosivo de caráter nuclear” é uma característica comum a alguns artefatos nucleares, mas não a todos. Bombas nucleares, evidentemente explodem, mas

²³⁷ COSTA, Carlos Eduardo Sette Câmara da Fonseca. Brasil nas Negociações Finais do Tratado para a Proscrição das Armas Nucleares na América Latina. Curso de Especialização em Direitos da Energia Nuclear - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 1978.

²³⁸ Id. Ibid.

²³⁹ **Le Zone Denuclearizzata**. Bucuresti: Politica, 1977.

submarinos nucleares não. Em termos mais técnicos, a explosão está presente quando se tem o chamado “processo de fissão nuclear sem controle”. Já, por exemplo, o reator nuclear de um submarino trabalha com um processo de “fissão nuclear sob controle”, o que o descaracteriza como artefato explosivo. O mesmo se diga de um reator de uma usina nuclear – embora sejam modelos de reatores diferentes, é claro. Também não pode ser considerado como dispositivo nuclear explosivo o dejetto nuclear, posto que não é “explodível”, ou o próprio urânio ainda não utilizado, mas ainda não enriquecido. Assim, artefatos nucleares explosivos basicamente seriam a “bomba atômica (bomba A), a bomba termonuclear (bomba H) e a bomba de nêutrons (bomba N)”. Assim é que:

(...) se pode concluir que os tratados que instituem zonas desnuclearizadas, tomando por base a possibilidade de explodir, não se opõem à presença, na sua área de abrangência, de centrais nucleares ou de meios de transporte à base de propulsão nuclear²⁴⁰.

Prova disso é que recentemente, no OPANAL, se propôs a mudança de denominação do Tratado de Tlatelolco de “tratado de desnuclearização da América Latina para Tratado pela proibição de armas nucleares na América Latina”. E, ainda, como noticia a doutrina, em 1996, o “Governo britânico declarou interpretar o artigo 5º do Tratado de Tlateloco como não compreendendo a proibição de navios movidos a propulsão nuclear”²⁴¹. Por outro lado, o mesmo não se poderá dizer dos tratados Rarotonga, Pelindaba e Bangkok²⁴².

A utilização da energia nuclear para fins pacíficos é uma preocupação mundial. Neste passo, sabe-se que há vários instrumentos internacionais que proíbem a seus associados à utilização nuclear para fins não pacíficos, com destaque para o Tratado de Não Proliferação Nuclear de 1968, sem desmerecer a Convenção de Viena de 1963, a Convenção de Paris de 1960, bem como a Convenção Comunitária de 1997 sobre segurança na gestão do combustível nuclear e rejeitos radioativos, muito embora em muitos países isso ocorra, seja pela não participação destes instrumentos, seja pela participação com ressalvas.

Alerta-se para a constatação de que a “maioria das disposições referentes à radioproteção e a segurança nuclear são enunciados em forma de instrumentos jurídicos flexíveis, essencialmente sob a forma de recomendações”²⁴³,

²⁴⁰ Ibid.

²⁴¹ Ibid.

²⁴² Ibid.

²⁴³ POMPIGNAN, Diane de. Loi Régissant les usages pacifiques de l'énergie nucléaire: concepts clés. In : **Bulletin de Droit Nucléaire**, n. 76.

reconhecendo-se, afinal que a “efetividade dos princípios depende de uma escolha nacional”²⁴⁴.

Por isso mesmo que assevera Pezzuti²⁴⁵ que para que o sistema regulatório “funcione e seja realmente eficaz seria necessário que os países soberanos optassem sem reservas, pela não produção de armas nucleares e pela adoção de um sistema de salvaguardas aceito por todos Indistintamente”.

Neste passo, insta lembrar do “sistema de salvaguardas” do Estatuto da AIEA – Agência Internacional de Energia Atômica. Esta entidade internacional, no art. 2º de seu estatuto prevê que:

(...) a Agência procurará acelerar e aumentar a contribuição da energia atômica para a paz, a saúde e a prosperidade do mundo inteiro e se assegurará, na medida de suas possibilidades, que a assistência prestada por ela própria, a seu pedido ou sob sua direção e controle, não seja utilizada de maneira a contribuir para fins militares.

Cumpra esclarecer ainda que os tratados de desarmamento nuclear, em sentido amplo, são de três ordens: a) desarmamento em sentido estrito; b) controle do armamento; c) não proliferação.

De toda sorte, no Brasil, a Marinha desenvolve projeto de enriquecimento de urânio para servir de combustível para submarino nuclear e até o momento não se entendeu que tal utilização violaria o preceito constitucional, muito provavelmente em virtude do texto do Tratado de Tlatelolco, que serviria como instrumento integrativo e interpretativo também do texto constitucional.

4.3.5 Princípio da desnuclearização

O princípio da desnuclearização é intimamente ligado ao do uso pacífico da energia nuclear. Na verdade, ele serve como instrumento para aquele (e, portanto, poderia bem ser visto como um **subprincípio**, ou uma **garantia** do princípio dos usos pacíficos da energia nuclear), principalmente no que concerne a países que já possuem arsenal militar atômico, mas não só, eis que também serve de aparato impeditivo à introdução de armamentos nucleares em países que não os possuem.

Assim, é bastante utilizado sob a alcunha de

²⁴⁴ Id. Ibid.

²⁴⁵ CALLEGARO PEZZUTI, Ary Antônio. Op. cit., p. 74.

(...) desnuclearização militar, e consiste no dever de não colocar armas nucleares em um determinado território²⁴⁶. Assim é que uma zona desnuclearizada é uma área geográfica delimitada, mais ou menos ampla, na qual é proibida a presença de instrumentos bélicos nucleares²⁴⁷.

Tal circunstância “pode ter origens diversas”. Pode, por exemplo, derivar de um “ato político interno, como por exemplo, o caso do Japão, que adotou a política de três princípios antinucleares: não propriedade, não produção e não introdução em território nacional, mas sem que isso tenha sido traduzido em lei”. Poderá ainda ter por origem em:

(...) um ato jurídico interno, como é o caso da Mongólia, Nova Zelândia e Áustria. Aquela, após ter declarado unilateralmente, em 1992, renúncia aos armamentos nucleares, produziu uma lei (três de fevereiro de 2000) que veda pessoas físicas e jurídicas e mesmo Estados estrangeiros de desenvolver, produzir, possuir, controlar, estacionar, transportar, experimentar ou usar armas nucleares no território nacional.

Por outro lado, em 1985, “a Nova Zelândia adotou o Nuclear Free-Zone, Disarmament and Arms Control Act”²⁴⁸. Quanto à Áustria,

(...) a proibição de produzir, armazenar, experimentar ou usar armas nucleares foi sancionada por lei de 1999, que veta ainda a construção de instalações para a produção de energia nuclear por meio de fissão e o transporte de matéria físsil no território nacional²⁴⁹.

A desnuclearização poderá ainda decorrer de um ato de uma organização internacional²⁵⁰.

Poderá ainda uma zona desnuclearizada “ser constituída de vários Estados contíguos mediante um acordo internacional, como é o caso de Tlalelolco, Rarotonga, Pelinbaba e Bangkok”²⁵¹.

É importante ressaltar, como já foi nestas linhas, que desnuclearização diz respeito a armas nucleares, não se confundindo com renúncia à energia nuclear como matriz elétrica ou – tema que não tratamos aqui, da utilização medicinal dos radioisótopos, etc.

Podem-se, assim, resumir, na esteira da doutrina estrangeira²⁵², os elementos essenciais de uma zona desnuclearizada podem ser elencados da seguinte forma: 1) existência de um tratado entre dois ou mais estados que banem armas nucleares em certa região do planeta, ainda que por este tratado determine o banimento em apenas um dos estados envolvidos ou mesmo em apenas determinadas regiões de um ou mais estados; 2) a região abrangida pelo tratado poderá ser não somente definida pela

²⁴⁶ **Le Zone Denuclearizzata**. Bucuresti: Editura Politica, 1977.

²⁴⁷ Ibid.

²⁴⁸ Ibid.

²⁴⁹ Ibid.

²⁵⁰ Ibid.

²⁵¹ Ibid.

²⁵² Ibid.

contiguidade geográfica, mas também por afinidade político estratégica; - as causas de um tratado são várias, como por exemplo, reduzir as tensões em uma determinada região do planeta, como foi a inspiração do Tratado de Tlatelolco, cuja gestação partiu da questão da conhecida *crise dos mísseis nucleares* em Cuba; ou ainda como protesto de vários países de determinada região contra o processo de compra e armazenagem de armas nucleares por uma potência local, como foi o caso do Tratado de Pelindaba, em decorrência da **corrida armamentista** iniciada na República da África do Sul; 3) um sistema de controle que garanta o respeito e o empenho no tema, ou seja, a criação de mecanismos de *enforcement*; 4) reconhecimento do tratado pela Assembleia Geral das Nações Unidas – requisito este proposto pelos denominados "países do terceiro mundo", para evitar que as grandes potências possam se subtrair a respeitar os termos do respectivo tratado, favorecendo este ou aquele país contratante.

Como se pode observar, a desnuclearização não trata apenas de uma vontade política, da assinatura de um tratado ou mesmo da confecção de uma lei, mas também de instrumentos hábeis a fiscalizar e impedir quaisquer atividades que contravenham ao princípio.

4.3.6 Princípio do controle parlamentar

A nossa Constituição também instituiu o **princípio do controle parlamentar** das atividades nucleares. Isto está claramente posto no art. 21, inciso XXIII, "a" da Constituição, que determina que “toda atividade nuclear só será admitida mediante a aprovação do Congresso Nacional”.

Em alguns pontos, este controle deverá ser previamente exercido, como no caso da instalação das usinas nucleares, como determina o art. 225, parágrafo 6º, da Carta, para o qual “as usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas”. Em outros casos, somente a *posteriori*. Neste passo, como relembra Paulo Bessa,

(...) nem toda atividade nuclear ficou submetida à prévia fiscalização do Congresso Nacional (só a usina nuclear), pois "aprovar as iniciativas nucleares do Poder Executivo" é uma competência do Parlamento exercida à posteriori. Mas já é um avanço enorme o poder que passou o a ter o Congresso Nacional, pois pode vetar as

iniciativas nucleares do Poder Executivo, no uso de sua competência "exclusiva", isto é, não sujeita à sanção do Presidente da República²⁵³.

É interessante remarcar, ainda uma vez, neste ponto, a lição de Paulo Bessa, para quem

(...) é, portanto, condição indispensável para a instalação de usina nuclear que sua localização seja definida em lei federal. São duas etapas diferentes: escolha do local para situar a usina e, depois, o licenciamento da mesma²⁵⁴.

Esta circunstância, quase que exclusiva da questão nuclear demonstra a sua relevância. Isto porque o princípio do controle parlamentar das atividades do Executivo não é exclusivo deste ramo ora tratado. Mas aqui, é tamanha a relevância que o controle é feito diretamente pelo Congresso Nacional – sem intervenção do Tribunal de Contas – evidentemente, quanto à questão nuclear em si, e possui dispositivo específico para tanto. Compare-se, assim o art. 21, inciso XXIII, alínea "a" ora analisado, cuja determinação é no sentido de que “toda atividade nuclear no território nacional somente será admitida (...) mediante aprovação do Congresso Nacional”, com o art. 49 da Carta Constitucional, em seu inciso X, que atribui ao Congresso nacional a função-dever de “fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos o da administração direta”. Ao que parece, a aprovação do Congresso Nacional deve ser feita em conjunto pelas duas casas, no sistema bicameral, exigência que não está presente no caso do art. 49, já que lá o controle poderá ser feito “conjuntamente ou por qualquer de suas Casas”. Faça-se ainda o cotejo do art. 21, XXIII, “a”, com o parágrafo 6º do art. 225, também da Constituição, segundo o qual “as usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas”.

Assim é que na matéria nuclear, o princípio do controle parlamentar – que é ínsito ao ordenamento constitucional brasileiro como princípio geral – toma feições próprias. A primeira é a de que, no caso de construção de usina nuclear, o controle do legislativo, ao contrário do que só ocorrer, é prévio. A segunda é que, demais disso, o controle é feito diretamente pelo Congresso Nacional, sem interposição do Tribunal de Contas e, ainda, não poderá ser efetuado por apenas uma das Casas, mas sim pelo Congresso.

²⁵³ Apud MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 140.

²⁵⁴ Apud In Id. *Ibid.*, p. 140.

4.3.7 Princípio do licenciamento prévio

Vimos, anteriormente, que a **mera** previsão legal de construção de uma usina nuclear em determinado lugar não isenta da necessidade das autorizações de natureza ambiental.

Isto não é de se estranhar. Trata-se de uma atividade cujo teor do marco regulatório requer uma consistência notável. E, ademais, outras são as atividades, econômicas ou serviço público que, ao menos, necessitam de licenças de natureza ambiental.

A doutrina ressalta este ponto que “tendo em conta os especiais riscos da tecnologia nuclear, o direito nuclear exige a autorização prévia de atividades que impliquem uso de materiais físeis e radioisótopos”²⁵⁵. A despeito disso, nossa legislação é menos completa do que a da União Européia, visto que não prevê a nossa necessidade de Estudo Prévio de Impacto Ambiental para as “instalações destinadas exclusivamente para estocar permanente ou para eliminar em caráter definitivo os rejeitos radioativos”, diversamente da Diretiva 85/337-CE, bem como a Convenção de Espoo (Convenção da Comissão Econômica das Nações Unidas para a Europa sobre Avaliação de Impacto Ambiental em contexto transfronteiriço), Apêndice 1.3.

4.3.8 Princípio da participação federativa

A Lei 6803/80, em seu art. 10, estatui que:

(...) caberá exclusivamente à União, ouvidos os governos estadual e municipal interessados, aprovar a delimitação e autorizar a implantação de zonas de uso estritamente industrial que se destinem à localização de pólos petroquímicos, carboquímicos, cloro-químicos, bem como as instalações nucleares e outras definidas em lei.

Este preceito não chega a contrariar o art. 22, inciso XXVI, da Carta que institui competência privativa da União para legislar sobre “atividades nucleares de

²⁵⁵ LARSURTIGUI, Alfonso de los Santos. Op. cit., p. 16 e ss. Acresce que: “ao aplicar o princípio da autorização prévia, é importante que a lei determine claramente as atividades ou instalações que requerem prévia licença ou não”. Por outro lado “quando o organismo regulador considere que os riscos de uma atividade sejam tão baixos que não mereçam ser regulados, poderá não exigir autorização expressa para tal atividade. Nestes casos, é possível se conceder uma autorização geral sob a expressão de uma isenção. Inobstante, o organismo regulador sempre conserva a de revogar tal isenção se surgirem dados que indiquem que os riscos são excessivos”.

qualquer natureza”. Isto porque este preceito infraconstitucional tem esteio no princípio federativo.

Comentando o tema Paulo Bessa afirma que:

(...) esse dispositivo da Lei 6803 parece querer introduzir uma mera consulta ao Município, isto é, a tomada de um parecer prévio que não vincula a União. Assim, o Município poderá opinar contra e a União decidir a favor. Contudo, da mesma forma a que já me referi no concernente ao licenciamento pelos Estados, também aqui não poderá ser a União quem na linha decisória profira a última decisão. A pessoa de Direito Público interno que há de dizer a última palavra sobre a implantação e delimitação dos locais para a instalação dos pólos petroquímicos, cloroquímicos, carbo químicos e instalações nucleares será o Município.

Consequentemente, ainda que a União tenha aprovado o projeto,

(...) o Município conserva o direito de desaprovar. Fora desse raciocínio jurídico será banir do texto da Constituição Federal mandamento constitucional com uma tradição de quase quinhentos anos de brasilidade – o municipalismo e sua autonomia²⁵⁶.

Este princípio – da participação federativa – baseia-se no próprio modelo federativo nacional, que está plasmado na Carta Federativa. Quanto a isto, não há dúvida. A questão, no entanto, perpassa pelo art. 225, parágrafo 6º, da Constituição, que exige – apenas – a autorização por lei federal para a instalação de usina nuclear. Ao que parece, é a própria Constituição que abre uma exceção à participação federativa, deixando nas mãos da União Federal – por meio do seu Poder Legislativo – a decisão final acerca da instalação ou não de uma usina nuclear em determinado local. Evidentemente que está se aqui a se referir à necessidade de autorização legislativa para implantação de usina nuclear, eis que, como em qualquer obra de construção civil, deve o Município conceder (ou não) a licença para a construção.

4.3.9 Princípio da segurança física

Como é sabido, a energia nuclear foi inicialmente utilizada para fins militares. Isto porque se percebeu a capacidade de dano dos materiais nucleares.

No Brasil, como foi visto, a energia nuclear somente é admitida para fins pacíficos, conforme afirma peremptoriamente a alínea "a" do inciso XIII do art. 21 da nossa Carta Republicana.

No entanto, ainda que utilizadas para fins estritamente pacíficos as substâncias atômicas são potencialmente danosas à saúde. Tais substâncias, principalmente se

²⁵⁶ Apud MACHADO, Paulo Affonso Leme. Op. cit., p. 205.

abandonadas ou perdidas e, portanto, inadequadamente expostas ao meio ambiente, poderão causar danos de natureza grave, individual e difusamente. Daí que um dos objetivos do direito nuclear é a proteção não somente das populações, mas também dos trabalhadores que operam nas instalações nucleares.

4.3.10 Princípio da responsabilização

A energia nuclear ocupa uma série de atividades dentre as de pesquisa, desenvolvimento, humanitárias e econômicas empresariais. Como exemplos podem ser citados os ramos da medicina nuclear bem como o da utilização dos minérios nucleares para produção de energia elétrica, desde a extração até a Usina termoelétrica de matriz nuclear.

Entre nós, a Comissão Nuclear de Energia Nuclear – como visto nestas linhas, tem também a atribuição de regular a utilização dos materiais nucleares, desde a referida medicina nuclear até as termoelétricas nucleares. Portanto, detém aquela autarquia a responsabilidade pela emissão das normas regulatórias e pelas falhas advindas destas normas em si.

Mas, resta evidente, que também as entidades que se utilizam de substâncias atômicas – de clínicas a usinas, passando por transportadores do material bem como outros que os manuseiam – possuem a natural responsabilidade advinda da natureza de suas atividades. De toda sorte, como relembra a doutrina,

(...) a entidade que sistemicamente se considera responsável principal é o explorador ou titular da licença obtida para autorizar a levar a cabo as atividades específicas relacionadas com a energia nuclear ou com a radiação ionizante²⁵⁷.

Da responsabilidade por dano nuclear, advém, evidentemente, o postulado do dever de indenização. Destarte, a depender de diversos fatores técnicos, o uso da energia nuclear traz o risco de causar graves danos a pessoas, bens e, bem assim, ao meio ambiente. Levando em linha de consideração o fato de que as medidas preventivas não podem excluir totalmente a possibilidade de que os referidos danos ocorram, o direito nuclear postula a existência de normas que assegurem as compensações pelos referidos danos.

²⁵⁷ LASURTEGUI, Alfonso de los Santos. Op. cit., p. 16 e ss.

Além das disposições constitucionais, nosso ordenamento jurídico apresenta legislação específica acerca do tema, que é Lei de Responsabilidade por Dano Nuclear - 4º, caput, da Lei 6.453, de 17.10.1977, que também prevê a responsabilidade objetiva ou sem culpa.

No que consistirá dano nuclear? De acordo com a doutrina,

Dano nuclear é o dano pessoal ou material produzido como resultado direto ou indireto das propriedades com as propriedades tóxicas ou com outras características dos materiais nucleares que se encontrem em instalação nuclear ou dela procedentes ou a ela enviados (Lei 6.453/77, art. 1º, VII). Simplificando, **dano nuclear é aquele proveniente, direta ou indiretamente, dos materiais nucleares**²⁵⁸.

É necessário ter se em mente que responsabilidade civil objetiva – ou que prescinde de culpa não é sinônimo de responsabilidade pela teoria do risco integral. Leme Machado²⁵⁹ nos dá o seguinte exemplo analítico:

(...) o local onde está instalada uma usina nuclear é atingido por um terremoto. Esse seria o fato necessário, como afirma o art. 393 do Código Civil Brasileiro. Como efeito do terremoto constata-se vazamento radiativo e conseqüente irradiação, lesionando e matando pessoas.

Assevera o autor, que em hipóteses que tais

(...) não é de se aplicar a isenção de responsabilidade de forma automática. Deverá ser analisada a forma de escolha do local, constatando se houve estudo sísmico da área. Se a área está sujeita, com maior probabilidade que outras áreas, a abalos sísmicos, ao se instalar nessa área o empreendedor não pode beneficiar-se da excludente de responsabilidade. Também deverão ser avaliadas as medidas tomadas para serem evitados danos em decorrência de um possível terremoto. Se as medidas necessárias para evitar o vazamento radioativo não foram previamente tomadas, não ouve o uso dos meios para evitar ou impedir os efeitos nocivos ocorridos. Nesse caso não pode ser reconhecida a liberação da responsabilidade civil ambiental²⁶⁰.

A correta compreensão, aliás, do princípio da responsabilização não é possível sem que se tenha em mente os já estudados **princípios da precaução e da prevenção**. Em se tratando de usinas nucleares, além da precaução, é preciso aplicar o princípio da prevenção – que, como visto, traça uma linha de conduta mais exigente. Mas, nem por isso se está admitindo a teoria do risco integral. O que ocorre é que, no caso do dano nuclear, é preciso que o operador demonstre não somente que tomou todas as precauções por assim dizer **ordinárias**, mas também aquelas que passam a ser necessárias em virtude do princípio da prevenção. Neste sentido é a lição de Bessa Antunes²⁶¹, quando afirma que “quem cria o perigo é por ele responsável”. O autor descreve de maneira bastante completa o feixe de cuidados

²⁵⁸ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Op.cit.

²⁵⁹ Id. Ibid.

²⁶⁰ Id. Ibid., p. 205 e ss.

²⁶¹ Id. Ibid., p. 205 e ss.

que o operador nuclear deve ter tomado em vista da aplicação do princípio da prevenção:

(...) todos os atos de prevenção do dano nuclear: montagem e operação de sistema de medições de radiações, montagem e funcionamento de sistemas de alerta, construção de estradas para evacuação da população, fornecimento de meios de transporte para a rápida evacuação da população, instalação de setores em hospital especializado para tratamento das vítimas etc.

Outros autores há que defendem que o art. 21, inciso XXIII, alínea “d” da Carta abriga uma hipótese de responsabilidade civil pelo risco integral. É o caso do Prof. Sérgio Cavalieri, que afirma textualmente que, “dado a enormidade dos riscos decorrentes da exploração da atividade nuclear, também aqui foi adotada a teoria do risco integral”²⁶². Não nos parece adequada esta lição, porque apresentada de forma demasiada simplista, que desconsidera as lições já expendidas acerca da especialidade do princípio da prevenção.

Mais completa e melhor é a doutrina expendida por Carlos Roberto Gonçalves, ao afirmar que:

(...) embora a responsabilidade **nuclear se configure mesmo se o dano for oriundo de caso fortuito e força maior**, que não têm o condão de a elidir, a Lei 6.453/77 **admite algumas atenuantes**, pois: a) no art. 6º dispõe que, "provado haver o dano resultado exclusivamente de culpa da vítima, o operador será exonerado, apenas em relação a ela, da obrigação de indenizar"; b) no art. 7º prescreve que o operador "somente tem direito de regresso contra quem admitiu, por contrato escrito, o exercício desse direito, ou contra pessoa física que, dolosamente, deu causa ao acidente"; c) no art. 8º admite a exoneração do explorador por fatos excepcionais, salientando que não responde por ele "pela reparação do dano resultante de acidente nuclear causado diretamente por conflito armado, hostilidade, guerra civil, insurreição ou fato de natureza excepcional.

Outras manifestações doutrinárias há que merecem menção, como a do Prof. Josaphat Marinho, citado por José de Aguar Dias, aduzindo que, toda a noção de culpa deve ser excluída do sistema de responsabilidade civil por danos nucleares.²⁶³

Há ainda que se considerar a opinião trazida por Antônio Lindbergh Montenegro, mencionando os fatores externos, tais como o caso fortuito e a força maior. Cita, como exemplo, o ordenamento italiano acerca do emprego pacífico da energia nuclear, “cujo art. 18 estatui que a força maior e o caso fortuito não exoneram a responsabilidade”. No entanto, reconhece que, no caso brasileiro, em decorrência do art. 82 da Lei 6453/77, incidiria o princípio segundo o qual a ocorrência de caso fortuito ou de força maior exclui o nexo de causalidade da responsabilidade. O art. 82 exclui a responsabilidade do operador no caso de acidente nuclear advindo diretamente de “conflito armado, guerra civil, insurreição ou excepcional fato da

²⁶² CAVALIERI, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 145

²⁶³ DIAS, José de Aguar. **Da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 878

natureza”. Montenegro, com base nestas considerações, afirma que provado, “pois, que o dano resultou de evento imprevisível, irresistível e externo, não há como deixar de reconhecer a isenção de responsabilidade, seja esta fundada na teoria subjetiva, seja na teoria objetiva”²⁶⁴.

Na jurisprudência há duas manifestações de maior vulto acerca da responsabilidade por danos nucleares. A primeira a ser transcrita diz respeito a conhecida questão do CÉSIO em Goiás. Trata-se de decisão assaz importante, tendo em vista que o CÉSIO é um radioisótopo de utilização médica, não se enquadrando seu vazamento no conceito legal de dano nuclear propriamente dito, porque o local de sua manutenção não é considerado como **instalação nuclear** (sendo afastada, pela própria Lei 6453/77 sua aplicação posto que, de acordo com o referido diploma legal, é o mesmo aplicável apenas aos materiais existentes em “instalações nucleares e não em instalações radioativas”).

Esta circunstância levaria o dano ocorrido com o Césio a ser regulado pelas regras gerais de responsabilidade civil. Nesse sentido é que cresce de importância o julgado a seguir que, a despeito de reconhecer esta autolimitação da lei, analisa o acidente sob o viés do dano ambiental.

Isto porque não se deve confundir dano radiológico com dano nuclear, já que seguem em diferentes direções, até 2001 (como se verá adiante) quando se trata de responsabilidade civil. O acórdão que será comentado mais a frente é bastante elucidativo quanto ao tema.

O acórdão, caso o dano tivesse ocorrido após o Novo Código Civil, poderia ter optado pela aplicação do art. 927, parágrafo único, deste diploma – que adota a responsabilidade civil por atividade perigosa. Confira-se a redação do preceito:

Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem²⁶⁵.

Trata-se de julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. O Tribunal entendeu, em apertada síntese, que:

(...) embora o acidente com os radioisótopos de utilização médica tenham sido expressamente excluídos da disciplina da Lei 6.453/77, que dispõe sobre a responsabilidade civil sobre danos nucleares, o dano ambiental por ser de ordem pública é indisponível e insuscetível de prescrição enquanto seus efeitos nefastos continuam a produzir lesão, bem como que responsabilidade pela reparação do dano é atribuível a quem explora a atividade que teria dado ensejo ao acidente. Se o dano é

²⁶⁴ MONTENEGRO, Antonio Lindbergh. **Ressarcimento de Danos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

²⁶⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região 1. Processo Civil. Apelação Cível. Processo: 2001.010.0014371-2, da Quinta Turma, GO. Decisão: 2005/07/27. Documento: TRF100215497. Relatora: Desembargadora Federal Selene de Almeida. DJ 15 ago. 2005. p. 45.

resultante de ato ilícito, todos os que concorrem para o resultado são responsáveis na reparação dos efeitos lesivos.

No entanto, reconheceu que “o céσιο não é substância nuclear e sim um radioisótopo e, em conseqüência, o acidente ocorrido em Goiânia não foi um acidente nuclear, mas radiológico em proporção gigantesca”.

Por isso, a convergência teórica do julgamento se deu pelas linhas ordinárias da responsabilidade civil como se pode observar:

Tratando-se de ato omissivo do Poder Público, a responsabilidade é subjetiva, pelo que se exige dolo ou culpa, em sentido estrito, esta numa de suas três modalidades - negligência, imperícia e imprudência, não sendo necessário individualizá-la, dada que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. 12. A falta do serviço (**faute du service**) não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer o nexo de causalidade entre a omissão atribuída ao Poder Público e o dano causado.

No entanto, posteriormente veio a lume a Lei 10308, de 20 de novembro de 2001, que tratou de cuidar, dentre outras coisas, da responsabilidade civil por danos ocorridos a partir de depósitos de detritos radioativos. Esta lei, no art. 32 remete o regime de responsabilização à vetusta Lei 6453 de 1977, dando o mesmo tratamento a danos decorrentes de estabelecimentos nucleares e de detritos radioativos, unificando, destarte o tratamento jurídico.

Este segundo julgado – a seguir transcrito – diz respeito à obediência às normas para criação e funcionamento de instalação nuclear e do esvaziamento da persecução criminal em virtude de realização de Termo de Ajustamento de Conduta em Ação Civil Pública. Trata-se de acórdão do Tribunal Regional da 2ª Região²⁶⁶. Na ocasião, entendeu aquela Corte Regional que as

(...) sanções penais previstas na Lei n.º 9.605-98 são aplicáveis na ocorrência de irregular funcionamento de usina nuclear, mesmo que iniciado anteriormente à sua entrada em vigor, por se tratar de conduta permanente e de conseqüente prolongamento do momento consumativo.

O problema se deu em virtude de uma “prorrogação automática” das licenças concedidas para funcionamento da usina Angra II.

Trata-se de um dos princípios de maior desenvolvimento teórico e aplicação prática nacional e internacionalmente. No entanto, seu desenvolvimento para além das linhas já traçadas escapa aos escopos deste trabalho.

4.3.11 Princípio do controle contínuo e evolutivo

²⁶⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 2. Recurso em Sentido Estrito n. 1389, da Segunda Turma Especializada. Processo: 2001.511.1000031-8. Relator: Desembargador Federal André Fontes. Rio de Janeiro, RJ. Decisão: 2006/06/07. Documento: TRF200161210. DJU – 07 dez. 2006. pp. 376, 377.

O princípio do controle contínuo, que também pode ser denominado de **princípio da supervisão** ou da **fiscalização**, se se desejar uma tradução mais literal da doutrina francesa.

Postula ele uma ampla gama de possibilidades de controles sobre a aplicação e obediência aos atos legislativos e regulatórios referentemente à matéria nuclear. O órgão fiscalizatório deve se certificar que as normas respectivas devem estar sendo fielmente cumpridas. O controle contínuo, todavia, não se resume apenas ao “enforcement” do cumprimento das determinações já existentes, mas também, e com a mesma importância, na evolução da normatização, por meio do aprendizado científico, teórico e empírico, dos quadros técnicos do órgão regulador²⁶⁷. Em sentido semelhante ensina Paulo Bessa²⁶⁸, quando afirma que as “atividades mencionadas estão submetidas ao controle administrativo da CNEN”²⁶⁹.

O assentimento na utilização da tecnologia nuclear, por parte da entidade que também cumpre função regulatória – em nosso caso a CNEN – não significa que, a partir daí esteja ela impedida de fiscalizar o fiel cumprimento das normas do complexo regulatório por parte de quem obteve o assentimento.

No estudo deste princípio, mais que isso, na sua interpretação, reside uma das questões controversas do direito da energia nuclear no Brasil. De um lado, é evidente, que a autarquia, CNEN, continua tendo o poder fiscalizatório das atividades assentidas, conservando

(...) a faculdade de controle contínuo a fim de assegurar que tais atividades se executem de maneira tecnológica e fisicamente seguras e de acordo com as condições da autorização. Este princípio implica que a legislação nuclear nacional deve garantir o livre acesso dos inspetores do organismo regulador a toda instalação onde se utilizem ou se manuseiem materiais nucleares²⁷⁰.

No entanto, há uma falha sistêmica no nosso sistema regulatório na área nuclear. Este tema será bastante mais desenvolvido nestas linhas. Por enquanto cabe aclarar alguns pontos, no entanto.

O primeiro é o da natureza jurídica deste “assentimento” por parte da CNEN. O segundo é o da natureza da atividade fiscalizatória. A resposta a tais questionamentos depende exatamente de entendermos a atividade nuclear como atividade econômica em sentido estrito ou como serviço público. Daí, os aprofundamentos se darão no momento certo.

²⁶⁷ Le Droit Nucleaire. Paris: Presses Universitaires de France, 1994. p. 16 e ss.

²⁶⁸ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 832.

²⁶⁹ Id. Ibid., p. 816 e ss.

²⁷⁰ LASURTEGUI, Alfonso de los Santos. Op. cit., p. 16 e ss.

De toda sorte, como defendemos que a atividade nuclear é efetivamente serviço público e, por outro lado, que resta evidente que as atividades que envolvem matéria nuclear estão sujeitas a um regime de titularidade uniforme, sendo que seu exercício é que é não uniforme, eis que algumas são exercidas pela própria União através de empresas públicas federais, como é o caso da ELETRONUCLEAR (que tem a atribuição de construir e operar as usinas Nucleares no Brasil). Outras, ligadas a questões médicas, são exercidas por meio de **permissão** ou **concessão** como se deduzisse do texto constitucional.

As atividades exercidas pelos entes estatais, como a ELETRONUCLEAR que evidentemente o faz como “mero instrumento da União”.

4.3.12 Princípio do desenvolvimento sustentável

O princípio do desenvolvimento sustentável não é, por assim dizer, exclusivo do direito nuclear, sendo, de resto, regra geral do fundamental do próprio direito ambiental.

Tem como pressuposto o chamado “pacto intergeracional” ou “pacto entre as gerações”, de acordo com o qual uma geração não deve impor às seguintes cargas excessivas. Assim é que o desenvolvimento econômico e social deve ser **sustentável**, ou seja, protegendo o meio ambiente mundial de degradações.

No direito nuclear, por evidente, assim como em outras atividades, há um realce na questão, uma vez que determinados materiais fissionáveis bem como as fontes de radiação ionizante podem acarretar riscos para saúde, segurança tecnológica e para o meio ambiente por interregnos assaz largos.

Demais disso, esta mesma durabilidade dos materiais nucleares, é preciso determinar quais as medidas que se mostrem seguras o suficiente para cobrir todo o tempo útil destas substâncias, de forma a proteger o meio ambiente inclusive no futuro. Neste passo, uma das formas de se aplicar o princípio do desenvolvimento sustentável, em vista do vetor do pacto intergeracional, é utilizar-se de metodologias que, a um tempo, protejam o meio ambiente e, ainda, permitam que no futuro as gerações vindouras possam ter opções quanto ao manejo das externalidades do processo nuclear.

Outro aspecto que não pode ser olvidado quando se fala do presente princípio é o de que as reservas de material nuclear não são renováveis e sua utilização deve

ser feita com o sentido de se ter uma exploração racional a fim de que possa se prolongar pelo maior período de tempo possível, garantindo a tantas gerações futuras quanto as que forem possíveis a utilização deste naipe de matriz energética.

4.3.13 Princípio do cumprimento estrito

Já se deixou extratificado o reconhecimento e o cuidado que o direito exige no que concerne a todo o processo nuclear. Por outro lado, a energia nuclear, quando da ocorrência de um dano, pode muito bem alcançar locais e pessoas fronteiras afora do país de origem. Assim é que, nesta área, os tratados e convenções são de extrema importância, conformando o que é denominado de “direito internacional da energia nuclear”.

Destarte, uma vez que um Estado, uma nação tenha aderido a tais instrumentos de cunho internacional, o seu ordenamento interno terá que se conformar a estes referidos instrumentos. Neste passo, cumpre ressaltar que, consuetudinariamente surgiu um princípio de direito internacional da energia nuclear no sentido de que um Estado não deve se utilizar a referida energia de uma forma que cause danos em outro estado, e, caso tal ocorra, medidas de controle se fazem necessárias.

De tal sorte, **cumprimento estrito** significa surgir para os demais Estados que são ou podem ser atingidos por usos não autorizados ou equivocados da energia nuclear, o direito de exigir do Estado respectivo, o cumprimento das normas de segurança nuclear.

4.3.14 Princípio da transparência

Este princípio possui uma raiz histórica e seu desenvolvimento foi ocorrendo com o passar do tempo, não tendo sido prevalente no início das experiências nucleares. Isto porque, como em princípio as pesquisas nucleares tinham finalidades militares, eram elas tratadas sob o maior sigilo possível. Posteriormente, com a

constatação do seu poder destrutivo e com o nascimento dos movimentos de utilização pacífica,

(...) o conhecimento desta tecnologia pelo público e a conquista de sua confiança tem exigido que todos, os meios de comunicação, os parlamentos e outros organismos interessados recebam o maior número possível de informações a respeito dos riscos e vantagens da utilização de diversas técnicas nucleares para desenvolvimento social e econômico²⁷¹.

Resta evidente que, tendo em vista os riscos inerentes às atividades nucleares – pacíficas ou não – os governos não podem tratá-la como um assunto confidencial, sendo direito difuso de todos o acesso à informação da questão nuclear. Ou, em outras palavras,

(...) o princípio da transparência requer que as entidades que participam do desenvolvimento, uso e regulação da energia nuclear divulguem toda a informação pertinente relativa ao uso da energia nuclear, e, em particular, a relativa aos incidentes e anomalias que podem afetar a saúde pública, a segurança tecnológica e o meio ambiente²⁷².

O fato é, entretanto, que não se trata de um princípio adotado por todos os países que exercem atividades nucleares. Vê-se que

(...) contrariamente à Alemanha, que por suas razões históricas tornou amplamente transparente a utilização civil do nuclear, demonstrando a ausência de aplicações militares, a França deveria tornar aparente a existência das aplicações militares, (...)

Inclusive quanto ao seu custo²⁷³.

Em um estado democrático de direito como é o caso do Brasil, e tendo em conta o sistema de freios e contrapesos e controles recíprocos dos poderes republicanos e, ainda, tendo em vista os dispositivos constitucionais atinentes, resta evidente que o princípio da transparência é aqui aplicável.

Mas isto não significa dizer que seja obrigatória à revelação de segredos industriais. As tecnologias para utilização da energia nuclear (por exemplo, os processos de enriquecimento de urânio) estão protegidas pela Lei 9.279/86, atual lei de propriedade industrial, sob o manto das patentes. Enfim, não é obrigatória a revelação dos segredos industriais, mas sim os riscos envolvidos nos processos, que é coisa diversa.

4.3.15 Princípio da independência da entidade regulatória

²⁷¹ LASURTEGUI, Alfonso de los Santos. Op. cit., p. 16 e ss.

²⁷² Id. Ibid., p. 16 e ss.

²⁷³ LACERDA ROCHA, Lauro. **Comentários ao Código de Mineração do Brasil**: Revisto e Atualizado. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

Propositadamente foi deixada a análise deste princípio para a parte final do presente trecho em virtude de sua inegável importância. O princípio da independência da entidade regulatória se insere na análise do quadro institucional geral – ou seja, das entidades que, em determinado país, estão a cargo de competências nucleares.

Em vista das assertivas que já descritas acima, resta evidente que o organismo regulador da energia nuclear deve ser dotado de autonomia. Tal autonomia passa não somente pela possibilidade de editar normas regulatórias sem necessitar da aprovação de outras instâncias do Poder Executivo, e que não sejam cooptadas pela iniciativa privada por meio do processo de captação ilícita da vontade, mas também da existência de todo um arquétipo, composto de aspectos como o do mandato a termo dos seus dirigentes e da fonte própria de receitas. É neste sentido o entendimento da melhor doutrina quando afirma que é

(...) especialmente importante para o direito nuclear que se crie um organismo regulador, cujas decisões em matéria de segurança tecnológica estejam livres de interferências das entidades dedicadas ao desenvolvimento e fomento da energia nuclear²⁷⁴.

Paulo Bessa²⁷⁵ também advoga tal tese, ao aduzir que cumpre que o “Congresso Nacional faça uma alteração nos Estatutos da Comissão Nacional de Energia Nuclear, de forma que se possa estabelecer um vínculo jurídico entre a autarquia e o Legislativo”. O autor ainda defende que “a diretoria da Comissão Nacional de Energia Nuclear fosse aprovada pelo Congresso e designada para mandato certo”. Com razão o autor. Tais pressupostos são essenciais para que uma autoridade regulatória possa desempenhar a contento sua missão. Advoga ainda a possibilidade de transferência da CNEN para o âmbito do Poder Legislativo, adotando-se um

(...) modelo semelhante ao do Tribunal de Contas da União, sendo, em qualquer caso indispensável que os indicados para compor o “board” da autarquia sejam, evidentemente detentores de profundo conhecimento sobre a matéria nuclear²⁷⁶.

A autonomia da entidade reguladora nuclear é tão cara a um sistema jurídico que deseja ser funcional diz respeito também ao papel exercido pela agência reguladora. A doutrina francesa remarca²⁷⁷ que aquele que observa o sistema institucional da utilização da energia nuclear naquele país perceberá a permanência

²⁷⁴ LASURTEGUI, Alfonso de los Santos. Op. cit., p. 16 e ss. Na Espanha, por exemplo, como em outros países, é assim. Lá a Junta de Energia Nuclear, é um organismo com personalidade jurídica própria e possui plena autonomia econômica e administrativa, como ressalta o próprio autor.

²⁷⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. Op. cit., p. 816 e ss.

²⁷⁶ Id. Ibid., p. 816 e ss.

²⁷⁷ BORGOU, Taoufik. *Le Statut du Nucléaire Civil*. In: Bulletin du Droit Nucléaire, n. 180.

de uma arquitetura hermética. Diz-se que “não existe uma autoridade regulatória capaz de realizar uma interface entre um setor estratégico, de uma parte, e a representação nacional dos cidadãos, de outra”²⁷⁸.

A passagem adiante é bastante elucidativa inclusive no que toca à realidade atual organizacional no Brasil. Diz o autor²⁷⁹ que:

(...) construído de uma forma particular, tal sistema possuía em seu cerne uma estrutura que, ainda que desconectada do CEA [**Commissariat à l'énergie atomique e aux énergies alternatives**] permanecia ligada ao complexo nuclear pelo fato de haver um recrutamento comum entre seus membros. Este sistema é composto de estruturas centrais que definem os objetivos da política eletronuclear, regulando todos os aspectos existentes ao longo do ciclo do combustível, a exploração das centrais, sendo assim uma importante instância no assunto nuclear e energético na França²⁸⁰.

E foi apenas com o decorrer do tempo e da experiência é que se pode traçar as competências atinentes a cada entidade no sistema²⁸¹.

Ora, ainda que haja uma entidade regulatória, diversa da entidade operadora do sistema (CEA na França, CNEN no Brasil, CNEA na Argentina, por exemplificação) a separação estrutural entre tais entidades deve ser a maior possível. Casos como o francês, em que a escolha de pessoal para as entidades é comum já é suficiente, no sentir dos autores daquele país, para comprometer a eficácia regulatória da entidade.

Neste ponto, em especial, o sistema jurídico argentino está mais avançado que o brasileiro eis que lá, para além da CNEA – em português, Comissão Nacional de Energia Atômica, já foi instituída e está em funcionamento a ARN – também em português, Autoridade Regulatória Nuclear a cujas atividades

(...) não são outras que as de regular e fiscalizar a atividade nuclear em tudo o que se refere aos temas de segurança radiológica e nuclear, proteção física e fiscalização do uso de materiais nucleares, outorga de licenças, controle de instalações e salvaguardas internacionais, ademais de assessorar o Poder Executivo Nacional²⁸².

O mesmo se diga com relação à França, onde funcionam o Commissariado de Energia Atômica e energias alternativas e a Autoridade de Segurança Nuclear.

Com efeito, um dos mais importantes atributos de um sistema jurídico de direito nuclear é, como referido, a existência de um ente regulador. Mas não, só. A tal entidade a quem for confiada a função regulatória nuclear deve ser reconhecida, pelo próprio sistema legal, é a liberdade frente a interferências no desempenho de suas

²⁷⁸ BORGOU, Taoufik. Op. cit.

²⁷⁹ Id. Ibid.

²⁸⁰ Id. Ibid.

²⁸¹ Id. Ibid.

²⁸² DATES, Luis Henrique ; GARCES, Martin. **La Energía Nuclear y su Régimen Legal – Algunas Reflexiones sobre su Marco Regulatorio**. Buenos Aires: La Ley, 15 - 16 jan. 2008.

funções regulatórias. Aliás, como referido pelos doutrinadores²⁸³, trata-se de conceito bastante estudado e desenvolvido em vários documentos da OIEA.

Evidente, por outro lado que não há uma “solução única para assegurar a independência e separação efetiva das funções dos organismos reguladores”. São formas de garantir tais fatores uma “sólida legislação que estabeleça as funções do organismo em face de outros órgãos estatais além de procedimentalizar as tomadas de decisão das agências”²⁸⁴.

Aliás, no direito comparado, é um traço comum, no que concerne, ao menos, aos doutrinadores, a questão da independência técnica dos órgãos reguladores. Veja-se que se afirma que “os processos decisórios regulatórios em matéria nuclear devem se basear em princípios relacionados aos aspectos científicos e técnicos, e em nada mais”²⁸⁵. Na mesma publicação podemos encontrar outro trecho bastante elucidante que afirma que a

(...) independência de uma agência reguladora nuclear, no sentido de se evitar influência de natureza política é circunstância que se identifica com independência em relação ao próprio governo. É evidente que tais agências, estabelecidas por meio de lei, devem agir de acordo com as políticas sobre as quais a legislação se baseou. Em havendo mudança das políticas públicas governamentais, a legislação deve ser revisada para se adequar às novas tendências e, por consequência, também adequar as funções o atos das agências. Tal "influência" do governo é tão devida quanto própria. É, na verdade, a escusa influência política que deve ser evitada e, para tanto, a melhor medida protetiva é de natureza legislativa combinada com procedimentos de salvaguardas por meio dos quais a agência possa se defender e impedir tentativas de influência indevida nas suas decisões regulatórias²⁸⁶.

Como não poderia deixar de ser, em virtude da variação dos vieses de análise, o princípio da autonomia do ente regulatório também é estudado, ainda que parcialmente, como conteúdo do princípio da precaução. Diz-se, a propósito que a “ausência de independência [dos técnicos] é situação contrária à segurança dos cidadãos”²⁸⁷.

Outras obras fazem referência expressa a este princípio²⁸⁸, como na França, quando se afirma que a “independência da autoridade regulatória nuclear que, para tanto, deve dispor de recursos humanos e financeiros”²⁸⁹.

²⁸³ STOIBER, Carlton; BAER, Alec et alii. Op. cit., p. 28 e ss.

²⁸⁴ Id. Ibid., p. 28 e ss.

²⁸⁵ Tradução livre, no original: “regulatory decision-making should be based upon stated criteria and principles taking into account pertinent scientific and technical facts only”. JENNEKENS, J. H. **Nuclear Regulation – The Canadian Approach**. Ottawa: Atomic Energy Control Board, Canada, set. 1981.

²⁸⁶ Id. Ibid.

²⁸⁷ KOURILSKY, Philippe. Op. cit.

²⁸⁸ POMPIGNAN, Diane de. Op. cit.

²⁸⁹ Id. Ibid.

O tema será retomado quando tratarmos do arquétipo das agências reguladoras, mas as linhas já expandidas são fundamentais para a sua compreensão.

5 A QUESTÃO NUCLEAR E SEUS ASPECTOS MINERAL E AMBIENTAL

5.1 A imbricação dos temas

A imbricação entre a questão nuclear, no que concerne à extração dos minérios específicos, e a questão minerária é mesmo óbvia. Conforme relatado por Elias Bedran²⁹⁰, já se apontava em 1955 “a existência de reservas minerais atômicas, para futura aplicação da energia nuclear no País”. A extração do minério nuclear é também uma questão ligada ao direito minerário e devem ser observadas as regras insculpidas no Código de Minas.

O direito minerário, em si, possui seus próprios paradigmas e princípios os quais, evidentemente serão analisados nestas linhas somente na justa necessidade de sua aplicação ao nosso objetivo, já devidamente clarificado.

Evidentemente, conforme assevera Adriano Drummond Cançado Trindade²⁹¹:

(...) devido à influência do Direito Administrativo, o Direito Minerário sujeita-se aos princípios norteadores da atividade estatal. Incidem os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, consagrados pelo artigo 37 da Constituição Federal, assim como princípios implícitos à atividade administrativa, como razoabilidade e proporcionalidade.

Por outro lado, o mesmo autor cuida de advertir que, no entanto, “esses princípios incidirão sobre o Direito Minerário em conjunto com princípios próprios desse ramo, ou mesmo qualificados pela especificidade da matéria”.

5.2 Competências em matéria minerária-nuclear

Quando se trata da atividade nuclear, há uma série de competências de licenciamento, atribuídas a órgãos e entidades.

Por vezes cansativa, a busca deste quadro normativo é fundamental para a compreensão do funcionamento sistemático da regulamentação jurídica da matéria. Inclusive, em direito estrangeiro, tais são chamados textos de base, por motivos óbvios.

Destarte, a doutrina estrangeira assim os enuncia:

²⁹⁰BEDRAN, Elias. *A Mineração à Luz do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Alba, 1957, v. I, p. 27.

²⁹¹DRUMMOND CANÇADO TRINIDADE, Adriano; SOUZA, Marcelo Gomes de (coord.). *Princípios de Direito Minerário Brasileiro*. In: *Direito Minerário em Evolução*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

a) textos que tratam da questão da prospecção e da exploração de minas de urânio e tório; b) textos que regulamentam a criação e funcionamento das instalações nucleares; c) textos que organizam a segurança nuclear; d) textos que cuidam da proteção dos trabalhadores e populações contra as radiações ionizantes²⁹².

O nosso Código de Minas em seu art. 90, *caput* estabelece que:

(...) quando se verificar em jazida em lavra a concorrência de minerais radioativos ou apropriados ao aproveitamento dos misteres da produção de energia nuclear, a concessão, só será mantida caso o valor econômico da substância mineral, objeto do decreto de lavra, seja superior ao dos minerais nucleares que contiver. (Renumerado do Art. 91 para Art. 90 pelo Decreto-lei nº 318, de 1967).

Em complementação, seu parágrafo 2º, institui que: *quando a inesperada ocorrência de minerais radioativos e nucleares associados suscetíveis de aproveitamento econômico predominar sobre a substância mineral constante do título de lavra, a mina poderá ser desapropriada.*

E, em seguida, determina o parágrafo 3º que

(...) os titulares de autorizações de pesquisa, ou de concessões de lavra, são obrigados a comunicar, ao Ministério das Minas e Energia, qualquer descoberta que tenham feito de minerais radioativos ou nucleares associados à substância mineral mencionada no respectivo título, sob pena de sanções.

Comentando este artigo 90, aduz Lauro Lacerda Rocha que:

(...) quando do estudo do art. 10 (regência de Leis Especiais para certas jazidas minerais, ao qual nos reportamos) vimos que a pesquisa ou a lavra das jazidas de substâncias nucleares (urânio, tório, plutônio e outros subprodutos) é da competência exclusiva da Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN), por isso que sobre elas a União exerce o monopólio estatal²⁹³.

Com efeito, o artigo 10º do Código de Mineração estatui que “se regerão por leis especiais: I – as jazidas de substâncias minerais que constituem monopólio estatal (...)”.

O mesmo autor²⁹⁴, em suas anotações em derredor do art. 10, assinala que:

(...) ao domínio da União Federal pertencem as jazidas e minas (conhecidas ou não) dessas substâncias minerais que – sendo reserva nacional e bens imprescritíveis e inalienáveis – se prestem ou interessem à produção da energia nuclear do País. É o monopólio estatal.

Mais adiante pugna no sentido de que

(...) qualquer descoberta de minerais estratégicos e nucleares, mesmo de permeio a outros minerais, em áreas de pesquisa ou lavra já concedidas a terceiros, deverá ser levada por estes ao conhecimento do DNPM e da CNEN para que tomem as providências necessárias e cabíveis ao evento²⁹⁵.

Assim,

²⁹² BORGOU, Taoufik. Op. cit.

²⁹³ LACERDA ROCHA, Lauro. Op. cit.

²⁹⁴ Id. Ibid.

²⁹⁵ Id. Ibid.

(...) ser a jazida pesquisada interessar à CNEN pelo seu potencial de mineral nuclear, o pesquisador ou lavrista será indenizado das despesas feitas com os trabalhos realizados, podendo, inclusive, receber da CNEN um prêmio relativo ao valor da jazida pesquisada²⁹⁶.

Aduz ainda que:

(...) por outro lado, se a jazida mineral possuir elementos nucleares, mas não for de interesse para a CNEN, após consulta prévia, poderá o DNPM aplicar-lhe o Código subsidiariamente, no que tange à autorização de pesquisa mineral predominante, concessão de lavra, ainda que contenha elementos mínimos nucleares. Nesse aspecto, a competência de ambos os órgãos fica engranzada intimamente para qualquer estudo ou processamento que surja, mesmo porque a CNEN pode denegar quaisquer pedidos de autorização concessão ou exportação desses materiais²⁹⁷.

E acresce que, “ademais, diga-se que toda a operação referente à compra, venda, empréstimo, arrendamento, exportação e importação de minérios ou minerais nucleares, em geral, é da competência exclusiva da CNEN (...)”²⁹⁸.

Sem embargo, o art. 114 do Decreto 62934, que regulamenta o Código de Mineração, estabelece:

Art. 114. Compete ao D.N.P.M. à execução deste Regulamento, bem como a fiscalização das atividades concernentes à mineração, ao comércio e à industrialização das matérias, primas minerais.

§ 1º A execução e fiscalização referidas neste artigo não abrangem as jazidas da Classe V, as quais se incluem na competência do Conselho Nacional do Petróleo (C.N.P.), na forma da legislação específica.

§ 2º Visando à perfeita coordenação entre todos os Órgãos que executam e (ou) fiscalizam a política de mineração, em território nacional, caberá à Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN) ao Conselho Nacional de Petróleo (CNP) e à Petróleo Brasileiro Sociedade Anônima (PETROBRÁS), manter o Departamento Nacional de Produção Mineral (D.N.P.M.), informado a respeito das áreas em que desenvolvam suas atividades, do mesmo modo, caberá ao D.N.P.M. solicitar parecer a cada um daqueles Órgãos quanto a possíveis interferências em áreas de interesse para suas atividades específicas.

A mesma lei, em seu art. 7º que realiza classificação de jazidas minerais, estatui em seu parágrafo 1º que “a classificação deste artigo não abrange as jazidas de águas subterrâneas, de petróleo, gases naturais e outros hidrocarbonetos fluídos, gases raros e de substâncias minerais de uso na energia nuclear”, disposição que deve ser combinada com o parágrafo 2º seguinte: “tratando-se de substância mineral de destinação múltipla, sua classificação resultará da aplicação predominante, que terá em vista a quantidade ou o seu valor econômico”.

Ainda perseguindo o sistema da lavra e exploração dos minérios nucleares, sendo certo que a CNEN não o pratica diretamente, é de se observar que por meio da Lei 5740, de 1º de dezembro de 1971, a CNEN foi autorizada a constituir uma

²⁹⁶ Id. Ibid.

²⁹⁷ Id. Ibid.

²⁹⁸ Id. Ibid.

Sociedade por Ações, denominada então Companhia Brasileira de Tecnologia Nuclear – CBTN. Esta S/A, por meio da Lei 6189, de 16 de dezembro de 1974 teve sua denominação modificada para Empresas Nucleares Brasileiras Sociedade Anônima – NUCLEBRÁS. Posteriormente, por virtude do Decreto-lei 2464 de 31 de agosto de 1988, a NUCLEBRÁS teve mais uma vez sua denominação alterada para Indústrias Nucleares do Brasil S/A – INB, tendo a União Federal transferido para a CNEN a integralidade de suas ações representativas do capital da antiga NUCLEBRÁS, agora INB.

A INB, por sua vez, atua na “cadeia produtiva do urânio, da mineração à fabricação do combustível que gera energia elétrica nas usinas nucleares”²⁹⁹.

Veja-se que a nossa legislação determina que haja o licenciamento por parte da CNEN, no que concerne aos aspectos nucleares, como também junto ao IBAMA (Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis), inclusive de acordo com o art. 10 da Lei 6938 de 31 de agosto de 1981.

Com efeito, a partir da década de 70 do século XX, época na qual se iniciou o processo de licenciamento das instalações da INB, pode-se traçar três etapas diversas quanto às competências para licenciamento. Entre 1974 e 1981 o licenciamento era de competência da CNEN e pelo órgão estadual de meio ambiente (art. 7º da Lei 6874/74). No período que mediou entre 1981 e 1989, o licenciamento era de competência exclusiva da CNEN. A partir de 1989, o IBAMA passa a realizar o licenciamento ambiental, mantendo a CNEN a competência para o licenciamento nuclear.

Quanto ao licenciamento ambiental, conforme assevera Marian Klein Trompowsky Heck,

(...) o licenciamento ambiental nada mais é do que um instrumento de “controle prévio”, através do qual o Poder Público avalia as conseqüências que determinado empreendimento ou atividade poderá acarretar para o meio ambiente, sendo autorizada, ou não, a sua implementação³⁰⁰.

De acordo com a Resolução CONAMA 237 de 1997, em seu art. 4º,

Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, órgão executor do SISNAMA, o licenciamento ambiental a que se refere o art. 10 da Lei n. 6938 de agosto de 1981, de empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental no âmbito nacional ou regional, a

²⁹⁹ Disponível em: www.inb.gov.br. Acesso em: 2008 - 2009.

³⁰⁰ KLEIN TROMPOWSKY HECK, Mariana; VALOIS, Paulo. O Licenciamento Ambiental e as Atividades de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural. In: **Temas de Direito do Petróleo e do Gás Natural**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. v. II.

saber: (...) IV – destinados a pesquisar, lavrar, produzir, beneficiar, transportar, armazenar e dispor material radioativo em qualquer estágio, ou que utilizem energia nuclear em qualquer de suas formas e aplicações, mediante parecer da Comissão Nacional de Energia Nuclear – CNEN.

Assim é que a instalação de lavra para exploração de minérios nucleares depende também de um licenciamento ambiental, a cargo do IBAMA, mas que se dá mediante parecer da CNEN.

Ao que parece, em tais casos, a CNEN terá atuação em dois momentos. Um no licenciamento do IBAMA, ocasião na qual a Comissão emitirá parecer e um segundo quando for realizar o licenciamento nuclear em si.

Não é demais ressaltar que, na estrutura do IBAMA, encontra-se o ELPN: Escritório de Licenciamento das Atividades de Petróleo e Nuclear.

O principal documento legal de âmbito federal, que dispõe sobre o processo de licenciamento ambiental é o Decreto No. 99.274, de 06 de junho de 1990. Os procedimentos relativos ao licenciamento ambiental compreendem a concessão das seguintes licenças:

- Licença Prévia (LP) – concedida na fase preliminar do planejamento da atividade, aprovando a sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação;

- Licença de Instalação (LI) – autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante;

- Licença de Operação (LO) – autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação.

O Artigo 10, da Resolução CONAMA 237/97, visando esclarecer o processo de licenciamento ambiental, estabeleceu um roteiro mínimo a ser observado nestes processos, a saber:

- Definição pelo órgão ambiental competente, com a participação do empreendedor, dos documentos, projetos e estudos ambientais necessários ao início do processo de licenciamento correspondente à licença a ser requerida;

- Requerimento da licença ambiental pelo empreendedor, acompanhado dos documentos, projetos e estudos ambientais pertinentes, dando-se a devida publicidade;

- Análise pelo órgão ambiental competente, integrante do SISNAMA, dos documentos, projetos e estudos ambientais apresentados e a realização de vistorias técnicas, quando necessárias;

- Solicitação de esclarecimentos e complementações pelo órgão ambiental competente, integrante do SISNAMA, uma única vez, em decorrência da análise dos documentos, projetos e estudos ambientais apresentados, quando couber, podendo haver a reiteração da mesma solicitação caso os esclarecimentos e complementações não tenham sido satisfatórios;

- Audiência pública, quando couber, de acordo com a regulamentação pertinente;

- Solicitação de esclarecimentos e complementações pelo órgão ambiental competente, decorrentes de audiências públicas, quando couber, podendo haver reiteração da solicitação quando os esclarecimentos e complementações não tenham sido satisfatórios;

- Emissão de parecer técnico conclusivo e, quando couber, parecer jurídico;

- Deferimento ou indeferimento do pedido de licença, dando-se a devida publicidade.

Adicionalmente, o § 1º do artigo 10 estabelece que no procedimento e no licenciamento ambiental deverão constar, obrigatoriamente, a certidão da Prefeitura Municipal, declarando que o local e o tipo de empreendimento ou atividade estão em conformidade com a legislação aplicável ao uso e ocupação do solo e, quando for o caso, as autorizações para supressão de vegetação e a outorga para o uso da água, emitidas pelos órgãos competentes.

Neste processo de licenciamento ambiental os principais documentos solicitados são os seguintes:

- Estudo de Impacto Ambiental – EIA e o respectivo Relatório de Impacto Ambiental – RIMA, elaborados conforme Termo de Referência Específico emitido pelo órgão ambiental.

- Projeto Executivo da Instalação;

- Plano Básico Ambiental, contendo o detalhamento de todos os programas ambientais exigidos.

Já quanto ao licenciamento nuclear, a Comissão Nacional de Energia Nuclear – CNEN – produziu normativa acerca do licenciamento para minas e usinas de beneficiamento de minérios de urânio e ou tório.

De primeiro, é de se observar que, de acordo com o item 1.2.2. da referida normativa, “o processo estabelecido nesta Norma não se aplica às fases de reconhecimento geológico, prospecção e pesquisa mineral”.

Para além, o procedimento engloba uma série de licenças e autorizações a serem expedidas por parte da CNEN, a saber: a) aprovação do local (para abertura de lavra da mina e ou construção da usina); b) licença de construção (total ou parcial); c) autorização para utilização de material nuclear; d) autorização para operação inicial; e) autorização para operação permanente.

Concernentemente à autorização para operação da mina ou da usina de acordo com a normativa, “deve ser requerida em duas etapas complementares, a primeira relativa à operação inicial com prazo de validade estabelecido pela CNEN, e a segunda relativa à entrada em operação em caráter permanente”. (itens 8.1.1 e ss.).

De se ver ainda que a norma ora comentada faz referência, em complementariedade, à Norma CNEN-NE-1.04 – Licenciamento de Instalações Nucleares, de julho de 1991, define que as atividades relacionadas à localização, construção e operação de instalações nucleares.

5.3 Princípios analisáveis

Diante da inevitável imbricação dos temas tratados em relação à questão nuclear, passa-se a analisar os princípios mais relevantes para esta.

5.3.1 Princípio da soberania permanente sobre os recursos minerais

Dentre os cortes principiologicos que interessam aqui, deve ser citado o princípio da soberania permanente sobre os recursos minerais, entre outros. De acordo com Adriano Drummond Cançado Trindade³⁰¹

(...) em voga nas décadas de 1950 e 1960, o princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais representava uma forma de ruptura dos países em desenvolvimento com o bloco de países desenvolvidos, formado por antigas metrópoles coloniais e vistas historicamente como exploradoras de recursos naturais de suas colônias sem que os conseqüentes benefícios fossem revertidos para as populações locais.

É o mesmo autor quem relembra que³⁰² o

(...) foro para a construção do citado princípio foi a Assembléia Geral das Nações Unidas, em que os países em desenvolvimento detinham a maioria de votos, o que possibilitava que se manifestassem mediante a aprovação de resoluções. Assim é que, em 1952, foram aprovadas as Resoluções n.ºs 523 e 626, que reconheciam o direito dos Estados de explorar livremente seus recursos naturais para atingir sua independência econômica, como manifestação do princípio da autodeterminação dos povos, inserido naquele contexto histórico de pós-guerra e descolonização.

De início, ainda de acordo com o autor³⁰³

(...) as Resoluções centravam-se apenas no direito de explorar livremente os recursos, sem tratar da soberania propriamente dita. Ainda assim, propugnavam ser esse um direito dos povos, demonstrando que o aproveitamento dos recursos naturais deveria ser realizado em benefício dos povos, e não dos Estados.

No entanto³⁰⁴, a “evolução desse conceito apresentou uma nova dimensão, na medida em que deixou de ser um direito de livremente explorar os recursos naturais para ser tratado em um patamar mais elevado, como manifestação da soberania”.

Relevante é ressaltar³⁰⁵ que:

(...) essa soberania sobre os recursos naturais veio a se transferir, gradativamente, dos povos para os Estados. A Resolução n. 1.803 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 1962, foi um marco ao consagrar o princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais, a ser exercido para o desenvolvimento nacional e para o bem-estar dos povos do Estado em questão. Além disso, ao qualificar a soberania como permanente, a Resolução demonstrou ser tal soberania inalienável e inescusável³⁰⁶.

Esta resolução – 1803/62 – influenciou grandemente as legislações modernas acerca dos recursos minerais. Conforme relembra Alfredo Ruy Barbosa,

(...) essa resolução é a pedra angular da ‘Declaração sobre o Estabelecimento de uma Nova Ordem Econômica Internacional’, e da ‘Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados’, adotadas pela Assembléia Geral da ONU em 1974³⁰⁷.

Atualmente, entre nós, com destaque para os minerais nucleares e derivados, tal princípio possui ninho constitucional – o que, aliás, já foi mencionado, no art. 176

³⁰¹ DRUMMOND CANÇADO TRINIDADE, Adriano; SOUZA, Marcelo Gomes de. Op. cit.

³⁰² Id. Ibid.

³⁰³ Id. Ibid.

³⁰⁴ Id. Ibid.

³⁰⁵ Id. Ibid.

³⁰⁶ Id. Ibid.

³⁰⁷ RUY BARBOSA, Alfredo. Breve Panorama da Legislação Minerária. In: **Revista de Direito Administrativo**, n. 197.

parágrafo 1º, na redação dada pela Emenda Constitucional 49 de 2006, ao mencionar que “a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização, etc.”, no que tange aos minérios nucleares.

5.3.2 Princípio da dualidade da propriedade

De acordo com o nosso sistema, a propriedade do solo e do subsolo são coisas distintas, como se pode perceber da leitura, por exemplo, do art. 20, inciso IX da nossa Carta, bem como do mesmo diploma magno, do art. 176. Nem sempre, no entanto, foi assim entre nós, visto que até da Carta de 1934, tínhamos como em vigor o princípio da acessão, mediante o qual os recursos minerais do subsolo eram considerados acessórios solo, acompanhando-o no que concerne a propriedade³⁰⁸.

Em tal aspecto, aliás, a Constituição de 1988 significou um avanço, eis que

(...) não só o princípio da dualidade foi empregado, mas também foi atribuída a propriedade dos recursos minerais à União. Essa inovação representou o fim de um debate, pois até então o ordenamento jurídico nacional previa que a propriedade dos recursos minerais era independente da propriedade do solo. Contudo, o ordenamento não atribuía à propriedade dos recursos minerais a nenhum ente, dando margem a interpretações de que os recursos minerais estariam inseridos na categoria de res nullius. O atual texto constitucional deixa claro que a propriedade dos recursos minerais é da União e que essa mesma propriedade independe da efetiva exploração, ao reportar-se a “jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais”.³⁰⁹

Por outro lado, é Luciana Rangel Nogueira³¹⁰ quem esclarece que:

(...) o sistema de autorização e concessão, entendido a grosso modo como aquele que estabelece o domínio da União sobre os recursos minerais, para que sejam explorados em diversos regimes, atado ao princípio da dualidade do domínio, foi mantido até os dias de hoje, porém, atravessando dois momentos distintos. Primeiramente, no texto constitucional de 1946 com o direito de preferência do proprietário do solo; finalmente substituído em 1967 pelo direito de prioridade e pelo direito de participação nos resultados da lavra, repetidos na atual Constituição Federal de 1988.

5.3.3 Princípio da prioridade

³⁰⁸ Na realidade, o histórico evolutivo do sistema de propriedade do subsolo no Brasil é mais complexo, passando pelos sistemas “regaliano, dominial, fundiário ou de acessão e o atual sistema de concessão”. Para aprofundamentos, ver Id. Ibid.

³⁰⁹ Id. Ibid. O autor ainda assinala, com propriedade, que “não é demais observar, por fim, que a dualidade diz respeito à propriedade do solo e dos recursos minerais, e não ao binômio solo subsolo. É o que se infere da interpretação tanto do artigo 20, inciso IX, como do caput do artigo 176, ambos da Constituição Federal. Portanto, mesmo naquelas situações em que recursos minerais afloram à superfície, esses recursos constituirão propriedade distinta do solo e estarão sujeitos ao regime do Direito Minerário”.

³¹⁰ RANGEL NOGUEIRA, Luciana. Op. cit.

Possui previsão normativa expressa no artigo 11 alínea “a” do Código de Minas, com direcionamento expresso aos regimes de autorização, licenciamento e concessão. Como assevera a doutrina³¹¹,

(...) o acesso à exploração mineral, por intermédio da obtenção de direitos minerários, pode ser promovido de diferentes formas pelo Estado. Admitem-se mecanismos negociados, donde provêm os contratos de concessão, contratos de trabalho ou simplesmente contratos de desenvolvimento mineral; assim como mecanismos não-negociados, que decorrem de requerimentos feitos por interessados à Administração Pública.

Ainda se remarca que

(...) o traço distintivo desses mecanismos é a idéia de estimular o risco da pesquisa e da lavra mineral em um ambiente de disponibilidade reduzida de informações geológicas. Ao se adotar o regime do “primeiro no tempo”, ou seja, aquele que primeiro requer os direitos de exploração mineral sobre uma determinada área, o Estado visa a incentivar novas pesquisas e novas descobertas minerais, sobretudo quando o ordenamento jurídico prevê pouca ou nenhuma condição a ser previamente atendida pelo interessado³¹².

O princípio ora estudado estabelece como diretriz o parâmetro segundo o qual aquele que primeiro requerer à Administração Pública direitos de natureza mineraria sobre uma área poderá recebê-los, dês que “seu requerimento esteja corretamente instruído e a respectiva área não esteja vinculada a outros direitos anteriormente obtidos e em vigência”³¹³. Convém assinalar que não é a prioridade

(...) um mero instrumento de organização da burocracia administrativa. Ao contrário, é a partir do princípio da prioridade que se estabelece toda uma estrutura de outorga e acesso aos direitos minerários, com objetivos pré-determinados e traçados no âmbito de uma política própria³¹⁴.

De outra parte, esta **prioridade**, no que tange ao requerente-interessado, resguarda suas pretensões no que concerne a não ser deixado de lado em face de interessado que tenha apresentado requerimento posteriormente – mas não se trata de um sistema automático de concessão de lavra. Em outras palavras, o requerimento garante a precedência ao interessado, desde que ele atenda a todos os requisitos previstos na legislação regulamentar.

Esse mesmo princípio, por outro lado, de certa forma, tem tido sua aplicação mitigada em prol do interesse do desenvolvimento da mineração no país.

Explicamo-nos: com relação às áreas em que já tenha havido atividade de exploração – e em relação a qual o direito minerário anterior foi declarado caduco pela Administração ou foi renunciado pelo interessado:

(...) a Administração Pública institui um procedimento semelhante a uma licitação – denominado disponibilidade – para que os interessados se habilitem a obter novos

³¹¹ DRUMMOND CANÇADO TRINIDADE, Adriano; SOUZA, Marcelo Gomes de (coord.). Op. cit.

³¹² Id. Ibid.

³¹³ Id. Ibid.

³¹⁴ Id. Ibid.

direitos minerários sobre a mesma área outrora coberta pelos direitos minerários extintos. A Administração Pública, então, apreciará as propostas apresentadas no curso de um período não pela sua precedência, mas sim levando em conta o mérito das propostas ³¹⁵.

5.3.4 Princípio da compatibilidade ambiental

Sem muito esforço pode-se constatar que o impacto ambiental é fenômeno inerente à atividade minerária. Assim é que àqueles que a exercem cabe o ônus de reparar e compensar os impactos ambientais negativos provocados pela respectiva atividade. Aduz-se que:

(...) o princípio da compatibilidade ambiental vem reunir uma gama de princípios de Direito Ambiental e direcioná-los especificamente à atividade de exploração mineral, o que lhe conferirá traços distintivos de uma disciplina própria. Assim é que, na definição da compatibilidade ambiental, haverá influxos do princípio da precaução, revelado pela antecipação de ações e medidas diante de um potencial risco ambiental, ainda que incerto; do princípio da prevenção, direcionado à adoção de ações e medidas que evitem a consumação do dano ambiental; e do princípio da reparação, que define responsabilidades e indenizações em decorrência de danos ambientais ³¹⁶.

O princípio da compatibilidade ambiental tem crescido em força e importância nas últimas décadas, em virtude da maior conscientização em relação ao meio ambiente e, ainda, por decorrência do fortalecimento institucional de entidades que o protegem, tais como o próprio IBAMA, bem como em virtude da atuação preventiva da Advocacia Geral da União e ainda das ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público, em especial, o Federal. Com isto, nas ocasiões em que a atividade minerária se tornar impossível com o meio ambiente, ela restará vedada. Cite-se, como exemplo, a exploração mineral no interior de reserva extrativista.

Nas demais situações, ou seja, naquelas em que houver possibilidade de compatibilização entre defesa do meio ambiente e a atividade minerária, será necessária a efetuação de estudos de impacto ambiental, tal como ocorre nas demais atividades que são naturalmente prejudiciais ao meio ambiente, bem como, em virtude de determinação constitucional, a obrigação de recuperação do meio ambiente degradado (art. 225, parágrafo 2º, da Carta da República).

³¹⁵Id. Ibid.

³¹⁶Id. Ibid. O autor ainda aduz que “não se trata da incidência, pura e simples, dos princípios de Direito Ambiental, uma vez que a natureza da atividade mineral deverá ser considerada, mormente quando traz em si implícito o impacto ambiental. E como tal atividade está imbuída pelo interesse nacional, é desejável o estabelecimento de contornos jurídicos próprios para que se possa compatibilizar o impacto causado pela mineração com a proteção ambiental, que por sua vez também reveste o interesse da coletividade”.

6 AS ATIVIDADES NUCLEARES ENTRE O SERVIÇO PÚBLICO E A ATIVIDADE ECONÔMICA

O que se passa a empreender neste capítulo é a aplicação das lições acerca da distinção entre serviço público e atividade econômica no que concerne à questão nuclear. Daí a importância do histórico do tratamento da questão nuclear entre nós, conforme realizado na primeira parte do trabalho.

A discussão acerca da natureza de serviço público ou não no âmbito do ciclo nuclear é fundamental, a nosso ver, tendo em vista, principalmente o art. 174 da Constituição. Veja-se, que, ao tratar da regulação da ordem econômica, tal preceito estabelecer que:

(...) 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.** (grifo nosso)

Ainda que

(...) se afirme que não podemos torcer a realidade a ponto de sustentar que os serviços públicos não sejam atividades econômicas, é fato que os serviços públicos são atividades econômicas qualificadas como tal, qualificação esta que visa a permitir a prestação direta pelo Estado **ou uma forte regulação e ingerência estatal na atividade**³¹⁷.

O mesmo autor expende lição no sentido de que

(...) o que mais importa não é a natureza privada ou pública das concessões de exploração de atividades econômicas monopolizadas pelo estado, mas sim os poderes concretamente conferidos pelo ordenamento jurídico a Administração Pública³¹⁸.

Mas, para que se justifique a quantidade e qualidade do poder conferido, na linha ora defendida, é necessário que o ciclo nuclear seja qualificado como serviço público. Tal natureza, frise-se, não é estranha ao tema, se bem lembrado o passado que serviu de inspiração para o texto constitucional e uma interpretação consentânea do mesmo.

6.1 Serviço público e atividade econômica: utilidade da distinção

Postas as premissas anteriores, não se pode pretender estudar o regime - o marco regulatório - da matriz eletronuclear no Brasil sem passar obrigatoriamente

³¹⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Concessões e Autorizações Petrolíferas e o Poder Normativo da ANP. In: **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. v. IX (Direito das Concessões).

³¹⁹ Id. Ibid.

pela discussão do tema "serviço público"³¹⁹ versus atividade econômica. Com efeito, como assevera Aragão “ao contrário do que ocorre em outros direitos positivos, a nossa Constituição estabelece uma nítida distinção entre serviço público e atividade econômica”³²⁰.

Autores há, no entanto, que defendem uma linha de pensamento segundo a qual é, na prática, inútil a distinção entre serviço público e atividade econômica, ao menos no setor energético. Com efeito, comentando o marco legal do setor elétrico no Brasil, Luis Gustavo Kaercher aduz que a busca desta distinção equivale a procurar “opacas diferenças dentro do interesse público”, acarretando, outrossim, um grau indesejável de insegurança jurídica e que hoje “qualquer atuação econômica estatal há de atender a interesses públicos”. E, para provar sua tese, aponta a letra da própria Constituição que ao mesmo tempo afirma que o gás é um serviço público (art. 25, parágrafo 2º) e atividade econômica monopolizada pelo estado (art. 177)³²¹.

A linha desenvolvida por este trabalho prefere continuar talhando a diferença entre atividade econômica em sentido estrito e serviço público. Não se nega que toda atividade econômica deve atender a um determinado interesse público. Mas o grau de atendimento certamente variará tratando-se de atividade econômica em sentido estrito e serviço público. E se o grau de atendimento variará, certamente, a regulamentação, por conseguinte, também.

6.2 Serviço público – necessária definição – a busca do regime jurídico – introdução aos critérios

E definir um instituto tem como finalidade precípua encontrar o seu regime jurídico – assim entendido o conjunto de regras a regê-lo.

³¹⁹ ARGÃO, Alexandre Santos de. O Conceito de Serviços Públicos no Direito Constitucional. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, n. 61, 2006. A dificuldade de estabelecimento de parâmetros no tema é enorme, como bem alerta Alexandre Aragão citando CHENOT que, por sua vez, advertia que “serviço público é o exemplo mais claro de uma dessas noções ditas fundamentais cujo conteúdo só pode ser precisado em breves períodos de tempo e cujos contornos logo começam a se quebrar com as contradições das leis e das decisões jurisprudenciais. A história do serviço público demonstrou que o único sentido do termo é o que a ele foi dado pelas fantasias titubeantes do legislador e pelos esforços pragmáticos do juiz”. O texto, modificado e ampliado também pode ser encontrado na obra *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, com destaque para as pp. 119 e ss.

³²⁰ Id. *Ibid.*, loc. cit.

³²¹ LOUREIRO, Luis Gustavo Kaercher. Op. cit.

Relembre-se, em tempo, que o objetivo aqui não é realizar um estudo autônomo sobre a dicotomia serviço público versus atividade econômica, mas tão somente tratar do tema de forma a instrumentalizar o tema central da tese.

Sabe-se, e sabe-se bem, que o tema serviço público é tormentoso e rios de tinta já restaram escritos acerca dele. Isto se deve não somente às distensões entre os autores, mas em virtude de que a conceituação do serviço público – e da atividade econômica – é equívoca e se altera de acordo com as transformações de cada país. É nesse sentido, exatamente a lição, dentre outros, de Mônica Spezia Justen³²²:

Sempre que se fala em transformação do Estado, é forçoso observar que ela processa-se em três dimensões principais: econômica, social e política. Ao final do século XIX, o cenário econômico retratava uma falência no modelo liberal de *laissez-faire*, caracterizado pela ausência do Estado na economia ou pela restrita, e sempre criticada, intervenção estatal. Porém, os avanços provocados pela progressiva industrialização, ainda que mais lenta na França, revelaram a inadequação do modelo de Estado existente, impulsionando sua transformação.

Mais adiante na mesma obra a mesma autora³²³, a guisa de conclusão, reafirma tais assertivas, afirmando que “o conceito de serviço público toca todo o conteúdo do direito público francês”. E esta influência da herança francesa é palpante ainda entre os autores nacionais³²⁴. Alexandre Aragão, por exemplo, neste sentido, aponta uma “questão genética” herdada da matriz francesa da escola dos serviços públicos ao afirmar que o conceito de serviço público, historicamente, tende a se alargar, “tendo em vista a sua matriz francesa que, via de regra, equiparava os serviços públicos a toda atividade estatal”³²⁵. Resultado deste fenômeno é que:

(...) grande parte dos conceitos existentes na doutrina dos serviços públicos abrange, com maior ou menor amplitude, atividades estatais que, se possuem a mesma base axiológica ou teleológica - a bem-estar da coletividade -, têm regimes jurídicos com pouco ou nada em comum (atividades indelegáveis/atividades delegáveis à iniciativa privada; financiadas por impostos/por tarifas e taxas; exploráveis comercialmente/gratuitamente; exclusivas do Estado/compartilhadas com a iniciativa privada; de uso obrigatório/facultativo; manifestações do *ius imperii* estatal ou não; atividades administrativas, legislativas e jurisdicionais etc.).

Verifica-se aqui já a preocupação do autor com a identificação do regime jurídico como instrumento de classificação dos serviços públicos.

Ainda Alexandre Aragão³²⁶ em trecho ulterior da mesma obra, expõe colocar a questão da classificação das atividades (serviço público e atividade econômica) sobre o tema do **regime jurídico** adotado. O referido autor enfatiza, como critério

³²² JUSTEN, Mônica Spezia. *A Noção de Serviço Público no Direito Europeu*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 19 e ss.

³²³ Id. *Ibid.*, p. 55 e ss.

³²⁴ É importante aqui ter em mente as considerações expendidas por Odete Medauar (MEDAUAR, Odete, Serviço Público, In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 1992. v. 189) onde a autora menciona esta evolução, de forma bastante detalhada.

³²⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.*

³²⁶ Id. *Ibid.*

definidor do serviço público um critério formal, já mencionado, qual seja o do serviço público. E o faz realizando para este uma superação em relação ao critério dos “fundamentos das relações jurídicas”. Para ele, tais fundamentos seriam o “bem comum ou a satisfação das necessidades dos cidadãos”. Tais fundamentos não seriam, repise-se, para este autor, o critério determinante, sendo considerados em detrimento do critério do regime jurídico. No entanto, reconhece que não há uma identidade de regimes jurídicos, mas sim uma semelhança, com elementos coincidentes suficientes para que se possam colocar as respectivas atividades “sob o mesmo conceito geral”³²⁷.

Mas este não é o único critério. Há outra linha de pensamento segundo a qual a distinção entre serviço público e a atividade econômica em sentido estrito prestada pelo estado reside exatamente nos aspectos **desprezados** pela corrente anteriormente citada. É Eros Grau, por exemplo, quem afirma que os serviços públicos visam atender à “realização e ao desenvolvimento da coesão e interdependência social, ao passo que as atividades econômicas prestadas pelo estado atenderiam a questões estratégicas e de interesse coletivo”³²⁸.

6.3 Análise retrospectiva

Com o objetivo de se chegar a uma ulterior etapa conclusiva no que diz respeito ao uma das finalidades deste trabalho – avaliar a natureza de serviço público das atividades do ciclo da energia nuclear é necessário realizar-se uma análise retrospectiva sobre o desenvolvimento do conceito do que vem a ser **serviço público**.

6.3.1 O início dos estudos sobre serviço público

³²⁷ Como bem remarca Cirne Lima (CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 201 e ss.), “o conceito de serviço público, durante algum tempo foi fundamental na evolução do Direito Administrativo francês”.

³²⁸ GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 93.

Assim, cumpre relembrar que defendia, originalmente, Diguit³²⁹, que, em seu sentido material, o serviço público não poderia ser entendido senão o que, em determinadas circunstâncias de lugar, de tempo, sociais, enfim, fosse realmente necessário para uma comunidade – cuidava, portanto de um conceito que era anterior ao conceito do próprio Estado. Em suas palavras serviço público era:

(...) toda a atividade cujo desempenho deva ser assegurado, regido e controlado pelos governantes como indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social não podendo, por sua natureza, ser integralmente cumprida senão com a intervenção da força governante.

Para Diguit, Estado constituir-se-ia, apenas, em uma “cooperação de serviços públicos” assim organizados e assim controlados pelos governantes. Pode-se mesmo afirmar que aproximadamente, o Direito Administrativo era o próprio direito dos serviços públicos.

Trata-se de uma noção de serviço público carregada de um sentido sociológico.

Aliás, esta origem **diguitiana** da noção de serviço público, tão carregada de elementos de natureza sociológica lança seus ecos até a atualidade. Até hoje se verifica uma ambiguidade nesta conceituação

Como se poderá observar, na passagem de Diguit para Jèze, a grande diferença foi que este, mais ligado ao positivismo, concedeu menos importância ao aspecto sociológico, tão determinante em Diguit.

Assim é que Gaston Jèze, tido como sucessor de Duguit na chamada “escola do serviço público ou escola de Bordeaux” tem sido reconhecido, senão como o primeiro idealizador, talvez o pioneiro de um tratamento sistemático do tema do serviço público. Para ele, “existem necessidades de interesse geral que somente a Administração, com exclusão de quaisquer particulares, pode fazer: justiça, polícia, comunicações telegráficas e telefônicas, transporte da correspondência etc.”. Outras podem ser prestadas concorrentemente com particulares, como o “ensino, transporte de encomendas postais”³³⁰.

A identificação do que deveria ser considerado como serviço público, em Jèze, na ótica do direito, partia da premissa da diferenciação entre o que chamava de

³²⁹ DUGUIT, Léon. **Traite de Droit Constitutionnel**. 2. ed. Paris: Ancienne Librairie E. de Boccard Editrice, 1923. v. 2, p. 59.

³³⁰ JÈZE, Gaston. **Principios Generales del Derecho Administrativo**. Buenos Aires : Editorial DEPALMA, 1949. v. IV, p. 3.

“procedimento de direito privado e procedimento de direito público”³³¹. Quanto a este último, consignava que “a idéia de serviço público era ligada a noção de um procedimento de direito público” que significava que os agentes públicos, para que pudessem dar cabo da missão incumbida deveriam aplicar os “procedimentos de direito público”, que consistiria em um “regime jurídico especial”³³².

Importante realçar que, ainda em Jèze, cada geração tinha o direito de adequar os serviços públicos as suas necessidades e ideais³³³. O autor ainda, na dimensão teórica em que trabalhou, realizava distinção entre serviço público e o que denominava de “mera gestão administrativa”, sendo que apenas no primeiro caso é que poderia o estado utilizar-se de regras especiais^{334 e 335}. Jèze também cuidou da hipótese de se investigar a real natureza de uma atividade e, para ele, “somente é cabível se falar em serviço público quando as autoridades de um país, em determinada época, decidem satisfazer as necessidade de interesse geral mediante o procedimento do serviço público”³³⁶. Isto, sem prejuízo, como já referido de o autor reconhecer já a priori algumas atividades como serviço público.

Como visto, Jèze entendia que saber se uma atividade era ou não serviço público consistia em saber, previamente, a vontade dos governantes. Mas, por evidente, nem sempre esta vontade se manifesta de forma clara³³⁷.

Outra constante na obra do jurista – constatação útil à proposta defendida neste trabalho – é a assertiva de que a criação de um serviço público e a consequente aplicação de um regime de direito público tem natureza limitatória de determinadas liberdades individuais. E, por isso, a criação de um serviço público deveria se dar por

³³¹ Isto porque, como bem assevera Mônica Justen (Op. cit., p. 43 e ss.): Para JEZE, “a concepção objetiva de serviço publico, elaborada pelo seu predecessor, era vaga demais, abstrata demais, e necessitava uma definição jurídica mais precisa. Em face disso, propôs que o tema fosse revisto sob uma concepção subjetiva. Segundo essa ótica, poder-se-ia reconhecer na vontade do legislador ou do governante a intenção de eleger uma determinada necessidade de interesse geral a categoria de serviço público”. Esse pensamento pode ser sintetizado pelas próprias palavras do autor: “Fala-se única e exclusivamente de serviços públicos quando as autoridades de um país, em determinada época, decidem satisfazer as necessidades de interesse geral mediante o procedimento de serviço publico.” Com a preocupação de reconhecer um serviço publico, sem que pairassem duvidas sobre sua natureza, JÈZE manifestou-se firmemente no sentido de se averiguar a “intenção dos governantes”.

³³² JÈZE, Gaston. Op. cit., p. 4.

³³³ Id. Ibid., p. 8.

³³⁴ Id. Ibid., p. 11.

³³⁵ Isto porque, como bem assevera Mônica Justen (JUSTEN, Mônica. **A Noção de Serviço Público no Direito Europeu**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 43 e ss.): “Destaque-se ademais, que em JEZE a denominação “serviço público” implicava um regime jurídico derogatório do direito privado. Essa linha de pensamento pode ser confirmada pela seguinte passagem: “Seria desejável que a expressão serviço público se reservasse para os casos em que, para satisfazer determinada necessidade de interesse geral, os agentes públicos pudessem recorrer aos procedimentos de direito publico, a regras que estão fora do direito privado”.

³³⁶ JÈZE, Gaston. Op. cit., p. 18.

³³⁷ Id. Ibid., p. 24 e ss..

ato legislativo ou pelo próprio Constituinte³³⁸. Aliás, a discussão acerca da possibilidade de uma lei ordinária instituir serviço público – ou se tal tarefa é reservada exclusivamente ao poder constituinte – ainda viceja no direito brasileiro.

Para além de Jèze, é necessário observar algumas lições expendidas por André de Laubadère. Para este autor³³⁹, “pode-se denominar de serviço público toda atividade pública que vise à satisfação de um interesse general”. A primeira vista, portanto, seu enunciado não difere do que já defendia Jèze. Interessante notar que Laubadère incluía entre as atividades que considerava serviço público a “defesa nacional, transporte ferroviário”, entre outras atividades. Mas, já alertava para a circunstância de que “nem todas as atividades assumidas pela Administração poderiam ser consideradas como serviço público”³⁴⁰. Para ele, as demais atividades – que não visassem ao atendimento de um interesse coletivo – eram prestadas pela administração, mas não poderiam ser consideradas serviço público³⁴¹. O atendimento a tais necessidades como elemento delimitador do serviço público é, com efeito uma constante em Laubadère³⁴², para quem o estado deve ser o juiz desta estratégia – criação ou não de um serviço público. E não negava a lição de Jèze, no sentido de que o “domínio do serviço público é contingencial, em essência, variando de acordo com a época”³⁴³.

Por oportuno, ainda deve-se salientar o raciocínio expendido por Jean Rivero. O autor, ao lançar-se à definição de serviço público, esclarece a existência das várias definições acerca do tema. Assim, segundo ele, “por serviço público, doutrina e jurisprudência querem se referir a duas realidades diversas”. Quanto ao sentido orgânico, “designa um conjunto de agentes e meios que uma pessoa jurídica afeta a certa tarefa”, como é o caso, por exemplo, do serviço telefônico. Já quanto ao sentido material, ou funcional, que seria o mais prestigiado à época, refere-se a “uma atividade de interesse geral que a administração entende por bem assumir”³⁴⁴. A estas duas acepções, ajunta uma terceira, que está ligada ao critério do regime jurídico, em outras palavras, “dizer que uma atividade é serviço público significa

³³⁸ Id. *Ibid.*, p. 102 e ss.

³³⁹ LAUBADÈRE, André de. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. Paris: LGDJ, 1971. v. 1. p. 40 e ss.

³⁴⁰ Id. *Ibid.*, loc. cit.

³⁴¹ Id. *Ibid.*, loc. cit.

³⁴² Id. *Ibid.*, p. 580-581. Aprofunda a questão do interesse geral, ao analisar o ponto de encontro entre este e a necessidade de sua satisfação, mencionando a linha doutrinária acerca das prestações enquanto realidade material que tende a suprir a referida necessidade de satisfação de interesse geral, apenas para afastar tal ideiação. Consultar referida obra.

³⁴³ Id. *Ibid.*, loc. cit.

³⁴⁴ RIVERO, Jean. *Droit Administratif*. Paris: Dalloz, 1977. p. 425.

dizer que ela é submetida ao regime de serviço público”³⁴⁵. Daí o autor reconhece, em seu tempo: o significado orgânico, um significado material e um terceiro, de natureza formal. Em seguida parte para traçar uma análise das relações entre as referidas vertentes. Ocorre que em estados de natureza liberal, encontra-se uma tendência de coincidência entre as três definições, quando então “as atividades de interesse geral são prestadas por órgãos públicos sob um regime derogatório do direito comum”. No entanto, a tendência já à sua época era a de que a coincidência entre as três dimensões apresentadas passaria a ser menos comum^{346 e 347}.

E passa a comentar as consequências desta dissociação. A lição é fundamental para o estudo do direito administrativo nos dias atuais, quando a tendência de dissociação entre as três dimensões do serviço público se mantém. Na verdade, mais que isso, é fundamental para o estudo do tema em estados que tendam a abraçar uma série de atividades e a regular tantas outras, pelos diversos meios. Isto porque, como ressalta, “resulta, em primeiro plano que a noção de serviço de interesse geral” pode fazer como que a noção de serviço público, “se não bem precisada acabe por abarcar a maior parte das atividades privadas”³⁴⁸. Seria, assim, de acordo com sua análise este “sentido muito amplo” de serviço público o que se chamara de “serviço público virtual” que significa que “toda atividade que tenha algum nexo com o interesse geral pode ser tida como serviço público caso a iniciativa privada falhe no seu desenvolvimento” – noção que recebe sua crítica em virtude de ser “puramente subjetiva e absolutamente arbitrária”, não se lhe podendo reconhecer “qualquer valor jurídico”. Bem por isso que a “equação entre regime jurídico de serviço público e direito administrativo jamais foi absolutamente exata; sendo, atualmente, francamente inexata.”³⁴⁹

³⁴⁵ Id. *Ibid.*, loc. cit.

³⁴⁶ Id. *Ibid.*, loc. cit.

³⁴⁷ A passagem também chamou atenção de Mônica Justen (Op. cit., p. 55 e ss.): “RIVERO realiza uma interessante síntese sobre o pensamento de alguns autores que se dedicaram a explicar o conteúdo do direito administrativo após um período de desprestígio do critério do serviço público. Trata-se de autores que foram buscar outro princípio capaz de agregar o direito administrativo nas indicações fornecidas pela jurisprudência. O autor cita, dentre as mais significativas, a noção de interesse geral, a noção de “puissance publique” adotada por VEDEL, além de uma tentativa de abandonar toda e qualquer tentativa de sistematizar o direito administrativo, até, finalmente, a construção doutrinária de CHAPUS. RIVERO indica, em primeiro lugar, a tentativa de definir o direito administrativo em torno da noção de interesse público, posição que foi adotada temporariamente por M. WALLINE. Essa tentativa revelou-se insuficiente, no entanto, porque o interesse público é um valor que comanda toda a atividade administrativa e não fornece, em si, um critério concreto e claro o bastante para caracterizar o direito administrativo”.

³⁴⁸ RIVERO, Jean. Op. cit., p. 425.

³⁴⁹ Id. *Ibid.*, p. 430.

Quanto ao que foi visto acima, cumpre deixar relembrada, fundamentalmente, a lição de Rivero, acerca das três dimensões do sentido da expressão serviço público, para sua rediscussão mais adiante.

6.3.2 Desenvolvimentos ulteriores acerca do serviço público

Há série de doutrinadores que, ao estudar a questão, já se depararam com as divergências abertas na própria escola de Bordeaux, e escalavradas pelos mais diversos administrativistas posteriores. O primeiro a ser citado é Miguel Marienhof³⁵⁰ que em seu **Tratado**, cuida do tema, já advertido que a “noção conceitual de serviço público é uma das mais adequadas para justificar o caráter de jus in fieri atribuído e reconhecido no Direito Administrativo”. Em seguida, deve-se ter em mente o raciocínio exposto por Rafael Bielsa³⁵¹, que também cuida do tema dos serviços públicos. No tratamento que confere ao tema, parte de um conceito – função pública – que, ao seu ver, possui característica abstrata e geral, para chegar ao conceito de serviço público, que seria “concreto e particular”. Assim, para ele,

(...) em princípio, a função pública é o abstrato e geral e o serviço público é o concreto e particular. Entre as funções do estado, são essenciais à defesa da soberania, a de assegurar a paz interior, a de promover o bem estar geral, etc. A função é conceito institucional. O serviço público atualiza e materializa a função.

Desta forma,

(...) as funções públicas são realizadas por agentes do Estado, mediante a ação de órgãos e autoridades que ordenam e executam, em suas respectivas esferas de competência. Toda autoridade realiza uma função de Estado e nesta função os agentes que representam o Estado são funcionários públicos³⁵².

O que já se pode sentir dos trechos comentados é que o autor não parte, diversamente da maioria, da discussão entre os critérios (objetivo, subjetivo e do regime jurídico) para a conceituação dos serviços públicos. Ao revés, inicia sua análise do tema tendo como termo inicial a distinção entre serviços públicos próprios e impróprios³⁵³, cujo marco delineador, como se verá, reside na “intensidade da necessidade” a ser atendida.

³⁵⁰ MARIENHOF, Miguel S. **Tratado de Derecho Administrativo**. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2006. t. II. Servicios Públicos. p. 18 e 19.

³⁵¹ BIELSA, Rafael. **Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Roque Editor, 1955. t. I, p. 475 e ss.

³⁵² Id. *Ibid.*, p. 475-477.

³⁵³ Id. *Ibid.*, loc. cit.

Como se verá em trechos adiante, o autor chega a identificar “serviço público” com “serviço público próprio”. Com efeito, afirma que “o conceito de serviço público praticamente se restringe ao conceito de serviço público próprio”³⁵⁴. Assim é que conceitua serviço público próprio como toda “ação ou prestação realizada pela Administração Pública ativa, direta ou indiretamente para a satisfação concreta de necessidades coletivas e assegurada tal ação ou prestação pelo poder de polícia”³⁵⁵. Assim em Bielsa, o poder de polícia é garantidor da efetividade da ação ou prestação estatal. Parece que esta relação, no entanto, não é de necessariedade absoluta, pois haverá, ou poderá haver serviço público sem que ocorra a presença do poder polícia, quando, por exemplo, tal serviço é prestado por um particular sob o regime de concessão.

O autor cuida também de elemento sempre sujeito a tormentosas discussões, que é o da satisfação da “necessidade coletiva”. Quanto a este tema, expõe que “uma necessidade coletiva é o que o serviço público deve satisfazer”³⁵⁶.

Traça uma distinção entre necessidade coletiva e necessidade geral, enquanto corte teórico relevante para o conceito, ao afirmar que “a necessidade coletiva não é necessidade geral”. Para ele, necessidade geral é aquela em que

(...) ainda que haja interesses positivos e negativos, predominam os positivos, por cuja razão o Estado toma primeiro a seu cargo a função e logo cria o serviço público, cuja regularidade e continuidade se assegura pelos meios próprios do poder público.

Assim, “quando uma função deve ser realizada necessariamente debaixo de um regime que assegure sua continuidade e generalidade e, se, além disso, ela também tem um caráter tal que em princípio deve ser realizada pelo Estado, o serviço público é próprio”³⁵⁷.

Neste passo, é enfático ao afirmar que “saber-se se trata-se de serviço público próprio ou serviço público impróprio depende da necessidade coletiva que o Estado valora”³⁵⁸, alertando para a circunstância segundo a qual “tal valoração pelo Estado não pode ser arbitrária nem contrária à Constituição, que protege certos direitos fundamentais que a lei não pode aniquilar”, eis que para o autor “é o grau de intensidade da necessidade pública, pois, o que determina a natureza administrativa do serviço”³⁵⁹.

³⁵⁴ Id. Ibid., p. 479 e ss.

³⁵⁵ Id. Ibid., loc. cit.

³⁵⁶ Id. Ibid., loc. cit.

³⁵⁷ Id. Ibid., loc. cit.

³⁵⁸ Id. Ibid., loc. cit.

³⁵⁹ Id. Ibid., loc. cit.

Os critérios que definem o serviço público, eleitos por Bielsa, contribuem para uma melhor compreensão do tema, muito embora se possa dizer que, afinal, acaba por optar por um método que possui elevado grau de subjetivismo, quando afirma que o enquadramento de uma atividade como serviço público próprio ou impróprio depende do que denomina grau de intensidade da necessidade pública.

Marcelo Caetano³⁶⁰ é autor de algumas passagens assaz esclarecedoras acerca do tema ora tratado. O autor coloca o tema do “serviço público”, encarando-o como um “modo de atividade administrativa” - e nisto aproxima-se de Jèze, para quem, como visto, o serviço público era uma técnica de atendimento de necessidades. Assim, a:

Administração assegura essa satisfação umas vezes agindo sobre as atividades dos particulares, quer para as disciplinar de modo a que do seu desenvolvimento não resultem males sociais (polícia), quer para as estimular, promover e apoiar em tudo quanto seja iniciativa útil para a coletividade (fomento). Outras vezes, porém, a Administração ocupa-se ela própria da satisfação das necessidades coletivas, balizando o que for necessário para as suprir, com exclusão atividades particulares ou em concorrência com elas, neste caso a título subsidiário ou supletivo³⁶¹.

Ressalte-se que em Marcelo Caetano a preocupação com o estudo do que vêm a serem estas “necessidades coletivas” é, talvez, senão original, mais profunda e mais bem aquilatada que em outros autores. Para o autor, algumas dessas necessidades coletivas essenciais são coletivas propriamente, e não uma mera somatória das necessidades individuais. Tais seriam, por exemplo, diplomacia, defesa nacional, entre outras. Isto significa que a realização de atividades referentes a tais necessidades não tem como fim a prestação de bem ou serviço individualmente aos cidadãos. Outras necessidades – também coletivas e essenciais – estas sim resultam da soma de necessidades individuais, como é o caso da comunicação ou da previdência social. Quanto a estas, sim, a prestação resulta na entrega de bem ou serviço de forma individualizada “são os serviços públicos”³⁶². Daí que o autor passa a conceituar como serviço público o modo de atuação da autoridade com a finalidade de, regular e continuamente, prestar aos que necessitem da satisfação coletiva “individualmente sentida”.

Portanto, em Caetano, “as atividades administrativas” não se confundem com os “serviços públicos”, já que este é “fundamentalmente destinado à prestação de utilidades concretas aos indivíduos”³⁶³.

³⁶⁰ CAETANO, Marcelo. **Manual de Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2001. v. II. p. 1064 e ss.

³⁶¹ Id. Ibid. loc. cit.

³⁶² Id. Ibid., p. 1066.

³⁶³ Id. Ibid., p. 1064.

E, como a maioria dos autores, não deixa de se prender a um conceito, ou ao menos um pressuposto para a caracterização de serviço público, que é o “atendimento de uma necessidade coletiva”. Tal constatação resulta óbvia, aliás, quando se observa o seguinte trecho do autor, que afirma que a atividade tida como serviço público

(...) existe porque se tornou indispensável assegurar no seio da coletividade a regularidade e a continuidade dessas prestações, de maneira tal que cada um saiba poder contar com elas na ocasião oportuna. Por essa razão as entidades Públicas criam organizações permanentes que em primeiro lugar devem buscar o interesse geral³⁶⁴.

Mário Masagão tem uma grande importância no desenvolvimento da questão referente à noção de serviço público, principalmente quando se tenta, até certo ponto, traçar um quadro mais amplo das discussões, uma vez que o autor traça comentários acerca do posicionamento de vários doutrinadores quanto a questão dos serviços públicos. O autor lança severas críticas à construção de Duguit, ao enfaticamente afirmar que:

(...) sustentava DUGUIT que o Estado não é pessoa jurídica, mas simplesmente um conjunto de serviços públicos organizados e dirigidos pelos governantes. Confundia-se assim, com o Estado, atividade que ele desempenha. Daí a razão pela qual, nas definições formuladas pelos autores que se inspiraram, nesse passo, em DUGUIT, o serviço público é identificado com "uma organização"³⁶⁵.

Prossegue em sua análise, remarcando outra corrente entende que o serviço público é sempre uma atividade, atividade esta limitada a determinados setores da atividade do Estado. Como visto, um dos representantes desta linha de pensamento é o próprio Bielsa. E ainda aqui não economiza críticas:

(...) semelhantes restrições, a nosso ver arbitrárias, excluem da noção de serviço público atividades que sempre estiveram nela compreendidas, como a defesa nacional, a polícia preventiva e outras, nas quais não aparece de forma imediata um usuário individual³⁶⁶.

E passa a dar o seu próprio conceito de serviço público:

(...) na realidade, é serviço público toda atividade que o Estado exerce para cumprir seus fins. E, à medida que, através do tempo, crescem, na prática, as incumbências do poder público, aumenta o âmbito dos serviços que ele desempenha³⁶⁷.

Pode-se, portanto, perceber que Masagão expressa uma noção bastante ampla de serviço público, identificando tal conceito com a própria finalidade do Estado, aproximando-se, quiçá, sem perceber, ainda que por outro caminho, das lições do próprio Duguit, a quem endereçou tantas e tão pesadas críticas. Este autor chega

³⁶⁴ Id. Ibid., p. 1067.

³⁶⁵ MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 265.

³⁶⁶ Id. Ibid., p. 266.

³⁶⁷ Id. Ibid., loc. cit.

inclusive a realizar uma classificação entre “serviço público judiciário” e “serviço público administrativo”.

Já Odete Medauar³⁶⁸, inicia de forma interessante suas considerações acerca do tema “serviço público: é muito comum se ler que serviço público é noção variável, noção-proteu. Ou que se incluiria no rol dos chamados conceitos jurídicos indeterminados, expressão essa que hesito em aceitar”.

Para a autora, não é o conceito que é indeterminado. O que sói ocorrer é a impossibilidade de se identificarem a priori todas as situações que nele se enquadrariam. Medauar reconhece que “o saber quando e por que uma atividade é considerada serviço público, se coloca no plano da concepção política dominante, da concepção sobre o Estado e seu papel”³⁶⁹.

Assim, reconhece uma elevada carga de positivismo na construção de um conceito de serviço público, embora, de certa forma faça concessões à concepção sociológica de Diguit quando reconhece que, além da Constituição e da lei, também a tradição fixa tais contornos, lembrando ainda que “tradicionalmente existe o chamado “núcleo pacífico dos serviços públicos”: água, luz, iluminação pública, coleta de lixo, limpeza de ruas; correio”³⁷⁰.

Sem embargo, afirma que é possível se cogitar de elementos que podem ser considerados comuns ao que se denomina de serviço público, servido tais elementos, portanto, de esteios na construção do referido conceito. Tais elementos seriam, e neste ponto faz referência expressa ao Arrêt Nancy, do Conselho de Estado Francês, em 1962, os descritos nos parágrafos subsequentes.

O primeiro seria “o vínculo orgânico com a Administração — que não desapareceu, mas pode ser entendido de modo diferente do original”. Ou seja, não necessariamente que a atividade seja prestada por órgão público, mas sim que haja uma “relação de dependência” entre a atividade e a Administração. Esta relação de dependência, também denominada “presença orgânica da Administração significa, segundo a autora que sua intervenção é maior do que a aplicação de medidas de polícia, porque a Administração é a responsável, em última instância, pela atividade”. Ou seja, “a Administração tem parte preponderante na organização da atividade”³⁷¹. A assertiva da autora é bastante precedente. De fato, a circunstância

³⁶⁸ MEDAUAR, Odete. Op. cit.

³⁶⁹ Id. Ibid.

³⁷⁰ Id. Ibid.

³⁷¹ Id. Ibid.

de uma atividade a ser considerada como serviço público exige da própria Administração um grau maior do que pode ser chamado de “dirigismo”, ou seja, de condução normativa da atividade, mesmo que prestada por particulares – já que estes estão atuando em esfera que não lhes é própria.

O segundo seria o regime jurídico. Afirma, destarte, que

(...) a atividade de prestação é submetida total ou parcialmente ao direito administrativo. Mesmo que sujeita a regras do direito privado, se a atividade for qualificada como serviço público, tem notas de diferenciação; não há serviços públicos submetidos exclusivamente ao direito privado³⁷².

Cirne Lima³⁷³ define o que entende vir a ser serviço público:

(...) todo o serviço existencial, relativamente à sociedade ou, pelo menos, assim havido num momento dado, que, por isso mesmo, tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa³⁷⁴.

Como se pode desde logo observar, assim, o autor adota a já conhecida formulação clássica de serviço público, utilizando, ao menos a princípio, de duas das noções básicas combinadas³⁷⁵ entre si: o critério subjetivo/orgânico³⁷⁶ e o critério objetivo/material.

Mais adiante, na mesma obra, ajunta o terceiro critério clássico (critério formal, qual seja, o do regime jurídico diferenciado): no processo de absorção dos fins de interesse público e das

(...) funções dirigidas a realizá-los diante de outras organizações, com a conseqüente consolidação do Estado, que substitui, na tarefa de realizar o bem comum, outras organizações sociais, os poderosos meios jurídicos e econômicos de que o Estado dispõe, conduzem a uma forte exigência no sentido de que o Estado assuma o cuidado das atividades essenciais ao desenvolvimento da interdependência social, suprimindo ou integrando a livre atividade individual.

Quanto à questão do regime jurídico (terceira noção clássica da composição do conceito, também clássico, de serviço público), Cirne Lima já trazia uma espécie de contra-noção que hoje é bastante estudada. Com efeito, na escola clássica, ao se falar em regime jurídico especial derogatório do direito privado, a ênfase, para não

³⁷² Id. Ibid.

³⁷³ LIMA, Ruy Cirne. Op. cit., p. 201 e ss.

³⁷⁴ Id. Ibid., loc. cit.

³⁷⁵ Id. Ibid., loc. cit. Fica muito clara esta sua opção na passagem que se segue: “Qualquer que seja a definição adotada, aparecem dois elementos essenciais. Primeiro, uma atividade que visa a dar satisfação a necessidades de interesse geral, que se destina a promover o bem comum e o desenvolvimento da interdependência social. Segundo, pelo seu caráter de essencial, ou de existencial, essa atividade é assumida pelo Estado, que é o responsável pela manutenção das condições indispensáveis à realização do bem comum, do bem-estar da coletividade e da manutenção das condições indispensáveis à preservação da solidariedade social. Uma atividade essencial e um agente, no caso, o Estado, que se revela a única entidade com poder e titularidade para cuidar e preservar o bem comum da coletividade”.

³⁷⁶ Id. Ibid., loc. cit. Eis um trecho em que fica clara a sua adoção (também) do critério subjetivo/orgânico: “Conceitos jurídicos para determinar os fins individuais e coletivos, somente podem ser formulados por meio do Estado. Denominamos públicos, assim, os fins que estão na esfera própria do Estado, porque ele os assumiu como próprios. Por isso, ser ou não ser um fim público, não se pode exclusivamente estabelecer tendo como base um critério objetivo, mas **se deverá levar em consideração, também um critério subjetivo, referido necessariamente ao Estado. São públicos, destarte, os fins que o Estado assumiu e reconheceu como próprios**”. (Grifos não constantes do original).

se falar em total abordagem, se dava em respeito às prerrogativas do Estado. Somente depois é que se passou, neste mesmo pilar, a cuidar do “outro lado”, ou seja, das garantias do administrado, seja enquanto usuário do serviço, seja como contratado para a prestação do mesmo serviço^{377 e 378}.

Ultimando suas considerações, relembra que

(...) determinado, porém, que o serviço público seja todo serviço existencial, relativamente à sociedade, fica, não obstante, por determinar o que há de entender-se por existencial. A condição do existencial, relativamente à sociedade, pela qual o serviço público se caracteriza, filia-lhe a noção ao conceito de utilidade pública, no qual se subsume tudo quanto se haja por essencial ao bem do indivíduo, ao bem da coletividade, e à própria sociedade, como bem em si mesma.

E reconhece que “tal determinação, de resto, faz-se relativamente a tal país e a tal momento designados. Trata-se, pois, de conceito essencialmente variável no tempo e no espaço”³⁷⁹.

É importante ainda colacionar as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello. De acordo com a linha defendida por este autor, o serviço público pode ser conceituado de formas diferentes, a depender da aproximação feita pelo intérprete.

Quanto ao aspecto subjetivo, constitui um “organismo público, parte do aparelho estatal”. Daí que, neste sentido, falar-se em “serviço público” é falar de “um complexo de órgãos agentes e meios do Poder Público”³⁸⁰. Assim é que afirma que tal constitui “tomar a noção de serviço público como equivalente a um organismo, isto é, considerá-lo **subjetivamente, organicamente**”³⁸¹.

No que tange ao aspecto objetivo – ou material – ensina que então estar-se-á fazendo referência não a uma subjetividade, mas sim a “uma tarefa, uma atividade, um objeto”.³⁸²

De outra parte, no que concerne ao sentido objetivo ou material de serviço público explicita:

³⁷⁷ Id. Ibid., loc. cit. Esta acepção também é encontrada na doutrina estrangeira. Ad exemplum, na obra de Garcia de Enterría (ENTERRIA, Eduardo Garcia de; FERNANDEZ, Tomás Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. Madrid: Civitas Ediciones, 2000. v. II, p. 69 e ss.). Acerca deste autor, uma curiosa observação de método é importante para ressaltar a importância de sua construção acerca do “direito dos administrados”. Em seu Curso de Derecho Administrativo, não se encontra propriamente um capítulo destinado ao estudo do conceito e desenvolvimento do serviço público. Mas, nem por isso, em seu volume II, deixa de mencionar expressamente os direitos dos administrados em relação à prestação dos serviços públicos. Esta tendência também é observada em autores contemporâneos de Direito Administrativo, entre nós. A guisa de ilustração podem ser citados, em primeiro, o texto de Flávio de Araújo Willeman (WILLEMANN, Flávio de Araújo. O Princípio da Generalidade e o Direito ao recebimento de Serviços Públicos ainda não Prestados em caráter Geral. In: **Revista de Direito Administrativo**, 2002. n. 227. p. 111-130) e em segundo de Ana Cláudia Finger (FINGER, Ana Cláudia. Serviço Público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais. In: *Revista de Direito Administrativo*. n. 232, 2003. p. 59-82).

³⁷⁸ Id. Ibid., loc. cit.

³⁷⁹ Id. Ibid., loc. cit.

³⁸⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e Regime Jurídico das Autarquias**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 141 e ss.

³⁸¹ Id. Ibid., loc. cit.

³⁸² Id. Ibid., loc. cit.

(...) a expressão pode significar também uma atividade, uma função. E doutrina: deve-se, em conclusão, firmar que, na acepção objetiva o serviço público se define em razão da natureza da atividade ou tarefa. E o fato de corresponder a uma necessidade de interesse geral, é a circunstância de se impor como uma exigência da coletividade, cuja satisfação incumbe ao Poder Público prover, ainda quando não o faça diretamente, o elemento que se encontra por detrás de todas as noções objetivas de serviço público³⁸³.

Assim é que “em última análise, os conceitos objetivos de serviço público, também chamados materiais, procuram captar o que há de subjacente nas intervenções estatais e mais particularmente administrativas”³⁸⁴, pretendendo, destarte “assinalar que uma atividade é serviço público não porque exercida através de um complexo de meios públicos, mas que se exerce através deles precisamente por ser um serviço público”³⁸⁵.

E ajunta, como o fazem outros autores, a concepção formal, que diz respeito ao regime jurídico aplicável às atividades consideradas como serviço público³⁸⁶. Esta concepção de serviço público, de acordo com o autor “consiste na adoção de uma perspectiva estritamente formal levada à sua pureza mais extrema, desembocando, por conseguinte, em um conceito rigorosamente formal”³⁸⁷.

Passa o autor, em seguimento, a cuidar da interação das diversas acepções de serviço público (subjativa/orgânica, objetiva/material e formal), englobando-as no que denomina de

(...) noção tradicional de serviço público que relacionava os três aspectos enfatizados respectivamente nos conceitos subjativo, objetivo e formal, isto é, a organização administrativa, a atividade de interesse geral e o regime jurídico especial. Por conseguinte, funcionavam como partes elementares de um conceito mais complexo que abrigava este tríplice aspecto³⁸⁸.

Assim, resultado da combinação da tríplice noção tradicional, “entendia-se por serviço público a atividade de interesse geral prosseguida por um organismo administrativo sob um regime derogatório de direito comum”³⁸⁹.

Como descreve o autor, nesta definição "combinatória" havia o que podemos denominar de “zona de conforto” no Direito Administrativo, eis que, como afirma, “coincidiam em larga medida no direito administrativo clássico, as definições subjativa, objetiva ou material e formal”³⁹⁰. No entanto, como já referido, esta “zona

³⁸³ Id. Ibid., loc. cit.

³⁸⁴ Id. Ibid., loc. cit.

³⁸⁵ Id. Ibid., loc. cit.

³⁸⁶ Id. Ibid., loc. cit.

³⁸⁷ Id. Ibid., loc. cit.

³⁸⁸ Id. Ibid., loc. cit.

³⁸⁹ Id. Ibid., loc. cit.

³⁹⁰ Id. Ibid., loc. cit. E ainda afirma: “O que importa frisar é o caráter pouco relevante das divergências, pois qualquer que fosse o elemento em que se calcasse o conceito, da mesma forma se localizaria o serviço público. Se fosse dada ênfase ao aspecto formal — regime jurídico — via de regra lá estaria o serviço público, porque o processo de direito público de um

de conforto” somente era possível na concepção de um estado liberal. E a evolução para o estado de bem estar, para o estado regulador etc., provocou uma dissociação e uma descoincidência de tais noções.

Verdade é que

(...) incontestadamente, não se lhes podia reconhecer o exercício de atividade de interesse geral ou correspondente à satisfação da necessidade pública, mormente quando desempenhados em competição com os particulares. As nacionalizações, incrementadas na França após 1940, contribuíam para conturbar a já precária estabilidade de conceito tradicional. Numerosas empresas, operando em setores diversos, foram colhidas pela ação do Estado. Em consequência, o sentido material ou elemento objetivo de serviço público tornou-se, em certos casos, muito mais extenso que o subjetivo, desde que a organismos privados, não administrativos, se reconheceu o caráter de serviço público. Por outro lado, o sentido subjetivo ou elemento orgânico também se tornou em outras hipóteses mais extenso que a aceção material, fato acarretado pela criação de numerosos organismos estatais não-públicos e pelas nacionalizações. Outrossim, certas atividades de interesse geral, prosseguidas por organismos do Estado, empresas suas, porém relativas à ordem econômica, vieram a ser regidas pelo direito privado, afastando-se em boa parte ou quase completamente do "regime de serviço público". Em face da mudança de condições sociais traduzidas nestes procedimentos do Estado, a noção tradicional sofreu acentuado declínio, mostrando-se desconforme com a realidade e por isso mesmo perdeu a utilidade que lhe fora apanágio. Deixava de servir eficazmente como critério de repartição de competências, na França, pátria da noção, e revelava-se imprestável para determinar o campo de aplicação das regras administrativas. Daí o desencanto da maior parte da doutrina. Tornou-se comum falar em "crise da noção de serviço público"³⁹¹.

Em outras palavras, significa dizer que, ao menos na França, até 1940, eventuais discrepâncias entre as três noções clássicas do serviço público não eram significativas o bastante para colocar em xeque sua aplicação. No entanto, com a assunção estatal de atividades absoluta fora da abrangência de, ao menos uma das noções, as referidas discrepâncias passaram a ser tão extensas a ponto de provocar uma "pane" no sistema jurídico do serviço público³⁹².

Em verdade, para Celso Antônio, somente a definição formal de serviço público é a real definição jurídica deste instituto³⁹³. Aliás, esta qualidade – este regime, segundo o autor, não é ínsito da atividade, mas decorre do regime normativo previsto.

modo geral se atribuía a organizações administrativas que desempenhavam atividade de interesse geral. Se, diversamente, se atribuísse relevo maior à natureza da atividade, ou seja, ao fato de seu objeto constituir-se em persecução de interesse geral, lá estaria o serviço público, da mesma forma acompanhado pelos dois outros elementos, uma vez que tais atividades quase só organismos administrativos as prosseguiram e sempre mediante um regime jurídico de prerrogativas exorbitantes do direito privado. Se, afinal, se pusesse em maior evidência o sujeito da ação desempenhada, o organismo agente, lá estaria também o serviço público, posto que acompanhá-lo-iam os elementos restantes, material e formal, porquanto tais organismos prosseguiram atividades de interesse geral e mediante regime de direito público. Em suma, o estado das relações sociais existentes promovia por si só a coincidência dos três aspectos de tal maneira que onde se encontrasse um, quase sempre se encontrariam os outros dois. Mesmo que se admita o predomínio do elemento subjetivo, nos critérios adotados pela jurisprudência francesa àquela época, o interesse prático da questão não apresentava ainda sua agudeza posterior, em razão da excepcionalidade dos casos em que isolado este primeiro elemento não se associassem a ele os dois outros. Foi por isto mesmo que o serviço público pôde fazer brilhante carreira no direito administrativo francês, malgrado as permanentes discrepâncias entre os autores em torno de seu elemento fundamental”.

³⁹¹ Id. *Ibid.*, loc. cit.

³⁹² Id. *Ibid.*, loc. cit.

³⁹³ Id. *Ibid.*, loc. cit.

No entanto, mesmo ele reconhece a existência – ou ao menos, a possibilidade da existência – de hipóteses nas quais não haja uma declaração expressa do legislador no sentido de eleger tal ou qual atividade como serviço público. Isto significa dizer que haverá hipóteses em que haverá a necessidade de inferir do sistema a existência – ou não – de um serviço público. De tal sorte, para o autor,

(...) o único critério válido para reconhecer a existência de serviço público consiste em perquirir a vontade legislativa, como preconizava Jêze. O que interessa ao jurista é verificar o que determina a lei. Em regra, não há que cogitar se a atividade é de interesse geral ou se o desempenho dela se faz mediante organismos administrativos.

O autor busca um critério de “revelação” da vontade legislativa, tentando não resvalar para a ajuda do pressuposto sociológico, quando afirma que se deve perquirir se houve alguma previsão de derrogação da igualdade das partes e se a atividade está “sujeita ao princípio de continuidade e regularidade do serviço”³⁹⁴.

No entanto, o elemento sociológico parece inevitável. Mesmo o autor reconhece que “as dúvidas surgem quando não se encontra expressamente configurada”³⁹⁵, e passa a reconhecer a utilidade prática de se pesquisar a natureza da atividade³⁹⁶.

Quanto a Cretella Júnior³⁹⁷, afirma, fazendo coro com outros setores doutrinários, que há uma inegável

(...) relatividade na noção de serviço público, concluindo que a "conceituação do serviço público não pode ser compreendida em uma fórmula a priori traçada: depende de circunstâncias. Pode o Estado ser acionista de uma empresa e não se considerar aquele serviço como público (o Banco do Brasil não tem sido considerado como tal) ao mesmo tempo que podem empresas particulares realizar serviços públicos (especialmente as concessões)".

E também ele reconhece que o “essencial no serviço público é o regime jurídico a que obedece a parte que tem o Estado na sua regulamentação, no seu controle, os benefícios e privilégios de que goza, o interesse coletivo a que visa servir”.

No entanto, também ele não dispensa a análise sociológica, quando assevera que “a noção do serviço público varia no tempo de acordo com a necessidade da maior ou menor amplitude da intervenção do Estado; e que varia ainda de acordo com o regime político e as tendências na ordem social e econômica”³⁹⁸.

³⁹⁴ Id. Ibid., loc. cit.

³⁹⁵ Id. Ibid., loc. cit.

³⁹⁶ Id. Ibid., loc. cit.

³⁹⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. **Administração Indireta Brasileira: Autarquia, Concessionária, Subconcessionária**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 29 e ss.

³⁹⁸ Apud Id. Ibid., loc. cit. De toda sorte, insta salientar que o autor, como outros, mantém a diferença entre serviço público e função pública: “é preciso, ainda, colocar em uma posição singular certas atividades do Estado que não se enquadram na categoria geral dos órgãos destinados à execução de serviços públicos, pois que se constituem com a finalidade de atender ao

Cretella Júnior ainda refere-se às lições de Guimarães a respeito do serviço público:

Em sentido geral, qualificamos, pois, a atividade do Estado para a realização de seus fins como atividade administrativa que, frisemos, constitui uma coordenação de elementos em relação a um fim. Ora, a idéia de tal coordenação, resumindo-se na atividade, submetendo a idéia de serviço, pois que serviço é ato de servir, servir é fazer, executar, exercer uma função". "Por conseguinte, é como já explicamos: a atividade administrativa traduz-se em serviços públicos administrativos, organizações em que o Estado se estrutura³⁹⁹.

Vê-se, aqui, em contraponto, a preeminência da noção objetiva ou material na definição, em relação aos textos de Brandão Cavalcanti, donde salta claramente do texto a predominância da noção formal – fortemente prestigiada, como visto, por Celso Antônio Bandeira de Mello.

Utilizando-se da mesma metodologia de outros autores, Cretella passa a elencar os critérios para definir o que deverá ser considerado como serviço público: os critérios principais para a conceituação do serviço público podem ser assim agrupados: “1º critério - Execução pelo Estado; 2º critério – Finalidade; 3º critério - Identificação com o Direito administrativo; 4º critério - Idéia de poder público; 5º critério - Regime jurídico determinado pelo Estado”⁴⁰⁰.

Em seguida, inicia a sua crítica aos referidos critérios. Em relação ao critério de “execução pelo estado” – que nada mais é do que o critério “subjetivo ou orgânico” afirma que se tal elemento já foi considerado por alguns como requisito indispensável, isto é passível de reparos, eis que somente a execução pelo estado não quer significar que se trate de serviço público, “pois nem todos os serviços das pessoas públicas (Estado, Província, Município) são serviços públicos, nem deixa de ser público um serviço porque seja executado por pessoa privada”⁴⁰¹.

Acerca da finalidade do serviço público, que não passa do já conhecido “critério objetivo ou material”, enfatiza a distinção entre “necessidade coletiva e necessidade geral”, explicitando que

(...) a necessidade geral tem caráter próprio; é a soma de elementos homogêneos e, aritmeticamente, de quantidades positivas; ao passo que a necessidade coletiva resulta de soma algébrica, em que entram elementos não homogêneos⁴⁰².

funcionamento da própria vida do Estado, em sua expressão constitucional e política." Assim, a justiça, a função legislativa, a função executiva, naquilo que elas têm de peculiar e discricionário, as forças armadas, enfim, tudo quanto é essencial ao Estado é indeclinável e indelegável. Compreende-se tudo isso em uma categoria especial que alguns autores chamam de função pública”.

³⁹⁹ Id. Ibid., loc. cit. Cretella ainda transcreve outras passagens de Guimarães Menegale, bem como de Mário Masagão.

⁴⁰⁰ Id. Ibid., loc. cit.

⁴⁰¹ Id. Ibid., loc. cit.

⁴⁰² Id. Ibid., loc. cit.

Neste passo, cumpre lembrar que o interesse coletivo enquanto aquilo cuja satisfação deve ser perseguida pelo serviço público, para alguns autores, somente pode ser o que resulta da soma das necessidades individuais (transporte, energia etc.), pois aquelas necessidades que são da coletividade em si, seriam atividades administrativas e não serviços públicos.

A distinção traçada nestas linhas, pelo autor, não se confunde com a acima relemburada. Ela quer dizer que determinadas necessidades - ainda que resultem de interesses individuais - podem e são perfeitamente solucionadas pelo serviço privado. Assim, afirma que

(...) do critério da finalidade o mais que se pode dizer é que não há serviço público que não satisfaça a uma necessidade pública, mas não que a satisfação de uma necessidade pública dê origem, forçosamente, a um serviço público." "O critério da finalidade é, pois, um critério insuficiente"⁴⁰³.

No que tange ao critério forma, ou seja, o critério do regime jurídico a

(...) necessidade de fazer com que o serviço público funcione de maneira normal, eficiente, regular, sem interrupções, torna indispensável uma série de atribuições, poderes, faculdades, direitos, por meio dos quais se estabelece um regime distinto que serve para normalizar, regular e, numa palavra, resolver todas as questões suscitadas, com a rapidez e efetividade necessárias, para que o serviço funcione de modo eficiente e contínuo⁴⁰⁴.

Cretella Júnior, coerente com seu entendimento prossegue na metodologia para estatuir a noção que entende correta de serviço público. Como se poderá ver, o autor recorre à diferenciação, originada na escola francesa, entre serviço público próprio e serviço público impróprio.

Não é fácil, como se vê, a obtenção do conceito do serviço público, sem que se faça a distinção entre serviço próprio e impróprio. Feita tal distinção, ressalta, como nota característica importantíssima, no serviço público, a satisfação de necessidade coletiva, que tanto ocorre no serviço público próprio, como no impróprio.

Como se pode mais uma vez verificar, o critério da finalidade, que tem um sabor indisfarçavelmente sociológico, ainda é considerado importante na obtenção da noção de serviço público. E, enfim, passa a dar sua própria definição do que entende vem a ser serviço público:

Depois dessas considerações, concluímos que, a despeito da apregoada instabilidade, vale a pena insistir na separação de elementos básicos, essenciais, que possam servir para a elaboração do conceito e, nesta altura, a **satisfação das necessidades públicas é elemento que deve estar presente na definição do serviço público**. Em segundo lugar, já que nos referimos aos serviços públicos próprios, a **presença da personalidade do Estado é o segundo elemento obrigatório** da definição. **Serviço público é, portanto, toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades públicas, mediante procedimento peculiar ao direito público, derogatório e exorbitante do direito comum**. Dentro desta definição, sem dúvida genérica, mas essencial para nossa disciplina, cabe a definição mais particular do serviço público

⁴⁰³ Id. Ibid., loc. cit.

⁴⁰⁴ Id. Ibid., loc. cit.

administrativo, que é toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades públicas mediante procedimento típico, de direito público exorbitante (...).⁴⁰⁵

Como se pode observar, o autor pertence ao que se pode denominar de escola clássica, construindo seu conceito de serviço público com base nas três noções clássicas (subjéitiva ou orgânica, objetiva ou material e formal).

A guisa de comentário final deste trecho, o que realmente importa salientar é que, ainda que se adote o critério formal – como é o caso da linha defendida neste trabalho – o critério da finalidade, que tem um "quê" de sociológico, não poderá ser deixado à parte.

A partir do trecho seguinte, já tendo realizado um apanhado retrospectivo – de um construtivismo da noção de serviço público, passa-se a analisar a questão diante do tema central aqui perseguido, já se fazendo referência a autores mais contemporâneos.

6.4 Ensaio de uma noção de serviço público⁴⁰⁶ para os fins deste estudo

Como foi visto de forma insistente nas páginas anteriores, temos uma formulação denominada *clássica* do serviço público, que leva em conta três fatores, não necessariamente com o mesmo peso ou importância: subjétivo ou orgânico, que percebe serviço público como aquele prestado – direta ou indiretamente – pelo Estado; objetivo ou material, que entende como serviço público aquela atividade que busca preencher as necessidades prementes da população de um determinado Estado (interesse público); e: formal, que percebe como serviço público aquele que é prestado mediante um regime diferenciado, derogatório do chamado *direito comum*⁴⁰⁷.

⁴⁰⁵ Id. Ibid., loc. cit.

⁴⁰⁶ Remarque-se a nomenclatura por nós utilizada: ensaio de uma noção, tendo em vista que, se há um tema que, cremos jamais gozará de tranquilidade no direito é o conceito de serviço público.

⁴⁰⁷ FIGUEIREDO MOREIRA NETO, Diogo. Mito e Realidade do Serviço Público, In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**. n. 53, 2000. Diogo de Figueiredo Moreira Neto ainda menciona o que denomina de um quarto fator: “Os três critérios classificatórios tradicionais para a construção do conceito de serviço público - o subjétivo, fundado no fato da presença do Estado como prestador; o material, que o baseia na idéia metajurídica e abstrata do que venha a ser interesse público, e o formal, que o faz depender do regime legal adotado - todos já se revelaram insuficientes, ultrapassados pela simples evolução dos fatos. Pode-se, entretanto, sem maiores inovações doutrinárias, retirar dos próprios princípios reitores do serviço público, de geral aceitação, **um quarto critério, teleológico, construído, assim, sobre sua necessária generalidade, continuidade e modicidade, que representam, cada um a seu modo e em síntese, a segurança jurídica, que o Estado deve garantir à sua prestação.** Em consequência, uma noção, ainda que reconhecidamente provisória, pode

As críticas a tais noções, seja em conjunto seja em separado, não são poucas, como visto. Demais disso, ainda que utilizados tais critérios, a própria noção do serviço público é mutável de acordo com a injunção social, política, história, enfim.

No entanto, as noções desenvolvidas pela doutrina e pelos Tribunais que chegaram até hoje⁴⁰⁸ são mais que meramente aproveitáveis, mas verdadeiramente úteis, cabendo ao estudioso, ao menos em princípio, adotar alguma ou algumas delas de acordo com as convicções que tiver construído a partir de seu próprio estudo.

Assim, o único critério válido como determinante para se definir o serviço público seria o do regime jurídico diferenciado. Mas, e sem querer dar a impressão de desejar estar em um limbo indefinido, não são desprezíveis os demais critérios enquanto parâmetros investigativos da vontade do legislador. E fica clara a premissa, no sentido de que será serviço público aquilo que o legislador assim o determinar, sempre com fulcro na Carta da República.

Uma vez estabelecido qual o critério a ser utilizado para se fazer revelar o serviço público, resta, ainda buscar-se o conceito com o qual se trabalhará neste escrito, visto que, inapelavelmente, e por estranho que possa parecer, no terreno do serviço público da escolha de um critério não decorre necessariamente um determinado conceito de serviço público.

Com isto quer-se dizer que, já tendo determinado o critério formal do regime jurídico como o cabível e suficiente para caracterizar o que vem a ser serviço público, é evidente que determinados conceituações automaticamente já ficam excluídas, mas não todas.

Ou seja, a despeito da escolha de um critério, alguns conceitos de serviço público podem decorrer desta escolha. Por isso que devem ser ajuntados outros elementos para entabular o conceito que servirá como instrumental.

Neste passo, é interessante relembrar a lição de Alexandre Aragão⁴⁰⁹. Primeiro, o autor trata da concepção amplíssima de Serviço Público, com Diguit e Jèze.

ser extraída, pelo menos para o fim suficiente de balizar a transição em curso". (Grifos não constantes do original). Com todas as vênias devidas, não parece a melhor a opinião do ilustre autor. Quer-se crer que este quarto critério, por ele aventado, nada mais é que um desdobramento do próprio critério formal. Ademais, a oposição de critérios sobre critérios faz com que o conceito acabe por conceituar cada vez menos, caindo na perigosa opção do casuismo.

⁴⁰⁸ CEZNE, Andrea Nárriman. O Conceito de Serviço Público e as Transformações do Estado Contemporâneo In: **Revista de Informação Legislativa do Senado**. Brasília, jul./set. 2005. n. 42. É bastante completo o histórico traçado por Andrea Nárriman Cezne.

⁴⁰⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit. O texto, modificado e ampliado também pode ser encontrado na obra *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, com destaque para as p. 119 e ss.

Com efeito, para quem prega um critério subjetivo ou orgânico para se encontrar o conceito de serviço público, tudo o que é prestado pelo estado pode ser assim considerado e, portanto, é cabível se dizer que se trata de uma concepção bastante ampla de serviço público (ou, como denomina o autor: “concepção amplíssima”) ⁴¹⁰.

O autor⁴¹¹ em seguida trata do que denomina de

(...) concepção ampla de serviço público: uma segunda concepção corresponderia os serviços públicos as atividades prestacionais em geral do Estado, ou seja, as funções que exerce para proporcionar diretamente aos indivíduos comodidades e utilidades, independentemente de poderem deles ser cobradas individualmente ou não, ou de serem de titularidade do Estado. Assim, abrangeriam os chamados serviços públicos econômicos (remuneráveis por taxa ou tarifa), os serviços sociais (que podem ser prestados livremente - sem delegação - pela iniciativa privada) e os serviços universi (inespecíficos e indivisíveis, sem beneficiários identificáveis com exatidão).

Aqui ainda pode ser vista ainda a forte influência do critério orgânico/subjetivo, mas com matizes do critério objetivo/material, mormente, quando se fala em “proporcionar diretamente aos indivíduos comodidades e utilidades”.

Adiante, passa a cuidar⁴¹² da “concepção restrita de Serviço Público”. De acordo com o autor:

(...) essa concepção de serviço público abrangeria apenas as atividades prestacionais que tivessem um liame imediato com os indivíduos, podendo os seus beneficiários ser identificados e a sua fruição quantificada. A diferença em relação a concepção anterior e que ficariam excluídos os serviços universi, insuscetíveis de serem remunerados pelos seus beneficiários diretos. O conceito conteria então os serviços públicos econômicos e sociais, que constituiriam a sua classificação básica.

Ainda aqui também pode ser vista ainda a forte influência do critério orgânico/subjetivo, mas com matizes do critério objetivo/material, mormente, quando se fala em “proporcionar diretamente aos indivíduos comodidades e utilidades”.

Finalmente, estuda o que denomina de “concepção restritíssima de Serviço Público”. De acordo com o autor⁴¹³, tal conceito

(...) é decorrente dos art. 145, 11, e 175 da Constituição, que prevêem a remuneração específica dos serviços públicos por taxa ou tarifa, respectivamente, essa concepção contemplaria apenas os serviços que pudessem ser financiados dessa forma (os serviços específicos e divisíveis, em que é possível a identificação de quem usufruiu o serviço e em que proporção), devendo ainda, nos termos do art. 175, ser de titularidade exclusiva do Estado, exploráveis pela iniciativa privada apenas mediante concessão ou permissão. Por esse conceito, estariam excluídos, além dos serviços universi, os serviços sociais, que não são titularizados pelo Estado com exclusividade, constituindo também atividades abertas a iniciativa privada (ex., saúde e educação).

⁴¹⁰ Id. Ibid.

⁴¹¹ Id. Ibid.

⁴¹² Id. Ibid.

⁴¹⁴ Id. Ibid.

E, entre todos estes, elege como sendo o que, ao seu aviso, melhor se aproveita no regime legal brasileiro⁴¹⁴ a “concepção restrita de serviço público”.

No entanto, embora se defenda aqui a utilização do critério da existência de um regime jurídico (critério formal) para a caracterização de serviço público, quer-se crer que, quanto ao aspecto do conteúdo deste regime jurídico não assiste razão ao autor.

É que, em havendo um regime jurídico diferenciado em que o Estado esteja presente dotado de prerrogativas derogatórias da igualdade entre as partes, nisto consiste a caracterização do serviço público⁴¹⁵. Por outro lado, dizer que nas prestações universais não se pode encontrar relação jurídica é fazer afirmação com base em equívocos perpetrados em face da teoria geral do direito. Ora, o direito conhece e reconhece a existência de relações jurídicas com destinatários não identificados, mas identificáveis. Basta lembrar, em rápida alusão, o direito de propriedade, que se revela erga omnes⁴¹⁶ em relação jurídica que envolve o proprietário e todos os demais membros da comunidade.

Acrescente-se, ainda, em discordância, que o “financiamento do serviço” seja por imposto, tarifa ou taxa, é elemento externo ao serviço. Com relação aos serviços universais, sendo o seu financiamento por impostos, a questão não carece de maiores aprofundamentos. Já nos serviços individualizados, seja por taxa, seja por tarifa, é sempre lembrada a questão do equilíbrio entre o financiamento e a prestação e, com mais acento, nos casos de serviços prestados por concessionários, fala-se no reconhecido direito ao equilíbrio financeiro do contrato. Ora, o equilíbrio entre prestação e financiamento é elemento intrínseco do serviço, constituindo parte de seu regime jurídico, mas a “forma” como este se dará (como se dará o financiamento) este não é parte de seu regime jurídico. A tomar por certa a lição do autor, ter-se-ia agora que realizar uma distinção nos serviços quando na presença de uma parceria

⁴¹⁴ Id. Ibid.

⁴¹⁵ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo em Debate**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. pp. 89, 90. Parece estar, ainda que parcialmente, de acordo com a opinião aqui defendida Marcus Juruena Villela Souto, ao afirmar que: “Para entender a ideia de serviços públicos e necessário, antes, compreender a divisão de atividades entre a sociedade e o Estado, hoje um dos grandes pontos de reflexão no Direito Administrativo. O Estado, ao se propor a produzir o bem-estar geral, assumiu uma estrutura insuportável de ser custeada pela sociedade, forçando uma reflexão sobre os limites da iniciativa estatal e o respeito a iniciativa privada. **A linha divisória está na ideia de autoridade**. Afinal, o homem é titular de uma energia, representada pela capacidade de transformar suas vontades em atos, que, se exercida ilimitadamente, transformaria a vida em sociedade num caos. **Daí a atribuição de autoridade, para que, em nome e em proveito de todos, sejam estabelecidos limites ao exercício do poder individual, representando a primeira divisão de competências entre Estado e a Sociedade e um limite a atribuição de funções estatais para particulares**” (grifo nosso). É de se ver que este autor faz uma relação bastante íntima entre o serviço público e o poder de polícia.

⁴¹⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit.

público-privada ou quando houver a existência de fontes alternativas de financiamento, conforme previsto na legislação dos contratos administrativos⁴¹⁷.

Daí que, ainda que reconhecendo a valorosa contribuição deste segmento doutrinário, prefere-se permanecer com a doutrina mais clássica, segundo a qual não será circunstância de ser um serviço prestado *uti universi* ou *uti singuli* que será decisiva para sua inclusão ou não como serviço público.

6.5 Ciclo nuclear – serviço público

6.5.1 Serviço público e monopólio: ausência de exclusão recíproca entre os conceitos

O que se pretende demonstrar no presente item é que a circunstância de determinada atividade ser instituída como monopólio do Estado, tal não significa que não se trate de serviço público. Tal discussão é fundamental na questão nuclear, principalmente no que toca às atividades de pesquisa, lavra, enriquecimento, reprocessamento e industrialização e comércio de minérios nucleares e seus derivados, que é o trecho do ciclo nuclear monopolizado pela União, não estando incluídos em tal monopólio a exploração e os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza, desde que nesta exploração, nestes serviços e nestas instalações não se pratique quaisquer das atividades referidas na parte que o dispositivo determina como monopolizadas.

É pensamento amplamente majoritário⁴¹⁸ o de que ao mencionar um monopólio pelo estado, o texto constitucional implicitamente admite que se trata de

⁴¹⁷ Com efeito, veja-se que a Lei 11.087/2003, que trata das Parcerias Público-Privadas no Brasil traz diversas formas de financiamento do serviço: “Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. § 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. § 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. § 3º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”. Destarte, para que houvesse coerência, o autor deveria estabelecer, dentro do mesmíssimo serviço, uma distinção conforme se trate de concessão que não envolva parceria público-privada, concessão por parceria público-privada chamada administrativa e a outra, denominada concessão patrocinada.

⁴¹⁸ Id. Ibid. Ver todos os ensinamentos de Alexandre Aragão.

uma atividade econômica em sentido estrito que, por interesses estratégicos tem a titularidade de sua prestação nas mãos estatais.

Em outras palavras, isto significa dizer que, ao menos para os parâmetros mencionados, monopólio é conceito que exclui o de serviços públicos.

No entanto, segundo a linha que ora se defende, tais conceitos não são, de forma alguma, excludentes entre si. Talvez o entendimento no sentido da recíproca exclusão de tais conceitos se dê em virtude de uma não compreensão da utilização do instituto jurídico do monopólio.

Em primeiro plano, cabe fazer uma distinção entre monopólio de bens e monopólio de atividades, porque os sentidos são diversos.

Quando se diz, por exemplo, que alguém é proprietário (pleno) de um determinado bem, está-se a dizer que ele tem o monopólio do uso daquele bem – salvo restrições reais ao bem (e por isso fez-se referência à propriedade plena). Ou seja, em princípio a propriedade é sinônima de monopólio.

Esse fenômeno ocorre também no âmbito da propriedade industrial (propriedade de direitos), já que o titular de uma patente detém monopólio sobre a mesma por um determinado período de tempo. Muito embora, “quando a informação encontra-se patenteada, ocorra a divulgação e as informações tecnológicas circulem livremente, sua utilização econômica, porém, é restrita em virtude do monopólio concedido pelo Estado”⁴¹⁹.

Por outro lado, quando se trata de monopólio de atividade, já aí não significa dizer que seja o monopolista titular da atividade, mas apenas que detém a titularidade para o exercício desta atividade⁴²⁰.

Em segundo lugar e, talvez, ainda mais relevante, é asseverar que não é correta a utilização da distinção entre **monopólio de fato e monopólio de direito** para fins de asseverar a dualidade de suas naturezas. Monopólio é uma coisa, e uma coisa apenas: o reconhecimento empírico de que a titularidade do exercício de determinada atividade está nas mãos de alguém⁴²¹.

⁴¹⁹ FEKETE, Elizabeth Kasznar. **O Regime Jurídico do Segredo de Indústria e Comércio no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 11.

⁴²⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 410 e ss. Por isso que não se concorda com Alexandre Aragão quando conceitua: “uma coisa é a titularidade estatal exclusiva (monopólio), outra é a exclusividade na sua prestação (apenas um concessionário ou permissionário)”.

⁴²¹ Reconhece-se, no entanto, que o instituto jurídico do monopólio está a carecer de um estudo unificado no direito brasileiro. Para maior aprofundamento sobre as variações do conceito de monopólio, veja-se, exemplificativamente: GONÇALVES, Luís. **Direito de Marcas**, Lisboa: Almedina, 2004; LIMA, José Lobo D'Ávila. **Da Concorrência Desleal**. Coimbra: Editora da Universidade de Coimbra, 1910; entre vários outros autores de Direito da Propriedade Industrial. Por

Esta **titularidade**, como parece óbvio, advém de um **título**. Se tal título do exercício advém de circunstâncias fáticas, tal monopólio é tido como **de fato**. Se tal titularidade é concedida pela legislação, tal monopólio é **de direito**.

É quase que cientificamente leviano afirmar-se que o monopólio de atividades pelo Estado é *diferente* do monopólio de atividades pelo particular, porque para este, trata-se de um monopólio de fato, um desvio a ser corrigido por alguma forma de intervenção do Estado e que, de outro lado, aquele é uma situação perfeitamente consentânea com a ordem jurídica, eis que advindo de expressa determinação constitucional. Com efeito, esta última assertiva está, em princípio correta, mas não aquela e, portanto, a conclusão a que a combinação de ambas levaria também.

Ocorre que o monopólio pelo particular não será necessariamente ilícito em si. Isto ocorre nas circunstâncias em que se caracteriza o monopólio natural. O monopólio natural é uma circunstância em que a competição se revela impossível (chamada **impossibilidade física**, por exemplo, a existência de apenas uma fonte de insumos) ou ruínosa (chamada impossibilidade econômica). Este **monopólio natural** não é em si ilícito, já que não se poderia ter por ilícito aquilo que está de acordo com a natureza das coisas⁴²².

Por outro lado, nem todo **monopólio de fato** será decorrência de um **monopólio natural**. Ocasões haverá em que, apesar de não estarem presentes as condicionantes do monopólio natural, um determinado agente econômico, por meio do que se chama **condutas de abuso de poder econômico** torna-se agente único do mercado. Este monopólio de fato que não se sustenta em condicionantes de monopólio natural, este sim, é um monopólio ilícito – a ser reprimido.

Por cautela, a guisa de evitar más interpretações, não se está defendendo a não intervenção estatal nos casos de monopólio de fato natural, mas tal intervenção deverá apenas ter como objetivo minimizar os efeitos deste monopólio, mas não

outro lado, devem ainda ser consultados autores de direito da concorrência, como por exemplo, as obras de Calixto Salomão Filho, já citadas no decorrer deste trabalho.

⁴²² FEKETE, Elisabeth Kaszner. Op. cit., p. 97. Ainda há outros casos de monopólio de fato que não são ilícitos. Confira-se o seguinte trecho: “Que fatores conduzem o empresário a decidir pelo sistema patentário ou pelo regime do segredo de negócio? O estudo comparativo e a análise da compatibilidade e da interação entre ambos levam a doutrina a salientar uma série de aspectos, **partindo da principal diferença entre ambos: o fato de ser o primeiro um monopólio de fato, enquanto a segunda é um monopólio legal**. A patente é de conhecimento público, mas a reprodução do produto ou do processo é vetada legalmente; já no segredo, o produto ou processo são desconhecidos e, por esse motivo, se terceiro vier a adquirir o conhecimento por meio lícito, o “titular” do segredo não pode opor-se a que este o use. Na mesma obra, mais adiante: Apesar de apresentarem a mesma finalidade, suas estruturas e regimes jurídicos são distintos: enquanto ao titular da patente é garantido um desfrute exclusivo do objeto patenteado (monopólio legal), ao titular do segredo industrial corresponde somente um monopólio que terá a duração vinculada ao cará ter secreto do objeto do segredo (monopólio de fato)”.

exatamente reprimi-lo, diversamente do que ocorre com a intervenção em relação ao monopólio de fato não natural.

Pois bem, prosseguindo com a linha ora desenvolvida, e apenas para não perder o mote, fica esclarecido que nem todo monopólio de fato é ilícito, mas somente aquele que não advém de condicionantes do monopólio natural.

Por isso que não se pode extremar no ordenamento conceitos de monopólio como se fossem coisas diversas – o monopólio praticado pelo Estado e o monopólio praticado pelo particular.

Como se pode então já divisar, a designação de monopólio diz respeito ao exercício de uma atividade qualquer, e não à natureza desta atividade. Não importa, portanto, se se trata de atividade econômica em seu sentido estrito ou de serviço público. Esta classificação em nada tem que ver com a conceituação de monopólio. Repise-se: o monopólio tem a ver com o exercício de uma atividade e não com a sua natureza.

Portanto, pode-se ter, por exemplo, um serviço público que seja monopolizado, ou não, o mesmo podendo ser dito acerca de uma atividade econômica em sentido estrito.

Pode-se citar como exemplo a atividade educacional. Trata-se de atividade que se encaixa no conceito de serviços públicos, mas se trata de um serviço público que não é prestado de forma monopolizada pelo Estado. Esta constatação ressalta óbvia da leitura dos arts. 205 e seguintes da Carta da República, inclusive o art. 209 que reza que o ensino é livre à iniciativa privada. Se for assim, evidentemente que se trata de serviço público. Mas é um serviço público não monopolizado pelo Estado⁴²³.

Esta distinção ora tratada parece ressaltar bastante clara no art. 175 da Carta, quando reza que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, **diretamente ou sob regime de concessão ou permissão** (...) a prestação de serviços públicos”.

Este preceito parece determinar duas coisas: 1) o Estado sempre é o titular da atividade serviço público; 2) o exercício da atividade – que como já referido é coisa diferente da atividade em si – poderá ou não ser prestada de forma monopolizada

⁴²³ HAURIUO, Maurice. **Précis de Droit Administratif de Droit Publique**. Paris: Editora Sirey, 1933. p. 13. A qualificação do ensino como serviço público já vem desde Maurice Hariou que textualmente dizia que a exclusividade estatal sobre uma atividade qualquer não constituía requisito para sua classificação como serviço público. Em outras palavras, dizia que pelo fato de não haver exclusividade do estado na prestação de determinada atividade não excluía, por si só a natureza de serviço público daquela mesma atividade. E citava como exemplo exatamente a educação e o ensino. Na atualidade, pode ainda ser citada a posição de Nina Ranieri neste sentido (RANIERI, Nina. **Autonomia Universitária**. São Paulo: EDUSP, 2000). Aragão, em sua **obra Direito dos Serviços Públicos**, já citada, considera expressamente tal condição, em especial no item 4.4.2.6 da referida obra.

pelo Estado, ou pelo particular. Explica-se melhor a assertiva. Resta claro que o Estado pode exercer a atividade serviço público de forma monopolizada e direta (diretamente). Isto é, por assim dizer, *o mais*. Portanto, pode também o *menos*, que seria prestar o serviço de forma direta *sem monopolizar* em atuação concorrente com a atividade da iniciativa privada, desde que por meio de *concessão e permissão*. Argumentar-se-á que a educação, ainda que seja serviço público, pode ser prestada diretamente pela iniciativa privada sem necessidade de concessão e permissão. Sim, é verdade, mas isto porque a própria Constituição abre esta exceção, no art. 209 ao regime estabelecido no art. 175, *caput*.

Assim, ao dizer que determinada atividade é serviço público, isto significa que a titularidade da atividade é do estado. Quando se diz que determinada atividade é monopolizada pelo estado, está-se a dizer que o estado detém o exercício da mencionada atividade. Portanto, são coisas diversas, mas não contrárias ou reciprocamente excludentes. Assim, quando a Constituição estatui que o Estado é monopolista de determinada atividade ela está dizendo que ele detém o exercício da atividade, mas não necessariamente a titularidade da atividade em si. Para que o estado, além da titularidade do exercício da atividade, tenha a titularidade da atividade em si, tal atividade deverá ser também – além de monopólio – serviço público.

Portanto, quando o art. 177, inciso V da Carta da República afirma que a União federal detém o monopólio da “**pesquisa, lavra, enriquecimento, reprocessamento, industrialização e comércio** de minérios e minerais nucleares e derivados” (com exceção dos radioisótopos), ela está a dizer que a União possui a titularidade do exercício destas atividades, mas não a titularidade da atividade em si. Ou seja, restará ainda saber se tal atividade é serviço público para que então se diga se o estado é titular da atividade em si ou não.

A mesma linha já parece ter sido defendida por Jèze, mais especificamente no trecho em que o autor passa a examinar os aspectos jurídicos da criação (e organização) bem como da supressão de um serviço público. Para ele,

(...) criar um serviço público significa decidir que a satisfação de determinada necessidade de interesse geral poderá ser satisfeita mediante os procedimentos de direito público. E: dizer em seguida se é admissível à atividade concorrente dos indivíduos, fazendo referência expressa a serviço público monopolizado e serviço público não monopolizado⁴²⁴.

⁴²⁴ JÈZE, Gaston. Op. cit., p. 102 e ss.

Ainda trazendo à colação os exercícios intelectuais praticados pela doutrina em relação à questão elétrica, deve-se mencionar a construção elaborada por Luiz Gustavo Kaercher Loureiro⁴²⁵ o autor, analisando a questão *serviço público x atividade econômica*, em relação ao conteúdo constitucional referente à questão elétrica, elabora arquétipos extremamente úteis à análise ora proposta. Traçando um comparativo entre o art. 177 e o art. 21, ambos da Constituição, o autor parte da análise do posicionamento doutrinário de acordo com o qual a atual Carta teria partido – como premissa – de uma contraposição entre as atividades típicas de Estado, serviços públicos, e as demais, que seriam atividades econômicas em sentido estrito. O autor não destoa fundamentalmente desta distinção, mas traça algumas divergências pontuais em relação a ela. A primeira, como relata, diz respeito a, no seu entender, uma “aproximação dos monopólios do art. 177 às atividades do art. 21”. Afirma, também, que

(...) ser tarefa estatal é uma condição necessária, mas não suficiente para ser serviço público: há de haver decisão legislativa sobre isso. Se todo o serviço público é de titularidade do Estado, nem toda atividade de titularidade do Estado tem de ser – apenas por força do art. 175 – serviço público⁴²⁶.

Em outras palavras, é dizer uma atividade pode ser tarefa estatal sem que seja serviço público. Ou seja, uma atividade monopolizada pode não ser serviço público, mas **também** poderá ser.

Outro fator que parece indicar a natureza de serviço público do ciclo nuclear é o que resta disposto no art. 21, XXIII, alínea "b", que determina, de forma tautológica, que “a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa”, ou seja, esclarecendo que se trata do mesmo regime de responsabilidade dos demais serviços públicos. Não seria necessário, já que se trata de uma regra geral para os serviços públicos. Mas é sabido que por vezes, no caso brasileiro, a repetição é necessária.

Decorrência, aliás, de tal distinção, por exemplo, é a de que um serviço público poderia ser criado por lei, conforme parece autorizar o art. 175 da Carta, mas não um monopólio de atividades econômicas pelo Estado, pelo menos não de forma direta, em virtude do que estatui o art. 173. Explicando melhor: uma lei não poderá simplesmente definir um monopólio de atividade econômica em sentido estrito pelo

⁴²⁵ LOUREIRO, Luis Gustavo Kaercher. Op. cit. Também do mesmo autor: **Constituição, Energia e Setor Elétrico**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2009.

⁴²⁶ LOUREIRO, Luis Gustavo Kaercher. **Constituição, Energia e Setor Elétrico**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2009. p. 123.

Estado sem antes definir que a respectiva atividade está relacionada **aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.**

6.5.2 Mutações

Se o Direito, enquanto ciência possui, normalmente o *paradoxo* de regular relações que estão em constante mutação, enquanto que ele próprio, não se transmuta com a mesma rapidez, esta contrição entre objetivo e fundamento se manifesta de forma inescandível quanto o tema é serviço público. Resta evidente que a evolução das atividades humanas, sejam elas econômicas no seu sentido estrito, sejam elas serviços públicos, acompanha a evolução das próprias *necessidades* do mesmo homem.

E se, como é, definir serviço público, por mais que se adote o critério formal – do regime jurídico, talvez até por comodidade – sempre e sempre – e isto fica claramente demonstrado nas lições da mais de dezena de autores referidos nos trechos anteriores, também é ter em mente – ainda que como pressuposto – o que constitui a **necessidade humana.**

Portanto, como mudam as necessidades, mudará também, de alguma forma, a percepção do que deve ser ou não serviço público. Por isso que a discussão acerca do que vem a ser serviço público está fadada à inconclusão.

A estrutura jurídica do serviço público, porque se aplica a fatos que mudam, sofre inapelavelmente as consequências desta mesma mudança. Talvez por isso que se afirme que o “regime não variou, variou, isto sim, o objeto sobre o qual se aplica, fato que demonstra impossibilidade de definir uma categoria jurídica (isto é, um regime) pelos traços de seu objeto, que este é mutável”⁴²⁷.

Ora, se varia a categoria social que o instituto jurídico regula, este forçosamente deverá também variar. Dizer o contrário seria retornar a um indesejável *unidimensionalismo* dos conceitos jurídicos. Entre a norma, ou conjunto de normas e os fatos por ela regulados deve-se lembrar que existe o valor que é

⁴²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., loc. cit. Reafirma: “O caminho pelo qual Chenot demonstrou sua tese teve o mérito de tornar explosivamente clara a dicotomia entre institutos jurídicos e categorias sociais sobre que se aplica, se quisermos generalizar suas conclusões sobre a noção de serviço público estendendo-a de forma indiscriminada às demais categorias jurídicas”.

elemento intermediário e mediador das possíveis contradições entre as normas e os fatos, o que configura, nada mais que uma aplicação da conhecida *teoria tridimensional* do direito, em sua concepção conforme disposta em Miguel Reale, ou seja, um tridimensionalismo dialético e dinâmico, por meio do constante diálogo e cotejo entre os elementos referidos: normas regentes, fatos regrados e valores.⁴²⁸ Neste tridimensionalismo dinâmico e dialético a dimensão do *valor* passa a ser algo mutante, de acordo com as circunstâncias de tempo e lugar. Evidente que não se pode querer levar este plano de idéias a um sociologismo, retornando à concepção mais primeva de Duguit quanto ao serviço público. Mas não se pode negar que com a mudança das necessidades sociais, o conceito de serviço público deve ser reavaliado – constantemente – uma vez que se assim não se fizer, ele tenderá a perder completamente sua utilidade. Por isso que, talvez melhor do que conceituar serviço público será empreender um mecanismo para sua conceituação, um mecanismo que traga em si já a consideração do elemento social, sem cair no sociologismo. É nesta altura que o tridimensionalismo, principalmente na vertente de Reale é bastante útil, visto que para ele as chamadas **intenções de valor** são elementos para se reavaliar as proposições normativas, não somente quanto à sua criação e alteração formal – pela via legislativa, mas também para sua reinterpretação doutrinária e jurisprudencial. As normas e os institutos jurídicos não devem prescindir, assim, da análise “dos fatos e valores que condicionaram o seu advento, nem dos fatos e valores supervenientes, assim como da totalidade do ordenamento em que ela se insere, o que torna superados os esquemas lógicos tradicionais de compreensão do direito”⁴²⁹.

E, como a questão nuclear brasileira está basicamente plasmada no texto constitucional, vale aferir alguns condicionamentos acerca do fenômeno da mutação constitucional, cujas imbricações com o tema do tridimensionalismo ativo são óbvias.

A mutação constitucional é fenômeno admitido diante da constatação do caráter dinâmico e prospectivo da própria ordem jurídica, onde constituições sem revisões ou emendas, assumem significados novos, independentemente de reformas - formais - dos textos. Tal caráter dinâmico é componente indispensável para as assim denominadas mudanças informais das constituições. Reconhece, assim, que as constituições podem sofrer mudanças através de processos informais. Isto é, por

⁴²⁸ CZERNA, Renato Cirell. Criticismo Ontogenesológico e Tridimensionalidade. In: **Revista Brasileira de Filosofia**, n. 17, 1955.

⁴²⁹ REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1994.

meio da mutação constitucional, as regras constitucionais são lentamente modificadas, sem que para isso seja necessária à ingerência direta do poder constituinte derivado. Trata-se de um procedimento que altera o próprio sentido originário da Carta, permanecendo as palavras inalteradas. Neste sentido, José Pimenta Bueno – Marquês de São Vicente, afirmava que

(...) as melhores e mais perfeitas leis são obras dos homens, e por isso mesmo serão imperfeitas como seus autores. Embora sejam as mais apropriadas às circunstâncias da sociedade, ao tempo em que são decretadas, essas circunstâncias mudam; a ação do tempo opera revoluções mais ou menos lentas, porém importantes nas idéias, nos costumes e necessidades sociais, revoluções que é impossível obstar. Se um ou outro princípio pode e deve ser imutável, outro tanto não acontece com o todo das disposições constitucionais. Como conservar intacta alguma disposição, que, por força irresistível das circunstâncias, se tiver tornado evidente e formalmente contrária aos interesses públicos? Seria sacrificar a sociedade e olvidar que as leis humanas foram feitas para os homens, e não os homens para as leis.⁴³⁰

Na doutrina mais contemporânea, encontram-se as considerações de Uadi Bullos, segundo o qual os

(...) estudiosos constataam, pois, o fenômeno das mutações constitucionais como uma constante na vida dos Estados, e nas constituições, como organismos vivos que são, acompanham a evolução das circunstâncias sociais, políticas, econômicas, que, se não alteram o texto na letra e na forma, modificam-no em substância, significado, alcance e sentido de seus dispositivos⁴³¹.

Outra não é a opinião defendida por Luís Roberto Barroso, quando assevera de forma incisiva que o “direito constitucional se nutre da história, da estrutura social e da ideologia dominante, processos cuja representação não se opera exclusivamente por elementos racionais”, em trecho que critica o exagero do normativismo kelseniano, que procura, a seu ver, “reduzir o objeto da ciência do Direito a pouco mais que uma lógica jurídica, sem se preocupar com a aguda influência da realidade social, política e ideológica”⁴³².

A doutrina internacional também cuida do tema. Pode-se, neste passo, citar a obra de Paolo Biscaretti di Ruffia⁴³³, para quem as modificações que as mudanças no mundo fático operam na Constituição podem ocorrer sem que haja alteração da letra da Carta. Estas seriam decorrentes dos fatos de caráter jurídico, **de natureza político social**, ou simplesmente **práticas constitucionais**.

Raul Machado Horta menciona também o fenômeno, afirmando que “a mutação constitucional é a separação entre o preceito constitucional e a realidade”. Segundo o autor,

⁴³⁰BUENO, José Pimenta. **Direito Público Brasileiro e análise da Constituição do Império**. Reedição do Serviço de Documentação do Ministério da Justiça, n. 684, 1958.

⁴³¹BULLOS, Uadi Lamego. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 53.

⁴³²BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 8. ed., p. 67.

⁴³³RUFFIA, Paolo Biscaretti Di. **Diritto costituzionale**. 7. ed. Napoli: Dott. Eugénio Jovene, 1965. p. 695-6.

citando, inclusive Pablo Lucas Verdú, “a realidade constitucional é mais ampla que a normatividade constitucional, sendo que a mutação consagra o uso constitucional, que acaba se sobrepondo à norma escrita da Constituição”⁴³⁴.

Estas assertivas não mudam de figurino quando se está falando da questão nuclear no Brasil. Ou seja, ainda que, talvez, no início da vigência da atual Carta se pudesse entender que o nuclear era atividade econômica meramente monopolizada pelo Estado, posto que ligada a questões estratégicas, como se costuma qualificar os condicionantes de tal classificação, fato é que com as transformações ocorridas, principalmente com relação à crescente necessidade de abertura de vias alternativas à matriz hidráulica, combinada com a necessidade de promover o desenvolvimento do nuclear, levam à conclusão de que deve ser tratada como serviço público. As questões subjacentes ao tema demonstram que é necessária – ao menos para quem venha a entender de que se trata, no texto, de atividade econômica monopolizada – uma releitura diante das alterações sociais e econômicas pelas quais passa o país.

É evidente, por outro lado, que o tema da mutação constitucional é bem mais amplo e profundo do que como resta aqui analisado, abrangendo inclusive a mutação por interpretação jurisdicional, como sói ocorrer nas chamadas *interpretações conforme a constituição*. No entanto, é de se ver que ele, aqui, serve como mero instrumental argumentativo e que um aprofundamento se demonstraria exacerbatório dos limites ora propostos⁴³⁵.

6.6 O regime do ciclo nuclear- serviço público e as características específicas de sua regulação

Como foi visto no limiar destas páginas, a questão nuclear foi inicialmente tratada de forma predominante como matéria de **segurança nacional** sendo paulatinamente, principalmente a partir do início da década de 1980, cuidada como tema inserido nas necessidades energéticas do país.

⁴³⁴ HORTA, Raul Machado. **Permanência e Mudança na Constituição**. In: Estudos de Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

⁴³⁵ SBROGICCALIA, Susana. **Mutações Constitucionais e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Para maior aprofundamento sobre o tema, além das obras já citadas, recomenda-se a leitura da obra de Susana Sbrogiccalia.

Aqui será necessário fazer um corte para análise. Como também apresentado neste texto, a produção de energia nuclear para fins elétricos não se resume a uma usina nuclear.

Antes disso, há a questão mineral – prospecção e lavra dos minérios nucleares⁴³⁶; depois, a questão do enriquecimento do urânio e, somente aí, os aspectos das usinas eletrônicas, sem se deixar de lado o problema dos dejetos nucleares.

Por outro lado, e isto parece irrespondível diante do ordenamento nacional quanto **ao uso pacífico da energia nuclear**, e deixando de lado as aplicações não energéticas (por exemplo, medicinais) há um argumento teleológico, no sentido de que o objetivo é a geração de energia elétrica⁴³⁷. Esta unicidade qualificada pela finalidade não é nova em nosso direito. Já em 1907, Haroldo Valadão, na exposição de motivos do seu primeiro código das águas afirmou que “o regime das águas é hoje, sob o ponto de vista econômico, o próprio regime da energia elétrica”⁴³⁸. Ora, portanto, analogamente, o regime jurídico das lavras, do enriquecimento e da produção de energia nuclear devem ser unos.

Mas essa finalidade, não é a única causa de uma unificação necessária no ciclo nuclear, mesmo porque, como referido, foi eleito o critério do regime jurídico como principal elemento identificador do serviço público.

Ocorre que o Brasil ainda não domina completamente, em termos tecnológicos, o ciclo nuclear, como visto. Tendo em conta a necessidade, por assim dizer estratégica de desenvolvimento de tais atividades – inclusive com incentivos de ordem legal e tributária, talvez – é preciso que o **planejamento** da questão nuclear seja premente e imperativo.

Como referido no início deste capítulo, o estado regulador da ordem econômica somente tem poderes constitucionais para estabelecer o planejamento de

⁴³⁶ MARTINHO GODINHO, Tazil. Aspectos Legais da Pesquisa e da Lavra dos Minérios Nucleares no Direito Brasileiro. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. 1980. n. 140 Especificamente quanto aos segmentos de prospecção e lavra dos minérios nucleares, já se manifestou doutrina. Muito embora a lição seja anterior à Carta de 1988, é aproveitável visto que nesse ponto a atual Constituição não alterou a legislação infraconstitucional (Lei 4118/62): “com base, portanto, nas definições da Lei 4118/62, o monopólio estabelecido no art. 1º abrange a pesquisa e a lavra das jazidas em que o urânio e o tório sejam os produtos principais ou co-produtos essenciais à economia da operação. O monopólio de que trata o art. 1º da Lei 4118/62 é exercido em nome da União pela comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN), como órgão de orientação, planejamento, supervisão e fiscalização e de pesquisa científica, e pela Nuclebrás (Empresas Nucleares Brasileiras SA) e suas subsidiárias como órgão de execução”.

⁴³⁷ Veja-se que o monopólio instituído no art. 177, inciso V, levaria inclusive à conclusão de que não haveria a possibilidade de concessões e autorizações para a pesquisa, lavra, enriquecimento, reprocessamento, industrialização e comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados – isto porque o parágrafo 1º logo em seguida diz que a União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo, observadas as condições estabelecidas em lei.

⁴³⁸ In: **Revista de Direito Administrativo**, n. 18. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1949. p. 328.

forma indicativa para o setor privado. Pode ser que em momento futuro, quando o Brasil tiver o domínio completo do ciclo nuclear, a questão mude de figura. Mas, no atual momento, é necessário que o estado atue de forma a que seu planejamento seja determinante para o ciclo nuclear. E isto somente poderá ocorrer, nos termos constitucionais, em relação aos serviços públicos⁴³⁹.

Invoca-se como exemplo, para melhor fundamentar nossa assertiva, o que ocorre no setor de telecomunicações. Aquele setor possui uma especialidade que pode muito bem ser didaticamente aproveitada aqui. É que de acordo com a Lei 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações) foram os serviços (de telecomunicações) separados distinguidos, exatamente **quanto ao regime jurídico de sua prestação** em públicos e privados. Assim, em decorrência, possibilitou-se ao Estado, exatamente na esteira do art. 174⁴⁴⁰ da Constituição impor deveres jurídicos de universalização para os serviços públicos de comunicações, o que não poderia nem pode ocorrer em relação aos serviços privados de telecomunicações.

A propósito, afirma-se que

(...) em consonância com as normas transcritas, vê-se que o regime público caracteriza-se pela imposição de deveres de universalização e continuidade e a sua prestação depende da outorga de concessão ou permissão, além do controle de tarifas, razão pela qual não há dúvida que as modalidades de serviços de telecomunicações em debate são os serviços públicos de telecomunicações. Quanto aos serviços prestados pelos particulares sob o regime jurídico privado, não estão sujeitos a obrigações de universalização e continuidade, nem prestação assegurada pela União e a sua exploração será baseada nos princípios constitucionais da ordem econômica⁴⁴¹.

Ainda tratando do exemplo das telecomunicações, a doutrina é explícita quanto ao nosso pensamento, ao dizer que

(...) o estabelecimento de limites e encargos dessa natureza, no âmbito de atividades de titularidade privada, precisaria considerar se o Estado não estaria ultrapassando o poder que lhe confere o art. 174 da Constituição Federal. Nas telecomunicações,

⁴³⁹ As discussões que antecederam a Carta de 1988 comprovam a necessidade de se estatuir o monopólio para a União. Para Eros Grau, o planejamento é uma “forma de ação racional caracterizada pela previsão de comportamentos econômicos e sociais futuros, pela formulação explícita de objetivos e pela definição de meios de ação coordenadamente dispostos. E ressalta ele que como a atuação do Estado está sob a égide de uma Constituição dirigente, há de ser empreendida prospectivamente. Dizendo, por fim, que o planejamento é que confere consistência racional à atuação do Estado (previsão de comportamentos, formulação de objetivos, disposição de meios), instrumentando o desenvolvimento de políticas públicas, no horizonte do longo prazo, voltadas à condução da sociedade a um determinado destino” (GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**). Para maiores aprofundamentos acerca da questão do planejamento da economia sob a ótica jurídica, veja-se o texto de: AZEVEDO MARQUES NETO; Floriano; QUEIROZ, João Eduardo et alli. Planejamento. In: Curso de Direito Administrativo Econômico. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. v. 02. p. 347-349).

⁴⁴⁰ FARACO, Alexandre Diizel. **Regulação e Direito Concorrencial: As Telecomunicações**. São Paulo: Livraria Paulista, 2003. p. 128. A sensibilidade quanto à importância do art. 174 para a delimitação dos contornos da intervenção estatal é bastante difundida na doutrina, quando, por exemplo, se afirma: “A fonte constitucional que imprime uma legitimação geral à atuação reguladora é, primordialmente, o art. 174. É certo que o sentido desse dispositivo só pode ser plenamente compreendido quando interpretado no contexto das demais normas atinentes à ordem econômica na Constituição Federal (especialmente os princípios revelados no art. 170)”.

⁴⁴¹ LUNARDELLI, José Marcos; ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). Os Serviços de Telecomunicações e a Ordem Econômica Constitucional. In: **Revista da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. vol. XI – Direito da Regulação.

como a titularidade das atividades é do próprio Estado, deve-se aceitar a fixação de uma disciplina mais estrita⁴⁴².

Registre-se, por outro lado, aliás, por bastante oportuno que o tema da unicidade teleológica do regime já foi objeto de manifestação pela Consultoria Jurídica da Presidência da República, por Haroldo Valadão. A questão afetava acerca da competência federativa para autorização de instalação de usinas termoelétricas, tendo-se concluído que:

(...) o controle da União, derivado de sua competência constitucional, abrange qualquer forma de produção e aproveitamento de energia elétrica e que a legislação federal que atribui à União a competência para outorgar autorizações e concessões de usinas termoelétricas prevalece sobre o art. 180 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, que a reservou para o Estado e o Município dentro de seus limites territoriais.

E, ainda mais importante, o texto assim se refere à questão nuclear:

(...) se porventura se puder aproveitar assim a energia atômica para a produção da energia elétrica será preciso reformar a Constituição para considerar virtualmente, da União, a respectiva concessão e o devido aproveitamento. Fugirá então, a futura e principal fonte de produção e aproveitamento de energia elétrica, do controle federal?⁴⁴³

Em sendo parecer exarado em fevereiro de 1948, evidentemente que deve ser apreendido com as devidas cautelas, até mesmo para não se entender que a questão nuclear deveria ficar submetida à regulação elétrica – isto não ocorre, principalmente devido à sede constitucional autônoma da matéria nuclear. O que se deseja demonstrar com o breve extrato é predominância, já antiga em nosso direito, de um regime jurídico para toda a cadeia de produção de determinada fonte energética.

Portanto, desde a lavra até a produção eletronuclear, tudo isto deverá, ao menos enquanto permanecer o estado atual de coisas, como serviço público⁴⁴⁴, conceitualmente, aqui, definido pelo aspecto do regime jurídico⁴⁴⁵. Este

⁴⁴² FARACO, Alexandre Diizel. Op. cit., p. 128.

⁴⁴³ Fica, assim, evidente que não concordamos – sem embargo do respeito que merece – com a lição de Eros Roberto Grau quando assevera que “Enquanto nas atividades econômicas em sentido estrito prestadas pelo Estado, visa-se o atendimento de imperativo da segurança nacional ou de um relevante interesse coletivo (cf. art. 173 da CF), no caso dos serviços públicos almeja-se o interesse sócio”. Analisando o trecho, com total procedência, aliás, Alexandre Ditzel (obra citada) remarca que: “Em linha com Léon Duguit e Ruy Cirne Lima, o autor destaca que a noção de serviço público há de ser construída sobre as idéias de coesão e interdependência social. Restaria por precisar, entretanto, o que distinguiria o interesse coletivo do interesse social assim concebido. Permanece, em princípio, a perplexidade referida acima (i.e. como justificar que certos serviços de telecomunicações tenham mais relevância para a coesão e interdependência social do que as atividades ligadas à exploração de petróleo e gás natural). Ainda além, questionar-se-ia por qual motivo a exploração de gás natural (art. 177 da CF) estaria vinculada a um imperativo da segurança nacional, enquanto sua distribuição atenderia um interesse social (art. 25 da CF)”. Conferir: **Revista de Direito Administrativo**, n. 18, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1949. p. 338.

⁴⁴⁴ Id. Ibid., loc. cit.

⁴⁴⁵ Reforçando a tese ora defendida, Leonard White identifica, nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha a assunção do monopólio nacional de energia atômica como serviço público. (WHITE, Leonard. O Serviço Público no Mundo de Após-Guerra. In: **Revista de Direito Administrativo** n. 17. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1949). E, como não poderia deixar de ser, a questão não é pacífica. Alguns autores, como José Marcos Lunardelli afirma peremptoriamente que as atividades do art. 177 da Carta da República são atividades econômicas em sentido estrito monopolizadas pelo Estado. LUNARDELLI, José Marcos; ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). Op. cit.

posicionamento que talvez tenha, admita-se, algum elemento ideológico, encontra, ainda, eco no seguinte trecho de Calixto Salomão Filho, que afirma que:

(...) parece indiscutível a inaptidão do Direito Administrativo para transformar o particular em colaborador do processo de desenvolvimento. E note-se que é isso exatamente o que se afirma, ao se identificar princípios institucionais jurídicos que devem ser impostos aos particulares como fundamento para a regulação⁴⁴⁶.

Esclarece que

(...) o regime de concessão de serviço público se baseia na crença de que é possível transformar agentes privados em persecutores do interesse público. Entretanto, a base fundamental para que esse regime funcione é a possibilidade de previsão dos fins da atividade econômica pelo Estado. É necessário, portanto, teorizar o conhecimento econômico, prevendo, com precisão, o fim das atividades dos particulares⁴⁴⁷.

Com efeito, somente com a previsão constitucional dos fins da atividade econômica é que tal sistema poderá ter chances de obter sua efetividade máxima. No entanto, diante da “impossibilidade constitucional de tornar vinculante o planejamento para o setor privado, o sistema contratual fracassa, exatamente porque pouco apto a captar a pluralidade de interesses envolvidos pelo ambiente regulado”⁴⁴⁸.

Portanto o autor confirma o sentimento que permeia este escrito, no sentido de que, ao menos para o setor nuclear, somente em se considerando seu ciclo como serviço público é que se poderá realizar os objetivos de alcance da melhor efetividade e eficácia daquela atividade energética.

No mesmo sentido a opinião de Karine Finn⁴⁴⁹ quando cuida do setor de produção (hidráulica) de energia elétrica:

(...) muito embora se admita que a geração é uma fase muito mais competitiva do que a transmissão e a distribuição de energia elétrica, no entendimento de Rolim, inseri-la em regime privado, como outra atividade qualquer "seria reduzir indevidamente a possibilidade de o Estado concretizar os seus objetivos".

Defendendo também a natureza de serviços públicos do ciclo nuclear, com destaque para a operação das usinas, Carlos Ari Sunfeld, expressamente menciona que se trata de **serviço público reservado** exclusivamente à União⁴⁵⁰.

Parece ser também a opinião de Paulo de Bessa Antunes⁴⁵¹, quando enumera o que denomina de **princípio da atividade controlada**. Segundo o autor,

⁴⁴⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e Desenvolvimento. In: **Regulação e Desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002.

⁴⁴⁷ Id. Ibid.

⁴⁴⁸ Id. Ibid. O autor expende a mesma opinião em outra obra, ao afirmar que: “É inútil tentar mudar sua natureza através de regimes jurídicos específicos. Não há regime de direito público que consiga mudar, ao menos no que tange às decisões econômicas, a mentalidade individualista dos particulares, (o mesmo raciocínio feito acima poderia ser aplicado ao setor de saúde, por exemplo). O setor é, portanto, não-regulamentável. O Estado deve prestar diretamente o serviço”. (SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 28).

⁴⁴⁹ FIN, Karine; BARCELLAR FILHO, Romeu Felipe (coord.); TRYBUS, Daiana (org.) et alli. O Serviço de fornecimento de energia elétrica no Brasil. In: **Serviços Públicos: Estudos Dirigidos**. Belo Horizonte: Forum, 2007.

⁴⁵⁰ SUNFELD, Carlos Ari. Op. cit., p. 22.

(...) a utilização de elementos nucleares no Brasil não se encontra dentre as atividades econômicas que estão incluídas no modelo econômico da livre iniciativa. As alíneas a, b e c do inciso XXIII do art. 21 da CF determinam um rígido controle administrativo em território brasileiro. Neste particular, o legislador constituinte reafirmou o princípio de não-incidência do regime de economia de mercado em matéria nuclear, seja qual for a finalidade em que esteja sendo empregada.

Em termos teleológicos, também pode-se citar, em socorro da tese ora defendida, a lição de Marcos Juruena Vilella Souto⁴⁵² quando afirma que

(...) na regulação dos serviços públicos, busca-se a eficiência traduzida no conceito de serviço adequado, incluídas as idéias de generalidade, regularidade, cortesia, atualidade e modicidade das tarifas. Este último aspecto é bem diferente dos demais aspectos da regulação, seja na polícia seja no ordenamento econômico, porque nesses dois segmentos o que se busca é prevenir o abuso, mas não necessariamente garantir a modicidade, que é imperativo nos serviços públicos, porque esses, por lei, foram reconhecidos como indispensáveis à evolução da sociedade enquanto tal. No ordenamento econômico se busca a promover a competição, a livre concorrência.

Assim, parece que somente diante de um ordenamento que traga a questão nuclear como serviço público poderá o estado planejar de forma eficiente e eficaz o desenvolvimento da questão⁴⁵³. Não se olvide que a doutrina mesma afirma que uma das justificações para que uma atividade seja tida por serviço público é *favorecer o progresso técnico*⁴⁵⁴.

⁴⁵¹ ANTUNES, Paulo de Bessa. Op. cit., p. 832.

⁴⁵² Função Regulatória. In: **Revista Diálogo Jurídico**. Disponível em: www.direitopublico.com.br. Acesso em: 2007- 2010.

⁴⁵³ LOSS, Giovanni Ribeiro. **A Regulação Setorial do Gás Natural**. Belo Horizonte: Forum, 2007. p. 58. Tratando da questão do gás natural, afirma que: “por envolverem a extração de recursos naturais essenciais e esgotáveis, justifica-se a aplicação de forte intervenção estatal a essas atividades, objetivando, primordialmente, a promoção da conservação energética e a obtenção e a aplicação eficiente dos benefícios provenientes da exploração desses recursos à coletividade”.

⁴⁵⁴ CIRNE LIMA, Ruy. Op. cit., p. 201 e ss.

7 DA NECESSIDADE DE UMA ENTIDADE REGULATÓRIA NUCLEAR INDEPENDENTE E DA FORMA DE SUA REGULAÇÃO

Neste passo, passa-se a desenvolver o estudo acerca da necessidade de uma autoridade regulatória nuclear, bem como a forma de sua atuação regulatória.

Já restou demonstrado que, no âmbito da questão nuclear, é extremamente importante a existência de uma autoridade regulatória independente. Tal independência, também como visto, deve se dar não somente em relação ao governo central, mas também em relação aos operadores do sistema nuclear. Aliás, a título de ilustração, acrescenta-se que o art. 8(2) da Convenção acerca da Segurança Nuclear, refere-se expressamente à circunstância de que “a legislação nuclear deve assegurar a criação e funcionamento de uma autoridade regulatória nuclear, que não sofra interferências das entidades ligadas à promoção ou utilização da energia nuclear”⁴⁵⁵.

7.1 Linhas gerais

Na experiência internacional, com ênfase na França, os estudos demonstram que a existência de uma autoridade administrativa independente – ente regulatório – é um produto muito mais de determinadas circunstâncias: sociais, econômicas, políticas – do que propriamente de um sistema predeterminado e concebido. Aliás, a agência reguladora, como um instituto ligado ao próprio direito administrativo e relacionado ao tema *serviço público*, não poderia ter outro enquadramento. Destarte, aliás, o próprio modelo de agências independentes não é uniforme, mesmo no direito francês. Há autoridades que não possuem, por exemplo, dotação orçamentária própria ou mesmo quadro próprio de pessoal. Para os autores daquele país,

(...) tal heterogeneidade não é de causar surpresa. Ela está ligada às próprias razões que deram causa à criação de tais entidades, eis que as autoridades são muito mais um fruto das circunstâncias do que de um sistema preconcebido. São elas nascidas muito mais para resolver um problema num dado momento, em um contexto. Assim, cada autoridade é concebida (...),

⁴⁵⁵ *International Nuclear Law: History, Evolution and Outlook*. Viena: OECD/NEA, 2010. p. 418.

Consecutivamente em relação a tais condições geratrizes então presentes⁴⁵⁶. Mas isto não significa dizer que não haja um mínimo de estrutura necessária, ou seja, um modelo cujos esteios mínimos não devam ser observados quando da constituição e funcionamento de uma entidade regulatória. Estes seriam de duas ordens, fundamentalmente, com base na regulamentação europeia:

(...) a separação entre as autoridades regulatórias e os operadores do mercado; necessidades relativas à regulação de determinados mercados ou certos setores, como os mercados financeiros: o contexto internacional não permite senão uma pequena margem de manobra aos diversos países quanto à regulação local (...)

Que deve se harmonizar com as normas internacionais⁴⁵⁷.

De certa forma, aliás, a comprovação empírica de tal circunstância é alentadora, no sentido de que realmente apenas com discussões em grau dialético pleno é que se poderá ter uma concepção necessária para as agências.

Tendo já por pressuposto o fato de que o ciclo nuclear está abrangido pelo conceito de serviço público, é de se ver que o planejamento estatal para o setor será, na forma do art. 174 da Constituição, vinculante.

Deve-se ainda discutir acerca do modelo de uma agência reguladora, neste passo, em linhas gerais. Em outras palavras, se deve ou não haver um modelo genérico e geral para todas as agências e até que ponto pode-se insistir na homogeneidade entre tais entidades. Ocorre que há, basicamente, três gêneros de questões que devem ser postas para se esquadriñar o desenho de uma autoridade regulatória, que dizem respeito, primeiramente “à inserção da agência em seu ambiente, em segundo lugar ao exercício de suas atividades” e, em terceiro plano, “à sua prestação de contas”. Na França, por exemplo, estudando tais questionamentos, defende-se o “irrealismo de um modelo jurídico uno de autoridades regulatórias independentes”, recusando-se, aliás, mesmo a um **modelo genérico**, sendo que tal homogeneização significaria “privar as entidades reguladoras seria violar a sua própria razão de existência que seria dar uma resposta adequada a um problema específico em dado momento”. Assim, “a composição, as atribuições, o grau de independência e o perímetro de ação de cada autoridade deve variar” entre as próprias autoridades “e em virtude das mutações que afetem o ambiente em que se encontra inserida”⁴⁵⁸.

⁴⁵⁶ JENNY, Frédéric. *L'Environnement International d'une Autorité de Régulation de la Concurrence*. Disponível em: Conselho de Estado da França. Acesso em: 2000- 2002; 2005; 2010.

⁴⁵⁷ Id. Ibid.

⁴⁵⁸ Id Ibid.

Talvez a lição possua sua radicalidade, que deve ser bem interpretada. Parece possível estabelecer linhas gerais para o modelo de agência reguladora, mas sempre tendo em mente as especificidades do mercado a ser regulado, inclusive, e este dado é relevante aqui, se ela será uma agência reguladora de um mercado de serviços públicos concedidos ou delegados ou de atividades estritamente econômicas ⁴⁵⁹.

7.2 Do arcabouço geral para uma agência reguladora independente

Neste capítulo, passa-se a tratar de um arcabouço mínimo para a eficiência e eficácia de uma entidade regulatória autônoma. Ou seja, para que ela possa atingir os fins colimados.

Assim, descreveram-se tais esteios para ao final retomar o tema da independência da entidade reguladora, já a analisando perante a questão nuclear.

7.2.1 Independência⁴⁶⁰: linhas gerais

Pedra de toque para o correto funcionamento de uma agência reguladora é a sua independência. Ou, como alguns setores doutrinários costumam se referir, a sua **autonomia reforçada**⁴⁶¹.

Ou seja, para que funcione conforme pretendido, o modelo de agências reguladoras não pode prescindir da autonomia de tais autarquias especiais. Nesse

⁴⁵⁹ Exemplo de tal distinção, aliás, na França, se dá quando se analisa a regulação das atividades de audiovisual. Com efeito, “o estudo da autoridade pública independente competente para regular a comunicação audiovisual revela a aparição de uma nova forma de intervenção estatal em um setor sensível para o exercício das liberdades”. JUHAN, Michel. **L’Autorité Publique Indépendante de Régulation de la Communication Audiovisuelle**. Tese (Doutorado). Universidade de Montpellier, 1994. Disponível em: www.biu-montpellier.fr. Acesso em: jun. 2010. No mesmo sentido: SALL, Babaly. **Contribution a l’Etude des Autorités Administratives Indépendantes**. Tese (Doutorado). Universidade de Montpellier, 1990. Disponível em: www.biu-montpellier.fr. Acesso em: jun. 2010.

⁴⁶⁰ MANSION, Stéphanie. La Notion d’Indépendance em Droit Administratif. Tese (Doutorado). Universidade de Montpellier, 1995. Disponível em: www.biu-montpellier.fr. Acesso: jun. 2010. Interessante notar que no Direito Francês, cujo grau de desenvolvimento é indubitável, ainda se afirma que “mencionada pelos textos legais e pela jurisprudência, a noção de independência não foi jamais definida”. O autor propõe, então um conceito de independência: “que consistiria numa emancipação de certos agentes em relação a regras de subordinação, o que seria garantido por dispositivos estatutários. Resultaria esta noção da conjunção de dois aspectos complementares: um aspecto funcional e um aspecto estatutário. A emancipação em relação a regras de subordinação hierárquica ou de tutela. Caracterizada, assim, por uma liberdade de função, a independência deve, outrossim, ser limitada pelo legislador, pela opinião pública e pelo judiciário”.

⁴⁶¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 331 e ss. Confirma-se neste trecho do autor: “o que caracteriza as agências reguladoras é a independência ou autonomia reforçada que possuem em relação aos Poderes centrais do Estado e, em especial, frente à Administração Pública central”.

sentido a lição do Prof. Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁴⁶², ao remarcar a questão da independência sobre os pilares da autonomia, sendo esta entendida no sentido de que

(...) no caso das agências reguladoras, além das tradicionais características autonômicas de que gozam as autarquias, em geral, há essa outra e com nova dimensão de autodeterminação que resulta da abertura, pela lei, de um espaço decisório deslegalizado em seus respectivos setores de atuação.

Para o autor, é somente diante de um modelo assim que se poderá garantir que as agências possam manter a equidistância entre as influências político-partidárias e eleitoreiras e as tentativas de captação da vontade do órgão regulador por parte dos operadores do mercado.

No mesmo sentido é a lição de Issac Benjó⁴⁶³. Afirma o referido autor que como principal instrumento para garantir o fundamento teleológico de uma entidade regulatória é um feixe de “poderes suficientes para agilidade na tomada de decisões e ao mesmo tempo em que suas relações de intervenção no mercado devem ser diminutas e restritas”.

Como se pode bem observar, assim, a autonomia da agência é um objetivo geral que não se sustenta por si só. Ela necessita da junção de outros fatores estruturais para que, apresentando-se de forma a mais plena possível, possa desincumbir-se de seus deveres de forma satisfatória.

7.2.1.1 Independência dos gestores

Ponto que merece destaque, dentro do sistema arquitetado para o modelo de regulação é o da nomeação e da exoneração dos titulares de cargos dentro das agências.

Com efeito⁴⁶⁴:

(...) quanto à independência necessária para que se garanta o exercício politicamente neutro exigido pela função de regulação, deve ser entendida com um

⁴⁶² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 24. Ver também, do mesmo autor: A Independência das Agências Reguladoras. In: Boletim de Direito Administrativo, n. 6. NDJ, jun. 2000, pp. 417, 418 e, ainda do mesmo autor, Algumas Notas sobre Órgãos Constitucionalmente Autônomos - Um Estudo de Caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil. RDA, p. 223/08.

⁴⁶³ BENJÓ, Isaac. **Fundamentos de Economia da Regulação**. Rio de Janeiro: Thex, 1999. p. 109 e ss.

⁴⁶⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., loc. cit.. Ver, também, do mesmo autor: A Independência das Agências Reguladoras. In: **Boletim de Direito Administrativo**, n° 6. NDJ, jun./2000. p. 417-418. e Algumas Notas sobre Órgãos Constitucionalmente Autônomos - Um Estudo de Caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil. RDA, 223/08.

conteúdo restrito a quatro aspectos: a independência dos gestores, a técnica, a normativa e a gerencial, orçamentária e financeira.

Pode-se, portanto, se iniciar a análise dos **pilares da autonomia de uma agência** por um de seus aspectos mais sensíveis, que diz respeito à independência dos gestores, bem entendido, independência no sentido de poderem aplicar a melhor solução possível sem receio de exonerações ou equivalentes fáticos quando sua decisão contrariar opiniões tanto dos, muitas vezes poderosos operadores do mercado, quanto das instâncias governamentais centrais.

A propósito deste aspecto, cumpre noticiar a existência da Súmula 25 do Supremo Tribunal Federal, com os seguintes termos: “A nomeação a termo não impede a livre demissão, pelo Presidente da República, de ocupante de cargo de dirigente de autarquia”. Esta é uma orientação já antiga na jurisprudência nacional, como se pode observar, inclusive pela própria numeração da súmula.

No entanto, no julgamento da ADIN 1949-0, a Corte Suprema Brasileira superou este entendimento histórico, passando, ainda que em sede de liminar, constitucional a previsão de vedação de exoneração *ad nutum* dos dirigentes das agências. Aproximou-se, aí, o Supremo, de seu próprio entendimento, que sempre julgou aplicável às Universidades públicas, entendimento sumulado sob o número 47, com a redação que se segue: “Reitor de Universidade não é livremente demissível pelo Presidente da República durante o prazo de sua investidura”.

Melhor explicitando, no julgamento da Medida Cautelar na ADIN 1949-0, o Supremo Tribunal Federal julgou como constitucionais, ao menos *ab initio*, as restrições impostas ao poder de livre nomeação e exoneração do Chefe do Poder Executivo quanto aos dirigentes das agências reguladoras.

A Corte Constitucional entendeu que tais restrições não violavam as competências da Chefia Executiva, optando por entendê-las válidas, somente podendo ser retirados de seus cargos, antes do término de seu mandato, por justa causa comprovada mediante prévio processo administrativo onde ficassem assegurados contraditório e ampla defesa. Bem verdade que houve voto vencido do Min. Sepúlveda Pertence, que optou por aplicar, à situação, a velha Súmula 25 do próprio STF.

O novel julgamento do Supremo Tribunal baseou-se, entre outras fontes, de antigo voto vencido do então Ministro Victor Nunes Leal, que havia entendido pela constitucionalidade da vedação da exoneração *ad nutum* pelas seguintes razões: (1)

a Constituição da época dispunha (aliás, a atual também, em seu art. 84 inciso XXV) que cabia ao Presidente da República o provimento dos cargos públicos na forma que a lei dispusesse; (2) tomando como vetor o emblemático exemplo dos Estados Unidos da América, por conta da quase identidade do regime de governo e semelhanças da forma de estado, onde tais restrições já eram praticadas e aceitas e nem por isso entendia-se arranhado o Presidencialismo; (3) citando um famoso caso, denominado Humphrey, afirma que aquele que fica no exercício de um cargo somente enquanto agrada a outrem hierarquicamente mais poderoso, não pode ser entendido como alguém que haja com independência; (4) o risco aventado de um Presidente impor a seu sucessor o prolongamento de seu próprio governo, através da permanência de gestores em agências, somente ocorrerá nos primórdios da entidade posto que, decorridos alguns anos, a mesma agência contará com dirigentes lá alçados por diferentes Presidentes. Estas foram, entre outras, as razões do voto vencido do então Ministro Victor Nunes Leal, que, décadas de desenvolvimento jurídico depois, se tornou, pelas mãos do Ministro Jobim, enfim, o entendimento que predominou no Supremo Tribunal Federal.

Acerca do entendimento esposado pelo Supremo na referida ADIN, é de grande valia transcrever os comentários de Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁴⁶⁵, o qual, além de criticar a lógica presidencialista da antiga Súmula 25, aduz ainda que:

Essa previsão de investidura por prazo determinado era providencialmente necessária para estabelecer um regime de autonomia administrativa, desenhado por lei, como condição necessária para desenvolver uma política legislativa sobre um determinado setor, sem interferência da política partidária, desenvolvida pelo Executivo, à semelhança do que já ocorria abundantemente em outras nações e, destacadamente, nos Estados Unidos da América.⁴⁶⁶

Essa autonomia dos dirigentes é de sobremodo importante para a autonomia da própria agência, embora. Todavia, sempre é interessante ter-se em mente a seguinte advertência de Benjó⁴⁶⁷, no sentido de que “a isenção política de cada conselheiro é condição utópica. Nos Estados Unidos, a questão é contornada através do sistema de pluralidade partidária no quadro executivo”.

Para o citado autor, a autonomia do órgão regulador é questão distinta da isenção dos conselheiros, muito embora reconheça que “a garantia desta (isenção) pode ser elemento consolidador daquela (independência)”. Mas, para ele, seria ilusório imaginar que as agências, mesmo com diretorias de mandatos fixos, estariam

⁴⁶⁵ In: **Boletim de Direito Administrativo**, n. 06 NDJ, jun. 2000. pp. 417-418.

⁴⁶⁶ Vale ressaltar que retornaremos ao tema no item subsequente, ao falarmos da garantia de estabilidade dos dirigentes das agências como meio para a finalidade da independência e, principalmente, da imparcialidade.

⁴⁶⁷ BENJÓ, Issac. Op. cit.

livres de “constrangimentos políticos e da pressão dos agentes econômicos”. No entanto, também aqui reconhece que “o mandato fixo e a natureza do processo decisório mais democrático, com julgamento de conflito de interesses sempre aberto ao público, acabam sendo uma forma de reduzir a ingerência política”⁴⁶⁸.

Também Marcos Juruena Villela Souto⁴⁶⁹ aborda a questão, sob um aspecto pouco explorado, que diz respeito à situação da diretoria ou presidência, ou o que lhe faça as vezes, diante de uma lei que venha a extinguir o órgão regulatório. Perquire o autor acerca da “eventual existência de um direito adquirido à percepção da remuneração” quando houver a extinção do cargo. Traz, analogicamente, à baila, o autor, o caso nascido da extinção de Conselho Estadual de Cultura, no Estado do Rio de Janeiro. Naquela hipótese, como relata, não havia “direito adquirido dos conselheiros a perceber remuneração após a extinção do órgão”, fundamentando-se tal entendimento mediante a assertiva de que a norma que organiza órgão público apenas instrui “preceitos genéricos, objetivos e impessoais, não sendo capazes de criar direitos subjetivos eis que visam apenas outorgar ao novo órgão sua estrutura”. Ou seja, o *status* jurídico dos ocupantes dos cargos somente se mantém enquanto em vigor a norma organizativa. No entanto, apresenta argumento em sentido contrário, uma vez que

(...) se tal segurança puder vir a ser afastada pela possibilidade de se extinguir o direito dos dirigentes, não resta dúvida que os investimentos de que dependem o desenvolvimento econômico e a adequada prestação dos serviços públicos irão desaparecer.

Por isso que apresenta como paradigma mais próximo o caso dos Conselheiros do Conselho de Contas do antigo Estado do Rio de Janeiro, em que se reconheceu a eles “o direito a perceber seus vencimentos após a extinção do órgão em razão da vitaliciedade a eles inerente no momento da investidura”⁴⁷⁰.

Outro elemento fundamental para a autonomia dos dirigentes diz respeito a atribuição de competências privativas para eles e para a própria entidade regulatória. Este aspecto é bastante explorado por Marçal Justen Filho⁴⁷¹: trata-se, em primeiro plano, das por ele denominadas competências privativas ou cumulativas, ligadas ao critério da especialidade da agência. Confira-se:

Um dado relevante a propósito da autonomia das agências relaciona-se com a privatividade ou não de suas competências. Serão muito mais autônomas as agências

⁴⁶⁸ Id. Ibid.

⁴⁶⁹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização – Privatizações, Concessões, Terceirizações e Regulação**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 450 e ss.

⁴⁷⁰ Id. Ibid.

⁴⁷¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 398 e ss.

quando forem titulares privativas de certas competências. Se determinadas decisões puderem ser produzidas quer pela agência como por outros órgãos do Executivo, configurar-se-á ausência de autonomia.

Com razão o referido autor, uma vez que, caso a agência se negue a praticar determinado ato, por entendê-lo não condizente com as políticas públicas da área ou mesmo porque ilegal, ou enfim, por outro motivo juridicamente relevante, caso esta medida possa vir a ser implementada pela administração central, estar-se-á diante de um sistema que aceitaria fraude a si mesmo. E, ainda que por via travestida, se estará impondo algum grau de subordinação da agência em relação à outra instância decisória. Outra forma de entender tal situação seria a de que isto significaria, ainda por vias transversas, a instituição de um recurso administrativo *disfarçado*. Assim, “pressuposto essencial para a configuração de uma entidade autônoma consiste na existência de competências exclusivas, determinadas legislativamente, de modo a excluir o poder jurídico ou político de outro órgão para determinar as hipóteses em que caberá a atuação”⁴⁷².

Destarte, para que se caracterize a autonomia dos dirigentes, é preciso que, embora não seja garantia absoluta, a estabilidade dos dirigentes deve estar prevista, assim, como a exclusividade de suas competências.

7.2.1.2 Ausência de recurso hierárquico impróprio

Outro ponto a ser remarcado no modelo autonômico das agências reguladoras é o do descabimento sistêmico do assim denominado recurso hierárquico impróprio.

Por definição, tal forma de recurso de apresenta como instância extraordinária para fora da entidade em que a questão foi ou é decidida. Figura-se sempre como um instrumento de tutela da administração central sobre (i) órgãos dotados de certa autonomia, ainda que não sejam pessoas jurídicas em si; (ii) entidades da administração descentralizada, como autarquias, fundações, etc.

O tema foi abordado tangencialmente em item anterior, eis que ligado, sem dúvida à questão da exclusividade das funções da agência e de seus dirigentes. Mas faz-se necessária sua apreensão em separado, para a sua melhor compreensão. Alexandre Aragão⁴⁷³ noticia a existência de controvérsia acerca da regularidade

⁴⁷² Id. Ibid., loc. cit.

⁴⁷³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 124 e ss.

sistêmica de previsão de recursos, para a administração central em regra, em relação às decisões tomadas pela entidade regulatória – ou seja, previsão da sua revisibilidade. O autor afirma que, diante do

(...) direito positivo de pronto podemos afirmar que nenhuma lei prevê a existência de recurso administrativo hierárquico impróprio contra as decisões das agências reguladoras, o que por si só bastaria para eliminar tal possibilidade em razão da vetusta doutrina do “pas de tutelle sans texte, pas de tutelle au delà du texte”.

Muito embora, dentre as leis instituidoras das agências federais, somente as da ANATEL (Lei 9472/97, art. 19. inc. XXV) e da ANVISA (Lei 9782/99, art. 15, inc. VII e § 2º) sejam expressas no sentido de serem as próprias autarquias a última instância administrativa de julgamento de seus recursos, pode-se afirmar, de acordo com os princípios acima elencados que, inexistente qualquer possibilidade de recurso hierárquico impróprio das decisões das agências.

Este é o sentimento da doutrina, aqui representada por Alexandre Aragão⁴⁷⁴ que assevera que a proibição expressa de recurso para além das instâncias da agência não é relevante – ao menos teoricamente – uma vez a sua admissão é que **deve ser expressa**. Acrescenta que:

(...) o próprio Decreto lei 200/67, aplicável às agências reguladoras no que não contrariar suas leis específicas, não inclui os recursos hierárquicos impróprios entre os mecanismos de supervisão ministerial disciplinados por seus arts. 19 a 29.

A doutrina estrangeira parece concordar com a assertiva. Gaspar Ariño Ortiz⁴⁷⁵ afirma que: “obviamente que contra os atos de uma autoridade reguladora não cabe recurso ao Ministro, pela simples razão de que este não é superior hierárquico daquela. Só é cabível, por pura lógica, o recurso aos tribunais”.

No entanto, o repertório decisório administrativo federal nacional assinala um caso de admissão de recurso hierárquico impróprio. Esta circunstância é apontada por Aragão⁴⁷⁶, que, ao se referir à decisão do então Ministro da Justiça, aponta duas circunstâncias, apontadas por aquela autoridade para conhecer do respectivo recurso, que merecem análise mais acurada.

A primeira delas é a de que “as questões concernentes a políticas públicas relevantes não devem escapar à análise da Administração central”. Este argumento tem sua carga de sedução, eis que como, por definição, as políticas públicas devem estar coordenadas entre si, somente a sua determinação centralizada garantiria tal circunstância. Daí que questões resolvidas pelas agências não poderiam escapar a

⁴⁷⁴ Id. Ibid., loc. cit.

⁴⁷⁵ Apud Id. Ibid., loc. cit.

⁴⁷⁶ Id. Ibid., loc. cit.

alguma espécie de controle de última instância pela administração central. No entanto, em face de tal assertiva pode-se muito bem lembrar que o modelo das agências prevê exatamente a forma de formulação conjunta do poder central juntamente com aquelas entidades, no que concerne às políticas públicas. São comuns, outrossim, expressões legais no sentido de que esta ou aquela agência opinarão na formulação das políticas públicas do setor em que atua. Este procedimento participativo, aliás, é um elemento legitimação da própria agência dentro do sistema. Assim, se já se prevê a participação da agência na política pública formulada pelo Estado, juntamente com o poder central, demonstra-se falacioso tal argumento, já que distorce o sistema, possibilitando, na verdade, uma definição casuística e *a posteriori* de uma política que deve e é definida de forma geral e **apriorística**.

A segunda argumentação reside numa aplicação do princípio da ampla defesa e do contraditório, em cujo conteúdo estaria armazenada a possibilidade de recurso administrativo contra decisão final de agência para o poder central. Este argumento não se sustenta. Em primeiro lugar porque é assente que a ampla defesa e o contraditório não contêm em si necessariamente a possibilidade de um duplo grau decisório. Demais disso, permitir a existência de tal sorte de recursos acabaria por anular ou combalir o modelo de agência, deixando inúteis os demais esteios do sistema como, por exemplo, a autonomia dos dirigentes – infrutífera, de resto, se suas decisões puderem ser revistas por órgãos não infensos a pressões econômicas e político-partidárias.

O sentimento, no âmbito internacional, é bastante semelhante. O Conselho de Estado da França⁴⁷⁷ já se manifestou neste sentido acerca das autoridades administrativas independentes:

De acordo com uma abordagem comumente admitida, as autoridades administrativas independentes podem ser definidas como organismos administrativos que agem em nome do Estado e que dispõem de um real poder, sem que com isso se despreze a autoridade da administração central. Elas apresentam, no entanto, uma importante particularidade no que diz respeito aos princípios tradicionais de organização do Estado, no sentido de abolir o poder hierárquico do respectivo Ministro de Estado, ou a tutela administrativa⁴⁷⁸.

⁴⁷⁷ JENNY, Frédéric. Op. cit. Assim, pode-se observar que a função regulatória em França é apenas um dos exemplos em que se depara a doutrina com autoridades administrativas independentes. Inclusive, sublinhe-se, reconhece-se que há autoridades administrativas independentes que tiveram seu reconhecimento como tal pela própria jurisprudência, muito embora não tivessem tal previsão em sede legal.

⁴⁷⁸ Id. Ibid.

Destarte, já se reconhece, a existência - bastante pacífica, segundo o texto - de autoridades administrativas agindo em nome do Estado, com o que se denominou de um poder efetivo, funcionando, todavia, em um sistema no qual estivesse abolido o recurso hierárquico impróprio. E, como se pode constatar pela leitura do que aqui se defende, inclusive, é um ponto sobre o qual se insiste em demasia, para que reste assegurada a independência do ente regulador. O trecho já mencionado ainda adverte que sobre a base de tal definição genérica, reconhece inclusive a existência de autoridades administrativas independentes por construção jurisprudencial, reafirmando, aliás, uma circunstância já apreciada anteriormente aqui, no sentido de que tais organismos **não constituem um conjunto homogêneo**, ao contrário, **apresentam bastante heterogeneidade**⁴⁷⁹.

7.1.2.3 A necessária imparcialidade que nasce da autonomia

Dada a importância que se busca emprestar às agências reguladoras, conforme já se asseverou, fundamental é que se assegure a sua imparcialidade. E o caminho para tanto passa, necessariamente, pela autonomia.

Restou visto no item acima que mesmo no sistema francês, que já vem lidando de forma mais científica com o tema há considerável mais tempo do que nós, o problema da autonomia não restou ainda resolvido.

Será através de procedimentos, regramentos e decisões imparciais que a agência imporá uma regulação e fiscalização do respectivo segmento social de molde a adimplir as mais elevadas expectativas.

Observemos que este item está intimamente ligado ao anterior, motivo pelo qual alguns temas se repetirão, com determinados aprofundamentos.

No que toca à imparcialidade, Diogo Figueiredo Moreira Neto⁴⁸⁰ apresenta um conjunto de considerações que contribuem para melhor compreensão da questão. Especificamente quanto à autonomia enquanto instrumento para a imparcialidade, afirma o autor que

⁴⁷⁹ Id. Ibid.

⁴⁸⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 24. Ver também do mesmo autor: A Independência das Agências Reguladoras. In: **Boletim de Direito Administrativo**, nº 6. NDJ, jun./2000. pp. 417, 418 e Algumas Notas sobre Órgãos Constitucionalmente Autônomos - Um Estudo de Caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil. RDA, 223/08.

(...) tal característica será imprescindível para que os agentes reguladores cheguem à definição do interesse geral, que devem retirar dos fatos e fazer prevalecer, sopesando, balanceando, ponderando todos os interesses em jogo, inclusive interesses públicos genéricos, sem considerá-los subjetivamente, ou seja, em função das pessoas que os deduzam ou defendam, não contém, por conceito, qualquer pré-definição de interesses públicos específicos interferentes sobre a matéria da regulação. Na verdade, em se tratando de relações sujeitas à regulação a doutrina é clara: 'Não há prevalência de um interesse público sobre interesses privados, mas necessária coexistência de todos os interesses em jogo', daí a exigência de imparcialidade na função reguladora.

Assim, a função da entidade regulatória, uma vez estabelecida em termos seguros sua autonomia deve ser imparcial no sentido de se tratar de uma função neutra. O interesse público a ser perseguido, na hipótese, é aquele que entender o agente público, vez que o legislador deixou de defini-lo especificamente, por meio do fenômeno da deslegalização, que será estudado mais adiante. Assim, a agência deverá perseguir o melhor ponto de equilíbrio no ambiente setorial em que atua. A busca deste ponto de equilíbrio evidentemente que não se dará de forma unilateral pelo órgão regulatório, mas pela participação dos interessados na formação de sua vontade, de forma técnica, evidentemente – ou seja, expurgada qualquer captação ilícita da vontade do ente regulatório – o que se dá por meio, por exemplo, de **audiências públicas** realizadas antes da confecção de normas regulatórias, com a participação dos **players** do mercado e da sociedade civil como um todo. Este procedimento, aliás, faz parte do conceito de **democracia material**, que também será objeto de observação mais adiante.

O autor também menciona doutrina alienígena, para melhor explicitar tal conceito⁴⁸¹, lembrando a lição de Bernstein no sentido da importância da participação e debate dos interessados no procedimento regulatório ou mesmo decisório das agências reguladoras. Trata-se de um novo tipo de relação, com uma participação direta dos interessados na formação da vontade estatal.

7.3 Da independência da entidade regulatória nuclear

O tema já foi tratado por sob o viés de princípio. Aqui, trata-se dele sob a égide de conceito. Chega a ser, hoje, mezinha, a lição segundo a qual

(...) a doutrina indica a exigência de se afetar a regulação a organismos com prerrogativas peculiares; de um lado, com competência técnica especializada,

⁴⁸² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit. e as demais obras já indicadas anteriormente deste autor.

exorbitante em relação àquela ordinariamente utilizada na administração tradicional; de outro lado, apta para exprimir uma posição de neutralidade, no senso mais equidistante a respeito dos múltiplos interesses em jogo, relevantes e potencialmente conflituosos⁴⁸².

Parece evidente, mas não é demais ressaltar, de outra ponta, que a independência da agência, pressuposto para sua neutralidade, não é um fim em si mesma, mas um instrumento para desenvolvimento de suas funções precípuas.⁴⁸³

O princípio da independência da entidade regulatória se insere na análise do quadro institucional geral – ou seja, das entidades que, em determinado país, estão a cargo de competências nucleares.

Assim, e como insistentemente defendido nestas linhas, o organismo regulador da energia nuclear deve ser dotado de autonomia. Tal autonomia passa não somente pela possibilidade de editar normas regulatórias sem necessitar da aprovação de outras instâncias do Poder Executivo, que não sejam cooptadas pela iniciativa privada por meio do processo de captação ilícita da vontade, mas também da existência de todo um arquétipo, composto de aspectos como o do mandato a termo dos seus dirigentes e da fonte própria de receitas, tudo conforme já descrito anteriormente, inclusive nos trechos em que tratamos dos **princípios do direito nuclear**.

7.4 Da função regulatória e da função regulatória da agência nuclear

Aqui, passa-se a cuidar das funções mais relevantes de uma agência reguladora, com fito de construir, de forma científica, uma estrutura sobre a qual possa se alicerçar uma autoridade regulatória nuclear. O ponto central será a atividade **regulatória**, eis que é nele que mais se diferencia ao menos quanto ao que se quer ressaltar uma agência de outras entidades autárquicas não regulatórias.

7.4.1 Função regulatória: linhas gerais

⁴⁸² DI BONA, Laura. *Potere Normativo Degli. Autorità Indipendenti e Eontracto. Modellò di Eteronomia Negoziale nei Settori de Energia Elettrica e dei Gas*. Nápoles: Eidizioni Scientifiche Italiane, 2008. p. 79.

⁴⁸³ Id. *Ibid.*, loc. cit. A autora tem um trecho interessante sobre este aspecto: “il carattere della neutralità appare, già in questa impostazione, direttamente strumentale alio svolgimento di una funzione di mera vigilanza sul rispetto di regole finalizzate a l'efficienza del settore (...)”. Assim é que, se para a mera vigilância, é necessária neutralidade, mais ainda será este postulado necessário quando se trata de fazer regras e aplicá-las.

Como já defendido, a função reguladora é diversa da mera função regulamentadora, como se exporá em item adiante. Por ora, nesse breve intróito, é de se traçar algumas linhas diferenciatórias. Por outro lado, e conforme ressalta a doutrina, embora haja uma grande semelhança, há alguns traços diferenciadores entre as novas autarquias e aquelas outras cuja função era ordenadora econômica e/ou de polícia.

Esta diferenciação reside, no dizer de Conrado Hübner Mendes⁴⁸⁴ no seguinte:

(...) regulação, por sua vez, parece que assume sentido mais amplo do que se deu à administração ordenadora e ao poder de polícia. A doutrina de Direito Econômico faz uso desse 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 a regulação tanto quando tem um vínculo genérico com o administrado (livre iniciativa da atividade econômica em sentido estrito) quanto no caso de possuir um vínculo específico (serviços públicos prestados mediante concessão ou permissão). (...) A amplitude da regulação que exercem e o grau de independência que possuem, porém, podem ser os primeiros elementos a conferir especificidade as atuais agências.

Marcus Juruena Villela Souto⁴⁸⁵ também oferece seu conceito acerca da função regulatória, ao afirmar que, se trata de um mecanismo cuja dinâmica envolve o trespasse do poder político pela autoridade eleita, com a predeterminação de “standarts”, inclusive adaptado a um conjunto de políticas públicas. Na esteira de tais condicionantes então entra em jogo a atividade regulatória, cujos **comandos técnicos** traçam normativas. Daí se pode ver que não existe, em tal terreno discricionariedade ampla na atuação dos agentes econômicos, mas, isto sim, o exercício de atividade de acordo com determinados parâmetros editados pela autoridade.

A quantidade, a qualidade e a intensidade de tais comandos regulatórios, é de se observar, variará de acordo com o tema que se estiver regulando. Em se tratando de regulação de atividades econômicas em sentido estrito, certamente haverá uma intensidade menor de regulação; coisa diversa ocorre quando se regula serviço público, quando o ente está legitimado a editar normas regrantas com maior profusidade e densidade normativa.

Bem verdade que a função reguladora sempre esteve, em maior ou menor grau, entre as funções estatais de ordenação da economia. Sem dúvida que o BACEN e a CVM estão em patamar bem próximo ao das agências. Todavia, as decisões do Banco Central estão condicionadas pelo poder normativo do Conselho Monetário Nacional, bem como da vontade política do Presidente da República. Tal estado de

⁴⁸⁴HÜBER MENDES, Conrado; SUNFELD, Carlos Ari (coord.). Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os parâmetros de Discussão. In: **Direito Administrativo** Econômico. São Paulo: Malheiros, 2001. Ver também: ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 369 e ss.

⁴⁸⁵SOUTO, Marcos Juruena Villela. Op. cit., p. 37. Ver também: ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit.

dependência é incompatível com o arquétipo das agências. Quanto, a CVM, de acordo com o art. 6º da Lei 6385/76, seus diretores são demissíveis *ad nutum*, o que também, põe seu modelo em rota de colisão com o esquema traçado para as agências.

Insta aqui ressaltar, por oportuno que não é toda doutrina que coloca a função regulatória como instituto diverso do poder regulamentar. Juristas há, do naipe, por exemplo, de Gustavo Binembojm, para quem *o poder normativo das agências constitui uma das expressões do seu poder discricionários, sendo immanentemente infra legal*⁴⁸⁶.

7.5 Pressupostos jurídicos e colocação sistêmica do poder normativo das agências

Ao iniciar a jornada que levará ao entendimento do poder normativo das Agências, o primeiro ponto a se deter é, sem dúvida, o princípio da separação dos poderes. Outras paradas também serão inevitáveis, como o princípio da legalidade, entre outros que a serem vistos nas linhas que se seguem.

A doutrina sói apontar, entre os questionamentos principiológicos acerca das agências reguladoras, uma série de princípios e postulados, cuja análise prévia é necessária para o mapeamento jurídico das referidas agências.

7.5.1 O princípio do Estado Democrático de Direito

Sabe-se que o Estado de Direito, simplesmente, ainda sem a adição do termo democrático, surgiu em oposição às teorias do absolutismo, trazendo limites aos então arbitrários poderes dos soberanos, tendo como principal instrumento limitador a lei. Assim, o ideário do estado de direito contém principalmente a idéia de limitação e controle do poder estatal, bem como a proteção dos direitos individuais.

Bem assim, ao lado da concepção segundo a qual a atividade do Estado deve estar fundamentada no Direito, deve haver mecanismos de controle para aferição do

⁴⁸⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. Editora Renovar: São Paulo, 2006, p. 281.

cumprimento das regras limitadoras. Tal controle, hodiernamente, é exercido não somente através do Poder Legislativo, como pelo Tribunal de Contas (espécie de *longa manus* deste Poder), como também pelo Poder Judiciário, muitas vezes por provocação de particulares, outras, por obra do Ministério Público, e, enfim, pelos mecanismos de controle interno de cada Poder.

Com a evolução da sociedade, o adjetivo democrático veio a juntar-se à locução Estado de Direito. Não se tratou, entretanto, de mera conquista formal, ou de nomenclatura. A idéia de democracia é absolutamente substancial. Em outras palavras, não basta que seja o povo o detentor do poder e que o delegue aos seus representantes. É necessário que tais representantes se utilizem de tal outorga no interesse do povo, respeitando suas esferas de direito. Bem por isso, o parágrafo único do art. 1º da Constituição de 1988 estabelece que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente.

Por outro lado, é equivocado pensar-se que o Estado Democrático de Direito é resultado da mera soma do Estado de Direito com o Estado Democrático. O que há, nesta conversão de instituições é uma verdadeira exponenciação das potencialidades de cada um desses vértices. Exatamente esta a lição de José Afonso da Silva, ao afirmar que o Estado Democrático de Direito concilia as noções de Estado Democrático e de Estado de Direito, mas “não consiste apenas na reunião formal dos elementos desses dois tipos de Estado”.⁴⁸⁷

Assim, na esteira de Adilson de Abreu Dallari⁴⁸⁸, podemos afirmar que o conceito de Estado Democrático de Direito não está vinculado apenas à noção de submissão à lei, conjugando, todavia, uma série de atributos e princípios, dentre os quais podem despontar os que se seguem: a) o Estado deve ser regido por lei suprema; b) a lei, como manifestação da vontade do povo, deve ser obrigatoriamente observada tanto pelo povo quanto por qualquer autoridade; c) toda Constituição deve trazer em si direitos e garantias fundamentais sistematizados; d) necessidade de um organismo independente para exercer a jurisdição; e) deve ser assegurada a participação popular no exercício do poder político (princípio democrático); f) devem ser previstas e implementadas políticas de justiça social; g) a igualdade deve ser observada; h) os poderes devem ser independentes e harmônicos entre si; i) devem

⁴⁸⁷ SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. In: **RDA** 173/1988, p. 15.

⁴⁸⁸ DALLARI, Adilson de Abreu. Administração Pública no Estado de Direito. In: **RTDP** 5/1994, p. 33.

ser garantidas medidas protetivas à boa fé, sendo assegurada, portanto a segurança das relações jurídicas.

Alega-se uma falta de legitimação democrática contra o poder regulador das agências. A resposta a tal argumentação, traz-se a de Augustin Gordillo ⁴⁸⁹:

(...) em sentido similar, se disse que se exige uma autoridade reguladora dota ao mesmo tempo de preparação técnica, independência política e legitimação democrática. A legitimação democrática, no caso, vem do sistema de designação que deve ser feito por concurso, pois se salve que hoje em dia a democracia não é somente uma forma de se chegar ao poder, mas também uma forma de exercê-lo.

É importante acrescentar a tais assertivas que o conceito de democracia não encerra apenas um significado. E que, por outro lado, a democracia não é garantida apenas pelo princípio majoritário.

Por exemplo, no campo do direito societário, há o assim denominado conceito de **democracia econômica**, em decorrência do qual se afirma que o poder de voto de cada um dos sócios de uma companhia está na exata proporção do risco por ele assumido diante do investimento feito na companhia. Autores há que negam inclusive o caráter democrático da participação por voto e manifestação nas assembleias de Sociedades Anônimas. Esta análise é conveniente para o tema ora tratado, em virtude da semelhança de circunstâncias.

Modesto Carvalhosa⁴⁹⁰ assinala que a fase em que se encontra atualmente o instituto jurídico da **assembleia geral** vem demonstrando a inadequação da teoria democrática aplicada à prática societária. Verdade que o princípio democrático consagrava primordialmente o princípio majoritário. Ocorre que tal doutrina acabou por se tornar **um instrumento ate certo ponto simulado de um domínio oligárquico permanente e imutável**. Isto porque, diversamente do que ocorre no regime dos partidos políticos, que se alternam no poder em razão das mudanças de opinião do eleitor, nas companhias,

(...) tal mobilidade obviamente inexistente, já que se exerce o voto em função do capital possuído e não da pessoa do acionista e, muito menos, em razão dos méritos pessoais de um ou do outro grupo ou de seus respectivos programas de condução e orientação dos negócios da companhia.

7.5.2 O princípio da separação de poderes

⁴⁸⁹GORDILLO, Augustín. Tratado de Derecho Administrativo. t. I, cap. XV, p. 07. Disponível em: www.gordillo.com. Acesso em: 05 maio 2010. Ver também: ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 369 e ss.

⁴⁹⁰CARVALHOSA, Modesto. Comentários à lei das S.A. São Paulo: Saraiva, 2005. v. II, p. 499 e ss.

Passa-se agora ao princípio da separação de poderes, dado que é essencial para o entendimento das agências reguladoras, mormente de seu poder normativo.

Sabe-se que o modelo da tripartição de poderes não foi idealizado por Montesquieu. O francês teve como mérito, isto sim, de concatenar e sistematizar um pensamento que remonta, ao menos, desde Aristóteles⁴⁹¹. De toda sorte, seguem-se aquelas páginas. Na sua obra. De acordo com o autor, em todo Estado havia três espécies de poder: legislativo, executivo e judicial. Ele observa que, devido à propensão ao abuso por parte dos indivíduos que concentrassem o poder político, este mesmo poder deveria ser diluído na forma da distribuição para órgãos distintos e independentes entre si, aos quais corresponderia, então, o exercício de cada uma das funções reputadas essenciais ao Estado. O enfeixamento de todas nas mãos de um só seria prejudicial não só ao Estado enquanto instituição, mas, principalmente, à liberdade – tomada aqui em termos amplos – dos cidadãos.

Aliás, acerca da obra do francês, é preciso, como faz Leila Cuéllar, remarcar a retificação no sentido de que:

(...) Montesquieu não utilizou a palavras ‘separação’ e sequer aludiu à divisão absoluta de poderes. O que o autor propunha era uma distribuição das funções estatais e um equilíbrio entre elas, através da colaboração entre órgãos responsáveis pelo desempenho das mesmas, no intuito de evitar a concentração do poder, seu abuso e garantir a manutenção da liberdade política. Entendendo que deveria existir uma ação contínua dos poderes, uma verdadeira colaboração, destaca igualmente a contenção do poder somente pelo poder (‘le pouvoir arrête le pouvoir’).⁴⁹²

Assim, conforme retamente passa a concluir a citada autora, a teoria da separação de poderes⁴⁹³ busca, em sua essência, estabelecer, isto sim, um mecanismo equalizante e recíproco entre os órgãos, para, finalizando, garantir a liberdade.

A toda evidência, por mais brilhantes que seja tais formulações, e o são, entretanto, não podem simplesmente ser transplantadas literalmente para os dias de hoje, quando a concepção de Estado sofre uma séria modificação. Mormente diante de órgãos cujas funções deixariam um tanto perplexos os cultores da pureza da tripartição, tais como o Ministério Público e o Tribunal de Contas.

No âmbito da Carta Federativa de 1988, há preceitos positivados acerca da separação dos poderes. Mormente no art. 2º, de acordo com o qual: “São poderes da

⁴⁹¹ Sabe-se que o grego reconhecia a existência de três funções em todos os governos e se referia à criação de órgãos independentes para o exercício das mesmas. Eram tais funções o poder consultivo (que deliberava acerca dos negócios públicos), a magistratura (poder executivo) e o poder judicante (de fazer justiça). Depois dele, John Locke formulou uma concepção da separação de poderes em sua obra **Dois Tratados sobre o Governo**, de 1690.

⁴⁹² CUELLAR, Leila. Op. cit., p. 24 e ss. Ver também: ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 369 e ss.

⁴⁹³ Outra observação que deve ser feita, a bem do rigor científico, é a de que, para alguns autores, é criticável a nomenclatura separação de poderes, isto porque o poder seria uno e indivisível. O que seria passível de divisão são as funções atinentes ao poder. Por isto que parte da doutrina prefere utilizar a nomenclatura separação de funções em vez de separação de poderes.

União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, bem como o art. 60, parágrafo 4º, inciso III que não admite sequer proposta de emenda que tenda a suprimir a separação de poderes.

Por outro lado, e retomando a linha de raciocínio do parágrafo ante-anterior, é bastante assente em doutrina o entendimento segundo o qual não é mais possível uma caracterização de exclusividade hermética entre as funções dos poderes (aliás, uma lida mais cautelosa nos textos de Montesquieu mostra que nem mesmo ele pregou tal hermetismo). Hoje, principalmente, os poderes são chamados a desempenhar outras atividades que não aquelas que lhe seriam características, relativas mesmo, em parte, a outro poder. São as ainda denominadas funções atípicas.

Demais disto, em artigo denominado **The New Separation Of Powers**, Bruce Ackerman⁴⁹⁴ chama a atenção para o fato de que contemporaneamente as discussões acerca da separação de poderes devem envolver, além do Judiciário, as por ele assim denominadas **agências administrativas**, sublinhando necessidade de se terem definidos os papéis a serem exercidos por tais entidades, para se otimizar a gestão do estado. Demais disto, o autor insiste na eficiência por meio da profissionalização e isolamento de debates políticos por parte dos grupos técnicos do governo.⁴⁹⁵

Caminhando ainda no sentido que ora interessa, é preciso salientar que outra característica ínsita ao modelo de separação de poderes acolhido pela Carta de 1988 envolve a proibição de delegação de poderes, salvo previsão expressa em sentido contrário. Para o direito constitucional, em geral, a regra válida é a da interdição de delegação.

Mas, há doutrinadores que discrepam desse pensamento. Conforme se verá abaixo, há os que adotam entendimento no sentido de admitir a delegação. Para os objetivos do presente texto, tal investigação é importante, visto que, em páginas vindouras, ter-se-á que enfrentar o questionamento acerca da raiz do poder normativo das agências reguladoras, e saber se se trata de hipótese de delegação de poderes ou não.

Exemplo da corrente citada no parágrafo anterior é a opinião de Anna Cândida da Cunha Ferraz, segundo a qual a falta de previsão da Carta Federativa de 1988 no sentido de (não) prever cláusula de indelegabilidade de funções, poderia ser

⁴⁹⁴ACKERMAN, Bruce. *The New Separation of Powers*. In: **Harvard Law Review**, jan. 2000. v. 113, n. 3, p. 638-645. Ver também: ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit. p. 369 e ss.

⁴⁹⁵ACKERMAN, Bruce. Op. cit., p. 638-645.

interpretada no sentido da admissão da referida admissibilidade. São suas palavras as seguintes:

Delegar funções próprias, na visão clássica do princípio, era ferir de morte a separação de poderes. Todavia, ao longo da evolução dos tempos (...) a delegação, cuja vedação que vinha sendo, por primeiro, atenuada, é, posteriormente, amplamente admitida, de tal sorte que já não constitui cláusula – parâmetro para aplicação do princípio da separação de poderes, mesmo nos sistemas presidencialistas. Atualmente, a regra da não delegação de poderes se curva apenas a dois limites: de um lado, a impossibilidade de abdicação do poder ou competência originária constitucionalmente atribuída a determinado poder; de outro, o estabelecimento de condições e limites caros para atuação do poder delegado. (...) ⁴⁹⁶.

Aliás, de se ressaltar que a atual Carta Federativa, ao contrário da anterior, não fez previsão expressa da indelegabilidade e da inacumulabilidade de funções e poderes distintos. Também por isso a doutrina, encabeçada pela autora supra transcrita, entende que não há mais se falar em indelegabilidade⁴⁹⁷.

Importante a abordagem desse aspecto, posto que há quem queira explanar como causa jurídica suficiente do poder normativo das agências reguladoras a delegação de poderes.

Todavia, cumpre logo adiantar, para que se possa ir podando os galhos inúteis da árvore das possibilidades, que tal não pode ser. Bem verdade que no direito dos Estados Unidos da América, é esta a explanação fornecida de forma remansosa. Em outras palavras, no sistema estadunidense, explica-se a posse de poder normativo por parte das agências por conta da delegação de poderes advinda do Poder Legislativo.

Sem adentrar, por enquanto, no âmbito dos limites entre o poder de legislar e o poder de regulamentar – que difere do poder de regular – mormente diante da Emenda Constitucional n.º 34 que ampliou o poder regulamentar do chefe do Executivo, deve-se, como dito, logo refutar a construção de uma teoria que explicasse, entre nós, o poder normativo das agências reguladoras como delegação legislativa.

Isto porque com a referida delegação legislativa, o que se opera é uma transferência temporária – e com “standarts” - do exercício da competência legislativa. Não há, nem pode haver, abdicação ou uma delegação sem limites, inclusive temporais, sob pena de haver abdicação disfarçada. Além disso, como visto não é pacífica a doutrina no sentido da admissibilidade das delegações legislativas.

⁴⁹⁶ Apud CUÉLLAR, Leila. Op. cit., p. 35. Ver também: ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 369 e ss.

⁴⁹⁷ No entanto, veja-se que há respeitabilíssima corrente que pensa exatamente o inverso, também com base no texto constitucional. Luís Roberto Barroso consigna que, tendo em vista o art. 25 do ADCT, que determina a revogação de todas as normas delegadoras de competência normativa, está claro que a delegação de poderes está vedada pela Constituição. Além do que, de acordo ainda com o citado autor, não é necessária uma vedação expressa, posto que ela é decorrente do sistema, principalmente dos postulados da separação de poderes, representação política, supremacia da Constituição e do devido processo legal.

7.5.3 O princípio da legalidade e o poder regulamentar: traçando as diferenças entre atividade regulatória e regulamentar

Outro obstáculo normalmente levantado em face do poder normativo das agências reguladoras, e que, bem por isso, deve ser analisado, é o princípio da legalidade.

Tal princípio está insculpido no art. 5º II da Carta da República, rezando que: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Por outro lado, o art. 37, caput, da mesma Carta, estabelece que a Administração Pública obedeça ao princípio da legalidade.

O princípio da legalidade, que é corolário do Estado Democrático de Direito, é de saber corrente, nasceu da necessidade da proteção do indivíduo frente ao Leviatã estatal. Através dele é que se impõem limites ao poder do Estado. Como se sabe, também, para a Administração Pública, o princípio da legalidade tem um caráter específico, que é aquele segundo o qual ela somente pode agir mediante autorização legal.

Por outro lado, os autores soem apontar duas dimensões do princípio da legalidade: o da primazia ou prevalência da lei e da reserva legal. Segundo o primeiro aspecto (primazia da lei), nenhum ato normativo infralegal pode contrariar a norma legal. De acordo com o segundo (reserva legal), alguns temas são reservados à lei, não podendo ser tratados por atos meramente administrativos. Quanto a esse aspecto, há os autores que não admitem que a lei possa abdicar de sua própria competência, remetendo aos atos administrativos a possibilidade de tratarem da matéria. Por outro lado, conforme inclusive ressalta Alexandre dos Santos Aragão⁴⁹⁸, há os que admitem a renúncia de lei de incidir sobre determinados aspectos. É o fenômeno da deslegalização⁴⁹⁹.

Necessária se faz, ainda, uma incursão sobre o poder regulamentar, aspecto sistêmico que se manifesta de forma subjacente ao princípio da legalidade. A discussão acerca da existência, ou não, entre nós dos chamados regulamentos

⁴⁹⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 369 e ss.

⁴⁹⁹ Sobre o tema da deslegalização, é de se notar o ocorrido com o advento da Emenda Constitucional n. 32. A par de ter alterado a disciplina constitucional das medidas provisórias, a emenda também tratou do poder regulamentar do Presidente da República, poder esse que já foi exercido nessa nova configuração, quando o Poder Executivo chegou ao ponto de revogar e dar nova redação a artigos da lei formal que trata da CVM (Comissão de Valores Mobiliários) por meio de decreto.

autônomos já é bastante conhecida. Sem embargo, algumas linhas se fazem necessárias, sob pena de lacuna na obra.

Classicamente, para entender a natureza jurídica da atividade regulamentar, duas teorias se formaram no decorrer do desenvolvimento doutrinário. A primeira, que se costumou denominar de tese ou teoria dos poderes próprios, segundo a qual a atividade regulamentar é verdadeira competência própria do Poder Executivo. A outra, denominada teoria da delegação de poderes, passa a entender que o poder regulamentar é mera competência derivada do Executivo.

Avançando, parte da doutrina entende que o poder regulamentar somente pode ser exercido mediante prévia vinculação legal. É a corrente que defende a existência tão somente dos regulamentos executivos. Tratar-se-ia, assim, do exercício de uma função normativa subordinada.

Interessante se notar a posição do Professor Caio Tácito, segundo o qual, embora o regulamento seja realmente apenas executivo, pode ele não somente reproduzir de forma analítica a lei, mas também ampliá-la e completá-la, sempre de acordo com seu espírito⁵⁰⁰.

Por outro lado, há os que defendem a existência dos chamados regulamentos independentes, que teriam por escopo a previsão de situações não necessariamente disciplinadas por lei, não necessitando de norma *lega* prévia.

Nesse passo, cumpre adiantar um limite que sempre pareceu claro desde o início desta empreitada: o poder regulador das agências não se explica e não se confunde com o poder regulamentar, por maior amplitude que se lhe queira emprestar.

Identificar o poder regulador com o poder regulamentador trará, sem dúvidas, um amesquinamento e sérios problemas teóricos e práticos.

Ainda que levando em consideração a modificação ampliativa do poder regulamentador do Chefe do Executivo trazido pela Emenda Constitucional n.º 32, ainda assim, não se poderá entender que por mero regulamento, ato administrativo unilateral, se possam criar obrigações para particulares. Tal construção, conforme já se pode ver, e continuar-se-á a demonstrar no decorrer desse opúsculo, simplesmente não encaixa no arcabouço necessário, que já vem sendo arquitetado pela doutrina⁵⁰¹.

⁵⁰⁰ TÁCITO, Caio. Op. cit., p. 1079.

⁵⁰¹ CUÉLLAR, Leila. Op. cit., p. 107 e ss. É a partir desse ponto que, data vênua, passa-se, respeitosamente, a dissentir da tese adotada pela Profa. Leila Cuélar, visto que a citada autora, em suas conclusões, passa a explicar, por meio do poder regulamentar, o poder normativo das agências reguladoras.

Explicitando: regulamentação, faculdade classicamente atribuída ao Chefe do Executivo, e regulação, fenômeno que está na raiz da criação das Agências Reguladoras, não se confundem. A regulamentação, no dizer doutrinário de Diogo de Figueiredo⁵⁰²:

(...) sob o aspecto material, a regulamentação é uma função política, no exercício de uma prerrogativa do poder político de impor regras secundárias, em complemento às normas legais, com o objetivo de explicitá-las e de dar-lhes execução, sem que possam definir quaisquer interesses públicos específicos nem, tampouco, criar, modificar ou extinguir direitos subjetivos. E, quanto à regulação, assevera: De outro lado, substantivamente, a regulação, até mesmo por suas características (...), é uma função administrativa, que não decorre, assim, do exercício de uma prerrogativa do poder político, mas, muito pelo contrário, decorre da abertura, pela lei, de um espaço decisório reservado a uma ponderação politicamente neutra de interesses concorrentes em conflitos setoriais, potenciais ou efetivos.

Acresce que “esse espaço é deslegalizado para que agentes politicamente neutros possam tomar decisões reguladoras, não apenas normativas, como executivas e judicantes”.

Finalmente, em sentido formal, as decisões reguladoras setoriais, tomadas no exercício dessa ponderação politicamente neutra de interesses concorrentes, devem obedecer ao devido processo legal, sempre informado por ampla investigação dos fatos e plena visibilidade (transparência), no qual todos os aspectos conflitivos deverão ser amplamente equacionados e motivadamente considerados, preferentemente com aberta participação de todos os interessados”.

Retomando ainda a análise do princípio da legalidade, como eventual obstáculo ao poder normativo das agências reguladoras, parece que a razão assiste a Alexandre dos Santos Aragão, conforme ressalta do trecho mais adiante transcrito e comentado.

Com isso, ensaiam-se os primeiros passos na direção da descoberta da real natureza dos atos normativos genéricos praticados pelas Autarquias Reguladoras. Sem prejuízo, evidentemente, da natureza dos atos que podemos chamar, embora em prejuízo de uma técnica mais apurada, de “meramente administrativos”.

Desta forma, ainda se afigura nebuloso o quadro de regulação exarado de uma Agência.

⁵⁰² Ver, também, ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., loc. cit.

7.5.4 As diversas densidades normativas possíveis

Sabe-se que à Administração, como um todo, sempre foi conferido o que se convencionou chamar de poder regulamentar.

Isso já resta bastante elucidado nas linhas acima. Portanto, neste passo, convém que seja estabelecido um quadro de caráter didático, a semelhança do que faz Alexandre de Aragão⁵⁰³, ao descrever a existência, em primeiro plano de “leis de densidade normativa exaustiva”, que costumam estar presentes sempre que a Carta da República exige uma reserva absoluta de lei no sentido formal, como é o caso de instituição de tributos e tipos penais, circunstâncias em que o espaço deixado ao intérprete – judicial ou administrativo – é extremamente diminuto. Para o autor, outrossim,

(...) qualquer hipótese, mesmo nas de reserva absoluta de lei, os regulamentos interpretativos são plenamente admissíveis. As leis, por mais que tentem buscar a completude absoluta, não têm como fazê-lo a ponto de não deixar qualquer margem de apreciação ao órgão concretizador do direito⁵⁰⁴.

Refere-se, em seguida, às “leis de grande densidade normativa”, cuja intensidade regratória é um pouco inferior à que acima foi referida e em relação a qual, “apenas poderiam ser emitidos ‘regulamentos meramente executivos’”. O referido autor traça sua discordância em relação a este tópico – quanto ao resto da doutrina, ou ao menos parte dela – uma vez que

(...) se, para eles, a lei, por si própria, já estabelece a obrigação, o que deve significar a predeterminação dos seus sujeitos e objeto – de todos os elementos da prestação devida -, não haveria espaço para regulamento algum que não consistisse em mera repetição da lei. Os por eles chamados ‘regulamentos de execução’, seriam, destarte, necessariamente inócuos⁵⁰⁵.

Em terceiro plano elenca as chamadas “leis de baixa densidade normativa”, que se caracterizam por um início de normatização da matéria, estabelecendo apenas os “parâmetros legais”. São o que se costuma denominar de “leis quadro”, ou ainda “leis estandardizantes que são próprias das matérias de grande complexidade técnica ou suscetíveis de constantes mudanças”, como por exemplo, a matéria nuclear. E, neste caso a entidade administrativa terá “grande poder de integração do conteúdo do legislador”⁵⁰⁶.

⁵⁰³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Autonomia Universitária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 116 e ss.

⁵⁰⁴ Id. Ibid., loc. cit.

⁵⁰⁵ Id. Ibid., loc. cit.

⁵⁰⁶ Id. Ibid., loc. cit.

Note-se que, em uma sociedade industrializada ou em vias de, a modificação do mundo fático é bastante ligeira, impossível com os cárceres das previsões legais formais. Inclusive o autor reconhece a existência de poderes

(...) regulamentares decorrentes de competências administrativas materiais, principalmente das concernentes à prestação de serviços públicos. Eis que nestes casos, o poder regulamentar é o meio necessário ao desempenho de finalidades constitucionalmente impostas à Administração Pública – quem dá os fins, dá os meios. Como afirmava Marshall, legítimo o fim e, dentro da esfera da Constituição, todos os meios que sejam convenientes, que plenamente se adaptem a este fim e que não estejam proibidos, mas que sejam compatíveis com a letra e o espírito da Constituição, são constitucionais⁵⁰⁷, (...)

Reconhecendo ainda que:

(...) se tivermos em mente que, salvo em raríssimas hipóteses, as atividades do administrador público, ou mesmo do juiz, são criadoras de Direito, já que não há como se limitarem à mera execução da lei, todos os regulamentos serão, em certa medida, ‘autônomos’ ou ‘independentes’, a depender da nomenclatura adotada⁵⁰⁸.

Daí surge a importância da distinção específica – e definição de contornos – da verdadeira atividade regulatória de uma agência, eis que ela se fundamenta em preceitos outros que a mera atividade regulamentadora.

7.5.5 Deslegalização e fenômenos assemelhados

A deslegalização é, fora de dúvida, elemento essencial para a construção do modelo de regulação. Apresenta-se em maior ou menor grau nos atuais ordenamentos jurídicos.

Fato é que, com o surgimento da sociedade pluriclasse, a lei, produto do iluminismo e que atingiu seu auge, ao menos teórico, com a Revolução Francesa, não é mais capaz, de per si, de satisfazer todas as necessidades de regramentos sociais.

Nasce, assim, a instituição que os doutrinadores italianos souberam mais rapidamente que os outros, detectaram e tentaram ordenar. De acordo com tais doutrinadores, dessa forma, haveria um sentido lato para a deslegalização, que seria

(...) a demissão, por parte do Estado, de operar a regulação de uma determinada matéria em fonte própria, o que abre espaço à sociedade organizada para preencher o vazio normativo, uma prática que dá ensejo à regulática na mais delatada acepção, e de outro lado, uma modalidade estrita, em que a demissão somente atingiria a fonte legislativa formal, pois viria acompanhada de uma sorte de

⁵⁰⁷ Id. Ibid., loc. cit.

⁵⁰⁸ Id. Ibid., loc. cit.

delegação expressa do legislador a uma fonte reguladora secundária. Mesmo que não seja estatal, caracterizando uma regulática limitada ⁵⁰⁹.

Por isso que deve-se ter em mente que , o poder concedido às Agências vai mais além do que a mera regulamentação – mas não a exclui. E nesse sentido deve-se continuar a avançar. Inclusive como ressalta Diogo de Figueiredo ^{510 511}:

(...) êxito alcançado pelas entidades reguladoras em todo mundo e que justifica sua adoção no ordenamento jurídico brasileiro, não se deve à sua opção pela descentralização [mesmo porque, a descentralização, em si, já é fenômeno velho conhecido dos juristas brasileiros] mas, e principalmente, pela outorga de competência normativa sobre o setor que administram.

Portanto, ainda segundo o autor, para fundamentar o poder normativo da agência “valem-nos da classificação oferecida por Eduardo García de Enterría, ao propor como espécies básicas de delegação legislativa as seguintes técnicas: a delegação receptícia, a remissão legislativa e a deslegalização” ⁵¹².

Compreendendo as linhas traçadas pelo autor, pode-se afirmar que a delegação receptícia, em poucas palavras, seriam aquelas existentes no sistema das Leis Delegadas no Direito Brasileiro. Por seu turno, a delegação remissiva não seria nada além do já visto poder regulamentar. Todavia, maior atenção, neste andar, merece a deslegalização. Trata-se de um instituto oriundo do direito da França, em virtude de construção do Conselho de Estado daquele país, com o qual contribuiu Hariou, no sentido de que

(...) modificando postura tradicional, no sentido de que o titular de um determinado poder não tem dele a disposição mas tão somente o exercício, passou a ceitar, como fundamento da delegação, a retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias, do domínio da lei (“*domaine de la loi*”) passando-as ao domínio do regulamento (“*domaine de l’ordonnance*”) ^{513 514}.

Este o fenômeno que se vem buscando apreender. É o que a doutrina italiana denomina de “*delegificazione*”. Bem por isso que como delegificação a ele se refere Alexandre Santos de Aragão, ao fazer bem claros os delineamentos entre ela e o poder meramente regulamentar ordinário ⁵¹⁵: “não se pode confundir a lei que, sem mais, transfira a outra sede normativa a competência legislativa sobre determinada matéria, delegificando-a, com lei que, em termos bastante genéricos, confere poder regulamentar à Administração Pública”.

⁵⁰⁹ MOREIRA FILHO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 132-133.

⁵¹⁰ Id. *Ibid.*, loc. cit.

⁵¹¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 369 e ss.

⁵¹² MOREIRA FILHO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., pp. 132, 133.

⁵¹³ Id. *Ibid.*, loc. cit.

⁵¹⁴ Id. *Ibid.* loc. cit.

⁵¹⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Autonomia Universitária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. Ver também: Id. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 369 e ss.

Outro detalhe digno de nota é que, no caso do direito positivo nacional, há várias delegificações (ou deslegalizações) obradas pelo próprio espírito constituinte: em favor das entidades desportivas privadas (art. 217 I), dos órgãos reguladores dos serviços de telecomunicações (art. 21 XI) e da exploração do petróleo (art. 177, parágrafo 2º, III), bem como das universidades, públicas e privadas (art. 207).

Encontrado a janela cuja paisagem leva ao entendimento do poder normativo genérico das Autarquias Reguladoras, há que entender as suas molduras, ou seja, os seus limites.

Diogo Figueiredo^{516 517} estabelece duas ordens de limitações aos atos reguladores das Agências. Seriam limitações de ordem externa e de ordem interna à delegação. Quanto às limitações de ordem externa, entende o citado autor que está limitada a ação normativa da agência pelo “direito supraordinado”, que lhe é hierarquicamente superior. Ainda quanto às conformações externas, menciona a questão do “direito equiordinado”, ou seja, aquele que é “conformado pelas normas de igual hierarquia normativa”. Isto porque “se cada uma dessas normas paralelas deriva sua validade de fundamentos legislativos distintos, todos presumidamente válidos presume-se, também, que devam harmonizar-se recíprocaente, sem invasão de poder de uma contra a outra”⁵¹⁸.

Em seguida enceta sua pena com relação às limitações de ordem interna:

São limitações de ordem interna, as que submetem uma norma derivada, como o são as produzidas no exercício das modalidades de delegação, aos parâmetros formais e materiais definidos na norma delegante⁵¹⁹.

Retornando ao trecho de Alexandre dos Santos Aragão, vê-se que o autor digrede sobre o tema, de forma específica quanto à Agência Nacional de Petróleo⁵²⁰, afirmando que em primeiro lugar, as normas a serem aplicadas à atividade petrolífera são as da Constituição, depois as da lei do petróleo, em seguida os regulamentos presidenciais, os do Conselho Nacional de Política Energética e por fim da ANP. E complementa:

(...) o mais são portarias da ANP, editadas com o poder normativo para regulação conferido pela Lei do Petróleo e versando assuntos como a licitação de blocos para

⁵¹⁶ MOREIRA FILHO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 200. pp. 132, 133.

⁵¹⁷ Id. Agências Reguladoras. In: **Mutações do Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar.

⁵¹⁸ Id. Ibid.

⁵¹⁹ Id. Ibid.

⁵²⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Autonomia Universitária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 116 e ss. Ver também: Id. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 369 e ss.

exploração de petróleo, a construção e operação de refinarias, as instalações de transporte, o direito de uso de gasoduto alheio, e assim por diante ⁵²¹.

Um dos maiores fundamentos teleológicos da deslegalização é o da especialização técnica, combinado com a impossibilidade de acompanhamento legislativo do avanço tecnológico. Mas nem por isso as normas reguladoras podem deixar de lado, como aliás já demonstrado, o **devido processo legal** tanto adjetivo (procedimental, principalmente na formulação das normas) quanto substancial (realização dos valores constitucionais e das políticas públicas já determinadas). Tais supostos são fundamentais para o correto funcionamento desta administração pública que vem se tornando pluricêntrica e polinormativa.

Assim é que, na esteira deste fenômeno, a deslegalização “a Lei do Petróleo estabelece parâmetros e objetivos gerais da regulação a ser feita pela ANP, que deverá buscar ‘preservar o interesse nacional’(art. 1º , I), ‘valorizar os recursos energéticos’(art. 1º II), ‘promover a livre concorrência’(art. 1º IX)”.

Esses parâmetros, também denominados “standarts” são os valores que devem ser buscados pela atuação da agência, não somente normativa, mas fiscalizatória, julgadora, etc.

Na verdade, eles encerram a escolha da política pública feita pelo Estado naquele dado momento. Esta constatação é fundamental, porque fornece uma fundamentação teleológica ou finalista, como se queira, para as atividades da autoridade regulatória. Mas não só: uma vez estabelecida a política pública por meio do instrumento legislativo, somente através de alteração desta lei é que poderá ser modificada a escolha feita, o que, ademais, como já visto anula um dos argumentos que sustentavam a possibilidade de recurso hierárquico impróprio de decisões da agência para o Poder Executivo central.

Demais disso, tais parâmetros, exatamente por fornecerem o **norte** da atuação das entidades regulatórias conferem um elevado grau do que se pode chamar de **discricionariedade técnica** para que, na busca do melhor resultado possível, as entidades tomem as medidas cabíveis, evidentemente sempre dentro dos estritos corredores do direito.

É, aliás, a consagração da possibilidade de se regular determinados fenômenos sociais que, pela sua fugacidade, estariam em um terreno de *isenção* legal, visto que jamais seriam apanhados pela legislação formal.

⁵²¹ Id. Ibid., loc. cit.

Na interpretação das consequências deste fenômeno deslegalizante, Aragão ainda acresce que:

(...) a referência aos ‘quadros estabelecidos pela lei’ não concerne apenas a determinado diploma legislativo, mas ao conjunto do ordenamento jurídico. É este que, explícita ou implicitamente, em seu sistema, confere às agências independentes poder regulamentar sobre determinada matéria, não nos sendo dado ficar presos apenas à letra da lei⁵²².

Segundo ele, isto se fundamenta no princípio dos poderes implícitos, assim verbalizado:

Legítimo o fim e, dentro da esfera da Constituição, todos os meios que sejam convenientes, que plenamente se adaptem a este fim e que não estejam proibidos, mas que sejam compatíveis com a letra e o espírito da Constituição, são constitucionais⁵²³.

Manoel Gonçalves, neste sentido, afirma a não necessária vinculação entre democracia e legislação, o que aliás, já foi objeto de comentário anteriormente.

A título de conclusão do presente tópico, é importante ter em mente a advertência de Diogo de Figueiredo⁵²⁴, no sentido de que

(...) se a todos é livre escolher ofício, profissão, trabalho, ocupação, etc., o seu desempenho em setores econômicos e sociais sensíveis, que apresentem riscos que possam comprometer o equilíbrio e a harmonia da sociedade, a Constituição pode fazer depender de condicionantes, legislados pelo Congresso Nacional, pelas Assembleias Legislativas e pelas Câmaras Municipais, conforme a competência atribuída a cada um desses órgãos.

Com isso, o autor apresenta duas idéias assaz importantes: a primeira é a de que não existe atividade – ainda que atividade econômica em sentido estrito – que não possa ser regulada. E, em segundo, que esta regulação, muitas vezes escapa às possibilidades reais das casas legislativas, demandando um órgão técnico e independente para tanto. Acresce ainda que a reserva legal pode ser satisfeita de várias formas

(...) conforme o legislador opte ou pela imposição direta de condutas., predefinidas por ele próprio, ou pela disposição direta apenas de finalidades, que deverão ser detalhadas por uma fonte normativa derivada, por via da deslegalização, o que corresponder, em consequência, a uma disposição indireta, por via da regulação que vier a ser produzida pela fonte secundária.

E arremata: “em ambos os casos, fica igualmente respeitada a reserva constitucional”.

Não é, outrossim, nem nunca foi indene de questionamentos, também, esta atividade **regulatória** das agências. Mesmo as obras européias contemporâneas sobre o tema cuidam desta discussão: “a concentração de poderes estritamente normativos,

⁵²² Id. Ibid., loc. cit.

⁵²³ Id. Ibid., loc. cit.

⁵²⁴ LUNARDELLI, José Marcos; ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). Op. cit. Ver também: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 369 e ss.

de vigilância e sanção a uma mesma autoridade constitui um dos perfis problemáticos que vêm animando o debate acerca das autoridades independentes”.⁵²⁵. Tais questionamentos, aliás, são, por assim dizer, saudáveis, eis que provocam um questionamento contínuo das atividades da agência de modo a que esta se veja sempre obrigada a buscar um grau superior de eficiência.

7.5.6 A eficiência da regulação

O princípio da eficiência, atualmente, vem estampado no art. 37 da Carta Federativa Brasileira. Para alguns, era mesmo desnecessária tal menção expressa, posto que já se tratava de princípio implícito, ou decorrente do sistema. Mas, não se pode negar a vantagem da expressão para orientação da doutrina.

De outro lado, queremos crer que já a esta altura de nossas modestas páginas, está demonstrado que a atividade regulatória, a despeito de uma série de especialidades, é, lato sensu, atividade administrativa.

Destarte, como atividade administrativa que é também se submete ao citado princípio da eficiência.

Aliás, clara nesse sentido é a lição de Augustin Gordillo⁵²⁶: “a regulação não pode ser qualificada em abstrato como boa ou má; o que importa é em cada caso concreto eu grau de eficiência pontual, seu equilíbrio entre o que obtém de bom para a sociedade e o que isto custa”, o que, em outras palavras, significa dizer que “quando sensata e razoável, é exatamente aí que será eficiente o emprego das normas regulatórias”.

Esta eficiência na verdade informa quase todos os aspectos abordados nas presentes linhas, permeando quase todas as idéias e postulações acerca das autoridades regulatórias. É que a eficiência é, em última análise, a grande promessa do modelo das agências reguladoras.

7.6 **Caráter ponderado das normas reguladoras**

⁵²⁵ DI BONA, Laura. Op. cit., p. 81.

⁵²⁶ GORDILLO, Augustín. Op. cit.

Ainda na persecução dos resultados propostos na introdução deste opúsculo, é chegado o momento de analisar o produto do poder regulatório das agências: as normas reguladoras.

A doutrina expende uma série de afirmações acerca das normas reguladoras exaradas pelas agências.

Segundo os autores, as normas reguladoras surgem como espécies da classe normativa de forma diferenciada das que apresentam no direito público. Conforme assevera Diogo de Figueiredo Neto:⁵²⁷

(...) a primeira distinção está na destinação: as normas reguladoras não são preceptivas de conduta, mas sim preceptivas de resultados, a serem atingidos com eficiência, equilibrando continuamente e do melhor modo interesses e valores em concorrência, que se embatem em setores críticos das relações interprivadas, assim definidos e destacados por lei.

O autor ainda acrescenta que todo o modelo gira em torno da busca da eficiência, que funciona aqui mais do que critério justificador, mas elemento “da própria essência da regulação”. Por isso, o enunciado das normas reguladoras

(...) não define qualquer interesse público específico nem, muito menos, impõe determinado comportamento, exigível das partes, senão que prescreve uma situação de equilíbrio a ser alcançada ou mantida entre interesses e valores concorrentes⁵²⁸.

Seguindo ainda a concatenação de pensamentos do citado autor, pode-se ainda traçar o paralelo a seguir. No que toca à proteção do interesse público⁵²⁹, a norma reguladora o considera de forma ponderada, juntamente com vários outros interesses a serem protegidos, ao passo que a norma legal o mesmo interesse público vem já predefinido pelo legislador. Tal dado, sem dúvida, aumenta o grau de legitimidade⁵³⁰ e aceitação do ordenamento regulador.

No que toca à discricionariedade, na norma reguladora, não há discricionariedade a ser integrada pela administração para definir norma de conduta, mas um espaço de liberdade relativa dentro do círculo de opções deslegalizadas, para ponderar interesses divergentes de molde a obter resultados eficientes. Nesse processo, o que se exige é a observância dos parâmetros estabelecidos pelas leis deslegalizadoras.

⁵²⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001. pp. 132, 133.

⁵²⁸ Id. *Ibid.*, loc. cit.

⁵²⁹ Assevere-se que o interesse público não é o mero somatório de interesses individuais dos membros de uma determinada sociedade. Ele é potencializado em relação à referida soma.

⁵³⁰ Legitimidade, aqui, no sentido que lhe empresta a doutrina, ou seja, com o significado da captação política dos interesses da sociedade, ao passo que a legalidade é a catalização jurídica de tais interesses. Por isso que, conforme assevera a doutrina, a legitimidade é mais ampla do que a legalidade, pela simples impossibilidade material de que a lei defina de forma exaustiva e sem lacunas todas as hipóteses do interesse público.

7.7 Processualização dos procedimentos e a sua consensualidade

Em páginas anteriores já se citou, como elementos básicos para fixação teórica do estudo das Agências Reguladoras, o princípio do estado democrático de direito. Se não por nada, no mínimo, por se tratar de princípio da própria República.

Destarte, tal vetor constitucional volta a informar o estudo das agências quanto ao aspecto da processualização necessária para emissão de seus atos reguladores. Aliás, de outra forma não poderia ser. Isto porque, conforme assevera Marçal Justen Filho⁵³¹:

Um Estado Democrático de Direito se traduz em uma fórmula democrática de formação da vontade dos agentes públicos. Dá-se garantia formal, subordinando o exercício das competências públicas à observância de certos procedimentos. A atividade administrativa passa a ser processualizada.

Ora, conforme bem faz ver a doutrina, a processualidade compulsória no exercício do poder estatal é evidente – e eficiente – método de limitação do poder político. De outro lado, a dialeticidade do procedimento age de molde a impedir uma visão limitada e parcial dos fatos, assegurando ainda a contraposição de teses. Visto o fenômeno dessa maneira, pode-se observar que eventual supressão do devido processo legal afeta muito mais do que eventuais interesses privados no caso, mas, ainda, e principalmente, a infringência de todo um modelo organizacional.

Pode-se ainda afirmar que a procedimentalização tende a impedir a confecção de decisões desfundamentadas e subjetivas, isto porque a decisão do agente público deverá retratar todas as teses e manifestações ocorridas no curso do procedimento. Por isso que se afirma que: “a falta de consistência entre a decisão e os eventos ocorridos no curso do procedimento produzem invalidade”⁵³².

Outro aspecto a ser ressaltado acerca da processualização é que produz importante processo de fracionamento do poder estatal. Noutra giro verbal, ao invés de concentrar-se a competência decisória em um só momento, há uma fragmentação entre etapas e agentes diversos, cada qual cuidando de determinado aspecto e especialidade.

⁵³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 559 e ss.

⁵³² Id. Ibid., p. 560. Ver também: ARAGÃO, Alexandre Santos de. Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 369 e ss.

Pode-se afirmar, sem muita margem de erro, que a processualidade estará, no âmbito da produção dos atos normativos das agências reguladoras, intimamente ligada à consensualidade. Isto porque, conforme veremos em linhas adiante, a processualização prévia à exarcação dos referidos atos normativos é que lhes dá a necessária legitimação, como que substituindo a faltante legitimidade popular.

Por outro lado, a dosagem dos requisitos de justiça e de aceitação social do ato regulador não é nem pode ser idêntica a das leis, muito menos das decisões administrativas ordinárias. Segundo o Diogo Figueiredo⁵³³ quanto aos atos reguladores das agências, destes, será exigível, em muito maior grau a aceitação, a consensualidade, portanto, para que possam ser considerados legítimos.

Pois bem, se é a consensualidade elemento a ser tão destacado no cerne dos atos reguladores, o caminho para que possa ser ele atingido é o da criação de instrumentos participativos, sobre os quais, segundo Diogo de Figueiredo:

(...) o legislador deverá cuidadosamente dispor para compensar o déficit de regularidade, de modo que é possível afirmar que a qualificação democrática dos órgãos de regulação, em razão dessa apontada peculiaridade, dependerá essencialmente do grau de abertura do processo decisório da regulação à participação dos interessados.

Nesta altura, é de bom tom remarcar algo que já deixamos consignado na introdução deste trabalho. É que, como visto, há, no Brasil, uma longa tradição de desvirtuamento da atividade pública em prol dos interesses de uma ou algumas classes que, por razões já conhecidas, tinham e têm a possibilidade de influir nas decisões do poder. Bem entendido: desvirtuando em prol de seus próprios interesses, decisões políticas e mesmo técnicas que deveriam estar destinadas ao bem estar geral. Não se afirma aqui que os interesses das classes não devem interferir nas decisões públicas. Pelo contrário, devem. Mas, o que se deve evitar – a todo custo – é a distorção antidemocrática e ilegítima da convergência de verdadeiros favores públicos a apenas algumas classes já detentoras de formas de poder. Assim é que, ao se falar em processo participativo, deve-se ter em mente que tal processo deve ser estabelecido de tal forma a evitar ao máximo tais distorções. Poder-se-ia dizer que deve ser, o tanto quanto possível, imune a este processo de desvirtuamento.

Tal processo de desvirtuação costuma ser referido em doutrina como a teoria da captação.

⁵³³ MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. Op. cit., pp. 132, 133.

Essa constatação é de suma importância para o controle dos atos normativos das agências. Ora, se em relação a um ato normativo qualquer vier a ser constatado que foi o mesmo resultado de um processo de participação desvirtuado, ou coisa que o valha, poderá ser invalidado – tanto pela própria agência, por meio da autotutela administrativa, quanto perante o judiciário. Faltar-lhe-á a necessária legitimidade.

A respeito do critério de legitimidade e consensualidade, tão bem destacado por Diogo de Figueiredo, é de se ressaltar o teor do art. 19 da Lei do Petróleo, que impõe a obrigatoriedade da realização de prévia audiência pública pela ANP a respeito das normas que pretenda emitir que possam afetar direitos dos agentes econômicos, dos consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo, tal como definida no inciso IXI do art. 5º .

Diante de tudo o quanto já resta escrito e transcrito, resta evidente que trata-se, sem dúvida, de um requisito tão importante quanto a correição do processo legislativo para as leis formais. Bem por isso é que o autor supra transcrito afirma que:

(...) longe de ser mera formalidade, é requisito da validade das normas a serem editadas, e impõe não apenas a mera realização da audiência, como, em virtude do Princípio da Motivação, a apreciação e, se for o caso, a recusa justificada, de todas as críticas e sugestões formuladas – doutrina do hard look.⁵³⁴

7.8 Os princípios norteadores da produção abstrata de normas pelas agências

É evidente que o princípio maior da atividade da agência – como de resto, de toda a administração – é a busca da eficiência. Ocorre que, especificamente quanto à temática regulatória, ela ganha relevo já que, conforme demonstrado, a eficiência é a grande promessa do modelo regulatório.

Além disso, outros princípios orientam a produção normativa das agências. Neste passo, Marçal Justen Filho⁵³⁵ assim deduz em primeiro plano o “princípio da especialidade”, especialidade aqui no sentido de acumulação de conhecimento técnico acerca do mercado regulado. Assim é que nos procedimentos preparatórios para a confecção do instrumento normativo respectivo devem necessariamente haver

⁵³⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Concessões e Autorizações Petrolíferas e o Poder Normativo da ANP. In: **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro (APERJ)**. v. IX – Direito das Concessões. Ver também: ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 369 e ss.

⁵³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 565. Ver também: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 369 e ss.

espaços abertos para a detecção de problemas de ordem tecnológica, com a identificação de possíveis soluções, sendo a melhor a que for recomendada pelo ramo científico aplicável à espécie. Em seguida, menciona o autor o “princípio da adequação”, ou seja, o procedimento preparatório deve ser compatível com o que requer o respectivo mercado que está sendo regulado, devendo ser desprezadas “formalidades padronizadas e inúteis”⁵³⁶.

Cuida ainda do “princípio da transparência”. Este princípio, além de ser genérico do modelo regulatório, ganha realce quando se está tratando da questão nuclear, por conta dos variados riscos aí encontrados. A transparência, também conhecida como política de “disclosure” visa a eliminar ou ao menos abrandar o desnível informativo acerca dos fatos que devem ser considerados relevantes.

Como um dos objetivos do direito da energia nuclear é a proteção das populações, dos usuários da energia e inclusive dos trabalhadores nas plantas nucleares e tendo em conta as proporções que eventuais danos podem tomar, é evidente que a

(...) produção normativa deve refletir todos os possíveis interesses que afetam a atuação da agência, inclusive com a explícita oportunidade para manifestação dos grupos da sociedade civil, tais como empresários, trabalhadores, organizações não governamentais e até mesmo cidadãos comuns⁵³⁷.

Enfim, todos têm direito ao acesso às informações, principalmente no que concerne à questão da segurança, quanto ao assunto nuclear. Este direito à informação, que constitui a própria essência do princípio da transparência tem o condão de permitir que cada setor interessado possa tomar posição em termos de bases seguras, conscientes das consequências desta ou daquela tomada de decisão.

Em seguimento, o autor menciona o “princípio da responsabilidade”. A toda evidência, deve a agência responder pelas decisões por ela tomadas. O fato de haver participação dos grupos interessados, etc. não a torna isenta do dever de responder por danos que efetivamente tenham sido causados pelas suas normas. Aliás, isto é decorrência do próprio “estado democrático de direito”. Alerta-se, no entanto, que aqui não se trata da questão da responsabilidade do operador do sistema por dano por acidente nuclear, mas sim de danos causados por atos da agência em si.

Ficam assim patentes os fundamentos sobre os quais deve operar a agência quando de sua atividade normativa.

⁵³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 560. Ver também: ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 369 e ss.

⁵³⁷ Id. Ibid. loc. cit.. Ver também: ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 369 e ss.

O administrador deve fazer a melhor escolha possível. Evidentemente que se as melhores escolhas se equivalerem aproximadamente, aí sim, não poderá o judiciário se imiscuir, porque essa melhor escolha entre outras assemelhadas é intocável.

7.9 O pragmatismo necessário à atividade regulatória – o atingimento do interesse público

A análise deste tema é bastante acurada em Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁵³⁸. Segundo o referido autor, no âmbito regulatório, o pragmatismo tem absoluta primazia. É que o escopo da atividade reguladora está sempre definido como o atingimento de um resultado prático que

(...) alie a maior satisfação do interesse público substantivo com o menor sacrifício possível de outros interesses constitucionalmente protegidos, bem como, secundariamente, com o menor dispêndio dos recursos públicos disponíveis.⁵³⁹

Bem por isso que Alexandre dos Santos Aragão aduz que “o poder normativo das agências reguladoras se legitima pela sua finalidade”⁵⁴⁰.

Assim, as decisões reguladoras das agências, para que possam ser justas, devem se ater a um pré-referencial de juridicidade bastante próximo ao exigido de uma decisão legislativa. Esse caráter de justeza é atingível, segundo os cultores da filosofia do direito, mediante o atendimento da igualdade – material, e não meramente formal – da igualdade e, ainda, estar em condições de angariar o consentimento de todas as partes que serão ou que possam ser pelas mesmas afetadas.

A idéia não deixa, nos meandros do Direito Administrativo, de ser inovadora, se considerarmos que, conforme inclusive faz questão de frisar Augusto Werneck⁵⁴¹, visto que o nosso ato administrativo sempre foi tido como manifestação unilateral de vontade da Administração Pública. Nesse sentido a afirmação de Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁵⁴² no sentido de que o exercício da função de regulação envolve “um novo processo político, que rompe com a linearidade da decisão

⁵³⁸MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. Op. cit., p. 134 e ss.

⁵³⁹ Id. Ibid., loc. cit. Ver também: ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 369 e ss.

⁵⁴⁰ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 369 e ss.

⁵⁴¹ Id. Ibid., loc. cit.

⁵⁴²MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. Op. cit.

administrativa, que se originava no partido governante e terminava no agente administrativo”.

7.10 Fundamentação e teleologia da regulação nuclear

A regulação nuclear, juntamente com o planejamento do setor, é ferramenta fundamental para o desenvolvimento do ciclo da energia atômica. Assim, cumpre lembrar que se trata de regulação de serviço público, por se tratar de mercado que necessita de um grau profundo de planejamento e regulação estatal, com objetivos muito claros quanto à conservação das jazidas nacionais, por meio do aproveitamento racional e o desenvolvimento da matriz eletronuclear para alcançar níveis de mercado.

Assim, deve-se buscar a justificação da regulação da questão nuclear. Como já demonstrado, a tendência é a de que a matriz nuclear ganhe espaço relevante na produção de energia elétrica, diante do quadro de esgotamento das possibilidades de avanço da matriz hidráulica.

Assim, o nuclear passa a se caracterizar como verdadeira essencialidade. Por outro lado, assim como o petróleo, o gás natural e outros, é um recurso natural não renovável. Assim, a razão que primeiramente justifica a regulação do gás natural é sua essencialidade, aliada ao fato de se tratar de recurso natural esgotável. E, como ocorre com o gás natural,

(...) daí se podem extrair as questões primordialmente estratégicas e sociais associadas à regulação estatal desse setor. A essencialidade desse recurso consiste no fato de que se trata de bem que satisfaz demandas sociais e também industriais, sendo utilizado tanto como bem de consumo, quanto como insumo de produção, não existindo substituto perfeito, o que o torna elemento influenciador da economia nacional⁵⁴³.

E, de outra parte,

(...) a esgotabilidade desse recurso, por sua vez, torna a intervenção estatal ainda mais imprescindível, cabendo ao Estado administrar, controlar e fiscalizar as suas reservas e as atividades que compõem esse setor, buscando capturar e aplicar devidamente as rendas dele provenientes e, ao mesmo tempo, assegurar e administrar sua oferta vis-à-vis as diferentes demandas segmentadas⁵⁴⁴.

Evidente que algumas das assertivas são feitas em viés de perspectiva, diante do quadro de crescimento da participação do nuclear na matriz energética. Por isso

⁵⁴³ LOSS, Giovanni Ribeiro. Op. cit., p. 57.

⁵⁴⁴ Id. Ibid., loc. cit.

que, “pegando de empréstimo” as lições referentes ao gás natural podem-se, na esteira da doutrina especializada, afirmar que

(...) por essa razão, o desenvolvimento da indústria do gás, a exploração de suas reservas, bem como a administração das riquezas por ela geradas têm relação direta com a soberania do Estado, caracterizando-se como questões primordialmente estratégicas, justificadoras de grande intervenção estatal.

Significa dizer que o funcionamento a contento desta indústria tem relação direta com o bem-estar social da coletividade.

Por isso que aí se justifica “grande intervenção estatal, relacionada à cidadania e à dignidade da pessoa humana, à redução das desigualdades sociais e regionais e à promoção do bem de todos”⁵⁴⁵.

Ainda, “que além da essencialidade e da esgotabilidade, o segundo grande fundamento da regulação do gás natural é o fato de que sua indústria é considerada indústria de infra-estrutura econômica e de rede”, o que é mais um fator a justificar uma maior intensidade e densidade da regulação estatal sobre o tema, para além dos fundamentos já especificados anteriormente⁵⁴⁶.

Outro fundamento que se tem de forma muito assemelhada à questão do gás natural é a de que “essas atividades requerem enormes investimentos na construção, expansão e/ou atualização”⁵⁴⁷.

De certa forma, tendo em conta a conectividade com a produção energética elétrica, o ciclo nuclear também poderá, quanto aos seus custos, ser influenciado pelo fato de que há, ainda que em mercado à jusante, a questão das redes.

Ora,

(...) essas atividades têm como característica também a produção de efeitos diretos ou indiretos nos demais segmentos da economia, criando condições para a realização de investimentos correlatos. Torna-se necessário, por conseguinte, que a regulação seja intensificada de forma a incentivar investimentos na universalização e viabilizar o acesso à infra-estrutura ou ao bem envolvido, gerando atratividade na alocação dos recursos privados⁵⁴⁸.

Estas atividades industriais possuem algumas circunstâncias que as coloca quase que obrigatoriamente sob a regulação estatal mais intensa, sendo a primeira as já conhecidas “externalidades”, em segundo as possibilidades de economia de escala, acrescentando-se a isso as questões de articulação em torno das estruturas básicas. Ocorre que, quanto à criação de redes, seus benefícios “são muito maiores para a sociedade do que para os particulares detentores da rede e, portanto, há dificuldades

⁵⁴⁵ Id. Ibid., loc. cit.

⁵⁴⁶ Id. Ibid., p. 58.

⁵⁴⁷ Id. Ibid., loc. cit.

⁵⁴⁸ Id. Ibid., loc. cit.

em serem de alguma forma apropriados por essas empresas”. Por isso a necessidade da atuação do estatal, visto que o capital privado, sem incentivo, não se interessará na criação de rede e, se o fizer, pode se tornar monopolista. A construção de redes muitas vezes é encarada como “custos irrecuperáveis”, por uma série de motivos, podendo se elencar, por exemplo, o tempo demandado para o retorno do investimento inicial – servindo como forte barreira de entrada no mercado e forçando a existência de um monopólio por um particular, já que, após a construção, em termos percentuais, o custo de manutenção das redes é bem inferior ao de sua formação. Tal circunstância deve obrigatoriamente ser levada em conta quando, por exemplo, da “regulação do direito de acesso à infraestrutura da rede e também na regulação tarifária”⁵⁴⁹.

Podemos ainda colacionar lições ligadas à questão do petróleo⁵⁵⁰, com as respectivas e necessárias adaptações, quando se assevera que a regulação tem como objetivo (também) “adequar a atuação das empresas aos ditames constitucionais”⁵⁵¹.

Portanto, resta aí justificada a estratégica necessidade da atividade regulatória, aliada ao planejamento, em matéria nuclear.

7.10.1 Regulação de serviço público

De primeiro, não custa lembrar que está se tratando de atividade regulatória de um ciclo de atividades considerado – pelo menos como se vem defendendo no decorrer deste trabalho – como serviço público. Assim, e apenas para ainda uma vez remarcar, tal pressuposto é fundamental eis que nesse sentido,

(...) aos serviços públicos o Estado interpõe intervenção econômica de natureza intensa, justificada na relação dessas atividades com os interesses sociais, pautada nos princípios que regem o regime de direito público⁵⁵².

Por outro lado, cremos que diversamente do que ocorre, por exemplo, com o gás natural, em que as atividades que “compõem a sua cadeia têm naturezas diversas: (i) atividades privadas regulamentadas; (ii) atividades econômicas stricto sensu estatais; e (iii) serviços públicos”⁵⁵³, quanto ao ciclo nuclear, todas as suas atividades

⁵⁴⁹ Id. Ibid., loc. cit.

⁵⁵⁰ MARTINS, Daniela Couto. **A Regulação da Indústria do Petróleo**. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 149.

⁵⁵¹ Id. Ibid., loc. cit.

⁵⁵² LOSS, Giovanni Ribeiro. Op. cit., p. 55.

⁵⁵³ Id. Ibid., loc. cit.

devem ser consideradas como de serviço público, para que, como já repetido à saciedade, o planejamento necessário para este setor seja de fato vinculante.

Na linha ora defendida a caracterização de serviço público e a monopolização extrema, abrangendo mesmo a proibição de concessões ou permissões, quanto ao ciclo nuclear, justifica-se pela relevância do tema e por todos os outros parâmetros já expostos. Com efeito, no terreno da regulação do petróleo, e justificando ao menos o monopólio, a doutrina mais especializada assevera que

(...) se existe monopólio, é porque a importância das atividades no panorama nacional é capaz de justificá-lo. Essa importância, no caso do petróleo, advém do fato de se tratar de um recurso mineral escasso, cujos derivados são essenciais como insumos em outras atividades econômicas (...) e como produto de amplo consumo individual (...). A importância do petróleo é reconhecida por todos os países, havendo uma tendência mundial de criação de uma legislação específica para tratar das questões a ele relativas⁵⁵⁴.

A lição que ora se transcreve é bastante assimilável ao tema nuclear⁵⁵⁵:

No Brasil, algumas previsões constitucionais atestam a importância dada às atividades relativas ao petróleo e explicam a existência do monopólio, que é necessário para possibilitar um maior controle estatal de tais atividades: a) em primeiro lugar, o petróleo, como qualquer outro recurso mineral, teve sua propriedade atribuída a União Federal.

O que não se aplica é a possibilidade de concessões ou permissões, como já visto, e já justificadamente fundamentado.

7.11 Objetivos da regulação nuclear

Basicamente, pode-se afirmar que se deve regular o ciclo nuclear, em última análise – ainda não unicamente (todo reducionismo é empobrecedor), para se manter o aproveitamento racional de uma das mais relevantes fontes energéticas do país. Aqui, podemos tomar por empréstimo alguns dos objetivos descritos no art. 1º da Lei do Petróleo:

(i) preservar o interesse nacional, inciso I; (ii) promover o desenvolvimento, ampliar o mercado de trabalho e valorizar os recursos energéticos, inciso II; (iii) proteger os interesses do consumidor, quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos, inciso III; (iv) promover o meio ambiente e promover a conservação de energia, inciso IV; (v) incrementar, em bases econômicas, a utilização do gás natural [diríamos, da energia nuclear], inciso VI; (vi) atrair investimentos na produção de energia, inciso X.

⁵⁵⁴ MARTINS, Daniela Couto. Op. cit., p. 148.

⁵⁵⁵ Id. Ibid., p. 149.

E, ainda tomando de empréstimo as lições expendidas em relação ao gás natural teriam como objetivos, em suma:

I — a promoção da conservação energética e do uso eficiente do gás natural - o que tem relação com a promoção do meio ambiente e da conservação da energia e com a valorização dos recursos energéticos; II - a obtenção e a aplicação eficiente dos benefícios provenientes da exploração desse recurso à coletividade - o que está ligado à preservação do interesse nacional, ao desenvolvimento nacional e à redução das desigualdades sociais e regionais; III - a atração de investimentos e, conseqüentemente, a introdução de maior concorrência na indústria do gás - o que está relacionado à ampliação do mercado de trabalho, à promoção de um mercado competitivo, à competitividade do país e à expansão da produção e da infra-estrutura nesse setor; e IV - a eficiência na prestação dos serviços aos usuários - o que é conexo à promoção do bem de todos e à proteção do consumidor⁵⁵⁶.

Veja-se que o ciclo nuclear também produz suas externalidades negativas, assim como o ciclo do petróleo e do gás natural. A primeira é que o minério retirado em lavra não pode ser repostado, já que não se renova. A segunda questão é a ambiental, no que concerne aos chamados dejetos nucleares. Quanto a estes, como já dito, não tratamos no presente trabalho. Daí a importância da definição dos objetivos da regulação em matéria nuclear.

Demais disso, reconheça-se, que um objetivo final no que concerne ao ciclo nuclear, à exceção do processo de enriquecimento de urânio, ligado às questões de segurança, é desenvolvê-lo para em médio prazo poder ser trespassado à iniciativa privada, por meio de concessões (o que implicará, a nosso ver, não somente no desenvolvimento da indústria nuclear a ponto de torná-la atraente ao empreendedor como também uma alteração constitucional no art. 177 da Carta)⁵⁵⁷.

7.12 A intensidade da regulação nuclear

Como o ciclo nuclear, ao menos segundo a linha aqui defendida, é um conjunto de atividades que se inserem no conceito de serviço público. Isto porque, repise-se, de acordo com o art. 174 da Constituição, a intensidade do planejamento e da regulação para o serviço público pode ser muito maior – principalmente quanto ao planejamento – no sentido de ser vinculante, ou seja, obrigatório. Por isso que não se deve aplicar, neste ponto, a lição que é expandida em relação ao gás natural, no sentido de que as atividades de extração dele são “atividades econômicas stricto

⁵⁵⁶ LOSS, Giovanni Ribeiro. Op. cit., p. 62.

⁵⁵⁷ Outro grupo, designado como essencialista, prefere enxergar serviço público onde houver necessidade relevante da população que não possa ser atendida satisfatoriamente pela iniciativa privada (Eros Roberto Grau). (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação).

sensu estatais, já que o fundamento primordial da intervenção estatal, nesse caso, relaciona-se a questões primordialmente estratégicas e econômicas”⁵⁵⁸. Demais disso, em termos de aproveitamento tecnológico e desenvolvimento de mercado, o gás natural hoje está muito à frente da energia nuclear.

Em outras palavras, no atual estado de coisas, não basta para a energia nuclear o mecanismo previsto no art. 177 parágrafo 1º e parágrafo 2º da Constituição mediante o qual “restaram reservadas à determinação legal por parte da própria União as condições de contratação em relação às atividades de pesquisa e lavra de petróleo e gás natural”⁵⁵⁹. Também por isso que, diversamente do que ocorre com o gás natural, a propriedade dos resultados da pesquisa e da lavra das jazidas de petróleo e gás natural não pode nem deve ser exercida por qualquer espécie de concessionário.

7.13 Especialização da agência nuclear

Após toda a exposição feita, parece desnecessário enfatizar a questão da especialização da agência regulatória em matéria nuclear, ou seja, não podendo funcionar como tal, por exemplo, a já existente Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, ainda que a energia nuclear sirva em grande parte como contribuição para a matriz elétrica, nem, outrossim a Agência Nacional de Petróleo – ANP, ainda que também inclua outros combustíveis dentro de seu espectro regulatório. É que, com efeito, como bem ensina Floriano Marques de Azevedo,

(...) a especialidade é um dos traços da moderna regulação, demonstrando que "é típico da atividade regulatória que o ente regulador seja detentor de profundo conhecimento sobre o setor regulado e que, portanto, sua atuação seja focada na sua área de especialidade. Neste sentido, a especialidade não se presta apenas a garantir maior eficiência regulatória, como também se põe como um instrumento para reduzir a assimetria informacional (entendida como déficit existente entre o patamar de informações que o regulado possui sobre a atividade em relação ao arcabouço de informações acervadas pelo regulador). A especialidade, portanto, relaciona-se diretamente com a legitimação técnica dos entes reguladores"⁵⁶⁰.

E prossegue:

É fato que para se ter a edificação de um subsistema regulado, sujeito à autoridade de uma agência independente, é necessário que este segmento seja insulado do restante

⁵⁵⁸ LOSS, Giovanni Ribeiro. Op. cit. loc. cit.

⁵⁵⁹ Id. Ibid., loc. cit.

⁵⁶⁰ AZEVEDO MARQUES NETO, Floriano de; LANDAU, Elena (coord.). Agências Reguladoras no Setor de Energia entre Especificidade e Eficiência. In: **Regulação Jurídica do Setor Elétrico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

da economia e sujeito a um arcabouço regulatório amoldado a suas especificidades. Isso envolve inclusive que a agência seja focada na regulação de um específico setor que tenha sua relevância e dinâmica próprias⁵⁶¹.

O autor citado, aliás, menciona a questão do setor nuclear, ainda que de passagem. Primeiro discute acerca dos setores de petróleo e gás e de energia elétrica e em seguida manifesta-se acerca do setor nuclear:

(...) a discussão que mercê ser travada se refere à adequação (conveniência) de seguirmos submetendo estes setores a estruturas regulatórias distintas. Para o setor nuclear o equacionamento parece mais simples, pois ele segue sendo – após a EC n. 45, ressalvada a produção de radioisótopos – defeso à iniciativa privada e a partir do seu emprego na geração de energia elétrica já se subsume à regulação pela ANEEL⁵⁶².

O Conselho de Estado Francês já se manifestou acerca do tema, tratando da questão da diversidade de agências, ocasião em que constatou os problemas advindos da multiplicação de autoridades administrativas independentes, esforçando-se para definir uma linha diretriz no sentido da orientação para criação de entidades autônomas. Um esquadramento ilimitado das competências faz com que se caia na impossibilidade regulatória e numa supergênese de normas de regulação, todas ineficazes porque não aplicáveis sequer a um segmento de determinada atividade.⁵⁶³

É interessante colacionar a lição doutrinária, que, estudando a mesma questão, apenas que tendo como paradigmas o gás natural e a energia elétrica, fundamenta a necessidade de uma regulação em separado para aquele, muito embora também possa ser considerado como fonte desta⁵⁶⁴. Em primeiro plano, referem-se às semelhanças, mencionando inclusive países nos quais a regulação gás natural e energia elétrica têm a mesma agência reguladora:

O gás natural é alternativa de insumo para produção de energia elétrica por meio de plantas de co-geração ou usinas termelétricas, a partir de sua combustão em turbinas. Ademais, o gás natural pode substituir a energia elétrica na produção de calor, frio ou na alimentação de máquinas industriais. Em função de sua ligação com a geração elétrica, em alguns países os setores de gás natural e eletricidade compartilham da mesma agência reguladora⁵⁶⁵.

⁵⁶¹ Id. Ibid. Evidente, por outro lado, que a especificidade não pode ser levada a extremos, como afirma o mesmo autor: “Se isso é verdade, certo também é que um recorte muito estreito da atividade a ser regulada pode levar a dificuldades para o regulador na medida em que i) ele não terá competências regulatórias sobre outras etapas da cadeia econômica extremamente impactantes e condicionantes da atividade sujeita à sua regulação; ii) a área de atuação do regulado será mais ampla do que aquela sobre a qual detém competências, levando a um aumento da assimetria de informações ao contrário da sua redução; iii) poderá haver nos segmentos a jusante e a montante do setor regulado outras estruturas regulatórias emitindo comandos contraditórios ou no mínimo não consentâneos com a regulação do setor específico, gerando incerteza e duplicação de estruturas (ineficiência em sentido estrito, econômico); iv) essa duplicidade de arcabouços regulatórios propicia a arbitragem pelo regulado, que passa a “escolher” o comando regulatório a que se sujeita, a partir do seu exclusivo interesse e conveniência; mais grave ainda v) torna-se possível que o regulado explore as contradições entre estruturas sobrepostas explorando-as de modo ou a forcejar a regulação que mais lhe interessa (uma espécie de captura pela contraposição de competências) ou então gerando uma inviabilização da regulação setorial e ganhando tempo para se estruturar à margem de qualquer regulação”.

⁵⁶² Id. Ibid.

⁵⁶³ JENNY, Frédéric. Op. cit.

⁵⁶⁴ LOSS, Giovanni Ribeiro. Op. cit., p. 59.

⁵⁶⁵ Id. Ibid.

Em seguida procura demonstrar a inadequação desta solução, anotando que a “regulação da energia elétrica não pode ser utilizada como parâmetro para a regulação do gás natural”. Isto ocorre porque este setor tem características que o distanciam daquele:

(i) o gás natural associado ao petróleo somente pode ser produzido em conjunto com o petróleo, o controle do fornecimento do gás natural, portanto, muitas vezes implica no controle do fornecimento de petróleo; (ii) o gás natural pode ser armazenado, seja no próprio subsolo ou em edificações criadas com esse objetivo, a energia elétrica não; e (iii) **o custo da transmissão de energia elétrica não é o determinante para a realização dos investimentos no setor, mas sim os custos das plantas de geração**, ao passo que no caso do gás natural o custo do transporte é determinante na realização de investimentos no setor⁵⁶⁶. (Grifo nosso).

Alguns destes motivos, como, por exemplo, a questão do custo do investimento para planta de geração de energia nuclear demonstra, entre outros fatores, a inadequação de um modelo regulatório que incluísse a regulação nuclear dentro de outra agência que não a especializada no setor.

De toda sorte, a experiência internacional, por exemplo, França, Estados Unidos e Argentina, demonstram o melhor funcionamento de uma agência específica para a regulação do setor nuclear.

7.14 Limites da regulação da agência nuclear sobre o ciclo energético

Vimos que a regulação nuclear deve abranger desde as lavras de minérios atômicos, por toda a cadeia de produção dos passando pela disposição de dejetos nucleares e inclusive sobre a construção e funcionamento das centrais nucleares. Por outro lado, há um momento em que a energia nuclear é transformada em energia elétrica e, como tal, os fatos passam a ser regulados pela Agência Nacional de Energia Elétrica.

O diploma normativo básico da regulação do setor elétrico é a Lei 9427, de 26 de dezembro de 1996 e o art. 34 parágrafo 4º da referida lei deixa claro que “constituída a ANEEL, ficará extinto o Departamento Nacional de Águas e Energia – DNAE”.

Na França, onde já convivem há mais tempo entidades reguladoras da Energia e Nuclear, o quadro é mais claro, já tendo sido a questão inclusive objeto de

⁵⁶⁶ Id. Ibid.

apreciação pelo Conselho de Estado da França. Na esteira deste entendimento, quando se trata da instalação das termoeletricas, as regras regulatórias específicas afastam as regras da entidade regulatória de energia elétrica. Assim é que os equipamentos que integram uma termoeletrica, necessários para a produção de energia elétrica a partir da matriz nuclear, estão submetidos às normas reguladoras da autoridade nuclear, enquanto que os demais equipamentos estariam debaixo das regras regulatórias da agência de energia elétrica ⁵⁶⁷.

No entanto, a possibilidade de conflitos é real, devendo, em primeiro plano, ser resolvida pela norma da especialidade, devendo ser prestigiada a resolução destas questões por meio de convênios entre as agências, como já sói ocorrer em alguns casos.

⁵⁶⁷ SABLIERE, Pierre. **Droit de L'électricité – Textes et Commentaires**. Paris: Dalloz, 2003. p. 318. Pensamos que, pelos seus próprios fundamentos, a doutrina do “persuasive power”, pode ser aventada. É dizer, ao nosso sentir, é o sistema que garante maior segurança jurídica aos mercados regulados. Primeiro porque somente afasta a competência regulatória de um órgão quando a competência do outro órgão setorial – concedida em lei – seja tão completa e profunda que não haja necessidade de ação daquele. No entanto, neste passo, cremos que duas observações devem ser remarcadas: a primeira é a de que, forçoso reconhecer, o sistema sugerido necessita de uma certa carga de subjetividade na análise. O conceito de totalidade de cobertura acerca do segmento regulado pode acarretar um juízo subjetivo. Saliente-se, apenas a título de curiosidade, que, para fins concorrenciais no mercado elétrico a SEAE considerou o “mercado de geração de energia elétrica de forma ampla, independentemente da tecnologia utilizada para sua obtenção (hidrelétrica, termoeletrica, nuclear etc.). Isso ocorreria porque as formas de geração concorrem entre si, e os consumidores de energia elétrica são indiferentes quanto à sua fonte primária, pautando suas escolhas de acordo com os preços de cada alternativa”. Apud CALLIARI, Marcelo; GIANFRANI, Joana; LANDAU, Elena (coord.). A Defesa da Concorrência no Setor Elétrico. In: **Regulação Jurídica do Setor Elétrico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CONCLUSÃO: PROPOSTAS PARA O MARCO LEGAL E PARA A AGÊNCIA REGULADORA NA ÁREA NUCLEAR

Após todas as considerações expendidas, passamos a propor alguns detalhes estruturais, métodos e finalidades a serem observadas no novo marco legal sugerido.

Esta tese se propôs a analisar a questão do ciclo do combustível nuclear no Brasil, desde a lavra dos minérios nucleares até a produção de energia nuclear em usinas termonucleares. Ficou, portanto, fora da análise, o tema dos radioisótopos (e sua configuração, nos termos do art. 21, inciso XXIII alíneas "b" e "c" e correspondentes no art. 177, todos da Constituição). No que tange à responsabilidade civil por dano nuclear, nossa análise ficou também limitada ao viés principiológico, o mesmo se dando com relação aos rejeitos nucleares.

Isto porque o objetivo aqui foi de discutir a configuração jurídica do ciclo nuclear perante o atual estágio de desenvolvimento tecnológico e econômico da questão. Tornou-se, assim imperativo, delimitar a natureza das atividades envolvidas no ciclo nuclear, se atividades econômicas (em sentido estrito) ou se serviço público, traçar delineamentos de um **direito da energia nuclear** e discutir o papel de uma agência regulatória em matéria nuclear.

O tema apresenta grande relevância. O histórico da questão nuclear no Brasil já o demonstra. Por outro lado as perspectivas com relação à matriz energética nacional o tornam ainda mais relevante, visto que se anuncia, em médio prazo, o esgotamento das possibilidades de ampliação da matriz hidráulica no Brasil, e levando-se em conta o caráter poluente das fontes de calor à base de carbono.

Descreveu-se, portanto, não somente alguns dados tecnológicos do ciclo nuclear, como também todas as políticas públicas (e suas variações) concernentes ao tema nuclear no Brasil. Tais movimentos foram, sem dúvidas, condicionantes para o atual tratamento da questão nuclear conforme está posto no texto fundamental de 1988. A partir daí, passou-se a uma análise crítica do atual quadro institucional, revelando-se, destarte sua inadequação às precípuas finalidades de uma legislação que deseje impulsionar o desenvolvimento da matriz nuclear. Passou-se em seguida, a delimitar um **direito da energia nuclear**, passando por princípios e institutos jurídicos e discutindo a natureza das atividades do ciclo da energia nuclear, para concluir, aquela altura, que se trata de serviço público.

A defesa da natureza de serviço público para as atividades do ciclo nuclear não é ingênua. Ao contrário, partem de premissas condicionantes anteriores a 1988 para analisar a necessidade de uma atuação estatal intensa no campo nuclear, o que, ainda na linha defendida, somente se pode dar, diante da redação do art. 174 da Carta de 1988, se se tiver de frente a um serviço público.

Verificou-se, ademais, que o monopólio estatal não abarca todo o ciclo nuclear, ficando de fora a exploração de serviços e instalações nucleares de qualquer natureza.

Com esta conclusão parcial, partiu-se para a discussão de um esquema regulatório adequado à questão, com a proposta de criação de uma autoridade regulatória nuclear e o redimensionamento das competências da CNEN.

Assim é que sugerimos uma proposta de emenda constitucional e um novo marco legislativo ordinário para a questão, de forma que a autoridade regulatória assumira as competências características de uma agência reguladora, com o detalhe de se tratar da regulação de um serviço público, o que permite uma intensidade regulatória mais ampla e profunda, permanecendo a CNEN como ente que vai desenvolver as atividades materiais, assumindo inclusive as atuais atribuições das suas companhias controladas.

O modelo adotado é bastante semelhante ao hoje vigente na Argentina, diga-se de passagem, país que já obteve o mérito de conseguir uma autoridade regulatória nuclear, permanecendo a CNEA, correspondente da CNEN, com as atividades de pesquisa e desenvolvimento, entre outras.

Em primeiro plano, e tendo em vista que uma parte relevante do tratamento da questão nuclear está prevista na Carta da República, a reconstrução de um marco legal deverá passar por uma emenda à Constituição. Sugere-se a revogação das disposições constitucionais referente à matéria nuclear no art. 177, criando-se um art. 177-A alteração, portanto, com o seguinte texto:

Art. 177-A. As atividades nucleares no Brasil, à exceção dos radioisótopos, na forma do art. 21 XXIII desta Constituição, são consideradas serviços públicos monopolizados pela União ⁵⁶⁸.

⁵⁶⁸ Embora não seja a melhor técnica legislativa, propomos esta redação para evitar as discussões acerca de poder ou não a lei ordinária prever a existência de serviço público, como noticiado por a Adelaide Grotti: Diante do texto constitucional de 1988 duas questões ainda devem ser examinadas. A primeira, se, afora os serviços públicos mencionados na Lei Maior, outros podem ser assim qualificados por lei ordinária. A segunda refere-se aos limites para instituição de um serviço como público. A doutrina tem apresentado respostas diversificadas: um primeiro grupo, chamado por Fernando Herren Aguillar de convencionalistas-legalistas, corresponde aos doutrinadores que emendem ser o conceito de serviço público dependente de disposições constitucionais e/ou legais (Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvania Zanella Di Pietro); Os autores, em geral, coincidem quando atribuem poderes ao legislador ordinário para sujeitar dada atividade econômica ao regime jurídico do serviço público; divergem, porém, no que tange aos limites a ele impostos. Para o primeiro grupo esses limites encontram-

Parágrafo 1º - A regulação em matéria nuclear passará a ser exercida pela Autoridade Regulatória Nuclear, a ser criada por lei complementar, com a finalidade regular, regulamentar, licenciar e fiscalizar, as seguintes atividades:

a) a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, bem como os radioisótopos;

b) a exploração e os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza, inclusive sua construção, instalação e descomissionamento;

Parágrafo 2º - O mesmo diploma legislativo acima referido redefinirá a estrutura, as competências e atuação da Comissão Nacional de Energia Nuclear.

Parágrafo 3º - A criação da Autoridade Regulatória Nuclear se dará sem prejuízo das atribuições da Comissão Nacional de Energia Nuclear, com exceção dos poderes concedidos àquela entidade pelo parágrafo 1º deste artigo e da lei ali referida.

Parágrafo 4º - O presente dispositivo deverá ser regulamentado pela referida legislação em até nove meses da sua aprovação;

Parágrafo 5º - O presente dispositivo sofrerá obrigatória revisão quanto à natureza do monopólio e de serviço público previstos no caput em quinze anos a partir de sua promulgação, a fim de se estabelecer a possível natureza de atividade econômica com a paulatina desestatização da atividade.

Parágrafo 6º - Na hipótese da revisão constitucional prevista no parágrafo 5º não alterar as disposições desta constituição, novas revisões ocorreram, a partir da primeira, em períodos de dez anos, até que se verifique a efetiva desestatização da atividade.

Parágrafo 7º - As revisões constitucionais previstas nos parágrafos 6º e 7º não abrangerão, em nenhuma hipótese:

a) O processo de enriquecimento de Urânio;

b) A existência, poderes e garantias da Autoridade Regulatória Nuclear;

c) A competência da CNEN para o desenvolvimento de novas tecnologias na área nuclear.

Com esta redação, em primeiro lugar, já se dissocia o exercício de atividades de natureza nuclear com a regulação destas mesmas atividades, acumulação que, embora hoje existente, não se coaduna com as melhores práticas regulatórias.

Com a alteração do texto constitucional, abre-se a possibilidade para a alteração da normatividade infraconstitucional. Sugerimos a revogação da Lei 4118/62, na tentativa de unificação da legislação nuclear no Brasil. Dever-se-á observar, na criação da Autoridade Regulatória Nuclear os pressupostos que já foram estudados anteriormente: 1) autonomia financeira, com previsão de receitas próprias; 2) corpo de diretores ou presidentes com mandato a termo com garantia de término do mesmo mandato; 3) corpo técnico qualificado.

Demais disso, é absolutamente recomendável que se preveja a participação da Autoridade Regulatória Nuclear uma das competências do revogado art. 4º da Lei 4118/62, qual seja a de “estudar e propor as medidas necessárias à orientação da Política Nacional de Energia Nuclear”. Esta competência administrativa é fundamental, pois tem a ver com o planejamento de todo o ciclo nuclear,

se na lei e na Constituição, enquanto que os essencialistas atribuem força a elementos que não se encontram na lei e que, no limite, são superiores à lei. Fernando Herren Aguillar discorda das posições apresentadas e sustenta que, no regime constitucional vigente, os serviços públicos são aqueles contidos no corpo da Constituição Federal e somente poderão ser criados novos serviços públicos por emenda constitucional, tendo em conta que não se extrai da Constituição um conceito de serviço público ou qualquer mecanismo expresso que permita ao legislador ordinário converter uma atividade econômica em sentido estrito em serviço público (considerando que as atividades econômicas se dividem em serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito). In: **Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação**.

planejamento este que, em se tratando. Outras competências seriam a de “opinar sobre a concessão de patentes e licenças relacionadas com o processo para a utilização da energia nuclear, pronunciar-se sobre projetos de acordos, convênios ou compromissos internacionais de qualquer espécie relativos à energia nuclear”.

E, evidentemente, como não pode deixar de ser, a competência regulatória em si.

Opina-se no sentido de que a CNEN deve permanecer apenas como órgão executor de atividades materiais (lavra, produção, etc.) e de pesquisa, devendo, a princípio, o restante de suas atribuições serem levadas para a ARN.

Também deve sofrer alteração (se possível consolidando-se tudo em um só instrumento) a Lei 7781/89, transferindo-se algumas das competências previstas no art. 2º (atualmente para a CNEN) para a ARN (Autoridade Regulatória Nuclear), em especial com a revogação do inciso I, com o trespasse da competência do inciso II para a ARN, o mesmo se dizendo em relação ao inciso III. Sugerimos, assim, a seguinte redação, que serve apenas como substrato mínimo legislativo e sem a intenção de esgotar o tema:

Lei n. ... – Institui a Autoridade Regulatória Nuclear – ARN – define sua estrutura e competências e redefine a estrutura e as competências da Comissão Nacional de Energia Nuclear. Dá outras providências.

Art. ... Fica criada a Autoridade Regulatória Nuclear, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Minas e Energia, com a função de órgão regulador do ciclo nuclear, com sede (...), podendo estabelecer unidades regionais.

§ 1º A Agência terá como órgão máximo o Conselho Diretor, devendo contar, também, com um Conselho Consultivo, uma Procuradoria, uma Corregedoria, uma Biblioteca e uma Ouvidoria, além das unidades especializadas incumbidas de diferentes funções.

§ 2º A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.

Art. ... A Agência atuará como autoridade administrativa independente, assegurando-se-lhe, nos termos desta Lei, as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de sua competência.

Art. Caberá ao Poder Executivo instalar a Agência, devendo o seu regulamento, aprovado por decreto do Presidente da República, fixar-lhe a estrutura organizacional.

Parágrafo único. A edição do regulamento marcará a instalação da Agência, investindo-a automaticamente no exercício de suas atribuições.

Art. O Poder Executivo encaminhará ao Congresso Nacional, no prazo de até noventa dias, a partir da publicação desta Lei, mensagem criando o quadro efetivo de pessoal da Agência, podendo remanejar cargos disponíveis na estrutura do (...)

Art.... Todas as atividades que compõe o ciclo produtivo da energia nuclear são reconhecidas por esta lei como serviço público.

Art... A extinção da ARN somente poderá se dar mediante lei complementar específica.

Art. ... Compete à ARN:

I – colaborar com o planejamento e desenvolvimento da questão nuclear, devendo, para tanto, estudar e propor as medidas necessárias à orientação da Política Nacional de Energia Nuclear perante o Conselho Superior de Política Nuclear.

II - regular todas⁵⁶⁹ as questões referentes ao ciclo nuclear, com destaque para:

- a) as diretrizes específicas para radioproteção e segurança nuclear, atividade científico-tecnológica, industriais e demais aplicações nucleares;
- b) pesquisa e lavra de minérios nucleares e associados, respeitadas as competências dos órgãos competentes na questão mineratória;
- c) a produção e o comércio de minérios nucleares, seus associados e derivados;
- d) a produção e o comércio de materiais nucleares e outros equipamentos e materiais de interesse da energia nuclear;
- e) a transferência de tecnologia nuclear a empresas industriais de capital nacional, mediante consórcio ou acordo comercial;
- f) a negociação nos mercados interno e externo, bens e serviços de interesse nuclear;
- g) o processamento e depósito de rejeitos radioativos;
- h) instalações nucleares;
- i) posse, uso, armazenamento e transporte de material nuclear;
- j) transporte e manuseio de materiais nucleares;
- l) construção e operação de estabelecimentos destinados a produzir materiais nucleares e, ou energia nuclear ou aproveitá-la;
- m) a utilização de radioisótopos para pesquisas e usos medicinais, agrícolas, industriais e atividades análogas;

II – Caberá à ARN a concessão de licenças para o exercício, por terceiros, das atividades por ela reguladas, inclusive o comércio externo e interno de minerais, minérios, materiais, equipamentos, projetos e transferências de tecnologia para energia nuclear, bem como de urânio cujo isótopo 235 ocorra em percentagem inferior ao encontrado na natureza.

III – Caberá à ARN, ouvindo previamente a CNEN quanto aos aspectos técnicos, especificar: os elementos que devam ser considerados nucleares, além do urânio, tório e plutônio; os elementos que devam ser considerados material fértil e material físsil especial ou de interesse para a energia nuclear; os minérios que devam ser considerados nucleares; e as instalações que devam ser consideradas nucleares, tudo para fins regulatórios.

IV – Caberá à ARN fiscalizar as atividades que forem objeto de regulamentadas pelo Poder Executivo, bem como todas as atividades por ela reguladas, em especial:

- a) o reconhecimento e o levantamento geológicos relacionados com minerais nucleares;
- b) a pesquisa, a lavra e a industrialização de minérios nucleares;
- c) a produção e o comércio de materiais nucleares;
- d) a indústria de produção de materiais e equipamentos destinados ao desenvolvimento nuclear;
- e) construção e a operação de instalações radiativas no que se refere a ações de comércio de radioisótopos.

Art ... Compete à CNEN promover e incentivar, de acordo com as políticas de planejamento estabelecidas pelo Poder Executivo e com as normas expendidas pela Autoridade Regulatória Nuclear:

I – As seguintes práticas:

- a) a utilização da energia nuclear para fins pacíficos, nos diversos setores do desenvolvimento nacional;
- b) a formação de cientistas, técnicos e especialistas nos setores relativos à energia nuclear;
- c) a pesquisa científica e tecnológica no campo da energia nuclear;
- d) a pesquisa e a lavra de minérios nucleares e seus associados;
- e) o tratamento de minérios nucleares, seus associados e derivados;
- f) a produção e o comércio de minérios nucleares, seus associados e derivados;

⁵⁶⁹ Assim como na lei do petróleo foi conferida à ANP a possibilidade de regular não somente as atividades monopolizadas pela União, mas todas as outras ligadas à indústria do petróleo, sendo certo que o referido dispositivo já passou pelo crivo do STF.

- g) a produção e o comércio de materiais nucleares e outros equipamentos e materiais de interesse da energia nuclear;
 - h) a transferência de tecnologia nuclear a empresas industriais de capital nacional, mediante consórcio ou acordo comercial;
 - i) negociar nos mercados interno e externo, bens e serviços de interesse nuclear;
 - j) receber e depositar rejeitos radioativos;
 - l) prestar serviços no campo dos usos pacíficos da energia nuclear;
 - m) produzir radioisótopos, substâncias radioativas e subprodutos nucleares, e exercer o respectivo comércio;
- Art ... Compete ainda à CNEN realizar as atividades atualmente desenvolvidas pela NUCLEP e INB, as quais, pela presente lei, ficam extintas, sendo seu patrimônio, passivo e servidores integrados no quadro funcional da CNEN.
- Art... Para o exercício de suas competências:
- I - A ARN poderá celebrar convênios de cooperação com outras entidades regulatórias, em especial a Agência Nacional de Energia Elétrica;
 - II - A ARN e a CNEN poderão celebrar convênios de cooperação entre si.

Com estas alterações no tecido normativo nacional, pensa-se que a questão nuclear estará mais bem posicionada, surgindo, então instrumental mais adequado para o correto desenvolvimento das atividades respectivas.

Por isso que também se prevê revisões constitucionais periódicas no sentido de quando amadurecida a questão no país, já tendo ocorrido a alavancagem necessária da matriz energética nuclear por parte do Estado, podendo se desestatizar boa parcela das atividades em prol da iniciativa privada.

REFERÊNCIAS

ACHEN, E. N. **Impact of new environmental and safety regulations in Argentina**. Nova York: AIEA – Associação Internacional de Energia Atômica, 1998, p. 95.

ACKERMAN, Bruce. The New Separation of Powers. **Harvard Law Review**. V. 113, n.º 3, jan. 2000.

AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle Social de Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997

AGÊNCIA INTERNACIONAL DE ENERGIA ATÔMICA. **International Nuclear Law: History, Evolution and Outlook**. Viena: OECD/NEA, 2010.

AGÊNCIA INTERNACIONAL DE ENERGIA ATÔMICA. **Manual de derecho nuclear**. Viena: Edição da AIEA, 2006.

ALMEIDA, Benjamim Zymler. **O Controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias públicas**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2005.

ÁLVARES, Walter T. **Introdução ao Direito da Eletricidade**. Minas Gerais: Instituto Direito da Eletricidade, 1969.

_____. **Regime Tributário da Eletricidade**. Minas Gerais: Instituto de Direito da Eletricidade, 1967.

_____. **Direito da Eletricidade**. Minas Gerais: Casa do Estudante do Brasil, 1955.

_____. **Curso de Direito da Energia**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978.

_____. **Introdução ao Direito da Energia Nuclear**. Minas Gerais: Sugestões Literárias, 1975.

_____. **Instituições de Direito da Eletricidade**. Minas Gerais: Sugestões Literárias, 1975. v. 1.

_____. **Instituições de Direito da Eletricidade.** Minas Gerais: Sugestões Literárias, 1975. v. 2.

_____. A Tecnologia Moderna e a Autonomia do Direito da Eletricidade. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 86, p. 34-51, out./dez. 1966.

ANDRADE, Ana Maria de. **A Opção Nuclear: 50 Anos Rumo à Autonomia.** Rio de Janeiro: MAST, 2006.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Princípio da precaução:** breve análise de sua aplicação pelo Tribunal Regional Federal da 1ª região. Disponível em: <www.editoraforum.com.br>. Acesso em: 11 maio 2009

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Concessões e Autorizações Petrolíferas e o Poder Normativo da ANP. **Revista de Direito da Associação Dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 9, n. , p.?-?, 2000.

_____. **Autonomia Universitária.** Rio de Janeiro: Lumen Júris: 2001.

_____. O Conceito de Serviços Públicos no Direito Constitucional Brasileiro. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 61, p.?, 2006.

_____. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ARMANET, Pilar. Energía Nuclear y no proliferación en América Latina: la constitución del sistema de Tlatelolco. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília: Senado Federal, n. 1, mar. 1964.

BARROSO, Luís Roberto. **Modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica. Regime jurídico das sociedades de economia mista. Inocorrência de abuso do poder econômico.** RTDC, Rio de Janeiro, nº 18, 1997.

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição.** Rio de Janeiro: Saraiva, 1996.

_____. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas Normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. t. I.

_____. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. t. II.

_____. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. t. III.

BARRETO, Júlio. **O Conflito de Interesses entre a companhia e seus administradores**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARBOSA, Alfredo Ruy; VALOIS, Paulo. **A Natureza Jurídica da Concessão para Exploração de Petróleo e Gás Natural**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BARBOSA, Alfredo Ruy. Breve Panorama da Legislação Minerária. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n.º 197, p. 64-73, 1974.

BARREIRO, Ruben A. **Derecho de la energia eléctrica – Dinâmica Legal, Derechos y Obligaciones del Usuário – Tratamento Exegético del Marco Regulatório Eléctrico**. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002.

BARROS, Adriano Celestino Ribeiro. A responsabilidade civil e o dano nuclear no ordenamento pátrio. **Biblioteca Digital Fórum de Direito Ambiental, FDU**, Belo Horizonte, ano 7, n. 4, nov./dez. 2008.

BEDRAN, Elias. **A Mineração à luz do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Alba, 1957. v. I.

_____. **A Mineração à Luz do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Alba, 1957. v. II.

_____. **A Mineração à Luz do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Alba, 1957. v. III.

BENJÓ, Isaac. **Fundamentos de Economia da Regulação**. Rio de Janeiro: Thex, 1999.

BIELSA, Rafael. **Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Roque, 1955. t. I.

BINENBOJM, Gustavo. Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

_____. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional**: artigos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOTALLO, Eduardo Domingos. **Fundamentos do IPI**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BORGOU, Taoufik. Le Statut du Nucléaire Civil. **Bulletin du Droit Nucléaire**, n. 180, [S.1., 19-?].

BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Recurso em Mandado de Segurança n. 36.654. Ementa: A exploração de minérios produtores de energia nuclear escapa à aplicação integral do regime do Código de Minas. **Revista de Direito Administrativo** n. 79, jan./mar. 1965.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em mandado de segurança n. 15.823. Ementa: Mineral Atômico – recusa de lavra e pesquisa. Interpretação do art. 16 do Código de Minas. **Revista de Direito Administrativo** n. 87, jan./mar. 1967.

CAETANO, Marcelo. **Manual de Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2001. v. II

CALLIARI, Marcelo; GIANFRANI. A Defesa da Concorrência no Setor Elétrico. In: Joana; LANDAU, Elena (coord.). **Regulação Jurídica do Setor Elétrico**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 82-113.

CARBONE, F. **Riflessioni sul Dirritto dell'energia Nucleare**. [S. I.: sn., 19-?], p. 4432

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei das S.A.** São Paulo: Saraiva, 2005. v. II.

CAVALIEIRI, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2008.

LES CENTRALES NUCLÉAIRES DANS LE MONDE. CEAF - Commissariado de Energia Atômica da França: ELENUC, 2009. Disponível em: <www.cea.fr>. Acesso em: 03 de jan. 2009.

CEZNE, Andrea Nárriman. O Conceito de Serviço Público e as transformações do estado contemporâneo. **Revista de Informação Legislativa do Senado**, Brasília, n. 42, jul./set, 2005.

CHENOT, Bernard. **Droit Public Économique**. Paris: Universidade de Paris, Instituto de Estudos Políticos, 1955-1956.

COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder de Controle nas Sociedades Anônimas**. 5. ed. São Paulo: RT, 2008.

COSTA, Carlos Eduardo Sette Câmara da Fonseca. **Brasil nas Negociações Finais do Tratado para a Proscrição das Armas Nucleares na América Latina**. [S.l.; s.n.], 1978.

COSTA FILHO, Vivaldo Silvino da. A Agência Nacional de Telecomunicações: Natureza jurídica, delegação de poderes e poder de polícia. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 226, out./dez, 2001.

COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Análise Crítica da Dicotomia Serviços Públicos X Atividades Econômicas no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia RDPE**, Belo Horizonte, n. 15, p. 197-224, jul./set. 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Administração Indireta Brasileira: Autarquia, Concessionária, Subconcessionária**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CUÉLLAR, Leila. **As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo**. São Paulo: Dialética, 2001

CYRINO, André. **Direito Constitucional Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CZERNA, Renato Cirell. Criticismo Ontognoseológico e Tridimensionalidade. **Revista Brasileira de Filosofia**, [S.l.], n. 17, p. 105, 1955.

DALLARI, Adilson de Abreu. *Administração Pública no Estado de Direito*. **RTDP**, [S.l.], p. 33, Maio, 1994.

DATES, Luis Henrique; GARCES, Martin. **La Energía Nuclear y su Régimen Legal**: Algunas reflexiones sobre su marco regulatorio. Buenos Aires: La Ley, jan. 2008.

DAVIS, M. T. de Carvalho Britto. **Tratado das Sociedades de Economia Mista**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1969. v. 2.

DELAHOUSS, Jean-Pierre. **Le Regime Juridique des Matières Nucléaires Dans Le Traite Institutant Euratom (Propriété, Approvisionnement, Controle)**. Paris: Centre Français de Droit Compare, 1964.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DI BONA, Laura. **Potere Normativo Degli Autorità Independenti e Contracto. Modellò di Eteronomia Negoziale nei Settori de Energia Elettrica e dei Gas**. Nápoles: Eidizioni Scientifiche Italiane, 2008.

DUGUIT, Léon. **Traite de Droit Constitutionnel**. Paris: Ancienne Librairie E. de Boccard Editrice, 1923. v. 2.

FARACO, Alexandre Diizel. **Regulação e Direito Concorrencial: As Telecomunicações**. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

FAVINI, Jorge Martinez. Madurez del Derecho Nuclear. **Primera Revista Jurídica de Buenos Aires**. Facultad de Derecho Y Ciencias Sociales. Buenos Aires, n.º89, 1985.

FERREIRA, Waldemar. **A Sociedade de economia mista em seu aspecto contemporâneo**. São Paulo: Max Limonad, 1956.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FIN, Karine; O Serviço de fornecimento de energia elétrica no Brasi. In: BARCELLAR FILHO, Romeu Felipe (coord.). **Serviços Públicos: Estudos Dirigidos**. Belo Horizonte: Forum, 2007. p. 256.

FINKELSTEIN, M. André. **Les Activités de Contrôle de L'Agence Internationale de L'Energie Atomique**. Paris: Centre Français de Droit Comparé, 1965.

FIQUET, Alain. **Les Problemes de Securite poses à L'Europe para sa Politique Nucléaire**. Paris : Ed. du Cygne, 1998.

FINGER, Ana Cláudia. Serviço Público: um Instrumento de Concretização de Direitos Fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**. Belo Horizonte, v. 3 n. 12, abril de 2003.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. Madrid: Civitas Ediciones, 2000. v. 2.

GARCIA, Aldemar González. **Análisis Jurídico a la Lei de Responsabilidad Civil por Daños Nucleares**. Toluca: Universidad Autonoma del Estado de Mexico, 2000.

GARCIA, Manoel. **Los Contractos en Mercado Eletrico**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma SRL, 2003

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. 10ª Ed, Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2009. Disponível em: www.gordillo.com. Acesso em: 05 maio 2010.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação**. [S.l.; s.n.].

GUERON, Jules. **L' Energie Nucléaire**. Paris: Presses Universitaires de France, 1973.

HECK, Mariana Klein Trompowsky. O Licenciamento ambiental e as atividades de exploração e produção de petróleo e gás Natural. In: VALOIS, Paulo (coord.). **Temas de Direito do Petróleo e do Gás Natural**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. v. 2, p. 316.

HORTA, Raul Machado. **Permanência e mudança na Constituição**. In: VALOIS, Paulo (coord.). Estudos de Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

IACOMINI, Héctor Luján. **Derecho de la Energía Nuclear**. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 1988.

JACILIA, M. Enrico. **Atome et Sécurité**: Regimes d' autorisations des installations nucléaires dans los pays de la Comminauté Européene, aux Etats-Unis et en Grande-Bretagne. Paris: Centre Français de Droit Comparé, 1965.

JENNEKENS, Jon. **Nuclear Regulation: The Canadian Approach**. Ottawa: Publicação da Comissão de Energia Nuclear Canadense, 1981.

JENNY, Frédéric. **L'Environnement International D'une Autorité de Régulation de la Concurrence**. Disponível em: < <http://www.conseil-etat.fr/>>, acesso em: 05 jan de 2000.

JÈZE, Gaston. **Pricípios generales del derecho administrativo**. Buenos Aires: DEPALMA, 1949. v. 4, p. 102.

JUHAN, Michel. **L'Autorité Publique Independante de Regulation de la Communication Audiovisuelle**. 1994. Tese (Doutorado). Universidade de Montpellier. Disponível em: <www.biu-montpellier.fr>. Acesso em: jun. 2010.

JUSTEN, Mônica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Dialética, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 398.

KOURILSKY, Philippe. **Le Principe de Précaution**: Rapport au Premier Ministre de France. Paris: [s.n.], 15 out. 1999.

KARKENBUS, Jack N. **Papers on the Nuclear Regulatory Dilemma**. [s.l.]: [s.n.], 1985.

LACOSTE, André-Claude (org.). **Nuclear Interjura**. Bruxelas: [s.n.], 1997.

LAGORGE, M. Maurice. **La Nouvelle Legislation Nucleaire Francaise: La Responsabilité Civile des Exploitants de Navires Nucléaires.** Paris: Centre Français de Droit Comparé, 1966.

LAUBÀDERE, Andrè de. **Traité Élémentaire de Droit Administratif.** Paris: LGDJ, 1971. v. 1. p. 40.

LASURTEGUI, Alfonso de Los Santos. **Problemas jurídicos de la energía nuclear.** Madrid: Publicaciones Científicas de la Junta de Energía Nuclear, 1984. p. 16.

LASURTEGUI, Alfonso de Los Santos. **Problemas Jurídicos de la Energia Nuclear.** Madrid: Publicação Científica da Junta de Energia Nuclear, 1994.

LÉGER, Marc. La Loi relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire : quelles évolutions pour le droit nucléaire français? **Bulletin du Droit Nucléaire 007-02.** Edição da Publicação INIS – AIEA – Associação Internacional de Energia Atômica. [s.d.].

LANDAU, Elena. **Regulação Jurídica do Setor Elétrico.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LEHFELD, Lucas de Souza. **Controles das Agências Reguladoras.** São Paulo: Atlas, 2008.

LEITE, Antônio Dias. **A energia do Brasil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

LEMAIRE, Christophe. **Energie et Concurrence: Recherches sur les mutations juridiques induites par la libéralisation des secteurs de l'électricité et du gaz naturel.** Marseille: Presses Universitaires D' Aix Marseille, 2003.

LEAL, Maria Cristina. **E descaminhos do Brasil nuclear: 1945- 1958.** 1982. 256 f. Dissertação (Mestrado) - IUPERJ, Rio de Janeiro, 1982..

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2007. p. 201.

LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997. v. 3.

LOSS, Giovanni Ribeiro. **A Regulação Setorial do Gás Natural**. Belo Horizonte: Forum, 2007.

LOUREIRO, Luis Gustavo Kaercher. **A Indústria Elétrica e o Código de Águas: o Regime Jurídico das Empresas de Energia entre a “Concession de Service Public” e a “Regulation of Public Utilities”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

LUNARDELLI, José Marcos. Os Serviços de Telecomunicações e a Ordem Econômica Constitucional. **Revista da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro. v. XI, 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2004.

MANSON, Stéphane. **La Notion D'Independance en Droit Administratif**: f. ?, Tese (Doutorado) - Universidade de Montpellier, Paris, 1982. Disponível em: <www.biu-montpellier.fr>. Acesso em: 05 de maio de 2010.

MARIENHOF, Miguel S. **Tratado de Derecho Administrativo**. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2006. t. II.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; QUEIROZ, João Eduardo de. **Curso de Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. v. 2.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Agências Reguladoras no Setor de Energia entre Especificidade e Eficiência. In: LANDAU, Elena (coord.). **Regulação Jurídica do Setor Elétrico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MARQUES, Floriano de Azevedo. Regulação Setorial e Autoridade Antitruste: A Importância da Independência do Regulador. **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. [S.l.; s.n.], p. 95-118.

MARTIN, Jean. **Le Droit Nucleaire**. Paris: Presses Universitaires de France, 1994.

MARTINS, Daniela Couto. **A Regulação da Indústria do Petróleo**. Belo Horizonte: Forum, 2006.

MASAGÃO, Mário. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

MEDAUAR, Odete. Serviço Público. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 189, jul./set. 1992.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno, de Acordo com a Emenda Constitucional 19/1998**. 4. ed. [S.l.; s.n.], p. 397.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e Regime Jurídico das Autarquias**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

MENDES, Conrado Hübner; SUNDFELD, Carlos Ari. Reforma do Estado e Agências Reguladoras: estabelecendo os parâmetros de Discussão. **Revista de Direito Administrativo Econômico**. São Paulo, n.º 23, abr de 2001.

MIATELLO, Angelo. **La responsabilité internationale encourue en raison des activités liées à l' utilisation de l' énergie nucléaire**. Nova Iorque: Peter Lang Berne/Francfort sur Main, 1986.

MONTENEGRO, Antonio Lindbergh. **Ressarcimento de Danos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mito e Realidade do Serviço Público. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, n. 53, 2000.

_____. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, [s.d.].

_____. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. A Independência das Agências Reguladoras. **Boletim de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 6, jun. 2000.

_____. Algumas Notas sobre Órgãos Constitucionalmente Autônomos: Um Estudo de Caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 223, fev de 2008.

MOREIRA, Egon Bockman, O Direito Administrativo da Economia e a Atividade Interventiva do Estado Brasileiro. In: **Direito Administrativo: Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MÜLLER, Antônio. A Energia Discriminada. **TM – Petróleo – Revista Brasileira de Tecnologia e Negócios de Petróleo, Gás, Petroquímica, Química Fina e Biocombustíveis**, São Paulo, n. 72, ano XII, maio/jun. 2010.

NGÔ, Christian. **Déchets, Effluents et Pollution** – Impact sur l’ Environnement et la Santé. Paris: Dunod, 1986.

NICZ, Alvacir Alfredo. Iniciativa Pública versus Iniciativa Estatal na Constituição. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**. Brasília: Senado Federal, n. 163, jul./set. 2004. Disponível em: <www.senado.gov.br.>. Acesso em: 26 de janeiro de 2008.

NÓBREGA, Vandick da. **A Energia Nuclear e seus Cavalos de Tróia**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1975.

NOGUEIRA, Luciana. **Direito Minerário Brasileiro e as Restrições à Propriedade Superficial**. São Paulo: [S.n.], 2004; Campinas: [S.n], 2004.

OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. **Cartel: teoria unificada da colusão**. São Paulo: Lex, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v 2.

POMPIGNAN, Diane de. Loi Régissant les usages pacifiques de l’énergie nucléaire: concepts clés. **Bulletin de Droit Nucléaire**, Prais, n. 76, 19-?.

PERROT, François. **Les Relations Internationales du Commissariat a l’Énergie Atomique**. Paris: Centre Français de Droit Comparé, 1965

PIERAHD, Jean-Paul. **Responsabilité Civil, Energie Atomique e Droit Compare.** Bruxelas: Émile Bruylant, 1963.

PIROTTE, Olivier. **Trente Ans d'Expérience Euratom: La Naissance d' une Europe Nucléaire.** Bruxelas: Émile Bruylant, 1988.

PEZZUTTI, Ary Antônio. **A Agência Internacional de Energia Atômica.** Rio de Janeiro: PUC, fev. 1980.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito.** São Paulo: Saraiva, 1994.

REVET, Thierry. **Annales de la Régulation.** Paris: Institut André Tunc, 2006. v. 1.

ROCHA, Lauro Lacerda. **Comentários ao Código de Mineração do Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 1983.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil.** São Paulo: Saraiva, 1971. v. 1.

ROSADO, Marilda. **Estudos e pareceres direito do petróleo e gás.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SABLIERE, Pierre. **Droit de L'Éctrecité: Textes e Commentaires.** Paris: Dalloz, 2003.

RIVERO, Jean. **Droit Administratif.** Paris: Dalloz, 1977. p. 425.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil.** 6. ed. Campinas: Bookseller. 2003, v. 3.

SABLIERE, Pierre. **Droit de L'èctricit : Textes et Commentaires.** Paris: Dalloz, 2003.

SBROGICALIA, Susana. **Mutações Constitucionais e Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SALL, Babaly. **Contribuintoin a L'etude des Autorites Administratives Independants**. 1990. ? f. Tese (Doutorado) - Universidade de Montpellier, Paris, 1990.. Disponível em: <www.biu-montpellier.fr>. Acesso em: jun. 2010.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica: Princípios e Fundamentos Jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e Desenvolvimento. **Regulação e Desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SCHREIBER, Anderson. A Representação no Novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **A Parte Geral do Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCHMITT, Alcione Vicente. A Exploração Estatal de Atividade Econômica. Brasília. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**. Brasília, [s.n.], dez. 2006.

SILVA, Américo Luís Martins da. **Direito do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 2.

SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular**. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. O Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Administrativo**, n.º 173, 1988.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVEIRA, Janildo Jovino da. **O contrato de concessão da Eletrosul: Aspectos Relevantes**. Teresina, ano 9, n. 641, 10 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6470>>. Acesso em: 08 jan. 2009

SMITH, Salvador. **Jornadas de Estudio sobre Presente y Futuro de La legislación española en materia de energía nuclear**. Madrid: UNESA, 1986.

SOARES, Claudia Dias. A liberalização da eletricidade e as energias renováveis na União Européia e em Portugal. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**,

Belo Horizonte, n. 10, p. 87-125, abr./jun. 2005. Disponível em:
<<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=30042>>.
Acesso em: 05 maio 2010.

SOARES, Cláudio. Dossiê Nuclear: Brasil Investe na Energia Nuclear. **Guia do Estudante**, [S.l.; s.n.], 2011.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização: Privatização, Concessões, Terceirizações e Regulação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Contratual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. **Direito Administrativo da Economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. **Direito Administrativo das Parcerias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Direito Administrativo em Debate**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 1ª Série.

_____. **Direito Administrativo em Debate**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 2ª Série

_____. **Direito Administrativo Estadual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. **Direito Administrativo: Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Função Regulatória. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, n.11, fev de 2002. Disponível em: www.direitopublico.com.br. Acesso em: 2007-2010.

SOUZA, Horácio Augusto Mendes de. A intervenção do Estado no domínio econômico à luz da jurisprudência. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela; MARSHALL, Carta C. (Coord.). **Direito empresarial público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 55-56.

STOIBER, Carlton; BAER, Alec et al. **Manual de Derecho Nuclear**. Viena: Publicação da IAEA (Organismo Internacional de Energía Atómica), 2006.

SUNFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Reforma do Estado e Agências Reguladoras. Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002.

TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TAZIL, Martino Godinho. Aspectos Legais da Pesquisa e da Lavra dos Minérios Nucleares no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 140, abr./jun. 1980.

TEPEDINO, Gustavo et alii. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008. v. II.

TRINDADE, Adriano Drummond Cançado. Princípios de Direito Minerário Brasileiro. In: SOUZA, Marcelo Gomes de (coord.). **Direito Minerário em Evolução**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Intervenção do Estado no Domínio Econômico. Curso de Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006.

VAISSE, Maurice. **La France e L'Atome**. Bruxelas: Bruylant, 1994.

VALADÃO, Haroldo Teixeira. Concessão ou Autorização para explorar Energia Termo-Elétrica: Competência da União. **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo, n. 18, 1945.

VIROLE, Jean. **Reflexions Sur La redactions dès Clauses de responsabilité et de resolution des litiges dans le contrats d'approvisionnement au cours du cycle de combustible nucléaire**. Publicação INIS – AIEA – Associação Internacional de Energia Atômica, [S.l.; s.n.], [19-?].

VALOIS, Paulo. **Temas de Direito do Petróleo e do Gás Natural**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. **Temas de Direito do Petróleo e do Gás Natural**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. v. 2.

VALLSTRO, Alessandra. **Le Autorità Independenti In Cerca Interlocutore**. Nápoles: Edições Científicas Italianas, 2008.

VELLOSO, Galba. **Desvio de Poder**. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIEIRA, José Ribas. **Teoria do Estado** (A Regulação Econômica). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

VENCATO, Alaíde Cecília. **Direito Nuclear e Proteção Ambiental**. 1982, 233f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, [s.d.], p. 33.

WEISSMANN, Sérgio Amaral. **A destinação de rejeitos radioativos produzidos em território nacional**. Biblioteca Digital Fórum de Direito Urbano Ambiental - FDUA, Belo Horizonte, ano 6, n. 36, nov./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=49626>>. Acesso em: 05 maio 2010.

WHITE, Leonard. O Serviço Público no Mundo de Após-Guerra. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 17. fev de 1949.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. O Princípio da Generalidade e o Direito ao recebimento de Serviços Públicos ainda não Prestados em caráter Geral. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.º 12, out de 2002.