

ano 14 - n. 57 | julho/setembro - 2014
Belo Horizonte | p. 1-262 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL

A&C

 EDITORA
Fórum

© 2014 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 16º andar – Funcionários – CEP 30130-007 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) - . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Supervisão editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Revisão: Lourdes Nascimento
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos
Diagramação: Luiz Alberto Pimenta

Periódico classificado no Estrato B1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa e Pós-Graduação), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta publicação está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis
Daniel Wunder Hachem
Ana Cláudia Finger

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ari Sundfeld (FGV-SP)	Luis Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Odilon Borges Junior (UFES)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Eros Roberto Grau (USP)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
José Carlos Abraão (UEL)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
José Luis Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Weida Zancaner (PUC-SP)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	Yara Stroppa (PUC-SP)

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luis Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

Estado gerencial, regulação econômica e serviços públicos – O papel das agências na promoção do desenvolvimento

Emerson Affonso da Costa Moura

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especialista em Direito da Administração Pública pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professor Substituto na Universidade Federal Fluminense (UFF). Professor 1 na Universidade Veiga de Almeida (UVA). Professor Convidado de Direito Administrativo na Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), Escola Superior de Advocacia (ESA/OAB) e Curso de Inverno do Curso de Especialização em Direito da Administração Pública (CEDAP/UFF). Pesquisador no Grupo de Pesquisa “Direitos Fundamentais” e de “Jurisdição Constitucional” da Universidade Federal Fluminense (UFF). Membro da Comissão de Direito Administrativo do Instituto de Advogados do Brasil (IAB). Delegado da Comissão de Cultura Jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil (CCJ). Avaliador da Revista Digital de Direito Administrativo – RDDA, Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia – RBDPGE e Revista de Direito dos Monitores – RDM. Advogado. E-mail: <emersonacmoura@yahoo.com.br>.

Resumo: A atuação das agências reguladoras na conformação da execução de serviços públicos prestados pela iniciativa privada, de forma a resguardar as legítimas expectativas do agente econômico e a realização dos bens e interesse sociais, contribuindo com o desenvolvimento econômico e social, é o tema em debate a partir da perspectiva da adoção de um modelo gerencial na Administração Pública de transferência da exploração das atividades econômicas e a delegação dos serviços públicos aos particulares, a ascensão da regulação com a criação de agências dotadas de acentuado grau de autonomia capaz de conciliar as questões econômicas e sociais envolvidas e a compreensão dos serviços públicos como não apenas a adjudicação de bens e serviços de interesse coletivo, mas instrumento de garantia da dignidade da pessoa humana e de desenvolvimento.

Palavras-chave: Estado gerencial. Regulação. Agências. Serviços públicos. Desenvolvimento.

Sumário: 1 Considerações iniciais – 2 O Estado gerencial brasileiro – 3 Regulação estatal – 4 Serviços públicos – 5 Direitos fundamentais e desenvolvimento – 6 O papel das agências e o estudo de um caso – 7 Conclusão – Referências

1 Considerações iniciais

Em sociedades pluralistas, a ordem constitucional tende a refletir sobre as convergências e divergências das forças políticas e sociais, uma carta compromissória que veicula sob o manto de um pluralismo ideológico, aparentes conflitos entre interesses inicialmente tidos como inconciliáveis.

A Constituição da República de 1988 reflete a tensão entre o influxo ideológico liberal — exteriorizado na persecução do desenvolvimento econômico com a consagração da livre-iniciativa — e social — materializado na exigência de superação das desigualdades sociais e na consecução de uma existência digna para todos.

Com as reformas estatais que subtraíram a exclusividade do Poder Público no exercício da atividade econômica e na prestação dos serviços públicos, permitindo a expansão da iniciativa privada em atuações de interesse da coletividade, torna-se necessária uma intervenção estatal conduzindo a realização daqueles interesses.

Busca o presente trabalho investigar em que medida a atuação das agências reguladoras é capaz de conformar a prestação de serviços públicos pelos particulares aos interesses da coletividade, de forma a contribuir com a tutela da dignidade da pessoa humana e a promoção do desenvolvimento social.

De início, a análise concentra-se na ascensão do Estado gerencial de modo a delimitar, a partir das reformas administrativas, a transição de um modelo hierarquizado, patrimonialista e ineficiente para uma configuração policêntrica, flexível e eficiente que conduz à intervenção da iniciativa privada e a atividade regulatória estatal.

Após, volta-se o estudo à intervenção regulatória segundo seus fundamentos e a partir de seus caracteres, de forma a definir a intervenção estatal como instrumento capaz de conciliar as questões econômicas e sociais contribuindo na criação de um ambiente propício para o avanço econômico e desenvolvimento social.

Depois, compreende a investigação dos serviços públicos e sua execução pela iniciativa privada, de maneira a delimitar o papel intervencionista do Estado como não somente mediador que garante a competitividade e o lucro, mas orienta a prestação daqueles bens e serviços ao influxo dos objetivos sociais previstos pela Constituição.

Em seguida, o trabalho verifica em que medida a centralidade assumida pelos direitos fundamentais na ordem jurídica e a consagração do desenvolvimento como direito humano e fim estatal reorientam a prestação do serviço público pela iniciativa privada e a regulação pelo ente estatal à concretização desses valores constitucionais.

Por fim, o exame volta-se ao papel das agências na regulação dos serviços públicos prestados pela iniciativa privada, de forma a garantir o acesso e permanência de usuários, inclusive, os tidos não econômicos, bem como a continuidade no oferecimento dos bens e utilidades necessárias à realização dos objetivos sociais.

Para tanto, faz-se um breve estudo de caso, verificando em que medida o marco regulatório no âmbito do serviço de fornecimento de energia elétrica é capaz de contribuir na universalização e modicidade de um serviço essencial à fruição dos direitos fundamentais e capaz de auxiliar na promoção ao desenvolvimento.

2 O Estado gerencial brasileiro

Inicia a Administração Pública brasileira o século XX com um modelo oligárquico e patrimonialista, marcado pelo predomínio da corrupção, do nepotismo e da ineficiência na gestão estatal, em uma economia com baixo grau de competitividade e concentração da função pública em uma sociedade eminentemente aristocrática.¹

Nas instituições administrativas, a burocracia estamental formada por agentes selecionados por critérios de confiança pessoal exercia o munus publico finalisticamente direcionado aos seus interesses privados, de forma autoritária e desvinculada de qualquer preocupação com a prestação eficiente dos serviços públicos.²

Não obstante, a ascensão do governo autoritário³ e a aceleração do processo de industrialização na década de 30 importam na mudança para um padrão burocrático denotado pelo formalismo exacerbado, a hierarquia e o controle rígido dos processos, que buscou imprimir impessoalidade e eficácia na atuação administrativa.

Nesse modelo organizacional burocrático, a Administração Pública passa a mover-se na esfera de competências previamente definidas, com relações estáticas baseadas na autoridade e submissão, atividade especializada pela divisão racional e a criação de procedimentos que gerem a prestação padronizada dos serviços públicos.

Ascende com a burguesia industrial e a classe média tecnoburocrática um novo perfil de agentes que voltam à coordenação dos interesses estatais e privados, com a criação de critérios legais e gerais, de ingresso nos serviços públicos, classificação de cargos, organização das estruturas e racionalização dos métodos.⁴

Sob um prisma, o ideal de burocracia profissional foi frustrado pela persistência das concessões patrimonialistas transvertidas na forma de clientelismo e nos

¹ Tanto no Brasil Império quanto no primeiro período da República, enquanto os senhores de terra e os grandes comerciantes se ocupavam da economia, ao Estamento burocrático ligado por laços de família ao patriarcado rural cabia dominar com relativa autonomia o Estado e a política. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Do Estado patrimonial ao gerencial. In: PINHEIRO, Wilhelm e Sachs (Org.). Brasil: um século de transformações. São Paulo: Cia. das Letras, 2001. p. 222.

² Necessário ressaltar, que apenas excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados ao interesse coletivo. Ao contrário, desde aquela época é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal. HOLANDA, Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil. Prefácio de Antônio Cândido. 17. ed. Rio de Janeiro: Olympio. 1984. p. 105-107.

³ Pertinente é a distinção entre Estado Autoritário e Estado Fascista proposta por Azevedo Amaral, delimitando o período do Estado Novo como governo onde a autoridade estatal obliterou-se de modo acentuado, com a confusão política e a ataxia dos movimentos de Administração Pública, porém, garantindo certo grau de liberdade do indivíduo e exercício da liberdade de iniciativa no plano econômico, observada as restrições do bem comum proposto pelo chefe do Executivo. AMARAL, Azevedo. O Estado autoritário e a realidade nacional. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1938. p. 6.

⁴ O movimento se inicia com a reforma burocrática do Brasil em 1936 e se materializa com a criação de diversos diplomas reguladores e a criação do Departamento de Administração Pública do Serviço Público (DASP), que acabou se reproduzindo nos Estados. Sobre o tema consulte-se: WAHRLICH, Beatriz. A reforma administrativa da era de Vargas. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1983.

eventuais limites do formalismo burocrático que impediam a construção de um modelo de gestão pública capaz de atender as demandas da transformação econômica.⁵

Por outro lado, o advento da sociedade pós-industrial e recorrência da globalização⁶ tornaram o modelo de gestão burocrático inoperante e economicamente insustentável, incapaz de atender as demandas da economia e da sociedade, impondo um novo complexo de transformações na Administração Pública.

Erigiu-se a implantação de um modelo gerencial, que, baseado nos vetores da eficiência e desempenho, fosse capaz de atribuir maior governança mediante a organização dos fatores e finanças, a descentralização da estrutura administrativa, a cooperação entre os entes federativos e o controle voltado à aferição do resultado.⁷

Surgiu, com o regime ditatorial, a tentativa inicial de modernização da Administração Pública com a implantação de um modelo de descentralização com certo grau de autonomia, a tentativa de superação dos processos rígidos nas estruturas e a flexibilização do sistema de mérito voltando à gestão estatal ao desenvolvimento.⁸

Porém, a flexibilização na contratação sem concurso público e a nomeação para cargos de chefia das empresas estatais, bem como a falta de um planejamento estratégico em nível de cada organização e o controle através de contratos de gestão e de competição administrada, prejudicou a reforma administrativa.⁹

Com a redemocratização do Brasil, volta-se a implementação de técnicas administrativas modernas oriundas da iniciativa privada e a tentativa de transição de uma gestão de natureza burocrática — baseada na obediência das prescrições formais — para uma profissional — adstrita à eficiência dos resultados e a flexibilidade dos processos.

⁵ Observa-se até atualmente os perniciosos resquícios do patrimonialismo, a corrupção persistente, as políticas paternalistas e a ineficiência na gestão estatal. Sobre o tema, vide: FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. 15. ed. São Paulo: Editora Globo, 2000. FREYRE, Gilberto. *Casa-grande e senzala*. 39. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000 e NUNES, Edson. *A gramática política do Brasil – clientelismo e insulamento burocrático*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

⁶ Não se trata a globalização de fenômeno novo, mas de evento recorrente em períodos de difusão cultural, política, econômica ou religiosa, denotado pela expansão da informação e do conhecimento através da revolução das comunicações. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Globalização, regionalização, reforma do Estado e da Constituição*. *Revista de Direito Administrativo*, n. 215, p. 1-20, jan./mar. 1998.

⁷ Corresponde a instrumentos de modernização da Administração, que buscam traduzir maior eficiência funcional e produtividade a gestão pública, em uma nova concepção da relação entre Estado e sociedade, que envolve o movimento de retorno da sociedade na prestação do serviço público. TÁCITO, Caio. *A reforma do Estado e a modernidade administrativa*. *Revista de Direito Administrativo*, n. 215, p. 4-5, jan./mar. 1999.

⁸ A reforma desenvolvimentista se consubstancia na edição do Decreto nº 200/67 e foi conduzida pela Subsecretaria de Modernização e Reforma Administrativa, do Ministério do Planejamento. A partir de 1979 volta-se a desburocratização, visando a simplificação e a racionalização da burocracia e com forte orientação para o usuário do serviço público, e a desestatização. LIMA JUNIOR, Olavo Brasil. *As reformas administrativas no Brasil: modelos, sucessos e fracassos*. *Revista de Serviço Público*, ano 49, n. 2, p. 12-14, abr./jun. 2008.

⁹ Ademais, as reformas tinham diversas inadequações em face da realidade brasileira, como a elaboração de modelos ou concepções não ajustáveis, falta de objetivos para as políticas do setor público e estratégias capazes de superar as eventuais resistências e conflitos. MARCELINO, Gileno Fernandes. *Administração pública brasileira: evolução, situação atual e perspectivas futuras*. *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 117, n. 2, set./dez. 1998. p. 24.

Sob este foco, as sucessivas reformas administrativas buscaram fornecer no plano político, técnico e jurídico, instrumentos necessários à racionalização da gestão pública e organizações estatais existentes, de modo a superar a crise de governabilidade e imprimir legitimidade, eficiência e ética na persecução do interesse público.¹⁰

No plano político, compreende o realinhamento dos níveis de concentração do Poder Público mediante a subsidiariedade da atuação estatal e a intervenção precípua das organizações privadas,¹¹ bem como a expansão da participação dos cidadãos racionalizando e legitimando a gestão pública.¹²

Sob o prisma jurídico, engloba a transmutação do dever de publicidade no mandado de transparência, impondo a otimização do processo de visibilidade dos atos públicos e a coordenação de interesses e ações com os administrados, que demarca a transição gradual de uma Administração Pública unilateral para multilateral.¹³

No campo técnico, abrange a implantação do modelo de New Public Management, que envolve a descentralização racional — com atribuição de flexibilidade aos entes e órgãos na persecução de suas finalidades — e a profissionalização — mediante a desburocratização e o emprego racional dos recursos.¹⁴

Volta-se, portanto, a gestão do interesse público a uma estrutura organizacional baseada em rede, com um processo articulado pelo conhecimento e comunicação, a partir de constante desenvolvimento e emprego de novas técnicas, que permitam atribuir a eficiência necessária, em uma busca de resultados.

Por um ângulo, na Administração Pública, isso envolve o emprego de técnicas especializadas que permita a mobilização do complexo de estruturas, recursos e

¹⁰ Isso envolve uma mudança paradigmática também no Direito Administrativo com a ascensão de novos princípios que orientam a atividade estatal e a releitura dos seus principais institutos. Sobre o tema, vide: BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Para uma análise da reforma administrativa a partir dos planos apresentados, vide a obra: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Apontamentos sobre a reforma administrativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. Em especial Capítulo I.

¹¹ A atuação estatal passa a se concentrar apenas nas demandas que, devido a sua complexidade e a necessidade de ação concentrada e imperativa, não podem ser atendidas pela própria comunidade. Nesse tocante, a ingerência das organizações políticas obedecerá ao princípio organizador do poder, de forma que primariamente caberá ao ente local a satisfação do interesse público, na impossibilidade ao ente regional e apenas diante de nova inviabilidade ao ente nacional. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 20-21.

¹² As insuficiências do processo democrático restrito à prerrogativa popular de eleição, a impossibilidade de a lei alcançar a integralidade do fenômeno administrativo e a multiplicação dos centros de decisão no interior da Administração, denotam a crise de legitimidade da atividade administrativa que aliada à centralidade do indivíduo na ordem jurídica impõe a substituição do modelo autoritário de gestão pública para a ordenação dos múltiplos interesses sociais mediante a participação dos indivíduos influenciando e persuadindo a tomada de decisões. BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 120-142.

¹³ Observa-se a crescente instituição de modelos de colaboração entre a Administração Pública e a sociedade que permitem mediante parcerias o melhor desempenho de funções administrativas. Por efeito, observa-se acréscimo de governabilidade, além de figurar como limites contra os abusos. TÁCITO, Caio. *Direito administrativo participativo*. Carta Mensal. CNC v. 43. ago./1997. p. 509.

¹⁴ Há uma inversão do modelo clássico, em que a fixação da finalidade orbitava na delimitação prévia da competência, para uma nova concepção baseada na delimitação prévia da finalidade, determinada o âmbito de competência e o ente ou órgão adequado à persecução daquele fim. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo... Op. cit.* p. 22-24.

pessoas de forma a alcançar um serviço público eficiente, mediante a persecução transparente e eficiente do interesse público.¹⁵

Sob outro vértice, na iniciativa privada, compreende uma regulação estatal capaz de, sob a orientação de agências atentas aos interesses em jogos envolvidos, convergir a prestação adequada dos serviços públicos pelos agentes privados aos objetivos sociais almejados.¹⁶

Esse é o tema abordado a seguir.

3 Regulação estatal

O Estado intervém nas atividades econômicas e sociais, de forma diretiva ou indutiva mediante a utilização de instrumentos de natureza regulatória, concorrencial, monopolista e sancionatória, com fins de conformar e coordenar a atuação pública e privada à ordem e princípios instituídos pela lei fundamental.¹⁷

A função regulatória compreende o complexo de atribuições normativas, gerenciais, negociais e sancionatórias, exteriorizadas nas funções de regulamentação, gestão, negociação, fiscalização e fomento do ordenamento social e econômico, com as vantagens da flexibilização negocial privada e com rigor da coercitividade estatal.¹⁸

Embora alcance relevo como uma das transformações que notabilizam o Direito Público atual, a atividade regulatória não constitui nova atribuição da Administração Pública, mas usual instrumento de intervenção estatal no domínio econômico e social inerente ao dever de boa administração.¹⁹

As experiências históricas iniciais da regulação estatal remetem à Idade Média através das corporações de ofício que buscavam a harmonização de interesses,

¹⁵ Essa trajetória só se tornou possível com o advento das tecnologias de informação e a sua difusão mediante a globalização, que concatenaram o conhecimento em escala virtual. O assunto será abordado no tópico a seguir. Sobre as linhas gerais do tema, vide: CASTANHEIRA, Maurício (Org.). *Gestão do conhecimento: logística, cadeia de suprimentos e arranjos produtivos*. v. 1 e 2. Rio de Janeiro: Publit Soluções Editoriais, 2007.

¹⁶ Diante dos fenômenos industriais e pós-industriais a vida social passa a fundar-se não apenas em valores preponderantemente políticos, mas em fatores técnicos, de modo que ainda onde haja prevalência das primeiras, o seu exercício não pode ser realizado sem subsídio dos conhecimentos especializados. Sobre o tema, consulte: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Capítulo II.

¹⁷ Abrange os mecanismos e técnicas estatais exteriorizados precipuamente de normas e regulamentos dispositivos, que buscam conformar a atividade individual à consecução do interesse econômico e social almejado pela ordem constitucional. Sobre o tema, vide: GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 305-307.

¹⁸ Dessa forma, não se limita apenas as funções normativas, porém, compreende as de conciliação, mediação e arbitragem, bem como de fiscalização e fomento, desde o planejamento até o controle do setor ou atividade com fins de propiciar o máximo de eficiência na solução de problemas. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 107-109.

¹⁹ Enquanto o Estado era o responsável direta ou indiretamente pela execução dessa tarefa, a função fiscalizatória não era desempenhada com eficiência, uma vez que inexistia interesse em expor as próprias falhas ou deficiência da Administração. MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *a nova regulação estatal e as agências independentes*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 80-82.

difundindo seu uso na Europa na Idade Moderna com a disciplina na Alemanha do uso das águas e nos Estados Unidos e Inglaterra com a regulação do setor de transporte.²⁰

No Brasil, o fenômeno de regulação e a adoção do modelo das agências ocorrem nas últimas décadas do século XX onde as pressões de ordem econômica, política e administrativa tornam premente a intervenção estatal visando o equilíbrio através do ajuste dos interesses privados às necessidades coletivas.

No campo econômico, tem por fundamento a reconstrução econômica com a redemocratização brasileira, que exigiu para a retomada de crescimento na economia o desempenho equilibrado dos atores sociais envolvidos — produtores, consumidores e governantes — na superação de um modelo ingerente e autoritário.²¹

O Estado de agente monopolizador assume um papel de regulação e fomento, permitindo a atuação da iniciativa privada na economia através de movimentos de desestatização, desregulamentação e redução das cargas tributárias, e garantindo através de variados mecanismos a livre competição entre os sujeitos privados.

No campo administrativo, tem como causa a fragmentação e despublicização do interesse público, que denota a passagem de um modelo centrado no princípio da legalidade estrita e Administração Monista para um modelo baseado na juridicidade ampla e Administração Pluralista dos bens e interesses coletivos.²²

Busca-se a recuperação da governança mediante uma capacidade de implementação das decisões políticas pelo governo, que permita uma nova forma de gestão da coisa pública, atribuindo maior grau de eficiência e legitimidade na persecução do interesse público.

No campo político, tem origem na necessidade de governabilidade, com a capacidade política do governo de intermediar interesses públicos e privados contribuindo na superação do déficit de legitimidade perante a sociedade na resolução

²⁰ Na Europa a forma principal de regulação econômica tem sido a propriedade pública, de forma que o fenômeno está associado à privatização. Assim, embora se remonte a existência de empresas estatais no século 17, apenas no século 19, com o desenvolvimento dos serviços públicos, seu uso se tornou disseminado (gás, eletricidade, água, ferrovias...). Nos Estados Unidos o seu surgimento e proliferação consciente com os movimentos políticos, econômicos e sociais de superação do capitalismo liberal puro. MAJONE, Giandomenico. Do Estado Positivo ao Estado Regulador: causas e consequências da mudança no modo de governança. In: MATTOS, Paulo Todescan L. (Coord.). Regulação econômica e democracia: o debate europeu. São Paulo: Editora Singular, 2006. p. 58. BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p 261-269.

²¹ Torna-se necessário, neste momento, enfrentar a crise fiscal, retomar o crescimento econômico e buscar um novo arcabouço institucional para o Estado Democrático, sendo um dos pilares dessa transformação a substituição de um modelo de Estado Empresarial para um Estado Regulador. RIBEIRO, Sheila Maria Reis. Reforma do aparelho de Estado no Brasil: uma comparação entre as propostas dos anos 60 e 90. In: VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Lisboa: 2002. p. 1-2.

²² A regulação como novo tipo de atividade jurídica do Estado busca aperfeiçoar a atividade administrativa superando a administração burocrática de corte positivista em que tanto a eficiência quanto a legitimidade eram referências secundárias e periféricas. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito regulatório... Op. cit. p. 68. p. 88 e 95. Sobre o tema vide: MAJONE, Giandomenico. Op. cit. p. 54-56.

de questões socioeconômicas, além de permitir o controle das atividades de interesse coletivo.²³

A intervenção reguladora demonstra-se instrumento capaz de atender a especialidade, complexidade e multiplicidade das questões econômicas e sociais e entes autônomos, equalizando os interesses em jogo a partir dos diversos atores envolvidos na atividade regulada.²⁴

O marco inicial da regulação adveio com as emendas constitucionais que determinaram a criação de órgãos reguladores para a disciplina de determinados setores,²⁵ bem como com a disciplina infraconstitucional de serviços públicos e atividades de interesse em geral através de leis deslegalizadoras.²⁶

A adoção de um modelo de organização baseado em agências, dotadas de acentuado grau de autonomia, rompeu com a estrutura piramidal — onde há recondução de todas as ações administrativas ao governo — gerando uma configuração policêntrica com núcleos de poder externo a accountability.²⁷

A instituição de agências dotadas de autonomia político-administrativa e econômico-financeira permitiu a neutralidade técnica e o devido insulamento político para o predomínio de juízos técnicos sobre valorações políticas, evitando interferências externas inadequadas no arbitramento dos interesses no processo regulatório.²⁸

²³ Nesse ponto, o modelo regulador tem por objetivo não enfraquecer o Estado, mas fortalecê-lo ao garantir a estabilidade política e o desenvolvimento sustentado da economia, contribuindo com a recuperação de sua legitimidade e garantindo maior capacidade de implementar suas decisões. BORGES, Alice Gonzalez. A implantação da administração na Emenda Constitucional 19/98. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 24. p. 27.

²⁴ Insere-se no processo de especialização e segmentação do Direito Administrativo, que torna necessário o surgimento de novas estruturas — entes reguladores autônomos — capazes de promover mediante novas categorias normas — normas regulatórias — a regulação de subsistemas de normatização e mediação, dotados de conceitos, princípios e procedimentos adequados à sua especialidade do setor econômico ou social. MARQUES NETO, Flávio Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. *Op. cit.* p. 82-83. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 20-21.

²⁵ A Emenda Constitucional nº 8, de 16 de agosto de 1995, alterou o artigo 21, inciso XI da Constituição para a criação do órgão regulador para a disciplina de serviços de telecomunicação, que se materializou com a Lei nº 9.427, de 16 de julho de 1997, que criou a Agência Nacional de Telecomunicações e a Emenda Constitucional nº 9, de 10 de novembro de 1995, que alterou o artigo 177, §2º da Constituição, determinando a criação de outro órgão para o setor de hidrocarbonetos monopolizados pela União que se realizou com a edição da Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997, que instituiu a Agência Nacional de Petróleo.

²⁶ Desde então foram criadas por lei as seguintes agências no âmbito federal: Agência Nacional de Energia Elétrica (Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996), Agência Nacional de Telecomunicações (Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997), Agência Nacional do Petróleo (Lei nº 9.478 de 1997), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999), Agência Nacional de Saúde Suplementar (Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000), Agência Nacional de Águas (Lei nº 9.984, de 17 de Julho de 2000), Agência Nacional de Transportes Terrestres (Lei nº 10.233, de 06 de junho de 2001), Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Lei 10.223, de 06 de junho de 2001), Agência Nacional do Cinema (Medida Provisória nº 2228-1, de 06 de setembro de 2001) e Agência Nacional de Aviação Civil (Lei nº 11.182 de 27 de setembro de 2005).

²⁷ Enquanto no modelo piramidal, os agentes políticos figuram no ápice da Administração Pública exercendo o controle sobre os demais agentes e sendo responsabilizados politicamente perante a atuação administrativa, na configuração policêntrica as agências reguladoras situam-se em esfera jurídica externa à responsabilidade política do governo, sendo a legitimidade de seus atos reconduzidos a expertise de seus agentes. Consulte, por todos: BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo... *Op. cit.* p. 239-250.

²⁸ Ademais, uma vez que a intervenção sobre a economia ocorre através do exercício de autênticas expressões do poder de polícia estatal, e.g. fiscalização e aplicação de sanções, tornou-se necessária a forma de pessoa

Nesse modelo são produzidas decisões que, baseadas em conceitos preponderantemente técnicos e voltadas aos objetivos das políticas públicas setoriais, tendem a encontrar um ponto ideal entre os interesses dos agentes econômicos e sociais envolvidos, ampliando o grau de legitimidade e eficiência na atividade estatal.

Essa orientação primária por parâmetros científicos importa em redução do espectro de opções válidas, permitindo a melhor escolha segundo critérios objetivamente aferíveis por agentes especializados envolvidos no processo²⁹ e produzindo maior racionalização e despolitização no exercício da atividade reguladora.

Sob tal égide, a regulação torna-se importante instrumento de avanço econômico e social, uma vez que garante, com a sua neutralidade e despolitização, a criação de um ambiente seguro para o exercício das atividades econômicas privadas, permitindo voltá-lo a realização dos objetivos almejados.

No vértice da economia, significa uma ordenação estatal imposta ao desempenho da atividade produtiva pelos agentes econômicos, capaz de convergir sua atuação econômica aos princípios da ordem econômica veiculados pela Constituição, bem como as diretrizes da política econômica governamental.

No campo dos serviços públicos, exterioriza-se na regulamentação das agências sobre o fornecimento dos bens e utilidades essenciais pelos entes privados, de forma a garantir o acesso, continuidade e adequação das prestações, contribuindo com o desenvolvimento humano e social almejado pela Constituição.

Esse é o tema abordado a seguir.

4 Serviços públicos

Na persecução de suas finalidades sociais, o Estado promove a criação, regulamentação, execução e fiscalização de atividades capazes de fornecer as prestações materiais de bens e serviços necessários à fruição dos bens e interesses coletivos, socialmente almejados, individualmente fruíveis e juridicamente previstos.³⁰

jurídica de direito público, justificando-se a implementação das agências reguladoras sob a forma de autarquias com regime especial. BINENBOJM, Gustavo. Op. cit. p. 251.

²⁹ Insere-se na subtração pelos agentes reguladores especializados de decisões cujo fundamento deve obedecer a regras técnico-científicas da competência direta dos centros de decisão político-administrativa que se pautam por juízos de oportunidade e conveniência formulados por políticos e burocratas não especializados. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do direito administrativo... Op. cit. p. 168-170.

³⁰ A delimitação, todavia, do conteúdo de serviço público é objeto de controvérsia na doutrina. Há desde concepções amplas — como de Léon Duguit, que compreende serviço público como todas as atividades exercidas pelo Estado, de Gaston Jèze, que abrange apenas aquelas exercidas em regime jurídico Direito Público, uma vez que trata de decisão política dos órgãos de direção do Estado, ou de José Cretella Junior, que abrange toda a atividade que o Estado exerce direta ou indiretamente para a satisfação das necessidades públicas mediante procedimento de Direito Público — até as concepções restritas — como de René Chapus, que delimita a atividade administrativa assegurada pelo Estado que se dirige à satisfação de interesses coletivos secundários e de fruição individual e considerado por lei como de interesse público, ou de Celso Antônio Bandeira de Mello, que abrange todas as atividades prestacionais do Estado, capazes de proporcionar direta ou indiretamente aos indivíduos comodidades e utilidades fruíveis individualmente, sob aquele regime

Os serviços públicos são, portanto, fixados a partir de diretrizes políticas e econômicas estatais que, exteriorizadas na ordem jurídica, traçam o quadro normativo que delimita quais atividades de incumbência do Estado visam satisfazer dado interesse coletivo e que estão sujeitas a um regime jurídico de direito público.³¹

No contexto intervencionista e autoritário, sua prestação era tida como estratégica e de execução do próprio Estado através da proliferação de entidades advindas da descentralização, porém, com o refluxo do liberalismo e a redemocratização, há um retorno da sociedade na gestão do interesse público.³²

A ampliação das funções de incumbência do Estado e a exploração direta de atividades econômicas e prestação de serviços públicos pela própria Administração Pública encontram na crise econômica e política de fins do século XX, bem como na reconfiguração da ordem global, um impasse.³³

O oferecimento inadequado dos bens e serviços, a compressão dos preços e tarifas cobradas pelas sociedades de economia mista e empresas públicas para contenção da inflação, bem como para operações de financiamento em um cenário de endividamento, colocam em xeque a atuação estatal na prestação do serviço público.³⁴

Por efeito, surge uma dissociação entre o fornecimento de bens e serviços à coletividade da execução exclusiva pelo ente estatal, gerando um recuo da atividade prestacional desenvolvida pelo próprio Estado e fim do seu monopólio sobre a persecução do interesse público, que passa a delegar os serviços para a sociedade.³⁵

específico. Sobre a controvérsia consulte-se por todos: ARAGÃO, Alexandre. Direito dos serviços públicos. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Capítulo III.

³¹ A qualificação de dada atividade como serviço público remete ao próprio plano de concepção do Estado como opção política sobre seu papel, que se exterioriza na Constituição do país, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes em um dado tempo histórico sendo distinto em cada povo. GROTTI, Dinorá. O serviço público e a Constituição brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 87.

³² A promulgação de uma Constituição Cidadã em contraste com a realidade política, econômica e social do Brasil após o regime militar, revelou uma ingovernabilidade oriunda da defasagem do aparelho estatal e a sua inadequação para garantir de forma direta a retomada do desenvolvimento do serviço público no país, impondo a transferência da execução para a iniciativa privada. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do direito administrativo. Op. cit. p. 212.

³³ Ocorre a mudança dos pressupostos econômicos, sociais, políticos e culturais sobre os quais o serviço público se movia, generalizando a convicção de que o Estado era grande e incapaz de prestar minimamente com qualidade o serviço público e intervir diretamente na economia, o que conduziu a uma necessidade de redução da estrutura estatal e devolução da execução das atividades econômicas e sociais à sociedade. GROTTI. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). Direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 43-44.

³⁴ Tratou-se de fenômeno também ocorrido nos países da América Latina onde havia de menor condição de financiamento dos serviços públicos para atender as demandas sociais crescentes em razão do grande déficit de desenvolvimento. CAIELLA, Pascual. Regulación de los servicios públicos e concurrencia. A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional, v. 12, p. 114, 2003.

³⁵ Nesse contexto, é esvaído o monopólio público pelo Estado de forma que a persecução do interesse público não pertence à Administração, mas torna-se atributo da sociedade com a criação de um espaço público não estatal e transferência do exercício de certas atividades estatais a entes privados. Sobre o tema vide: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do direito administrativo... Ob. cit. p. 119-145.

Isso envolveu a redefinição dos papéis dos atores sociais e estatais na gestão do interesse público, através da dissociação do espaço público da esfera estatal e a coordenação de suas atuações, voltando à sociedade a atividade de promoção dos bens e o Estado à função de mediador do serviço, da competitividade e dos conflitos.³⁶

Neste tocante, a Constituição da República de 1988 instituiu uma ordem econômica baseada na livre-iniciativa, garantindo a livre concorrência, a proteção da propriedade, bem como a exploração direta pela iniciativa privada da atividade produtiva, assumindo o Estado um papel de agente regulador e executor direto excepcional.³⁷

Na regulação, portanto, o Estado intervirá nas relações dentro de uma opção de política econômica,³⁸ utilizando instrumentos capazes de conformar o funcionamento das instituições estatais e não estatais aos objetivos colimados pela ordem constitucional, conforme o programa de ação governamental.³⁹

Propõe o modelo, todavia, não apenas a inserção na atividade econômica privada buscando sua adequação à política macroeconômica estatal com fins à realização dos princípios da ordem econômica, mas a intervenção também nos serviços públicos com a participação da iniciativa privada no oferecimento de bens e utilidades essenciais.

Nessa faceta, a atividade regulatória abrange uma intervenção com fins a realização de certos valores de natureza social, de forma que a disciplina da prestação dos serviços públicos não compreende apenas a regulamentação do mercado, mas a sua adequação aos interesses da própria coletividade.⁴⁰

³⁶ Após uma concepção de Administração detentora do interesse público emerge o entendimento que essa atribuição deve ser compartilhada com a sociedade, que passa não apenas executar as atividades necessárias à fruição desses interesses, mas também a desenvolver e estabelecer a ordem e prioridade. MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 181.

³⁷ Em contraponto, volta-se a ordem econômica à tutela dos direitos fundamentais coletivos, encontrando seu fundamento também na valorização do trabalho humano e na garantia da existência digna dos indivíduos, observando os princípios de proteção da defesa do consumidor e do meio ambiente e orientando o exercício da atividade econômica aos ditames da justiça social com a busca da redução das desigualdades regionais e sociais, como forma de permitir a realização plena do desenvolvimento do homem e da sociedade.

³⁸ Trata-se, portanto, de característica de um modelo econômico e não de certa família jurídica, que busca superar o dirigismo estatal garantindo a livre-iniciativa privada com a intervenção enfática no mercado utilizando instrumentos de autoridade, capaz de conformá-la aos objetivos eleitos. SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços públicos e regulação estatal. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). Direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 23-24.

³⁹ O plano diretor da Reforma do Aparelho do Estado em 1995 alinhou os seguintes princípios básicos: autonomia e independência decisória; ampla publicidade de normas, procedimentos e ações; celeridade processual e simplificação das relações entre consumidores e investidores; participação de todas as partes interessadas no processo de elaboração de normas regulamentares em audiência pública; e limitação da intervenção estatal na prestação de serviços públicos, aos níveis indispensáveis à sua execução. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito Regulatório... Op. cit. p. 169.

⁴⁰ O modelo regulatório não é norteado apenas pela proposta de atenuar ou eliminar os defeitos do mercado, mas na disciplina de prestação de serviços públicos, em que a relevância dos interesses coletivos envolvidos tem por finalidade impedir a prevalência da pura e simples busca do lucro privado, em detrimento da sociedade. JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 451.

Sua finalidade não se identifica, portanto, apenas com aquelas de ordem econômica — proteção da competitividade, fortalecimento do mercado e ampliação do investimento da iniciativa privada — mas alcança aqueles objetivos de natureza social exteriorizados na prestação universal, contínua e adequada do serviço público.⁴¹

Embora o marco regulatório busque propiciar a estabilidade necessária para que os investidores atuem nos serviços públicos, deve garantir espaços para que os reguladores possam — conforme as demandas sociais — fixar diretrizes que melhor atendam o interesse da coletividade, respeitadas as garantias dos agentes privados.⁴²

Isso porque a inserção dos serviços públicos em um espaço econômico privado não importa na ausência total de intervenção sobre essas atividades, mas na atuação estatal em rede articulando centros autônomos do poder externo — entes e redes locais, nacionais ou transnacionais — e interno — agências e delegatárias.⁴³

Volta-se à regulação nos serviços públicos à garantia do oferecimento dos bens e utilidades necessárias à fruição dos bens e interesses sociais num contexto de proteção da liberdade de iniciativa, competitividade e lucro e sua orientação aos fins e objetivos colimados pela Constituição insertos na política pública setorial.

Importa, portanto, na intervenção com vistas à promoção do livre acesso aos bens e serviços, à prestação eficiente, contínua e igualitária, a homologação e revisão de tarifas justas aos concessionários e razoáveis aos usuários, bem como a fiscalização e conformação às conjecturas econômicas e demandas sociais.⁴⁴

Significa garantir um conjunto mínimo de prestações com certa qualidade a todos os usuários independente de sua situação econômica e à vista do

⁴¹ Torna-se necessário, portanto, não identificar a regulação enquanto fenômeno jurídico com a regulação da atividade econômica pública e privada, uma vez que orientada também por fins sociais, importa construir um conceito de regulação como o complexo de normas que regulam a atividade econômica e social com a finalidade de proteger o interesse público. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da realidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito regulatório: temas polêmicos. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 30.

⁴² A flexibilidade e instrumentalidade do direito administrativo econômico não pode significar a pura e simples liberalidade em favor do concessionário sem os consequentes benefícios para o Estado e para o serviço público delegado. ARAGÃO, Alexandre Santos de. O marco regulatório dos serviços públicos. Interesse Público, n. 27, v. 5, p. 72, 73 e 89, 2004.

⁴³ Nesse cenário, é inegável a intervenção da globalização nos serviços públicos, uma vez que grande parte das sociedades empresárias que assumem as prestações integram redes econômicas transnacionais e há pelo Estado adesão a tratados internacionais como homogeneização e abertura de mercados a empresas com atuação globais. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos... Op. cit. p. 51 e 52.

⁴⁴ Depende, portanto, de uma regulamentação capaz de reger as relações que envolvam o ente estatal responsável pela prestação do serviço público, a iniciativa privada que busca o lucro e a expansão econômica e a sociedade como titular dos direitos que dependem daquela prestação e usuário dos bens e serviços oferecidos, harmonizando os fins que se esperam dessas atividades, exteriorizada a dos últimos, na prestação eficiente dos serviços e sua continuidade com tarifas módicas. OLIVEIRA, Jose Carlos Ferreira de. O Estado regulador nas concessões de serviços públicos. Revista de Informação Legislativa, n. 129, v. 33, p. 100 e 107, 1996.

desenvolvimento, mediante a fixação de uma tarifa acessível que permita garantir a universalidade, igualdade e continuidade a todos os usuários.⁴⁵

Sob tal égide, o serviço público torna-se instrumento que permite a concretização das prestações minimamente necessárias à fruição dos direitos fundamentais que compõem o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana e corroboram com o desenvolvimento humano e social.

Esse é o tema abordado a seguir.

5 Direitos fundamentais e desenvolvimento

Observa-se, com o término da segunda guerra mundial na Europa e o advento do processo de redemocratização do Brasil, uma série de transformações, que marcam o advento do Estado Democrático de Direito e a ascensão dos pilares fundamentais do constitucionalismo contemporâneo.⁴⁶

Na nossa experiência constitucional antes restrita a Constituições garantistas que tutelavam os direitos como repositórios de promessas vagas,⁴⁷ o fenômeno se notabiliza com a promulgação da Constituição de 1988, que incorpora amplo elenco de direitos e garantias fundamentais e volta-se à promoção do desenvolvimento.

O reconhecimento da força normativa da Constituição com atribuição do status de norma jurídica, substituindo a concepção da lei fundamental como documento político que veicula um convite à atuação dos poderes públicos, impõe limites e deveres de atuação para o ente estatal.⁴⁸

⁴⁵ Constituirá, portanto, uma obrigação imposta aos prestadores de serviços, que poderão ser compensados financeiramente pelo Estado a partir do cálculo de custos líquidos eventuais correspondentes e de sua divisão entre os próprios agentes do mercado sobre o controle do agente regulador. MORENILLA, José María Souvirón. *La actividad de la administración y el servicio público*. Granada: Comares, 1998. p. 605.

⁴⁶ Como marco normativo, tem-se a promulgação da Lei Fundamental de Bonn na Alemanha e a Constituição da Itália, e a posterior, das cartas fundamentais de Portugal e Espanha. Alcança o fenômeno para além do velho continente, encontrando no Brasil, com o fim da ditadura militar e a edição da Constituição da República, o ambiente propício para a garantia da estabilidade institucional e da aplicabilidade das normas constitucionais. Sobre o tema: CARBONELL, Miguel. *Nuevos tiempos para el constitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 9. BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito. O triunfo tardio no direito constitucional no Brasil*. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 205.

⁴⁷ Não era incomum a existência formal de Constituições que invocavam o que não estava presente, afirmavam o que não era verdade e prometiam o que não seria cumprido. Como e.g. tem-se a Constituição de 1969 que garantia os direitos à integridade física e a vida, com as prisões ilegais, a tortura e o desaparecimento de pessoas na ditadura. BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 61.

⁴⁸ Uma das obras percursoras sobre o tema é *A força normativa da Constituição*, de Konrad Hesse, extraída a partir de sua aula inaugural na cátedra da Universidade de Freiburg. Segundo o autor, a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade, mas tão pouco se limita ao reflexo das condições fáticas. Sua essência reside na pretensão de eficácia, ou seja, de sua concretização na realidade imprimindo-lhe ordem e conformação. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 14-15.

A assunção pelos direitos fundamentais da posição de centralidade no sistema jurídico, instituindo uma ordem objetiva de valores e irradiando sua força normativa por todo o ordenamento, condiciona a interpretação das normas e institutos dos ramos do Direito e vincula a atividade dos poderes públicos na sua realização.⁴⁹

A consagração do desenvolvimento como um direito humano⁵⁰ impõe a intervenção positiva do Estado mediante a garantia de igual oportunidade de acesso a todos os meios indispensáveis à subsistência material necessários para que o indivíduo exerça em plenitude uma vida humana digna.⁵¹

A inclusão do desenvolvimento, também, como um dos fins estatais,⁵² importa não apenas na persecução do progresso econômico com a ampliação das riquezas e bens de produção nacionais, porém, na busca por um desenvolvimento sustentável, capaz de garantir o bem-estar social e qualidade de vida para os cidadãos.⁵³

Por efeito, a ordem econômica e social volta-se à realização não apenas dos fins econômicos e dos valores sociais, mas a concretização de direitos e garantias fundamentais ordenando a atividade estatal à contínua prestação de serviços públicos que permita a eficácia dos direitos individuais e transindividuais.⁵⁴

⁴⁹ Apresentam os direitos fundamentais, portanto, uma dupla ordem de sentido: como vínculos axiológicos, que condicionam a validade material das normas produzidas e enquanto fins que orientam o Estado Constitucional de Direito. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos e garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999. p. 22.

⁵⁰ Seu reconhecimento teórico é atribuído a Keba Mbaye, que introduziu na obra *The Right to Development* em 1972 o desenvolvimento como direito, sendo que na conferência proferida por Karel Vasak no Instituto Internacional de Direitos Humanos em 1979, onde classifica os direitos humanos em gerações, a partir da liberdade (direitos do indivíduo cívico e políticos), da igualdade (direitos da coletividade trabalhista, culturais e econômicos) e da solidariedade (direitos da humanidade, fraternidade, paz, meio ambiente, respeito ao patrimônio histórico e cultural) que se consagra o direito ao desenvolvimento como um direito de terceira geração. Sobre o tema vide: VASAK, Karel. *For the third generation of human rights: the rights of solidarity*. Inaugural Lecture, Tenth Study Session, International Institute of Human Rights, July, 1979. BEDJAOUI, Mohammed. *The right to Development*. In: BEDJAOUI, Mohammed (Org.). *International Law: Achievements and Prospects*. Paris: Martinus Nijhoff Publisher e UNESCO, 1991.

⁵¹ Sua consagração pelos organismos internacionais ocorreu pela primeira vez com a Declaração sobre a Concessão de Independência aos Países e Povos Coloniais, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na Resolução nº 1.514, de 14 de dezembro de 1960, que reconheceu aqueles países o direito à persecução do seu livre desenvolvimento econômico, social e cultural. Porém, é com a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na Resolução nº 41/128, de 04 de dezembro de 1986, que se garante o direito ao desenvolvimento como direito humano inalienável (art. 1º, §1º), o dever dos Estados de promover as medidas necessárias para a sua realização (art. 2º, §3º), assegurando o acesso aos recursos básicos, educação, serviços de saúde, alimentação, habitação, emprego e distribuição equitativa da renda (art. 8º §1º). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>>. Acesso em: 12 out. 2012.

⁵² Uma vez que a Constituição de 1988 consagra o desenvolvimento como um dos objetivos fundamentais (artigo 3º), porém, sem delimitar seu conteúdo material, diverge a doutrina em variadas teorias: se abrange o direito de cada indivíduo se beneficiar de uma ordem jurídica que garanta a ampla implementação dos direitos humanos; se compreende o incremento gradual do bem-estar de toda a população; se envolve desenvolvimento econômico como forma de garantir minimamente os direitos fundamentais; ou se tem por núcleo a garantia de alguns direitos sociais básicos. Sobre o tema: FERNANDES, Eric Baracho Dore. *O papel do Poder Judiciário na concretização de um modelo social de desenvolvimento*. Mimeografado. 2012. Em especial Capítulo 2.

⁵³ O desenvolvimento estatal envolve necessariamente o desenvolvimento do homem através da realização de seus direitos fundamentais, sem que essa intervenção dos poderes públicos para a prestação de natureza social importe na assunção de um modelo socialista, visto que a livre-iniciativa e a livre concorrência são essenciais para a realização desse desenvolvimento. TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2003. p. 68.

⁵⁴ Os direitos econômicos e sociais são considerados prolongamento dos direitos e garantias individuais, contemplando a pessoa singularmente considerada, garantindo a realização de seus direitos que dependem

No direito administrativo, a ascensão desses paradigmas constitucionais insere-se em um movimento de revisão das premissas teóricas estruturantes da disciplina⁵⁵ que importa no redimensionando da atividade administrativa à realização dos valores constitucionais.⁵⁶

Com efeito, há orientação da persecução estatal à promoção dos direitos e garantias do homem, reordenando a relação entre a Administração Pública e o Administrado⁵⁷ ao eixo nodal da dignidade da pessoa humana e a persecução do desenvolvimento, e encontrando na regulação estatal e nos serviços públicos importantes instrumentos.⁵⁸

A intervenção estatal nas relações privadas através da regulação ocorre com vistas à transformação das condições sociais, induzindo a adoção pelos agentes econômicos no exercício das atividades econômicas propriamente ditas ou na prestação dos serviços públicos, de condutas capazes de garantir a promoção humana e social.⁵⁹

para eficácia da prestação de serviço público. A abstenção do Poder Público na continuidade dessas prestações é tão abusiva quanto a própria violação de direitos individuais. TÁCITO, Caio. Os direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, n. 178, p. 2, out./dez. 1989.

⁵⁵ A discricionariedade administrativa e sua insindicabilidade judicial, as prerrogativas materiais e processuais concedidas a Administração Pública e a supremacia do interesse público sobre o privado passam a ser vistas sob a ótica da Constituição em um amplo movimento doutrinário de ampla revisão das categorias e institutos administrativos, formado, entre outros, por: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização e outras formas*. São Paulo: Atlas, 1999. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2. ed. atual e ampla Rio de Janeiro: Renovar, 2001. ARAGÃO, Alexandre. *Agências reguladoras e evolução do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. ARAGÃO, Alexandre. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

⁵⁶ A Administração Pública é tida não mais como um poder originário, mas como uma função subordinada à realização dos direitos fundamentais em uma concepção de um direito público pós-moderno que erige com os pilares do novo modelo constitucional e de uma ação administrativa voltada a legitimidade, finalidade, eficiência e resultado na concretização daqueles valores. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 14-15 e 28.

⁵⁷ Nesse contexto, o indivíduo passa de súdito submetido à Administração Pública em uma relação hierarquizada para um cidadão detentor de direitos e garantias, tornando-se a Administração Pública em centro de captação e ordenação dos interesses envolvidos nos respeitos e concretização dos direitos fundamentais e colaborando no desenvolvimento de suas potencialidades sociais. BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo...* Ob. cit. p. 129-130.

⁵⁸ A centralidade assumida pelos direitos fundamentais na ordem jurídica produz uma inversão epistemológica fundamental, que torna o ser humano protagonista do direito administrativo e o Estado instrumento para a sua realização, extraindo a legitimidade de sua atuação na medida da realização desses direitos. JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito administrativo de espetáculo*. Fórum Administrativo Direito Público. Belo Horizonte, ano 9, n. 100, p. 150-152, jun. 2009.

⁵⁹ Ocorre através do estímulo e indução de adoção de determinadas condutas pelos agentes econômicos, o que compreende uma série de medidas de facilitação, como a concessão de benefícios fiscais, facilitação em dados expedientes e afins. MOREIRA, Egon Bockmann. *O direito administrativo da economia e a atividade interventiva do Estado brasileiro*. In: OSÓRIO, Fábio Medina e SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coord.). *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 861.

Sob um ângulo, os serviços públicos tornam-se instrumentos para a realização dos direitos fundamentais, ao garantir, através do oferecimento de bens e utilidades essenciais, as prestações positivas necessárias à realização de um núcleo mínimo necessário a preservação da dignidade da pessoa humana.

Abrange, portanto, a adjudicação do conjunto de prestações mínimas necessárias à viabilização das necessidades essenciais de vida do indivíduo, impondo o dever de prestação do serviço público e a garantia de acesso àquele núcleo básico por todos os indivíduos na sociedade.

Em outra faceta, os serviços públicos não se identificam apenas com uma prestação material, mas correspondem a um dos pressupostos de coesão social do Estado, que exerce um papel importante na formação da comunidade e na construção da solidariedade social e igualdade entre os indivíduos.

Isso porque o acesso ao serviço público é um elemento de identidade que contribui para o sentimento de inserção do indivíduo em dada comunidade, além de exteriorizar o compromisso desse grupo social na realização dos direitos dos seus indivíduos e na igualdade de tratamento deles perante os gestores.⁶⁰

Isso envolve um papel proativo das agências capaz de garantir o acesso e a permanência do usuário, bem como a continuidade da prestação do serviço público pela iniciativa privada, permitindo a fruição dos bens e prestações necessárias à concretização daqueles valores constitucionais.

O tema será tratado a seguir.

6 O papel das agências e o estudo de um caso

A intervenção do Estado na atividade econômica não se limita à condução dos agentes econômicos a uma situação de mercado ideal com proteção da concorrência e do lucro, mas deve ter por finalidade conduzir os esforços públicos e privados ao desenvolvimento e ao bem-estar social.⁶¹

Nos serviços públicos, cabe à atividade regulatória compatibilizar o consenso e a negociação no fornecimento das prestações pelo particular, garantindo a liberdade do exercício da atividade econômica privada na execução dos bens e utilidades públicas, mas tutelando a efetiva concretização dos bens e utilidade essenciais.⁶²

⁶⁰ Insere-se no novo conceito de serviço de interesse geral, ligando-se, ainda, ao princípio da liberdade, que impõe a busca dos objetivos de interesse geral pela via do livre jogo do mercado. JUSTEN, Mônica Spezia. A noção de serviço público no direito europeu. São Paulo: Dialética, 2003. p. 232.

⁶¹ Trata-se de uma intervenção promocional do Estado em países subdesenvolvidos com fins a garantir o bem-estar social e o desenvolvimento. Em um Estado Democrático de Direito o desenvolvimento econômico não pode ser deixado nas mãos do próprio mercado, diante do dever de administração e de desenvolvimento definido pela Constituição. A intervenção não gravita mais de forma a garantir um mercado concorrencial perfeito como ocorrido em momento anterior, mas em respeito à justiça social e ao princípio da dignidade da pessoa humana. MOREIRA, Egon Bockmann. O direito administrativo da economia... Op. cit. p 856-857 e 868.

⁶² É necessário pensar na gestão dos serviços públicos a partir da atual realidade de carência social, compreendendo que os problemas sociais vividos guardam íntima relação com a prestação histórica dessas

Sob esta égide, as agências reguladoras, por serem dotadas de acentuado grau de autonomia necessária, tornam-se importante instrumento para atender os interesses em jogo e atores envolvidos, permitindo que a prestação de serviços públicos pela iniciativa privada seja capaz de contribuir para o desenvolvimento.

A autonomia político-administrativa garante para as agências a independência política, normativa e técnica, necessária para que a atividade regulatória seja baseada em uma racionalidade, imparcialidade e eficiência adequada à tutela dos direitos do agente econômico e dos interesses da sociedade.⁶³

Isso permite uma atuação normativa, gerencial e sancionatória pelas agências, capaz de ordenar a prestação dos serviços públicos pela iniciativa privada ao oferecimento de bens e prestações essenciais aos cidadãos, de forma a garantir a realização da dignidade da pessoa humana e o desenvolvimento.

Porém, o desenvolvimento social depende não apenas do oferecimento de bens e serviços pela iniciativa privada para os respectivos usuários, mas pela expansão e perpetuação dos serviços públicos a indivíduos tidos como não econômicos que necessitam dessas prestações e aprioristicamente não tem acesso ou continuidade.

Assim, abrange a orientação pelo critério de universalização e de continuidade do serviço público, como forma de garantir a esses indivíduos a prestação de utilidades necessárias à fruição daqueles direitos, contribuindo com a preservação da dignidade da pessoa humana e auxiliando no efetivo desenvolvimento.⁶⁴

Ocorre pela definição de um marco regulatório capaz de estabelecer critérios de acesso dos indivíduos ao serviço público, inclusive, para aqueles que não têm capacidade econômica, além de mecanismos hábeis a garantir a prestação adequada, em atendimento aos direitos do usuário e aos fins esperados pela sociedade.

Envolve, ainda, uma regulação capaz de garantir o dever de contínua e ininterrupta oferta dos serviços públicos para os usuários, uma vez que abrangem bens e prestações essenciais e indispensáveis à existência digna do indivíduo, bem como de interesse geral da sociedade, na persecução do seu desenvolvimento.⁶⁵

atividades de forma inadequada e apenas com o justo equilíbrio entre os interesses privados e o público será capaz de modificar o cenário. VALLE, Vivian Lima López. Serviço público, desenvolvimento econômico e a nova contratualização da Administração Pública: o desafio na satisfação dos direitos fundamentais. *Fórum Administrativo*, n. 132, v. 12, p. 72, 2012.

⁶³ Nesse tocante o domínio de conhecimentos técnicos das agências sobre a atividade regulada e os pressupostos econômicos e jurídicos subjacentes a sua aplicação permitem a eleição, entre as soluções possíveis, daquela mais neutra e técnica, capaz de evitar uma indevida influência política na gestão do interesse público e melhor atendimento das demandas sociais. Sobre o tema, vide: MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Agências, Expertise e Profissionalismo. O Paradigma da Técnica na Administração Pública*. *Revista de Direito Administrativo*, n. 254, p. 67-94, maio/ago. 2010.

⁶⁴ Abrange oferecimento do serviço e a promoção proativa de inclusão de novos usuários a serviços de saneamento básico, energia, telefonia e gás que nas sociedades contemporâneas são utilidades cuja ausência afeta a dignidade da pessoa humana e dificulta a redução do subdesenvolvimento. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Redefinição do papel do Estado na prestação de serviços públicos: realização e regulação diante do princípio da eficiência e universalidade*. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, ano 8, n. 40, p. 68, nov./dez. 2006.

⁶⁵ Isso não importa, todavia, negar a possibilidade de sua eventual restrição no seu fornecimento, como prevê a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que permite a descontinuidade na prestação do serviço público em

Ademais compreende o critério de modicidade do serviço público, permitindo um ajuste entre a legítima expectativa de lucro do agente econômico e o interesse de economicidade do serviço pela sociedade, oferecendo os serviços essenciais mediante tarifas módicas capaz de garantir a inclusão e manutenção de usuários.⁶⁶

Isso importa na criação de uma política tarifária capaz de propiciar o acesso e permanência a usuários não econômicos, contribuindo com o desenvolvimento social almejado, bem como, se necessário, a definição de subsídios capazes de viabilizar o interesse e competição na prestação desses serviços públicos.⁶⁷

Mediante a definição de um valor de medida justa de tarifa garante-se a adequação mínima do serviço público ao usuário e a realização da solidariedade para o consumidor, uma vez que a relação entre o prestador dos bens e utilidades e o cidadão sujeita-se à aplicação do direito do consumidor e submete o lucro ao seu papel social.⁶⁸

No âmbito do serviço público de fornecimento de energia elétrica, teve-se a criação de um marco regulatório capaz de garantir a expansão da oferta de energia elétrica mediante a definição de planos de universalização que atingem usuários não econômicos, mas prevê a compensação para a iniciativa privada.

Com fins de ampliação do acesso, houve o estabelecimento de metas de universalização do uso de energia elétrica com a fixação de áreas progressivamente crescentes de atendimento, bem como a permissão de licitações em áreas já concedidas cujos contratos não contenham cláusula de exclusividade.⁶⁹

Abrangeu, também, a obrigatoriedade de fornecimento de energia elétrica a usuários tidos como não econômicos e a criação de planos de universalização pelos

situação de emergência ou após aviso prévio quando motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações e por inadimplemento de usuário considerado o interesse da coletividade. (art. 6º, §3º).

⁶⁶ Ressalta-se a importância do papel de as agências intervirem na prestação do serviço público pela iniciativa privada, com qualidade, economicidade, eficiência e regularidade de forma a afastar a possibilidade de desprezo da finalidade pública, que caracterizou o modelo de concessão e resultou no seu fracasso em um primeiro momento. OLIVEIRA, Jose Carlos Ferreira de. O Estado regulador na concessão... p. 100 e 107.

⁶⁷ Neste tocante, o modelo de concessão patrocinada de serviços públicos, instituído pela Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, erige-se como instrumento para a viabilização de uma política tarifária capaz de propiciar o desenvolvimento, garantindo a compensação na exploração pela iniciativa privada daquela atividade. Sobre o tema, vide: SCHIRATO, VITOR Rhein. A regulação dos serviços públicos como instrumento para o desenvolvimento. Interesse público, Belo Horizonte, v. 7, n. 30, p. 94-95, mar. 2005.

⁶⁸ Amplia-se, portanto, a importância das agências reguladoras, que passam a garantir ao usuário-consumidor um complexo de direitos permitindo o equilíbrio na relação jurídica entre ambos, não permitindo o fornecedor do serviço se apropriar do lucro excessivo que detém em razão de sua posição no mercado, mas submete ao princípio de solidariedade com socialização dos lucros em favor da sociedade. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A proteção dos usuários de serviços públicos. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). Direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 252-253.

⁶⁹ A Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002, dispôs sobre a universalização do serviço público de energia elétrica, através da fixação para concessionárias e permissionárias de serviço público de metas de universalidade com ampliação de áreas crescentes (art. 14), bem como a promoção de novas licitações em áreas já concedidas sem contrato de exclusividade (art. 15), porém, garantindo a recomposição tarifária extraordinária sem prejuízo do reajuste anual (art. 4º).

concessionários de acordo com índice anual gradativo, com a imposição de penalidades pelo não atendimento das obrigações, como a redução dos níveis tarifários.⁷⁰

Por outro lado, com objetivo de resguardar a manutenção ao acesso, excluíram-se as unidades consumidoras de baixa renda dos custos relativos à aquisição de energia elétrica, garantindo, através da recomposição tarifária extraordinária e da Conta de Desenvolvimento Energético, o reequilíbrio contratual para os concessionários.⁷¹

Foi criada, ainda, uma tarifa social para as unidades consumidoras classificadas como de baixa renda com faixas de desconto, de forma a permitir, através da modicidade das tarifas, o acesso, a ampliação e a continuidade ao serviço público de fornecimento de energia elétrica.⁷²

Por efeito, observou-se nos últimos anos uma ampliação do universo de usuários de energia elétrica no país,⁷³ inclusive, entre aqueles tidos como não econômicos⁷⁴ em um crescimento do índice global de atendimento de domicílios pelos entes privados prestadores de serviços públicos.⁷⁵

⁷⁰ A Resolução normativa nº 223 de 2003 da ANEEL impõe ao concessionário de serviço público o atendimento da ligação para unidade consumidora de baixa renda utilizando por critério técnico a carga instalada (menor ou igual a 50kW) sem qualquer ônus para o solicitante (arts. 3º e 4º), evitando a imposição de exigências econômicas que vedem o acesso a usuários não econômicos. Delimita o plano de universalização fixando um índice anual gradativo de atendimento da concessionária a partir dos dados do Censo promovido pelo IBGE em 2000 (art. 10) e a criação de indicadores de universalização do atendimento (art. 12) e impondo penalidade pelo não atendimento com a redução dos níveis tarifários (art. 14). Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/cedoc/bres2003223.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2012.

⁷¹ A Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002, que dispõe sobre a universalização do serviço público de energia elétrica, definiu para o consumidor da subclasse residencial de baixa renda sua exclusão do rateio dos custos referentes à aquisição de energia elétrica (art. 1º, §1º, e 2º) e da recomposição tarifária extraordinária (art. 4º, §2º), além da criação da Conta de Desenvolvimento Energético, que permite promover a universalização do serviço de energia elétrica em todo o território nacional e garantir recursos para atendimento à subvenção econômica destinada à modicidade da tarifa para os usuários de baixa renda (art. 13). Coube ao Decreto nº 7.583, de 13 de outubro de 2011, dispor sobre o custeio da Tarifa Social (art. 2º a 4º).

⁷² A Resolução normativa nº 407/2010 da ANEEL estabelece as condições para enquadramento na subclasse residencial de baixa renda criando quatro faixas de descontos que abrangem consumo mensal de energia elétrica entre 30kWh a 220kWh (art. 2º, incisos I a IV), mediante a observação de critérios (arts. 3º, 4º e 5º), inclusive, impondo as distribuidoras que instalem medidores de energia elétrica para famílias que residam em habitações para várias famílias regulares ou irregulares de baixa renda (art. 6º). A Resolução normativa nº 485/2002 da ANEEL complementa com critérios objetivos, como circuito monofásico (art. 1º), além de trazer outras disposições sobre a matéria. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/cedoc/ren2010407.pdf>> e <<http://www.aneel.gov.br/cedoc/res2002485.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2012.

⁷³ Segundo Censo Demográfico de 2010 promovido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o serviço de energia elétrica foi que alcançou maior cobertura, atingindo 97,8% dos domicílios, ou seja, atendendo 56.595.007 de 57.324.185 domicílios particulares permanentes. Em relação ao Censo Demográfico de 2000, ou seja, antes das medidas, importa em crescimento de 30%. Disponível em: <<http://www.censo2010.ibge.gov.br/sinopse/index.php?dados=P13&uf=00>>. Acesso em: 21 out. 2012.

⁷⁴ Segundo, ainda, Censo Demográfico de 2010 promovido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), se considerado os domicílios particulares permanentes por tipo de material das paredes externas observamos que, em um universo de 45.873.341 domicílios com alvenaria com revestimento, 6.106.000 domicílios com alvenaria sem revestimento, 3.682.527 de madeira emparelhada, 421.991 de talpa revestida e 1.236.696 não durável, houve ampliação em todos os seguimentos: 45.687.018 de domicílios com alvenaria com revestimento, 5.963.214 de domicílios com alvenaria sem revestimento 3.525.702 de madeira emparelhada, 383.818 de talpa revestida e 1044.206 não durável. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Familias_e_Domicilios/tab1_2.pdf>. Acesso em: 21 out. 2012.

⁷⁵ Conforme avaliação da Agência Nacional de Energia Elétrica, das 64 concessionárias de serviço público de fornecimento de energia elétrica a média geral foi de 94,52% de domicílios com iluminação, variando o

Embora haja limitações do avanço promovido,⁷⁶ o acréscimo na universalização do fornecimento de energia elétrica auxilia na garantia de um núcleo mínimo existencial necessário à preservação da dignidade da pessoa humana⁷⁷ e contribui de forma decisiva para o desenvolvimento social.⁷⁸

Recentemente, foi adotado um conjunto de medidas que promovem a redução de tarifas⁷⁹ e condicionam a prorrogação das concessões e a ampliação das usinas elétricas à remuneração tarifária e critérios de qualidade fixados pela agência,⁸⁰ garantindo a modicidade e adequação do serviço com vistas ao desenvolvimento.

Esses exemplos apenas denotam o papel relevante que as agências reguladoras assumem no âmbito do fornecimento de serviço público pela iniciativa privada conduzindo os interesses do agente econômico à realização dos valores constitucionais, contribuindo com o desenvolvimento humano e social.

7 Conclusão

A crise do Estado brasileiro na década de 1980, marcada pela inviabilidade de atendimento das complexas demandas sociais e o crescente desequilíbrio das finanças públicas, erigiu a inviabilidade da burocracia enquanto modelo de gestão inoperante e economicamente insustentável para o oferecimento dos serviços públicos.

índice global de atendimento entre 65,75% no caso da CEAM e 99,9% conforme Poço de Caldas. Disponível em: <http://universalizacao.aneel.gov.br/UNI_Busca_concessionaria_universal_Total_Geral.asp>. Acesso em: 21. out.2012.

⁷⁶ Segundo, ainda, Censo Demográfico de 2010, promovido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), verifica-se que, embora 99,7% dos domicílios possuam energia elétrica, apenas 27,5% possuem domicílio com energia elétrica de companhia distribuidora, mas sem medidor ou relógio (14,8%), domicílios com energia elétrica de companhia distribuidora e medidor de uso comum (8,9%) e domicílios abastecidos com energia por outras fontes (3,5%), o que denota problema na regularização, segurança e qualidade do fornecimento de energia elétrica. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/aglomerados_subnormais/agsn2010.pdf>. Acesso em: 21 out. 2012.

⁷⁷ O núcleo essencial dos direitos fundamentais corresponde às condições mínimas indispensáveis para uma existência humana digna e dependem da fruição de certos bens e serviços essenciais. Sobre o mínimo existencial, vide: TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p 54-62.

⁷⁸ Segundo, ainda, Censo Demográfico de 2010 promovido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o fornecimento de energia elétrica por companhias de distribuição no Norte (89,3%) e no Nordeste (96,9%) alcançaram os maiores avanços quando comparados a 1991 (67,0% e 71,7%, respectivamente). Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=2240&t=censo-2010-unioes-consensuais-ja-representam-mais-13-casamentos-sao-mais-frequentes>. Acesso em: 21 out. 2012.

⁷⁹ O Governo Federal promoverá a redução da tarifa média de distribuição aos usuários de energia elétrica mediante aporte na Conta de Desenvolvimento Energético (arts. 20, 22 e 23) em função da redução na cobrança dos encargos na Conta de Consumo de Combustíveis, CDE e Reserva Global de Reversão (arts. 21 e 24), além da redução da tarifa média de geração e da Receita Anual permitida da transmissão, visto que essas concessões não terão mais ativos a depreciar ou amortizar (art. 8 §2º, art. 15 caput, §1º e §3º). A expectativa é que as medidas contribuam no desenvolvimento econômico desonerando a atividade produtiva e auxiliem no desenvolvimento social permitindo o acesso de usuários não econômicos.

⁸⁰ A Medida Provisória nº 579, de 11 de setembro de 2012, dispõe sobre as concessões de geração, transmissão e distribuição de energia, condicionando a prorrogação à remuneração por tarifa calculada pela Aneel para cada usina elétrica e a submissão aos padrões de qualidade fixados pela mesma (art. 1º, §1º a 3º, e art. 6º, §1º a 2º). Permite, ainda, a ampliação das usinas hidrelétricas cujas concessões forem prorrogadas, se observado o princípio da modicidade tarifária, garantindo que os investimentos realizados para a ampliação serão considerados na fixação da tarifa (art. 4º, caput e §2º).

A implantação de um modelo gerencial na Administração Pública através das sucessivas reformas incluiu a transferência da exploração das atividades econômicas e a delegação dos serviços públicos para a iniciativa privada dotada de maior capacidade de financiamento e conhecimento de modernas técnicas de gestão.

Não obstante, os avanços obtidos na prestação do serviço público, o processo de desestatização não obteve os resultados esperados quanto à universalização ou a continuidade, ensejando a busca por mecanismos capazes de conformar a atividade privada às realizações dos bens e interesses sociais almejados.

A transferência da execução do serviço público à iniciativa privada e a existência de agentes atuando em regime de concorrência impôs a necessidade de agências capazes de regular a partir de juízo técnicos a prestação de serviços com vista à adequação aos interesses legítimos dos concessionários e às expectativas da sociedade.

Em um país marcado pelo triste retrato da desigualdade social, com elevados índices de miséria e de violência, a prestação dos serviços públicos não se limita a adjudicação de bens e serviços materiais, mas se erige como instrumento capaz de auxiliar na realização da dignidade da pessoa humana e contribuir no desenvolvimento.

O oferecimento dos serviços públicos permite a adjudicação de bens e serviços necessários ao mínimo existencial, bem como exerce papel fundamental na inserção do indivíduo na comunidade e no acréscimo de desenvolvimento social, denotando um compromisso solidário da sociedade com a redução das desigualdades.

A atividade regulatória torna-se, portanto, instrumento eficaz para permitir a prestação dos serviços públicos pela iniciativa privada através da criação de mecanismos de acesso, a universalização e manutenção dos bens e utilidades essenciais à fruição dos direitos fundamentais e o desenvolvimento.

Sob essa égide, a atuação das agências reguladoras permite garantir uma justa medida entre o fomento à competição e o lucro para a iniciativa privada, com a necessária universalidade e manutenção dos usuários e continuidade dos serviços públicos prestados a sociedade, contribuindo com o desenvolvimento econômico e social.

A predominância de critérios técnico-científicos e conhecimentos específicos na sua atuação normativa, gerencial e fiscalizadora produzem uma maior racionalização no exercício da atividade estatal reduzindo a possibilidade de arbítrios, permitindo o respeito aos direitos dos particulares e a sua conformação aos fins sociais.

Isso envolve um marco regulatório orientado pela universalização e manutenção no acesso, bem como a continuidade do serviço público, com a definição de critérios normativos, que sejam capazes de permitir a fruição contínua pelos indivíduos, em especial, não econômicos, dos bens e serviços essenciais.

Envolve também uma perquirição à modicidade do serviço público, através da revisão de tarifas e utilização de subsídios como a concessão patrocinada, contribuindo para a economicidade necessária à inclusão e manutenção dos usuários conformando junto à finalidade econômica o viés social da prestação do serviço público.

Não se ignora as dificuldades em compatibilizar os interesses legítimos da iniciativa privada na exploração da atividade exteriorizada no lucro e no crescimento, com as expectativas sociais na prestação do serviço público denotado no fornecimento dos bens e prestações essenciais à dignidade da pessoa humana e ao desenvolvimento.

Todavia, na tensão entre a persecução do desenvolvimento econômico e a mitigação das desigualdades sociais, a regulação pelas agências na prestação do serviço público pela iniciativa privada é capaz de encontrar uma justa medida permitindo a realização do influxo ideológico liberal e social que marcam nosso constitucionalismo.

State Management, Economic Regulation and Public Services – The Role of Agencies in Promoting Development

Abstract: The role of regulators in shaping the implementation of public services provided by private, in order to safeguard the legitimate expectations of the economic agent and the realization of assets and social interest, contributing to the economic and social development is the topic under discussion from the perspective of adopting a management model in public administration from transferring the holdings of economic activities and delegation of public services to particular, the rise of regulation by creating agencies endowed with a marked degree of autonomy able to reconcile economic and social issues and understanding of public services as not only the procurement of goods and services of collective interest, but guarantee instrument of human dignity and development.

Key words: State Management. Regulation. Agencies. Public Services. Development.

Referências

- AMARAL, Azevedo. O Estado autoritário e a realidade nacional. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1938.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras e evolução do direito administrativo econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. O marco regulatório dos serviços públicos. *Interesse Público*, n. 27, v. 5, 2004.
- BAPTISTA, Patrícia. Transformações do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Legitimação dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e a Constitucionalização do Direito. O triunfo tardio no direito constitucional no Brasil. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

- BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BEDJAOUI, Mohammed. The right to Development. In: BEDJAOUI, Mohammed (Org.) International Law: Achievements and Prospects. Paris: Martinus Nijhoff Publisher e UNESCO, 1991.
- BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BORGES, Alice Gonzalez. A implantação da administração na Emenda Constitucional 19/98. Revista Trimestral de Direito Público, n. 24.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Do Estado patrimonial ao gerencial. In: PINHEIRO, Wilhelm e Sachs (Org.). Brasil: um século de transformações. São Paulo: Cia. das Letras, 2001.
- CAIELLA, Pascual. Regulación de los servicios públicos e concurrencia. A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional, v. 12, 2003.
- CARBONELL, Miguel. Nuevos tiempos para el constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- CASTANHEIRA, Maurício (Org.). Gestão do conhecimento: logística, cadeia de suprimentos e arranjos produtivos. v. 1 e 2. Rio de Janeiro: Publit Soluções Editoriais, 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da realidade. In: Direito regulatório: temas polêmicos. Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- FAORO, Raymundo. Os donos do poder. 15. ed. São Paulo: Editora Globo, 2000.
- FERNANDES, Eric Baracho Dore. O papel do Poder Judiciário na concretização de um modelo social de desenvolvimento. Mimeografado. 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. Derechos e garantías: la ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999.
- FREYRE, Gilberto. Casa-grande e senzala. 39. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.
- GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. O serviço público e a Constituição brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Redefinição do papel do Estado na prestação de serviços públicos: realização e regulação diante do princípio da eficiência e universalidade. Interesse Público, ano 8, n. 40, nov./dez. 2006.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). Direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros, 2000.
- HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil. Prefácio de Antônio Cândido. 17. ed. Rio de Janeiro: Olympio, 1984.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005.
- JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. Fórum Administrativo Direito Público, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009.
- JUSTEN, Mônica Spezia. A noção de serviço público no direito europeu. São Paulo: Dialética, 2003.
- LIMA JUNIOR, Olavo Brasil. As reformas administrativas no Brasil: modelos, sucessos e fracassos. Revista de Serviço Público, ano 49, n. 2, abr./jun. 2008.

- MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A proteção dos usuários de serviços públicos. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). Direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MAJONE, Giandomenico. Do Estado Positivo ao Estado Regulador: causas e consequências da mudança no Modos e governança. In: MATTOS, Paulo Todescan L. (Coord.). Regulação econômica e democracia: o debate europeu. São Paulo: Singular, 2006.
- MARCELINO, Gileno Fernandes. Administração pública brasileira: evolução, situação atual e perspectivas futuras. Revista do Serviço Público, Brasília, v. 117, n. 2, set./dez. 1998.
- MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). Direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Apontamentos sobre a reforma administrativa. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito regulatório. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Globalização, regionalização, reforma do Estado e da Constituição. Revista de Direito Administrativo, n. 215, jan./mar. 1998.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do direito administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- MOREIRA, Egon Bockmann. O direito administrativo da economia e a atividade interventiva do Estado brasileiro. In: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coord.). Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- MORENILLA, José Maria Souvirón. La actividad de la administración y el servicio público. Granada: Comares, 1998.
- MOURA, Emerson Affonso da Costa. Agências, expertise e profissionalismo. O paradigma da técnica na Administração Pública. Revista de Direito Administrativo, n. 254, maio/ago. 2010.
- NUNES, Edson. A gramática política do Brasil – clientelismo e insulamento burocrático. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.
- OLIVEIRA, Jose Carlos Ferreira de. O Estado regulador nas concessões de serviços públicos. Revista de Informação Legislativa, n. 129, v. 33, 1996.
- RIBEIRO, Sheila Maria Reis. Reforma do aparelho de Estado no Brasil: uma comparação entre as propostas dos anos 60 e 90 In: VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Lisboa, 2002.
- SCHIRATO, VITOR Rhein. A regulação dos serviços públicos como instrumento para o desenvolvimento. Interesse público. Belo Horizonte, v. 7, n. 30, mar. 2005.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo regulatório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços públicos e regulação estatal. In: Direito administrativo econômico. SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). São Paulo: Malheiros, 2000.
- TÁCITO, Caio. A reforma do Estado e a modernidade administrativa. Revista de Direito Administrativo, 215, jan./mar. 1999.
- TÁCITO, Caio. Direito administrativo participativo. Carta Mensal. CNC V. 43. Ago/1997.
- TÁCITO, Caio. Os direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988. Revista de Direito Administrativo, n. 178. out./dez. 1989.

TAVARES, André Ramos. Direito constitucional econômico. São Paulo: Método, 2003. p. 68.

TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p 54-62.

VALLE, Vivian Lima López. Serviço público, desenvolvimento econômico e a nova contratualização da Administração Pública: o desafio na satisfação dos direitos fundamentais. Fórum Administrativo, n. 132, v. 12, 2012.

VASAK, Karel. For the third generation of human rights: the rights of solidarity. Inaugural Lecture, Tenth Study Session, International Institute of Human Rights, July, 1979.

WAHRLICH, Beatriz. A reforma administrativa da era de Vargas. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1983.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MOURA, Emerson Affonso da Costa. Estado gerencial, regulação econômica e serviços públicos – O papel das agências na promoção do desenvolvimento. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 57, p. 193-217, jul./set. 2014.

Recebido em: 05.10.2013

Aprovado em: 08.07.2014