Michelle Manaia Santos

REGULAÇÃO DESCENTRALIZADA
- UM ESTUDO À LUZ DOS SETORES DE ENERGIA
E GÁS NATURAL -

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ORIENTADOR: PROFESSOR TITULAR HERMES MARCELO HUCK

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO

2014

Michelle Manaia Santos

REGULAÇÃO DESCENTRALIZADA
- UM ESTUDO À LUZ DOS SETORES DE ENERGIA
E GÁS NATURAL -

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, área de concentração do Departamento de Direito Econômico e Financeiro, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Titular Hermes Marcelo Huck.

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO
2014

BANCA EXAMINADORA

Professor Titular Hermes Marcelo Huck (Orientador)

DEDICATÓRIA

*Ofereço este trabalho à minha família, que
tem contribuído muito para que eu alcance
meus objetivos pessoais e profissionais.*

AGRADECIMENTOS

Meus sinceros agradecimentos a todos os mestres, em especial ao professor Hermes Marcelo Huck pela confiança, conselhos e valiosas orientações.

Aos professores Gilberto Bercovici e Carlos Ari Sundfeld pela colaboração e contribuição no exame de qualificação.

Aos meus pais, amigos e familiares, que sempre me incentivaram na construção de uma vida profissional e acadêmica.

RESUMO

A presente dissertação tem por finalidade analisar o modelo jurídico da regulação descentralizada, identificando os conflitos jurídicos que surgem entre os entes envolvidos. Para que o objetivo seja alcançado o estudo abrange os setores de energia elétrica e gás natural, tendo em vista que no primeiro houve a delegação de algumas atividades da agência reguladora federal para os Estados membros e no segundo convivem campos de competência regulatória federal e estadual.

A pesquisa será iniciada por meio de uma abordagem de aspectos relevantes sobre a regulação dos setores de infraestrutura e serviços conexos com o intuito de demonstrar as questões que envolvem a regulação descentralizada. Em seguida será apresentado um panorama geral do federalismo brasileiro.

Após a apresentação dos pontos mencionados acima, será realizada uma análise específica de cada setor objeto do estudo, demonstrando as características específicas e as razões para a regulação ser realizada de forma descentralizada. Por fim, serão apontados os conflitos que surgem nesse modelo, com base na doutrina e na jurisprudência.

Palavras-chave: regulação, federalismo, energia elétrica, gás natural

ABSTRACT

This dissertation aims to analyze the legal model of the decentralized regulation, identifying legal conflicts that arise from the relationship of the entities related thereto. In order to achieve this dissertation's purpose, the study will focus on not only the electricity, but in the natural gas industry as well. In the former, there was the delegation of some activities of the federal regulatory agency to the Member States, and in the latter both Federal and State regulatory competences can be found simultaneously.

The research will firstly approach the relevant aspects of the regulation of infrastructure services in order to point out the main issues involving the decentralized regulation. Thereafter, an overview of the Brazilian federalism will be presented.

After the presentation of the points mentioned above, it will be held a specific analysis regarding the above mentioned industries. Accordingly, some specific features will be presented, as well as the reasons why the regulation is carried out decentralized. Finally, it will be pointed out the conflicts that arise from this model, always taking into consideration the doctrine and jurisprudence related thereto.

Keywords: regulation, federalism, electricity, natural gas.

SIGLAS E ABREVIATURAS

Adin	Ação Direta de Inconstitucionalidade
Aneel	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP	Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
BNDES	Banco Nacional do Desenvolvimento
BID	Banco Interamericano de Desenvolvimento
Cade	Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência
CCEE	Câmara de Comercialização de Energia Elétrica
CEG	Companhia Estadual de Gás do Rio de Janeiro
Celesc	Centrais Elétricas de Santa Catarina
COMGÁS	Companhia de Gás de São Paulo
Eletrobras	Centrais Elétricas Brasileiras S/A
Gasmig	Companhia de Gás de Minas Gerais
MAE	Mercado Atacadista de Energia Elétrica
ONS	Operador Nacional do Sistema Elétrico
Petrobras	Petróleo Brasileiro S/A
PND	Programa Nacional de Desestatização
Pnage	Programa Nacional de Apoio à Modernização da Gestão e do Planejamento dos Estados e do Distrito Federal
PPSA	Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S/A, Pré-Sal Petróleo S/A
Promoex	Programa de Modernização do Controle Externo dos Estados e Municípios Brasileiros
Transpetro	Petrobras Transporte S.A.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
Metodologia.....	16
CAPÍTULO I: A REGULAÇÃO NO BRASIL DOS SETORES DE INFRAESTRUTURA E SERVIÇOS CONEXOS.....	18
1.1. A formação do Estado regulador no Brasil.....	18
1.2. As diferentes funções e formas de atuação da regulação.....	28
1.3. A regulação e o desenvolvimento de setores de infraestrutura e serviços conexos.....	39
1.4. As agências reguladoras brasileiras.....	43
CAPÍTULO II: FEDERALISMO COOPERATIVO E REGULAÇÃO.....	49
2.1. Aspectos do federalismo.....	49
2.2. Federalismo cooperativo.....	52
2.3. O federalismo no Brasil.....	54
CAPÍTULO III: A REGULAÇÃO DO SETOR DE ENERGIA E A RELAÇÃO ENTRE OS ENTES FEDERADOS.....	59
3.1. Peculiaridades do setor.....	59
3.1.1. Aspectos da reestruturação.....	62
3.2. Histórico e razões para a distribuição de competências entre a União e os Estados.....	67

3.3. Os conflitos jurídicos entre a Aneel e os Estados no modelo do setor energético.....	74
CAPÍTULO IV: A REGULAÇÃO DO SETOR DE GÁS NATURAL E A RELAÇÃO ENTRE OS ENTES FEDERADOS.....	81
4.1. Peculiaridades do setor.....	81
4.1.1. Aspectos da reestruturação.....	85
4.2. Histórico e razões para a distribuição de competências entre a União e os Estados.....	92
4.3. Os conflitos jurídicos entre a ANP e os Estados no modelo do setor de gás natural.....	97
CONCLUSÃO.....	105
BIBLIOGRAFIA.....	117

INTRODUÇÃO

A dissertação procura demonstrar os tipos de conflitos que surgem na gestão descentralizada da regulação por meio da análise de dois casos existentes. Em primeiro lugar, do setor energético, por meio do qual houve a delegação de algumas atividades da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) para os Estados-membros. Em segundo lugar, estuda-se o caso do gás natural, no qual convivem campos de competência regulatória federal e estadual.

O objetivo é avaliar se nos modelos de convivência adotados surgem conflitos federativos, e, em caso positivo, de quais tipos. Com isso será possível discutir se a regulação descentralizada é favorável ao desenvolvimento do setor, bem como ao fortalecimento da governança nas agências. Não obstante a importância dos problemas que envolvem outras áreas, a tese será elaborada sob a perspectiva de Direito Econômico, examinando-se os diversos aspectos do modelo em termos regulatórios, com a finalidade de verificar quais são os obstáculos enfrentados para que essa cooperação proporcione, atualmente, efetiva continuidade do procedimento regulatório.

Sobre o assunto, ressalta-se que, no Brasil, o setor elétrico apresenta uma série de particularidades, como a grande importância da produção hidrelétrica, associada às diferenças na qualidade dos sistemas desenvolvidos em cada região do país, os quais são compostos por quatro grandes segmentos (geração, transmissão, distribuição e comercialização).

A vasta extensão do território nacional, complementada pela distância entre as hidrelétricas e os centros de consumo, demanda longas redes de transmissão e distribuição. Referidas redes, diferenciadas em razão da alta e da baixa tensão, exigem normas regulatórias próprias.

No que se refere especificamente à distribuição, a extensa participação dos Estados-membros no segmento ao longo da história, por meio de diversas empresas públicas, fez com que, após a reestruturação do setor (para introdução de um modelo de intervenção através da regulação), a Aneel delegasse diversas atividades para órgãos técnicos estaduais,

de acordo com uma previsão do artigo 20 da Lei nº 9427/96¹. A delegação apresenta como um dos requisitos a observância das normas federais e tem por objeto principal atividades de fiscalização, mediação e solução de reivindicações.

Por outro lado, o setor de gás natural ocupa ainda pequeno espaço na matriz energética nacional, tendo recebido, ao longo dos anos, um tratamento associado ao petróleo. Apesar de tais fatos, sua importância crescente enfatiza a necessidade de aprimoramento das regras regulatórias, considerando-se todos os seus segmentos, como a exploração, produção, importação, exportação, processamento, transporte, distribuição e comercialização, entre outros.

Destaca-se, nesse sentido, a exemplo do caso da energia elétrica, que o transporte também exige longas redes, as quais, muitas vezes, podem até cruzar países, em razão da distância das jazidas. No entanto, diferentemente daquele setor, a distinção entre as linhas de transporte e distribuição é mais tênue, uma vez que não há um critério preciso como a tensão.

Além disso, em relação à atividade de distribuição, a Constituição Federal de 1988² a previu, na sua redação original, como competência dos Estados membros, que desenvolveram diversas empresas públicas estaduais para explorar o segmento. Referida atribuição foi mantida com as alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 9/95³, que possibilitou a privatização das empresas criadas.

A disposição constitucional citada fez com que houvesse uma distribuição de competências regulatórias entre a União e os Estados-membros no setor de gás natural. Esses ficaram responsáveis pelas atividades de distribuição e comercialização, realizadas em âmbito local, e a primeira assumiu a competência regulatória sobre os demais segmentos.

Dentro desse contexto, os setores de energia e gás natural foram selecionados, uma vez que apresentam como aspecto semelhante o segmento de distribuição, que em ambos os casos conta com a participação dos Estados membros. Ademais, outro motivo

¹ BRASIL, Lei nº. 9427, de 26 de dezembro de 1996. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 dez. 1996.

² BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out. 1988.

³ BRASIL, Emenda Constitucional nº. 9, de 9 de novembro de 1995. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 nov. 1995.

determinante refere-se ao fato de que, nesses dois campos, o tratamento atribuído à convivência entre os entes federais e estaduais é diferenciado.

Enquanto no setor de energia foram delegadas atividades específicas (como a de fiscalização e mediação de conflitos) para as entidades estaduais, no setor do gás natural há um duplo grau de regulação, com agências no âmbito federal e estadual que convivem por meio de uma delimitação de competências por vezes conflituosa.

Nos dois modelos existentes é possível apontar uma série de vantagens e desvantagens prováveis. Entre as vantagens estariam, exemplificativamente, a redução da disparidade entre os entes federados, a disseminação da cultura da regulação por meio de maior proximidade com a sociedade, o fortalecimento do relacionamento da União com os Estados membros, a agilização dos processos de fiscalização e mediação, a adaptação das ações regulatórias às características locais, a formação de um ambiente de apoio ao processo regulatório e o fortalecimento do conselho de consumidores.

Paradoxalmente, entre as possíveis desvantagens, pode ser mencionada a assimetria entre a autoridade que tem as informações sobre a qualidade do serviço e aquela que irá utilizá-la, as dificuldades de atuação das agências reguladoras federais, a vulnerabilidade dos órgãos reguladores estaduais, os problemas decorrentes dos conflitos de competência, a extensa produção normativa gerada pelas duas fontes.

Não obstante os diferentes aspectos positivos e negativos capazes de serem abordados na análise dos modelos de regulação descentralizada propostos, a presente dissertação averiguará, especificamente, quais os tipos de conflitos federativos que surgem por meio da regulação do segmento de distribuição nos setores de energia elétrica e gás natural, uma vez que em razão de tal atividade estar no campo regulatório dos Estados membros, podem surgir divergências no relacionamento com a União.

O objetivo é identificar os conflitos e compará-los de modo a demonstrar, em primeiro lugar, se a regulação descentralizada inviabiliza o procedimento regulatório por gerar diversos debates federativos, ou se, pelo contrário, apresenta apenas problemas pontuais que por meio de um aperfeiçoamento do modelo podem ser superados.

Em segundo lugar, pretende-se analisar se é possível apontar em qual dos modelos surgem menos conflitos ou, ainda, em qual deles os debates existentes são menos prejudiciais à continuidade do procedimento regulatório.

A partir da análise desses dois modelos, serão verificados os resultados de cada forma de coordenação e, ressalvadas as peculiaridades de cada setor, apontados os desafios para o futuro em termos de desenvolvimento da infraestrutura brasileira.

Sobre o tema proposto, é importante observar que a relação entre a União e os Estados membros na regulação de setores de infraestrutura é um assunto que carece de pesquisas no Brasil, não obstante a necessidade do desenvolvimento de uma adequada coordenação e cooperação entre os entes federados.

Compreender, criticar e refletir sobre os conflitos decorrentes da convivência citada é fundamental para que os efeitos desejados pela regulação possam ser alcançados com uma expressiva participação social, acompanhada de medidas eficazes, permeadas por ampla confiança no procedimento regulatório. Caso o relacionamento seja falho, é possível que ocorra um verdadeiro desestímulo ao crescimento do setor e aos investimentos privados realizados, além dos efeitos negativos que podem ser gerados para os consumidores e para a universalização dos serviços.

Dentro desse contexto, destaca-se que a regulação no país, principalmente de setores como o de energia e gás natural, considerados essenciais para o funcionamento de toda estrutura pública e privada nacional, demanda um constante aperfeiçoamento que fortaleça a qualidade, a transparência e a eficiência das normas regulatórias.

Nesse sentido, ressalta-se que *“aprimorar o sistema jurídico do país como um todo, e seus diversos instrumentos, é a chave para assegurar um crescimento econômico sustentável e fornecer uma estrutura transparente para os cidadãos”*⁴.

Com isso, o estudo do desenvolvimento da ação regulatória na federação é um dos caminhos para que, por meio de uma visão geral do problema, se pense em soluções para a atuação estatal no Brasil, considerando-se as particularidades dos diversos entes federados. Assim, a presente dissertação pretende analisar a regulação realizada, tendo em vista os problemas que envolvem a União e os Estados membros, com a finalidade de avaliar os desafios que precisam ser enfrentados no futuro nos setores de energia e gás natural.

⁴ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Relatório sobre a reforma regulatória: Brasil fortalecendo a governança para o crescimento*. OCDE, 2008. Disponível em: <<http://www.seae.fazenda.gov.br/destaque/bb-ocde-relatorio-sobre-a-reforma-regulatoria>>. Acesso em: 6.5.2012, p. 8.

Para que se alcance o objetivo mencionado, o primeiro capítulo abordará os institutos sem os quais a análise da regulação dos setores de energia e gás natural não seria devidamente fundamentada. Assim, primeiramente, serão abordados aspectos da reforma da administração pública brasileira que levaram à formação do Estado denominado regulador. Em seguida, serão expostos aspectos das funções e formas de atuação da regulação apontadas pela doutrina, que expõe a complexidade do tema, bem como a possibilidade de a regulação ser realizada de forma descentralizada pelos entes federados.

Posteriormente, será apontada a relação entre a regulação e o desenvolvimento dos setores de infraestrutura, destacando-se as questões tipicamente enfrentadas. Por fim, será realizada uma breve abordagem das características das agências reguladoras brasileiras, destacando-se a sua criação no âmbito da União e dos Estados membros.

Apresentados esses pressupostos, o segundo capítulo analisará os aspectos gerais do federalismo, as características destacadas pela doutrina em relação ao modelo cooperativo, bem como o seu desenvolvimento histórico no Brasil.

O terceiro capítulo, por sua vez, trará a análise específica da regulação do setor de energia, por meio de uma apresentação inicial das peculiaridades que o envolvem, seguida da exposição do histórico e das razões que geraram a delegação de competências da Aneel para os Estados membros. Por fim, serão examinados os conflitos apontados pela doutrina e extraídos da jurisprudência respectivos a esse relacionamento.

No mesmo sentido, o quarto capítulo apresentará as peculiaridades do setor de gás natural, com a finalidade de atender aos questionamentos existentes, acompanhadas das razões para a distribuição de competências regulatórias entre agências federais e estaduais. Finalmente, por meio da análise da doutrina e jurisprudência, serão apontados os conflitos desse modelo em termos de regulação descentralizada.

Ressalvadas as características específicas, após toda essa exposição, o objetivo será demonstrar se, considerando-se os conflitos existentes, a participação dos Estados membros deve ser mantida, e, em caso positivo, se algum dos modelos de regulação descentralizada apresenta-se como o mais adequado.

Metodologia

O método refere-se ao caminho de uma pesquisa, apresentando, portanto, uma função instrumental que corresponde “*ao grande empreendimento de construção do saber científico*”⁵. Dentro desse contexto, para o desenvolvimento do presente trabalho, com o intuito de serem alcançados os objetivos apresentados, serão utilizadas algumas espécies de métodos técnico-científicos abaixo mencionadas.

O método histórico servirá para a pesquisa do processo de reforma do Estado brasileiro na década de 1990, para estudo dos aspectos gerais de desenvolvimento do federalismo no Brasil, bem como para que sejam analisadas as razões para a distribuição de competências regulatórias entre a União e os Estados membros nos setores de energia e gás natural.

O método dialético também será utilizado, haja vista que em muitos tópicos serão apresentadas posições doutrinárias antagônicas.

Além disso, enfatizar-se-á o método comparativo. Referido método será utilizado para comparação dos conflitos jurídicos decorrentes da relação entre a União e os Estados membros na regulação brasileira dos setores de energia e gás natural, respectivamente.

Nesse sentido, é importante observar que o método comparativo tem grande importância não apenas para identificar normas e instituições de diferentes sistemas, como também “*nas investigações comparativas dentro de um mesmo sistema jurídico*”⁶. Com isso, esse método será utilizado no presente trabalho para avaliar as diferenças dos conflitos nos dois modelos apresentados de relacionamento das unidades federadas em termos regulatórios no Brasil.

A coleta de jurisprudência será igualmente empregada, uma vez que serão levantados acórdãos que apontem para eventuais problemas dos dois modelos. Serão pesquisados acórdãos que tratem especificamente da relação entre Estados membros e a União no setor de energia e gás natural proferidos no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. As pesquisas foram realizadas com o uso das palavras “energia e regulação”, “energia e agência”, “gás natural e regulação”, “gás natural e

⁵ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Metodologia da pesquisa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 7.

⁶ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 29.

agência”. Além disso, serão apresentados acórdãos proferidos pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (Cade) que apresentem um conflito federativo no âmbito da pesquisa.

Ademais, o método indutivo será utilizado, haja vista que, partindo dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, verificar-se-á se algum dos modelos de regulação descentralizada apresenta-se como o mais adequado.

CAPÍTULO I. A REGULAÇÃO NO BRASIL DOS SETORES DE INFRAESTRUTURA E SERVIÇOS CONEXOS

O primeiro capítulo tem por objetivo apresentar aspectos gerais da reforma na administração pública brasileira que estruturou um Estado denominado regulador, acompanhado da privatização de diversas atividades e da instituição de agências reguladoras, fundamentadas em um conhecimento técnico.

Dessa forma, a primeira parte do capítulo analisará os aspectos da reforma regulatória no Brasil. A segunda parte abordará as diferentes funções e formas de atuação da regulação apontadas pela doutrina. O terceiro item abordará a relação entre a regulação e os setores de infraestrutura, apontando questões típicas que precisam ser enfrentadas. Por fim, o último tópico tratará das características das agências reguladoras criadas no Brasil.

Todos esses pontos serão desenvolvidos com o objetivo não apenas de verificar a complexidade e os diferentes aspectos que envolvem o tema, como também de aferir a possibilidade de a regulação ser realizada de forma descentralizada pelos entes federados e quais problemas precisam ser defrontados por essa forma de exercício da atividade regulatória.

1.1. A formação do Estado regulador no Brasil

Durante a história, a intensidade de intervenção do Estado na distribuição de rendas, estabilização macroeconômica e, principalmente, regulação de mercados, variou de tempos em tempos e de país para país⁷.

No período posterior à Segunda Guerra Mundial, enfatizou-se, por exemplo, a importância do “Estado do bem-estar social”, com vistas à distribuição de rendas, estabilização macroeconômica e forte intervenção do Estado na economia, principalmente, pela atuação de empresas públicas em setores considerados estratégicos.

⁷ MAJONE, Giandomenico. Do estado positivo ao estado regulador: causas e consequências da mudança no modo de governança. Traduzido por Paulo Todescan Lessa Mattos. In MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.); COUTINHO, Diogo R.; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; PRADO, Mariana Mota; OLIVA, Rafael. *Regulação econômica e democracia: o debate europeu*. São Paulo: Singular, 2006, p. 55.

No entanto, diversos acontecimentos ocorridos por volta da década de 1980 levaram à consolidação da tendência neoliberal. O principal fato foi a vitória nos Estados Unidos e na Inglaterra de forças políticas neoliberais, acompanhada da deterioração da União Soviética.

Esses fatores levaram à formação do Consenso de Washington, no qual se constatou que o modelo do *welfare state* havia se esgotado, tendo em vista todos os encargos gerados. Da mesma forma, havia se esgotado o modelo das pesadas e dispendiosas empresas estatais. Tais conclusões eram reforçadas pelo desempenho econômico insatisfatório, acompanhado do crescimento do desemprego e das taxas de inflação.

Dentro desse contexto, foram geradas quatro palavras de ordem do neoliberalismo: liberalizar, desregular, privatizar e globalizar⁸. Assim, a ideia principal era criar um modelo, com reformas no Estado que possibilitassem a privatização em diversos setores públicos, acompanhada de ampla concorrência.

Nesse sentido, Giandomenico Majone, ao estudar como o novo modelo foi aplicado na Europa, destaca que, embora fosse utilizado o termo “desregular”, mais apropriado seria falar em desregulação combinada com uma nova forma de regulação, realizada em outro nível de governança⁹.

Com o mesmo entendimento, Marcus André Melo explica que ocorreu, na verdade, uma liberalização para que empresas passassem a atuar em setores antes protegidos da competição, acompanhada de processos de regulação que assumiram diferentes formas¹⁰, variando, inclusive, de país para país.

Gilberto Bercovici e Luís Fernando Massonetto, por sua vez, explicam que o direito econômico formado após a Segunda Guerra Mundial, baseado na teoria keynesiana e engajado na perspectiva macroeconômica, se transforma para dar lugar ao novo direito público da economia. Esse novo direito, que é marcado pela hegemonia dos arranjos microeconômicos, aparece com força no final do século 20 e organiza setores considerados

⁸ NUSDEO. Fábio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. 6ª ed., São Paulo: RT, 2010, p. 221/223.

⁹ MAJONE, Giandomenico. Do estado positivo ao estado regulador: causas e consequências da mudança no modo de governança. Traduzido por Paulo Todescan Lessa Mattos. In: MATTOS, Paulo Todescan de Lessa (coord.); COUTINHO, Diogo R. Coutinho *et al* (org.). *Regulação econômica e democracia: o debate europeu*. São Paulo: Singular, 2006, p. 57.

¹⁰ MELO, Marcus André. Política Regulatória: uma revisão da literatura. *BIB*. Rio de Janeiro, n. 50, 2º semestre de 2000, p. 9.

importantes pela lógica dos investimentos privados e se afasta da concepção macroeconômica de construção do desenvolvimento¹¹.

Decorrido certo período após as concepções sobre as necessidades de mudanças estruturais acima citadas, verifica-se que, com a crise do sistema financeiro norte-americano de 2007 e 2008, países que apresentavam economias mais bem reguladas, como o Brasil, foram apontados como mais bem-preparados¹².

A instalação de um Estado regulador no Brasil, com o crescimento do poder normativo do Executivo, com vistas a influir em certos setores com *expertise* e eficiência, decorreu de um longo processo e de diversos fatores que geraram a reforma da gestão estatal no país.

Embora o processo de privatização e formação de um Estado essencialmente regulador tenha sido marcante no governo Fernando Henrique Cardoso, deve-se observar que a mudança da estrutura institucional começa em meados dos anos 1970.

O fim do governo Geisel, em 1978 e 1979, foi marcado pela deterioração das contas públicas e alta inflação, que apontavam para a necessidade de controlar o crescimento das empresas estatais, sendo que os militares já haviam começado a considerar a possibilidade de vender algumas dessas empresas¹³. Todos esses problemas marcavam a crise do modelo nacional-desenvolvimentista, que apontava para a essencialidade de mudanças na gestão pública.

Entre os problemas potencializados no regime militar, citam-se o descontrole financeiro, a politização e crescimento da burocracia, a ausência de responsabilização dos agentes públicos e a existência de diversas empresas estatais, nas mais variadas áreas, o que muitas vezes gerava a perda de foco da atuação do governo¹⁴.

¹¹ BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. Limites da regulação: esboço para uma crítica metodológica do "novo direito público da economia". *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 7, nº. 25, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56978>>. Acesso em: 30.03.2012.

¹² NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 223.

¹³ PINHEIRO, Armando Castelar; GIAMBIAGI, Fábio. Os antecedentes macroeconômicos e a estrutura institucional da privatização no Brasil. In: PINHEIRO, Armando Castelar; FUKASAKU, Kiichiro. *A privatização no Brasil. O caso dos serviços de utilidade pública*. BNDES, 2000. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/Td/Td-55.pdf>. Acesso em: 20.01.2010, p. 16/17.

¹⁴ ABRUCIO, Fernando Luiz. Trajetória recente da gestão pública brasileira: um balanço crítico e a renovação da agenda de reformas. *Revista de Administração Pública*, Edição Especial Comemorativa 1967-2007, p. 68.

Assim, os anos 1980 foram caracterizados por um baixo desenvolvimento econômico e raros investimentos estrangeiros diretos, tendo sido o país diretamente atingido pelo segundo choque do petróleo e crescimento das taxas de juros internacionais, o que ampliou o grande déficit das contas brasileiras. Dentro desse contexto, chegou-se a usar as empresas estatais com objetivos macroeconômicos como forma, por exemplo, de obtenção de empréstimos no mercado externo para ajudar a financiar o déficit.

Todavia, em cerca de dois anos, a Secretaria Especial de Controle das Estatais criada em 1979 para estabelecer limites nos gastos das empresas públicas e introduzir objetivos macroeconômicos nas suas administrações passou a apoiar as empresas privadas no intuito de conter a ampliação das estatais. Com isso, em 1981, foi criada a “Comissão Especial de Privatização”, que gerou a venda de 20 empresas estatais entre 1981 e 1984, resultando numa receita total de US\$ 190 milhões.

Dessa forma, essas privatizações visavam apenas a reduzir a expansão das empresas estatais para diminuir o consumo interno, inexistindo qualquer compromisso político com a mudança na forma de intervenção do Estado na economia. No mesmo sentido, durante o governo Sarney (1985-1990), foram vendidas algumas empresas estatais, sem qualquer vinculação com uma reestruturação institucional¹⁵.

Posteriormente, a Constituição Federal promulgada em 1988 implementou diversas mudanças em relação à Administração Pública. Entre essas alterações, pode-se destacar o fortalecimento do controle externo e a profissionalização da burocracia, por meio de seleção meritocrática e universal (concursos públicos)¹⁶. Em relação às empresas públicas, no entanto, a Carta Magna fixou diversos monopólios estatais (nos setores de telecomunicações e petróleo), bem como reduziu a participação estrangeira em determinadas áreas (mineração e eletricidade)¹⁷, o que dificultaria a ampliação do processo de privatização.

¹⁵PINHEIRO, Armando Castelar; GIAMBIAGI, Fábio. Os antecedentes macroeconômicos e a estrutura institucional da privatização no Brasil. In: PINHEIRO, Armando Castelar; FUKASAKU, Kiichiro. *A privatização no Brasil. O caso dos serviços de utilidade pública*. BNDES, 2000. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/td/Td-55.pdf>. Acesso em 20.01.2010, p.18/19.

¹⁶ ABRUCIO, Fernando Luiz. Trajetória recente da gestão pública brasileira: um balanço crítico e a renovação da agenda de reformas. *Revista de Administração Pública*, Edição Especial Comemorativa 1967-2007, p. 69.

¹⁷ PINHEIRO, Armando Castelar; GIAMBIAGI, Fábio. Os antecedentes macroeconômicos e a estrutura institucional da privatização no Brasil. In: PINHEIRO, Armando Castelar; FUKASAKU, Kiichiro. *A privatização no Brasil. O caso dos serviços de utilidade pública*. BNDES, 2000. Disponível em:

Tais monopólios passaram a ser amplamente discutidos em 1990, com o envio da Medida Provisória nº. 115 ao Congresso Nacional, que serviu de base para a formulação da Lei nº. 8.031¹⁸, que instituiu o Programa Nacional de Desestatização (PND). A alta inflação e a incapacidade do governo de controlar os gastos das empresas estatais reforçavam os debates. Além disso, fortalecia a ideia o fato de que as empresas privatizadas demandavam uma estratégia de desenvolvimento mais direcionada para o mercado, o que facilitaria o acesso brasileiro aos mercados estrangeiros.

Assim, por meio do PND, foi criada uma Comissão Diretora da Privatização, com competência para as principais decisões. Complementarmente, o Banco Nacional do Desenvolvimento (BNDES) foi encarregado das atividades de administração.

As privatizações realizadas em razão do programa foram consideradas complexas, com duração de meses. Entre os problemas, podem ser citadas as diversas salvaguardas existentes para assegurar a transparência do procedimento e o grande número de ações judiciais discutindo as vendas¹⁹.

Mesmo com as dificuldades existentes, as privatizações foram iniciadas no governo Collor de Mello. Nesse período, no entanto, ocorreu a deterioração de setores e políticas públicas, acompanhada da redução da prestação de atividades consideradas essenciais pelo Estado. Ademais, verificou-se o aumento do corporativismo estatal, com um distanciamento dos servidores públicos (que recebiam diversos benefícios) da população, gerando uma desconfiança, agravada pela crise fiscal²⁰ e posteriormente pelo *impeachment* do presidente.

Não obstante os problemas enfrentados, durante a presidência de Itamar Franco foi dada continuidade ao processo de privatização. No período do mandato dele, inclusive, a

<http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/td/Td-55.pdf>. Acesso em 20.01.2010, p. 20.

¹⁸ BRASIL, Lei nº. 8031, de 12 de abril de 1990. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 abr. 1990.

¹⁹ PINHEIRO, Armando Castelar; GIAMBIAGI, Fábio. Os antecedentes macroeconômicos e a estrutura institucional da privatização no Brasil. In: PINHEIRO, Armando Castelar; FUKASAKU, Kiichiro. *A privatização no Brasil. O caso dos serviços de utilidade pública*. BNDES, 2000. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/td/Td-55.pdf>. Acesso em 20.01.2010, p. 15/16, 21, 23.

²⁰ ABRUCIO, Fernando Luiz. Trajetória recente da gestão pública brasileira: um balanço crítico e a renovação da agenda de reformas. *Revista de Administração Pública*, Edição Especial Comemorativa 1967-2007, p. 70.

Lei nº. 8.031/90 foi alterada para possibilitar a participação sem limitações de estrangeiros no programa²¹.

Dessa forma, grande parte das empresas estatais industriais (dos setores de siderurgia, fertilizante e petroquímico) foi privatizada entre 1991 e 1994.

Com a adoção do Plano Real, o período entre 1995 e 1998 foi marcado pela estabilidade de preços, embora tenha ocorrido uma retomada moderada do crescimento e não tenha sido resolvido o problema do déficit público²².

Em 1995, inclusive, iniciou-se o governo do presidente Fernando Henrique Cardoso, marcado por uma nova fase das privatizações, com diferenças em termos institucionais e de finalidades. Durante essa etapa, o principal objetivo foi alterar a concepção no Brasil de Estado produtor para Estado regulador. A finalidade era promover o desenvolvimento por meio de uma atuação complementar à do mercado. Com isso, Licínio Velasco Jr. afirma que as reformas buscavam na verdade recuperar a capacidade de intervenção do Estado e não simplesmente reduzi-la, com vistas a proporcionar a possibilidade de fazer escolhas diante de demandas conflitantes, considerando-se que era preciso proteger, ao mesmo tempo, os investidores capitalistas e os consumidores²³.

Dentro desse contexto, a finalidade era ampliar a governança do Estado, por meio de uma estrutura financeira e administrativa que possibilitasse a intervenção no mercado, sempre que preciso.

Assim, comandada pelo então ministro Luiz Carlos Bresser Pereira, a reforma do Estado foi considerada como uma tentativa de alterar pontos negativos presentes na

²¹ A medida provisória nº. 455, de 25 de março de 1994, alterou o art. 13, inciso IV, da Lei nº. 8.031/90, que estabelecia a limitação da alienação de ações de empresas a pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras ao percentual de 40%. Com a alteração foi permitida a participação dos estrangeiros em 100% do capital votante, salvo os casos em que houvesse determinação expressa do Poder Executivo de percentual inferior. A Lei nº. 9.491/97, que revogou a Lei nº. 8.031/90, manteve a redação, acrescentando que disposição legal também poderia limitar o percentual. Nesse sentido, ver o texto das Leis nº. 8.031/90 e 9.491/97 e da Medida Provisória nº. 455/94.

²² PINHEIRO, Armando Castelar; GIAMBIAGI, Fábio. Os antecedentes macroeconômicos e a estrutura institucional da privatização no Brasil. In: PINHEIRO, Armando Castelar; FUKASAKU, Kiichiro. *A privatização no Brasil. O caso dos serviços de utilidade pública*. BNDES, 2000. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/td/Td-55.pdf>. Acesso em 20.01.2010, p. 25/29.

²³ VELASCO JUNIOR, Licínio. *A economia política das políticas públicas: as privatizações e a reforma do Estado*. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/td/Td-55.pdf>. Acesso em: 20.01.2010, p. 28.

Constituição Federal de 1988 e adotar medidas decorrentes da experiência internacional que havia erigido um novo modelo de gestão pública²⁴.

De acordo com as palavras do próprio ministro, em obra publicada, a reforma representava “*uma resposta à grande crise dos anos 80 e à globalização da economia – dois fenômenos que estão impondo, em todo mundo, a redefinição das funções do Estado e de sua burocracia*”²⁵. O objetivo, com isso, era fortalecer a administração do país e fazer com que a economia nacional se tornasse competitiva em plano internacional.

Nesse sentido, Fernando Luiz Abrucio²⁶ explica que ocorreu uma reforma burocrática seguida de mudança gerencial. Aponta-se que a administração burocrática foi adotada em substituição à patrimonialista, na qual o Estado era considerado propriedade do rei, e o patrimônio público e privado confundiam-se. A burocracia, todavia, não foi suficiente diante da formação de um Estado social e democrático que demandava respostas rápidas e eficientes em diversas áreas²⁷.

Com efeito, diante da necessidade de reforma, no primeiro momento, ocorreu um aperfeiçoamento da meritocracia, com o fortalecimento das carreiras do Estado, acompanhada da reorganização administrativa em nível federal. Tais mudanças foram enfatizadas pelas Emendas Constitucionais nº. 19 e 20, que, entre outras coisas, fixaram teto salarial para o funcionalismo público e estabeleceram, de forma expressa, a necessidade de o poder público seguir o princípio da eficiência.

Além disso, foi criado espaço para debates sobre uma nova gestão pública direcionada para os resultados, atribuindo-se ênfase na criação de espaços públicos não

²⁴ ABRUCIO, Fernando Luiz. Trajetória recente da gestão pública brasileira: um balanço crítico e a renovação da agenda de reformas. *Revista de Administração Pública*, Edição Especial Comemorativa 1967-2007, p. 71.

²⁵ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter. *Reforma do Estado e da administração pública gerencial*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006, p. 237.

²⁶ ABRUCIO, Fernando Luiz. Trajetória recente da gestão pública brasileira: um balanço crítico e a renovação da agenda de reformas. *Revista de Administração Pública*, Edição Especial Comemorativa 1967-2007, p. 71.

²⁷ De acordo com Bresser Pereira: “A administração burocrática clássica foi adotada porque era uma alternativa muito superior à administração patrimonialista do Estado. Entretanto, o pressuposto de eficiência em que se baseava não se mostrou real. No momento em que o pequeno Estado liberal do século XIX cedeu definitivamente lugar ao grande Estado social e econômico do século XX, verificou-se que ela não garantia nem rapidez, nem boa qualidade, nem custo baixo para os serviços prestados ao público. Na verdade, a administração burocrática é lenta, cara, auto-referida, pouco ou nada orientada para o atendimento das demandas dos cidadãos.” BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter. *Reforma do Estado e da administração pública gerencial*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006, p. 241.

estatais (como ocorreu com a criação das Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público)²⁸.

Assim, durante o governo do Fernando Henrique Cardoso, ocorreu uma mudança no papel dos setores públicos e privados na economia. Em relação à privatização, foi criado um Conselho Nacional de Desestatização, seguido por diversas mudanças, inclusive, com a aprovação da lei de concessões (Lei nº. 8.987/95).

Armando Castelar Pinheiro e Fábio Giambiagi destacam as seguintes novidades da lei em termos de concessão:

“(...) a) introduziu um sistema de multas proporcional à falta cometida pelas concessionárias; b) criou a possibilidade de os grandes consumidores escolherem seu fornecedor, pondo fim aos monopólios locais anteriormente impostos por lei; c) determinou que as tarifas não precisavam mais se basear na regulamentação do custo do serviço (as normas sobre tarifas passaram a ser definidas no contrato de concessão); e) estipulou que todas as concessões seriam outorgadas, por um prazo fixo, sendo renovadas mediante novo processo de licitação; f) proibiu a concessão de subsídios públicos às concessionárias; g) deu aos consumidores o direito de participar do processo de supervisão da concessão.”²⁹

Relevantes alterações ocorreram também na Constituição Federal, com emendas constitucionais que terminaram com os monopólios públicos em áreas como a de telecomunicações e distribuição de gás por dutos³⁰. Ademais, o processo de privatização foi estendido para os Estados membros.

Nesse sentido, as privatizações, embora por si só não garantissem a nova posição intervencionista do Estado, foram defendidas em razão de diversos problemas e soluções enfatizados na época. Em primeiro lugar, destacava-se a possibilidade de maior eficiência do setor privado na prestação dos serviços transferidos. Em segundo lugar, ressaltava-se a possibilidade de redução da dívida pública, gerada no modelo de Estado produtor.

Dessa forma, no setor elétrico, por exemplo, as privatizações ocorreram em paralelo à construção de um modelo regulatório, com a participação de unidades estatais diferentes. Em razão da concomitância dos procedimentos, empresas como a Escelsa e a Light foram privatizadas sem que ainda houvesse um marco regulatório específico. Com isso, os

²⁸ ABRUCIO, Fernando Luiz. Trajetória recente da gestão pública brasileira: um balanço crítico e a renovação da agenda de reformas. *Revista de Administração Pública*, Edição Especial Comemorativa 1967-2007, p. 71/72.

²⁹ PINHEIRO, Armando Castelar; GIAMBIAGI, Fábio. Os antecedentes macroeconômicos e a estrutura institucional da privatização no Brasil. In: PINHEIRO, Armando Castelar; FUKASAKU, Kiichiro. *A privatização no Brasil. O caso dos serviços de utilidade pública*. BNDES, 2000. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/Td/Td-55.pdf>. Acesso em 20.01.2010, p. 30.

³⁰ Nesse sentido, ver as Emendas Constitucionais nº. 8/95, 5/95.

próprios contratos dos editais de venda apresentavam regras de cunho nitidamente regulatório (como, por exemplo, necessidade de expansão do sistema elétrico).

Outro problema verificado refere-se ao fato de que as privatizações no Brasil foram realizadas de forma fortemente associada à possibilidade de redução dos déficits públicos, problema marcante nas décadas de 1980 e 1990 como visto acima. No plano federal, tal fato foi evidente na venda de grandes companhias como a Vale do Rio Doce. Por sua vez, em âmbito estadual, a importância dos recursos gerados para o equacionamento financeiro pode ser verificado, por exemplo, na privatização das empresas pertencentes ao setor elétrico no Estado de São Paulo. Em ambos os casos, os governos tendiam a buscar modelos com vistas à maximização dos resultados, ou seja, realizavam o processo de privatização com o objetivo de obter o maior lucro possível para solucionar a questão do déficit público, sem enfatizar outros valores essenciais do procedimento³¹.

Com a crise asiática de 1997, as privatizações apresentaram-se como ponto ainda mais vital para solucionar os problemas de déficit público, bem como as questões fiscais, e colocar o Brasil em posição mais vantajosa diante dos outros países atingidos pela crise³². Assim, foram privatizadas empresas do setor de mineração, telefonia, entre outras.

Dentro desse contexto, é importante ressaltar que a reforma Bresser enfrentou diversos obstáculos, apresentando alguns pontos que foram limitados, como a maior autonomia das agências, além do próprio modelo transparente e com enfoque no desempenho, tendo em vista a resistência existente no Congresso, em razão das preocupações com a força das influências da classe política³³.

Um ponto criticado na reforma refere-se, ainda, à criação das agências reguladoras. Aponta-se que não houve um planejamento centralizado com uma visão geral do modelo regulador, o que implicou diversas fragilidades, como será visto no item 1.4.

³¹ VELASCO JUNIOR, Licínio. *A economia política das políticas públicas: as privatizações e a reforma do Estado*. Disponível em: http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/td/Td-55.pdf. Acesso em: 20.01.2010, p. 29/33.

³² PINHEIRO, Armando Castelar; GIAMBIAGI, Fábio. Os antecedentes macroeconômicos e a estrutura institucional da privatização no Brasil. In: PINHEIRO, Armando Castelar; FUKASAKU, Kiichiro. *A privatização no Brasil. O caso dos serviços de utilidade pública*. BNDES, 2000. Disponível em: http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/td/Td-55.pdf. Acesso em 20.01.2010, p. 33.

³³ ABRUCIO, Fernando Luiz. Trajetória recente da gestão pública brasileira: um balanço crítico e a renovação da agenda de reformas. *Revista de Administração Pública*, Edição Especial Comemorativa 1967-2007, p. 73.

No que se refere aos Estados e Municípios, a reforma influenciou na adoção de uma série de medidas, com a finalidade de ampliar a participação social e atingir um grau de eficiência maior, tendo sido expandidos, inclusive, centros de atendimento integrados. Em contraste, continuou presente uma heterogeneidade entre os diversos entes federativos, considerando a forte vinculação de alguns deles ao modelo burocrático tradicional³⁴.

Em âmbito federal, o governo do presidente Luiz Inácio Lula da Silva, a partir de 2003, seguiu com diversas iniciativas presentes na reforma. No entanto, Fernando Luiz Abrucio ressalva que seria importante o desenvolvimento de uma agenda com medidas que visassem ao aperfeiçoamento da gestão pública.

Por outro lado, referido autor destaca como pontos positivos, em termos de incentivo para modernização das administrações públicas dos Estados e Municípios, dois programas criados em nível federal: o Programa Nacional de Apoio à Modernização da Gestão e do Planejamento dos Estados e do Distrito Federal (Pnage) e o Programa de Modernização do Controle Externo dos Estados e Municípios Brasileiros (Promoex)³⁵.

O destaque atribuído aos programas refere-se ao direcionamento de ambos para a melhoria da administração pública em diversos aspectos (planejamento, recursos humanos, políticas públicas, atendimento dos cidadãos). Ademais, ressalta-se o seu caráter intergovernamental, com um viés participativo, que é apontado como uma forma adequada de implantação de ação administrativa na federação, que se afasta da visão centralizadora³⁶.

Não obstante os aspectos positivos acima citados, ainda se enfatiza a necessidade de um projeto de longo prazo, com uma visão geral dos problemas, para a gestão pública brasileira³⁷. Nesse sentido, a presente dissertação pretende estudar a atuação realizada por referido Estado regulador, tendo em vista os problemas que envolvem a União e os Estados membros, com a finalidade de avaliar os desafios que precisam ser enfrentados no futuro.

³⁴ ABRUCIO, Fernando Luiz. Trajetória recente da gestão pública brasileira: um balanço crítico e a renovação da agenda de reformas. *Revista de Administração Pública*, Edição Especial Comemorativa 1967-2007, p. 76.

³⁵ ABRUCIO, Fernando Luiz. Trajetória recente da gestão pública brasileira: um balanço crítico e a renovação da agenda de reformas. *Revista de Administração Pública*, Edição Especial Comemorativa 1967-2007, p. 77/78.

³⁶ ABRUCIO, Fernando Luiz. Trajetória recente da gestão pública brasileira: um balanço crítico e a renovação da agenda de reformas. *Revista de Administração Pública*, Edição Especial Comemorativa 1967-2007, p. 78.

³⁷ ABRUCIO, Fernando Luiz. Trajetória recente da gestão pública brasileira: um balanço crítico e a renovação da agenda de reformas. *Revista de Administração Pública*, Edição Especial Comemorativa 1967-2007, p. 79.

1.2. As diferentes funções e formas de atuação da regulação

Após analisar os aspectos que envolveram a reforma do Estado, é preciso verificar do que trata especificamente a regulação. Como visto acima, por meio da gestão implementada, houve a transferência para particulares de atividades estatais de prestação de serviços, bem como de investimentos. Para que esse processo ocorresse com sucesso, era preciso proporcionar certa segurança e estabilidade, bem como conceder incentivos para que os recursos privados fossem aplicados no setor público.

O processo de globalização fazia com que a credibilidade regulatória se tornasse o ponto central da governança econômica, uma vez que se apresentava como aspecto crucial para atração de investimentos em setores de monopólio, que demandam regulação³⁸.

Nesse sentido, a formação de um modelo de gestão, mais técnico, dirigido para as especificidades de cada setor, poderia atribuir certa dose de segurança jurídica aos investidores privados.

Dentro desse contexto, foram criadas agências reguladoras com o objetivo de influir na organização das relações econômicas, para proporcionar o desenvolvimento adequado dos campos envolvidos. Referidos entes passaram a ser responsáveis pela regulação dos setores de sua competência, como será visto no item 1.4.

Deve-se ressaltar neste tópico que o conceito da regulação realizada deve ser compreendido com cautela, uma vez que apresenta um sentido específico dentro do contexto abordado. Isso porque o termo “regulação” pode apresentar diferentes significados, de acordo com a perspectiva adotada³⁹.

Por meio de uma perspectiva jurídica, que considere a “regulação” como uma simples função normativa, tal atividade sempre existiu no país, desde que era, por exemplo, uma simples colônia e recebia normas de Portugal⁴⁰.

No entanto, no presente trabalho, o objetivo é abordar, especificamente, a regulação realizada pelo poder Executivo, a partir da reforma do Estado citada no tópico 1.1, em que

³⁸ MELO, Marcus André de. Política Regulatória: uma revisão da literatura. *BIB*. Rio de Janeiro, nº. 50, 2º semestre de 2000, p. 10.

³⁹ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo Estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*. São Paulo: FAPESP/Singular, 2006, p. 33.

⁴⁰ Nesse sentido, ver ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 45.

foi fortalecido o seu papel de regulador com o enfraquecimento da atuação direta na produção de bens e serviços.

Tal reforma destacou que o poder Executivo poderia produzir diversas normas, por meio de *expertise* e eficiência, na medida em que configura um espaço privilegiado para a organização da economia e da vida social. Assim, a *expertise* estaria envolvida com o conhecimento do funcionamento dos sistemas e a eficiência relaciona-se com a capacidade operacional de decidir sobre todos os aspectos que envolvam determinado fato⁴¹.

Deve-se observar, todavia, a existência de duas teorias, desenvolvidas pela doutrina norte-americana, que precisam ser analisadas para que se compreenda o sentido atual de regulação. A primeira, conhecida como teoria normativa da regulação, foi encontrada com força nos livros até a década 1970. Referida teoria apontava a necessidade de o Estado intervir para assegurar a eficiência do mercado. Assim, uma série de falhas era identificada para justificar a ação regulatória⁴².

De acordo com Fábio Nusdeo, podem ser indicadas cinco principais falhas de mercado. A primeira seria a falha de mobilidade, que consiste na existência de certa rigidez (física, operacional, institucional e psicológica) em quase todos os fatores de produção, o que dificulta a capacidade de um deslocamento célere reverter situações indesejáveis. São os casos em que o mercado não consegue sair das situações problemáticas sozinho e de forma automática. Como exemplo, cita-se o caso das plantações agrícolas, como a do café, que em razão da demora em se desenvolver, quando pronto para o comércio, pode enfrentar diversas dificuldades como recessão e queda dos preços⁴³.

A segunda consiste na falha de transparência, relacionada à assimetria de informações sobre o próprio mercado, bem como sobre as características dos produtos comercializados. A ausência de conhecimento sobre os atributos de um bem, por exemplo, que o diferencie dos demais, pode fazer com que investidores e consumidores adotem decisões inadequadas.

A terceira falha refere-se aos problemas de estrutura, ou seja, trata das concentrações econômicas. Nesse ponto, aparece o conceito de *market share*, que diz

⁴¹ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo Estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*. São Paulo: Fapesp/Singular, 2006, p. 38.

⁴² MELO, Marcus André. Política Regulatória: uma revisão da literatura. *BIB*. Rio de Janeiro, n.º. 50, 2º semestre de 2000, p. 13.

⁴³ NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 139/144.

respeito à capacidade de uma empresa influir nas condições do mercado, tendo em vista, principalmente, os preços praticados.

Além disso, sobre a falha acima citada, destaca-se igualmente a expressão “monopólio natural”, associada aos casos em que “*a escala ótima de produção coincide com a dimensão do próprio mercado, tornando inviável a presença de outra ou outras unidades no mesmo*”⁴⁴.

Os monopólios naturais ocorrem em razão de uma tecnologia exclusiva protegida por uma patente pela empresa ou diante do acesso exclusivo a uma matéria-prima considerada rara. Pode ocorrer também quando apenas uma empresa tenha acesso a uma rede (natural, artificial, física ou virtual) cuja duplicação seja inviável, tendo em vista o alto custo envolvido ou o retorno crescente de escala (considerando-se que a utilidade da rede aumenta na proporção dos consumidores conectados, não sendo adequada a existência de uma rede concorrente)⁴⁵.

Em quarto lugar, cita-se a falha associada às diversas externalidades geradas no mercado. As externalidades são verificadas quando os custos ou benefícios da atividade realizada são apropriados por outras unidades que não aquelas responsáveis pelo produto (produtores ou consumidores), o que faz com que o próprio mercado não consiga incluí-las no preço⁴⁶.

Nesse sentido, as externalidades são negativas quando certos custos da atividade recaem sobre terceiros (ex.: poluição ambiental, desemprego decorrente da automatização). São positivas nos casos em que benefícios são repassados a outros indivíduos ou à sociedade em geral.

Por fim, a última falha apontada corresponde aos problemas originados pelos bens públicos, que são aptos ao atendimento da coletividade, sem excluir indivíduos. Nesses casos, a doutrina aponta a existência de falhas de incentivo, quando, em decorrência da

⁴⁴ NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 149.

⁴⁵ Nesses casos de redes, Calixto Salomão Filho, em termos regulatórios, prefere falar em “dominação” do que em “monopólio”, uma vez que podem até existir diversos concorrentes no mercado. No entanto, a concorrência depende do uso da rede. Assim, o autor conclui que: “O conceito de *dominação* tem por base a ideia mais ampla e jurídica de *dependência*, enquanto o conceito econômico de *monopólio* faz o uso do estrito conceito de *poder de mercado*, definido em termos neoclássicos”. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 56.

⁴⁶ NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 152/153.

deficiente provisão de bens coletivos, os consumidores são levados a agir em razão das opções de bens exclusivos produzidos pelo mercado, impossibilitados de optar por hipóteses que seriam mais adequadas.

Além das cinco principais falhas acima apontadas, Fábio Nusdeo⁴⁷ apresenta a sexta, considerada analítica e institucional. São os custos de transação, que não conseguem ser reduzidos em face de um mau funcionamento das instituições. Como exemplo desses custos, cita-se a necessidade de análise da qualidade de um bem, da prestação de serviços notariais, da contratação de despachantes, que pode ser reduzida ou ampliada, dependendo das regras do país.

Todas essas falhas eram indicadas pela teoria normativa como base para a ação regulatória do Estado. Partia-se do pressuposto de que a existência de órgãos reguladores reduziria ou eliminaria as ineficiências decorrentes dos problemas acima citados⁴⁸. Referido pensamento, no entanto, passou a ser contestado por autores que alegavam que a teoria não havia sido sistematicamente testada.

Assim, foram desenvolvidas as teorias positivas da regulação, que analisam as questões com mais complexidade, considerando-se a premissa de que os reguladores não são benevolentes e oniscientes, existindo uma série de problemas, como a credibilidade das medidas e assimetria da informação⁴⁹.

Referidas teorias foram desenvolvidas no período entre 1970 e 1980, época na qual, como assinalado no item 1.1, cresceram as críticas sobre o Estado keynesiano e aumentou a ênfase na necessidade de uma onda desregulatória⁵⁰. Dentro desse contexto, recebeu muito destaque a teoria positiva desenvolvida, que passou a ser conhecida como teoria econômica da regulação (ou, ainda, teoria da regulação da Escola de Chicago).

⁴⁷ NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 161/166.

⁴⁸ PELTZMAN, Sam; LEVINE, Michael; NOLL, Roger. The Economic Theory of Regulation after a decade of deregulation. *Brookings Papers on Economic Activity*. Microeconomics. 1989, p. 4.

⁴⁹ MELO, Marcus André. Política Regulatória: uma revisão da literatura. *BIB*. Rio de Janeiro, nº. 50, 2º semestre de 2000, p. 14/16.

⁵⁰ “(...) vale ressaltar, neste tópico, que aquilo que os norte-americanos, com mais intensidade desde o início da década de 80, passaram a denominar ‘deregulation’, querendo significar a diminuição da regulação pelo Estado (o que não significa a eliminação da ação reguladora do Estado, mas sua remodelação, v.g., por meio de entidades independentes, nos moldes das nossas agências reguladoras), corresponde mais ao significado atual de ‘regulação’ no Brasil, em que pese tenha gerado entre nós a tradução ‘desregulação’”. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Considerações sobre a “regulação” no Direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 3, nº. 12, p. 69-94, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=33302>>. Acesso em: 31.03.2012.

Embora seja apontado que as ideias da teoria econômica da regulação já haviam aparecido antes da década de 1970, ressalta-se que a grande novidade do período refere-se ao desenvolvimento realizado por George J. Stigler a partir de evidências empíricas⁵¹.

Apresentando como pressuposto o fato de que nem sempre os efeitos da política regulatória são aqueles previstos pelas teorias normativas, o autor citado analisa a regulação por meio de um modelo de mercado, em que políticos e reguladores ofertam determinada medida e os interesses organizados demandam certa regulação⁵². Com isso, demonstra como as políticas regulatórias são ambicionadas pelas empresas e como elas alcançam os resultados desejados por meio de moedas de trocas com os atores da regulação que buscam maximizar seus interesses.

Assim, verifica-se, por um lado, que as empresas aspiram uma série de medidas estatais que podem aumentar os seus lucros, como o controle de entrada de outras concorrentes no mercado, a fixação de preços, as normas que afetem os substitutos e complementos do produto oferecido. Por outro lado, os agentes responsáveis pela regulação pretendem obter o sucesso eleitoral e o crescimento da riqueza privada.

Considerando-se que as empresas têm poder econômico, conclui-se que elas podem disponibilizar os recursos e votos para as campanhas eleitorais dos políticos que decidem sobre as normas regulatórias, sendo essa a moeda de troca necessária⁵³.

Dessa forma, os interesses das empresas prevalecem, tendo em vista, principalmente, que diferem dos interesses dos consumidores em geral, uma vez que esses últimos arcam muito mais com os custos de assimetria de informação. Além disso, enquanto os custos de regulação atingem de forma difusa os consumidores, os benefícios afetam de forma concentrada as empresas reguladas, o que impulsiona a mobilização dos produtores⁵⁴.

Referida visão de que os interesses privados prevalecem na regulação foi defendida com ainda mais pessimismo, posteriormente, por Richard A. Posner. O autor afirmava que

⁵¹ Nesse sentido, ver PELTZMAN, Sam; LEVINE, Michael; NOLL, Roger. The Economic Theory of Regulation after a decade of deregulation. *Brookings Papers on Economic Activity*. Microeconomics. 1989, p. 5.

⁵² A explicação citada sobre a teoria econômica da regulação foi realizada por MELO, Marcus André. Política Regulatória: uma revisão da literatura. *BIB*. Rio de Janeiro, n°. 50, 2º semestre de 2000, p. 16.

⁵³ STIGLER, George J. The theory of economic regulation. *Bell Journal of Economics and Management Science*, New York, v. 2, n°. 1, Spring 1971, p. 3/12.

⁵⁴ A explicação citada sobre a teoria econômica da regulação foi realizada por MELO, Marcus André. Política Regulatória: uma revisão da literatura. *BIB*. Rio de Janeiro, n°. 50, 2º semestre de 2000, p. 17.

a teoria econômica da regulação era a mais bem-acabada e precisa naquele momento e adotava pressupostos considerados centrais da teoria econômica, “*notadamente que as pessoas procuram promover seus próprios interesses e o fazem de forma racional*”⁵⁵.

Embora o modelo citado tenha influenciado os Estados Unidos e a OCDE, recebeu algumas críticas com o tempo. Alguns doutrinadores, como Sam Peltzman, que primeiramente escreveu um artigo, em 1976, refinando e consolidando a teoria econômica da regulação⁵⁶, posteriormente, ao estudar, em 1989, o processo de desregulação de alguns setores, questionou argumentos da mesma teoria, no sentido de que a regulação seria sempre fortemente demandada e influenciada pelas empresas.

Com a alteração do cenário da sociedade, por meio da desregulação de diversos setores, o autor verifica que as evidências empíricas não apontavam mais para a conclusão de que as empresas sempre ambicionam uma série de medidas regulatórias que as beneficiam, o que demandava uma análise mais completa do alcance e da forma da regulação⁵⁷.

Além disso, as teorias positivas foram criticadas por não considerarem as regras formais, as instituições e a interação estratégica existente entre os atores da regulação. Essas críticas levaram ao desenvolvimento da teoria neoinstitucionalista da regulação, que utiliza uma visão contratualista do relacionamento entre as instituições e os grupos de indivíduos. Por meio dessa perspectiva, era preciso avaliar se os reguladores fazem promessas críveis sobre seus comportamentos e quais os efeitos que as estruturas de incentivos geram sobre os atores responsáveis pela regulação.

Enquanto as teorias positivas analisam a regulação por meio de uma estática comparativa, que considera a relação entre os interesses organizados, os burocratas e políticos, associada com a oferta e demanda da ação regulatória, os estudos

⁵⁵ POSNER, Richard. A. Teorias da Regulação Econômica. Traduzido por Mariana Mota Prado. In: MATTOS, Paulo (coord.); PRADO, Mariana Mota; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; COUTINHO, Diogo R.; OLIVA, Rafael (org.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 59.

⁵⁶ MATTOS, Paulo (coord.); PRADO, Mariana Mota; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; COUTINHO, Diogo R.; OLIVA, Rafael (org.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 16.

⁵⁷ PELTZMAN, Sam; LEVINE, Michael; NOLL, Roger. The Economic Theory of Regulation after a decade of deregulation. *Brookings Papers on Economic Activity*. Microeconomics. 1989, p. 41.

contemporâneos partem de um modelo mais dinâmico, examinando a interação entre os atores de forma distinta⁵⁸.

Dentro desse contexto, destaca-se a teoria conhecida como Principal e Agente desenvolvida nos Estados Unidos entre 1970 e 1980, que tem por objetivo avaliar de forma abrangente as organizações por meio das premissas do pensamento econômico. Por esse modelo, o principal (considerado o chefe, diretor) atribui a realização de uma tarefa ao agente (empregado, contratado). A partir dessa análise, verifica-se qual a melhor forma de fazer com que o agente preste os serviços de acordo com as finalidades do principal⁵⁹.

Sob a perspectiva citada, consideram-se diversos aspectos, como o fato de que em razão de uma assimetria de informações e da possibilidade de ocorrerem eventos futuros incertos, entre o agente e o principal, há espaço para condutas oportunistas.

Com isso, destacam-se os problemas da *moral hazard* e seleção adversa, que precisam ser considerados para a formulação da política regulatória⁶⁰. O primeiro conceito refere-se às “*situações em que há incentivos para que o custo marginal privado de uma ação se afaste do custo marginal social*”⁶¹. Em outras palavras, consiste nas hipóteses em que o agente não apresenta o mesmo comportamento na situação pós-contratual. O exemplo clássico ocorre nos casos de contrato de seguro em que, após segurado, o agente sente-se incentivado a se expor aos riscos que antes evitava.

Por sua vez, a seleção adversa pode ser verificada quando o agente não segue as informações, os objetivos e os valores que haviam norteado a sua decisão.

Dessa forma, tendo em vista as condutas oportunistas que podem ser aferidas a partir desses dois conceitos, no âmbito regulatório, o modelo de principal e agente possibilita o estudo tanto da relação entre as agências regulatórias e as empresas reguladas, como entre as mesmas agências regulatórias e o poder Executivo.

⁵⁸ MELO, Marcus André. Política Regulatória: uma revisão da literatura. *BIB*. Rio de Janeiro, n°. 50, 2º semestre de 2000, p. 18/21.

⁵⁹ SALLES, Carlos Alberto de. *A arbitragem na solução de controvérsias da Administração Pública*. São Paulo, 2011. Tese (Livre-docência em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 112/114.

⁶⁰ BARON, David P. The Economics and Politics of Regulation: Perspectives, Agendas and Approaches. *Research paper 1247*. Stanford University, mar. 1993. Disponível em: <https://gsbapps.stanford.edu/researchpapers/library/RP1247.pdf>. Acesso em: 24.03.2012, p. 2, 18 e 23.

⁶¹ MELO, Marcus André. Política Regulatória: uma revisão da literatura. *BIB*. Rio de Janeiro, n°. 50, 2º semestre de 2000, p. 21.

Destaca-se também na análise contemporânea a teoria dos jogos, por meio da qual a relação das agências reguladoras é avaliada como um jogo repetido e de informações incompletas, por meio do qual são consideradas variáveis como reputação, incertezas e regras institucionais. Apresentando como pressuposto a “*incapacidade das partes cooperarem para obter a solução para o conjunto de jogadores considerados*”⁶², a teoria aponta a importância da regulação, uma vez que as estratégias individuais dos agentes podem configurar uma alternativa pior do que um comportamento guiado pelo objetivo de utilidade coletiva.

Outro ponto relevante da doutrina contemporânea refere-se às discussões envolvendo a governança regulatória. Enfatiza-se a ideia de credibilidade, relacionada à capacidade das autoridades reguladoras assegurarem que não haverá mudanças nas regras existentes, bem como apresentarem limites para eventuais expropriações administrativas de rendas, por meio de diversas medidas como congelamento de preços e estatização⁶³.

Nesse sentido, a credibilidade está envolvida com o fato de que as empresas precisam de garantias de que as políticas regulatórias não sofrerão uma série de mudanças oportunistas, após os entes regulados terem realizado diversos investimentos que não são facilmente transferidos para outras atividades (*sunk costs*) ou ainda terem disponibilizado todas as informações privadas sobre a sua atividade. O regulador precisa avaliar com cautela as medidas adotadas para reduzir a probabilidade de o compromisso não ser cumprido⁶⁴.

Dessa forma, aponta-se que a governança regulatória consiste “*no conjunto de mecanismos que uma sociedade utiliza para restringir a abrangência da ação discricionária dos órgãos reguladores e para resolver os conflitos daí resultantes*”⁶⁵.

Por sua vez, o conjunto de incentivos regulatórios abrange diversos mecanismos de intervenção microeconômica, como as normas estabelecidas para fixação de tarifas,

⁶² SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (org.). *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 51.

⁶³ MELO, Marcus André. Política Regulatória: uma revisão da literatura. *BIB*. Rio de Janeiro, n.º. 50, 2º semestre de 2000, p. 22.

⁶⁴ BARON, David P. The Economics and Politics of Regulation: Perspectives, Agendas and Approaches. *Research paper 1247*. Stanford University, mar. 1993. Disponível em: <https://gsbapps.stanford.edu/researchpapers/library/RP1247.pdf> Acesso em: 24.03.2012, p. 23/25.

⁶⁵ MELO, Marcus André. Política Regulatória: uma revisão da literatura. *BIB*. Rio de Janeiro, n.º. 50, 2º semestre de 2000, p. 23.

subsídios cruzados, competição e entrada no mercado. Assim, a concessão adequada de referidos incentivos está ligada a uma boa estrutura de governança.

Deve-se observar, nesse ponto, que a estrutura de governança depende dos desenhos atribuídos pela organização institucional do país, capaz de fixar limites para a ação discricionária dos governantes. No entanto, é preciso ter cuidado ao fixar limites, pois os mecanismos que asseguram durabilidade às políticas e instituições, ao mesmo tempo, podem prejudicar a flexibilidade necessária para lidar com novas situações, como, por exemplo, as decorrentes de tecnologias desenvolvidas.

Com isso, verifica-se que o equilíbrio não é uma fórmula fácil de ser encontrada, o que demanda diversas teorias e hipóteses que contemplem diferentes casos. Afere-se, no entanto, em todos os modelos de análise citados, que a tendência crescente de estudar a regulação por meio de uma avaliação de questões institucionais e políticas deslocou o foco inicial de correção das falhas de mercado⁶⁶.

A inflação de normas geradas aponta para a necessidade de maior controle do Estado regulador, em termos, principalmente, de legitimidade⁶⁷. Além disso, os diversos interesses econômicos e sociais em jogo ampliam as discussões sobre as políticas regulatórias.

Assim, parte da ciência política investiga em que medida os interesses são agregados no momento da regulação. Outra parte da doutrina busca verificar como as instituições precisam ser desenhadas para serem mais eficientes. Dentro desse contexto, estuda-se, por exemplo, como ocorre o relacionamento entre os diversos níveis de burocracia estatal, bem como a competição e cooperação entre essas burocracias.

Nesses casos, Paulo Todescan de Lessa Mattos destaca que o foco central de análise não é a legitimidade das normas avaliadas, mas a eficiência do conteúdo da regulação e do funcionamento das instituições⁶⁸.

Referida tarefa não é fácil no campo regulatório, uma vez que, de acordo com Cass R. Sunstein, as normas reguladoras não podem ser observadas de forma unitária, tendo em

⁶⁶ MELO, Marcus André. Política Regulatória: uma revisão da literatura. *BIB*. Rio de Janeiro, n°. 50, 2º semestre de 2000, p. 23/25, 30.

⁶⁷ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo Estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*. São Paulo: FAPESP/Singular, 2006, p. 40.

⁶⁸ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo Estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*. São Paulo: FAPESP/Singular, 2006, p. 63/64.

vista que apresentam uma série de explicações, que precisam ser analisadas em cada caso⁶⁹.

Parte dessas normas trata especificamente das falhas de mercado citadas pela teoria normativa da regulação. Outra parte é fundamental para redistribuição de recursos a certos grupos de acordo com o interesse público. Outras normas são necessárias para atender a determinadas aspirações coletivas, encorajar a formação de novas preferências, reduzir a subordinação social, desestimular certas preferências (como o uso de substâncias que geram dependência) ou tentar evitar a irreversibilidade de alguns resultados.

Tendo em vista todas as funções envolvidas e a importância para a sociedade, verifica-se a complexidade do assunto e a necessidade de cautela na análise da atividade reguladora, uma vez que *“sem que se conheça apropriadamente o fato, a natureza, o alcance, bem como os seus efeitos práticos, as várias estratégias de regulação não podem ser decididas”*⁷⁰.

Tal complexidade pode ser verificada, inclusive, no fato de que a regulação pode ser exercida de forma genérica, englobando todos os tipos de atividades, ou de forma setorial, direcionada a determinado segmento que demanda um controle específico⁷¹.

Além disso, a regulação pode ser exercida em diversos níveis de governo. Nesse sentido, George J. Stigler, em seu estudo, já destacava que as decisões democráticas deveriam envolver toda a comunidade. Assim, apontava a importância de existirem diferentes níveis de governo responsáveis pelo assunto. A título de elucidação, citava que haveria mais incentivo às escolas locais do que apenas ao sistema geral do governo de educação⁷².

Sobre o assunto, é importante observar também que a *performance* de uma empresa regulada depende de como ela está organizada interna e externamente e de como a regulação considera toda essa estrutura em termos de atuação. Tal fato é ainda mais

⁶⁹ SUNSTEIN, Cass R. As funções das normas reguladoras. Traduzido por Vera Scarpinella. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 1, nº. 3, jul./set. 2003. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=12735>>. Acesso em: 30.03.2012.

⁷⁰ SUNSTEIN, Cass R. As funções das normas reguladoras. Traduzido por Vera Scarpinella. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 1, nº. 3, jul./set. 2003. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=12735>>. Acesso em: 30.03.2012.

⁷¹ MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. 1ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 117.

⁷² STIGLER, George J. The theory of economic regulation. *Bell Journal of Economics and Management Science*, New York, v. 2, nº. 1, Spring 1971, p. 11.

importante quando a produção é organizada em diversas etapas, com várias empresas envolvidas⁷³.

Como exemplo, é possível citar os casos de energia elétrica e gás natural em que a transmissão, distribuição e comercialização podem ser reguladas de forma conjunta, separada ou por um sistema de regulação de uma etapa e delegação do controle da outra etapa para a empresa que sofre diretamente a regulação. Tal fato demonstra a necessidade da adequada estruturação da atividade reguladora considerar não apenas a organização da empresa, como também a organização de toda cadeia produtiva do setor, que pode ser objeto de uma atuação regulatória centralizada ou descentralizada.

Dessa forma, verifica-se que quando duas unidades de produção são responsáveis por dois componentes que juntos integram o serviço regulado, essa regulação pode ocorrer de diferentes modos. A regulação pode ocorrer de forma consolidada, separada ou descentralizada. Há ainda a possibilidade de apenas uma unidade ser regulada e esta unidade ficar responsável pela supervisão da outra unidade considerada delegada⁷⁴.

Em todos os casos acima mencionados, David P. Baron aponta para o fato de que o modelo de organização da regulação interage de maneira diferente com as informações privadas de cada unidade, principalmente, sobre os custos de produção. Quando a regulação é consolidada, a informação sobre os custos também é unificada, o que proporciona uma atuação diferente do órgão regulador, se comparada às situações em que a regulação é separada e os reguladores desconhecem as informações sobre a outra unidade⁷⁵.

Nesse sentido, muitas vezes, a regulação de apenas uma unidade (com a atribuição para ela da competência de supervisão da outra unidade) pode ser mais interessante do que a regulação separada, uma vez que a primeira unidade pode ter acesso a todas as informações sobre os custos e tornar mais eficiente a atuação do órgão regulador. Da mesma forma, a regulação unificada pode ser considerada mais eficiente, pois os custos

⁷³BARON, David P. *The Economics and Politics of Regulation: Perspectives, Agendas and Approaches. Research paper 1247.* Stanford University, mar. 1993. Disponível em: <<https://gsbapps.stanford.edu/researchpapers/library/RP1247.pdf>>. Acesso em: 24.03.2012, p. 15.

⁷⁴BARON, David P. *The Economics and Politics of Regulation: Perspectives, Agendas and Approaches. Research paper 1247.* Stanford University, mar. 1993. Disponível em: <<https://gsbapps.stanford.edu/researchpapers/library/RP1247.pdf>>. Acesso em: 24.03.2012, p. 15.

⁷⁵BARON, David P. *The Economics and Politics of Regulation: Perspectives, Agendas and Approaches. Research paper 1247.* Stanford University, mar. 1993. Disponível em: <<https://gsbapps.stanford.edu/researchpapers/library/RP1247.pdf>>. Acesso em: 24.03.2012, p. 15/16.

podem ser mais bem distribuídos e conhecidos e o regulador pode estabelecer preços inferiores se eles forem mais baixos.

Não obstante as vantagens acima apontadas, às vezes o regulador não tem a autoridade suficiente para consolidar as duas unidades. Além disso, quando a comunicação hierárquica não é adequadamente observada pela entidade reguladora, o modelo de delegação de supervisão para uma das unidades reguladas pode não ser considerado o mais eficiente, uma vez que a unidade responsável pela fiscalização pode utilizar esse poder no seu próprio interesse⁷⁶.

Em todos os casos abordados, afere-se que a regulação é um fenômeno em evolução⁷⁷, que envolve diversas perspectivas e aspectos os quais precisam ser analisados com cautela. Referido cuidado é ainda mais acentuado na análise delicada da convivência de competências regulatórias da União e dos Estados membros.

1.3. A regulação e o desenvolvimento dos setores de infraestrutura e serviços conexos

Expostas as diversas funções da regulação e as diferentes formas possíveis de atuação (o que inclui a possibilidade de ser estruturada de modo centralizado ou descentralizado), é preciso analisar a sua relação com o desenvolvimento dos setores de infraestrutura e serviços conexos.

De acordo com o que foi exposto no item 1.1, o processo de privatização no Brasil começou com a venda de pequenas estatais, atingiu as empresas consideradas como industriais (as siderúrgicas, por exemplo) e passou para a área de serviços públicos.

⁷⁶ BARON, David P. *The Economics and Politics of Regulation: Perspectives, Agendas and Approaches. Research paper 1247*. Stanford University, mar. 1993. Disponível em: <https://gsbapps.stanford.edu/researchpapers/library/RP1247.pdf>. Acesso em: 24.03.2012, p. 16.

⁷⁷ Nesse sentido, ver ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Considerações sobre a "regulação" no Direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 3, nº. 12, p. 69-94, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=33302>>. Acesso em: 31.03.2012.

Com isso, as empresas privadas passaram a atuar tanto em áreas de atividades econômicas como de serviços públicos⁷⁸, sendo que ambas demandavam a atuação normativa e reguladora do Estado.

Para o desenvolvimento das atividades e serviços citados é necessário, muitas vezes, a construção de uma infraestrutura. Logo, a regulação desses setores envolve não apenas o exercício da atividade econômica ou serviço, como também os investimentos, a implementação e a utilização das estruturas que lhes sirvam de suporte⁷⁹.

Dessa forma, o tema relaciona-se com necessidades consideradas essenciais para o desenvolvimento da sociedade. Nesse contexto, Patricio Rozas e Ricardo Sánchez, partindo do conceito apresentado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), definem infraestrutura como *“o conjunto de estruturas de engenharia e instalações – em geral, de grande vida útil – que constituem a base sobre a qual são produzidos serviços considerados necessários para o desenvolvimento de fins produtivos, políticos, sociais e pessoais”*⁸⁰.

Portanto, a construção das redes de infraestrutura abrange, tradicionalmente, *“os mercados de energia elétrica, telecomunicações, gás natural, ferrovias, rodovias, hidrovias, portos, aeroportos, transporte urbano e saneamento básico”*⁸¹.

O desenvolvimento dos aparatos necessários para todos esses setores são apontados como fundamentais para a integração do sistema econômico e territorial de um país, bem como para a sua articulação com a economia mundial.

⁷⁸ Eros Roberto Grau aponta que no caso de atividade realizada para assegurar *“imperativo de segurança nacional ou para atender relevante interesse coletivo, o Estado desenvolve atividade econômica em sentido estrito; de outra banda, ao exercê-la para prestar acatamento ao interesse social, o Estado desenvolve serviço público”*. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 129.

⁷⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. O Compartilhamento de infraestrutura entre prestadoras de serviço público. *Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, Belo Horizonte, ano 1, nº. 4, jun. 2001. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=749>>. Acesso em: 8.04.2012.

⁸⁰ “Em general, es posible definir a la infraestructura como el conjunto de estructuras de ingeniería e instalaciones – por lo general, de larga vida útil – que constituyen la base sobre la cual se produce la prestación de servicios considerados necesarios para el desarrollo de fines proproductivos, políticos, sociales y persolnales (...)”. In ROZAS, Patricio; SÁNCHEZ, Ricardo. *Desarrollo de infraestructura y crecimiento económico: revisión conceptual*. Santiago de Chile, CEPAL, 2004. *Serie recursos naturales e infraestructura*, nº. 75. Disponível em: <<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/8/19838/lcl2182.pdf>>. Acesso em: 08.04.2012, p. 9.

⁸¹ COUTINHO, Diogo Rosenthal. A universalização do serviço público para o desenvolvimento como uma tarefa da regulação. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (org.). *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 65.

Com isso, são apresentados diversos pontos benéficos da realização dessas obras, como (i) o suprimento do problema de ausência de determinado recurso natural (a título de exemplo, cita-se o adequado desenvolvimento energético que supre a ausência de petróleo ou gás); (ii) o crescimento de vantagens competitivas acompanhado de um nível maior de especialização produtiva em determinados segmentos; e (iii) o aprimoramento da qualidade e a redução dos custos dos serviços; entre outros aspectos positivos⁸².

Assim, os setores de infraestrutura são considerados, pelo menos parte deles, monopólios naturais que geram utilidades públicas e necessitam de determinado suporte para serem prestados⁸³.

Entre eles, os serviços que são operados em rede apresentam uma série de questões específicas. Nesse ponto, surge, por exemplo, o conceito de instalações essenciais (*essential facility*), que está associado à ideia de monopólio natural ou monopólios decorrentes de problemas estruturais existentes no setor, em que não há a possibilidade de presumir que o mercado conseguirá suprir essa falha sozinho⁸⁴.

Tal expressão relaciona-se aos casos em que a presença de outros competidores no setor é afastada em razão do domínio de algum meio de produção indispensável para o exercício da atividade por parte de algum monopolista, que impede o acesso dos outros agentes ou cobra preços abusivos⁸⁵.

Nos casos dos serviços citados, a infraestrutura de rede pode ser considerada como o recurso indispensável, que dificulta a concorrência. Com efeito, se por um lado o Estado precisa garantir investimentos no setor para desenvolvimento de toda instalação e garantia de acesso do maior número de usuários possíveis (uma vez que a utilidade dos serviços cresce quanto maior for o número de usuários com acesso à rede), é preciso assegurar que

⁸² ROZAS, Patricio; SÁNCHEZ, Ricardo. Desarrollo de infraestructura y crecimiento económico: revisión conceptual. Santiago de Chile, CEPAL, 2004. *Serie recursos naturales e infraestructura*, n.º. 75. Disponível em: <<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/8/19838/lcl2182.pdf>>. Acesso em: 08.04.2012, p. 7/8.

⁸³ MAJONE, Giandomenico. Do estado positivo ao estado regulador: causas e consequências da mudança no modo de governança. Traduzido por Paulo Todescan Lessa Mattos. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.); COUTINHO, Diogo R.; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; PRADO, Mariana Mota; OLIVA, Rafael. *Regulação econômica e democracia: o debate europeu*. São Paulo: Singular, 2006, p. 58.

⁸⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e concorrência: estudos e pareceres*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 39.

⁸⁵ PINTO JUNIOR, Mario Engler. Regulação econômica e empresas estatais. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 4, n.º. 15, p. 131-148, jul./set. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=37257>>. Acesso em: 8.04.2012.

não serão cobrados preços abusivos, manter a adequada competição e impedir o comportamento oportunista de outros agentes⁸⁶.

Logo, em setores como o de telecomunicações, gás residencial, eletricidade, água, o agente regulador enfrenta algumas questões que podem ser consideradas típicas, por envolverem a forma da operação das infraestruturas de rede e o modo de provisão dos serviços.

Dessa forma, nos setores de utilidades públicas prestadas por meio de rede, a questão da competição deve ser analisada com cautela. Isso porque, nas hipóteses em que existam severos monopólios naturais, não é possível criar uma situação concorrencial com a liberalização da entrada, sendo necessário estabelecer um controle de preços.

Por sua vez, em setores nos quais não há uma concorrência desejável, a regulação pró-competição precisa ser implementada se for verificada a atuação anticoncorrencial de determinadas empresas. Ou ainda, em determinados casos, é necessário controlar a competição predatória para que o negócio não fique insustentável, tendo em vista a captura excessiva de rendas em um dos segmentos (*cream skimming*)⁸⁷.

Dentro desse contexto, na regulação dos setores de infraestrutura, verificam-se algumas questões de base da regulação. Entre elas, é possível citar a integração vertical, que corresponde à análise e decisão que deve ser tomada sobre a possibilidade de uma empresa, que opera em regime de monopólio natural, atuar em outras atividades competitivas do setor. Isso se deve à elevada complementariedade dos segmentos da cadeia produtiva, que são interdependentes⁸⁸.

Outra questão que precisa ser resolvida diz respeito à permissão ou limitação da entrada de novos competidores no mercado. Ressalta-se, ainda, a importância da análise da estrutura horizontal, para que se averigue a necessidade de ser dividida em várias unidades uma empresa que atue em áreas muito competitivas. Enfatiza-se o estudo também da estrutura regional, com a finalidade de determinar se as empresas devem ter monopólio nacional ou regional.

⁸⁶ PINTO JUNIOR, Mario Engler. Regulação econômica e empresas estatais. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 4, nº. 15, p. 131-148, jul./set. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=37257>>. Acesso em: 8.04.2012.

⁸⁷ MELO, Marcus André. Política Regulatória: uma revisão da literatura. *BIB*. Rio de Janeiro, nº. 50, 2º semestre de 2000, p. 16.

⁸⁸ PINTO JUNIOR, Mario Engler. Regulação econômica e empresas estatais. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 4, nº. 15, p. 131-148, jul./set. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=37257>>. Acesso em: 08.04.2012.

Além disso, a regulação precisa analisar aspectos como o preço dos produtos ou serviços, o acesso das empresas em regime de concorrência às redes da empresa que exerce o monopólio natural e a qualidade do que é oferecido⁸⁹.

Acrescentam-se, ainda, preocupações de caráter redistributivos, como a necessidade de expansão da universalização e integração dos serviços. Nesse ponto, destaca-se que a necessidade de construção das redes em locais não alcançados por serviços públicos impõe ao “*poder público a tarefa de criar diretrizes de longo prazo que, sem a ingênua pretensão de subjugar ou domesticar o capital, indiquem caminhos institucionais para investimentos em infraestrutura*”⁹⁰.

Assim, é preciso que o agente regulador encontre um equilíbrio entre as vantagens econômicas obtidas pela empresa e a necessidade de investimentos para aprimoramento das redes de infraestrutura, tendo em vista o objetivo de proporcionar qualidade, segurança e continuidade ao serviço, bem como alcançar lugares antes excluídos, mantendo tarifas consideradas razoáveis.

Todas essas análises, que não esgotam as hipóteses regulatórias, são extremamente relevantes, considerando-se que o progresso dos setores de infraestrutura citados, embora não sejam os únicos fatores necessários para o desenvolvimento⁹¹, são considerados como um ponto essencial para tal processo.

1.4. As agências reguladoras brasileiras

Exposta a reforma gerencial brasileira, apresentado o conceito de regulação e demonstrada a sua importância para o desenvolvimento dos setores de infraestrutura, é preciso fazer algumas considerações sobre as agências reguladoras, para que se compreenda a sua formação e seu papel no país.

⁸⁹ MELO, Marcus André. Política Regulatória: uma revisão da literatura. *BIB*. Rio de Janeiro, nº. 50, 2º semestre de 2000, p. 15.

⁹⁰ COUTINHO, Diogo Rosenthal. A universalização do serviço público para o desenvolvimento como uma tarefa da regulação. In SALOMÃO FILHO, Calixto (org.). *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 69.

⁹¹ ROZAS, Patricio; SÁNCHEZ, Ricardo. Desarrollo de infraestructura y crecimiento económico: revisión conceptual. Santiago de Chile, CEPAL, 2004. *Serie recursos naturales e infraestructura*, nº. 75. Disponível em: <<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/8/19838/lcl2182.pdf>>. Acesso em: 08.04.2012, p. 63.

Nesse sentido, é importante ressaltar que um dos principais aspectos da reforma do Estado apresentada no item 1.1. refere-se à separação que ocorreu entre o operador estatal e a entidade que passaria a ser responsável pela regulação. A partir de uma reformulação da administração pública brasileira, pretendeu-se instituir um modelo regulatório, tendo em vista a experiência norte-americana com as agências reguladoras.

Nos Estados Unidos, a expressão “*administrative agency*” refere-se a quase todo órgão ou entidade pertencente ao poder Executivo. Entre elas, existem as chamadas “*regulatory agencies*” que apresentam competência para estabelecer normas e sanções, bem como conceder o direito de o particular exercer certas atividades⁹².

No Brasil, a expressão “agência reguladora” relaciona-se a determinado tipo de autarquia com regime especial. Assim, ela não representa um novo modelo dentro da administração pública brasileira. É considerada apenas um tipo de autarquia que tem por finalidade regular um setor econômico específico e apresenta características diferenciadas⁹³.

Entre essas características, destaca-se a existência de um mandato fixo dos dirigentes, como forma de assegurar a autonomia e a estabilidade, bem como evitar a captura pelo governo, complementada pela impossibilidade de demissão imotivada (a exoneração ocorre apenas nas hipóteses expressamente previstas).

Os dirigentes são escolhidos pelo presidente da República, sendo que a nomeação depende da aprovação do Senado Federal. Adicionalmente, submetem-se à “quarentena” que proíbe “*o ex-dirigente de exercer atividade ou prestar qualquer serviço no setor regulado pela respectiva agência, por um período de quatro meses, contados da exoneração ou do término do seu mandato*”⁹⁴.

Além disso, as agências reguladoras apresentam independência funcional, financeira e gerencial, marcadas pelo orçamento próprio, com quadro de carreira (que

⁹² ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Considerações sobre a “regulação” no Direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 3, nº. 12, p. 69-94, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=33302>>. Acesso em: 31.03.2012.

⁹³ Sobre o assunto, ver MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os parâmetros de discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. 1ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 103.

⁹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 481.

apresenta os aspectos de especialização necessários), complementada pela possibilidade de instruir e julgar processos, bem como emitir normas por meio da delegação normativa⁹⁵.

Ademais, para assegurar a transparência das decisões e dos procedimentos, foram criadas ouvidorias e diretorias colegiadas, sendo que, no dia a dia, é mantida a publicidade dos atos e a possibilidade de os usuários e empresários realizarem representações. Por fim, são realizadas audiências públicas com a finalidade de legitimar as decisões⁹⁶.

A regulação, para ser exercida na forma acima mencionada, necessitou da implementação de uma estrutura administrativa que controla os setores regulados. Ressalta-se, nesse contexto, que cada tipo de agência acaba desenvolvendo contornos e características muito específicas de acordo com o setor objeto da regulação.

A proximidade com o setor regulado decorre da importância da perspectiva técnica que foi atribuída a esses entes na reforma do Estado⁹⁷. Destaca-se, com isso, que essa nova forma de intervenção partia do pressuposto de que os órgãos técnicos seriam independentes da administração pública central.

Sobre o assunto, Luís S. Cabral de Moncada afirma:

“É este o preço que a administração tem de pagar pelo caráter técnico que a sua nova atividade reclama: o recurso cada vez maior a entidades estranhas cujo contributo se torna indispensável para a realização capaz dos objetivos que se propõe. A autonomia da decisão política não está em causa, mas o peso dos pareceres técnicos no seio destes órgãos (técnicos) de planeamento, coordenação e apoio geral faz-se sentir cada vez mais, ao ritmo das novas exigências de legitimação (técnica) das decisões legislativas e administrativas.”⁹⁸

Assim, dentro de um contexto de privatização de diversos serviços e atividades econômicas, foram criadas no Brasil as agências reguladoras, numa tentativa de construção de um órgão técnico que assumiria uma série de atribuições, como a fiscalização e a produção de normas técnicas para o setor.

⁹⁵ Existem diversas discussões sobre qual seria o poder normativo das agências. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por exemplo, destaca que as normas não podem conflitar com as disposições constitucionais e legais, sendo a competência das agências limitada à edição de regulamentos internos, que tratem da atividade conferida, bem como à publicação de normas que conceituem e interpretem conceitos jurídicos indeterminados presentes nas leis relacionadas. Não obstante a importância dessas considerações, tal tema, por não ser o foco principal desse trabalho, não será abordado com profundidade. Sobre o assunto, ver DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 482/483.

⁹⁶ MELO, Marcus André. As agências regulatórias: gênese, desenho institucional e governança. In: ABRUCIO, Fernando Luiz; LOUREIRO, Maria Rita (orgs.). *O Estado numa era de reformas: os anos FHC*. Parte II. Brasília: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2002, p. 256/258.

⁹⁷ MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. 1ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 109.

⁹⁸ MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito Econômico*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 72.

A criação dessas autarquias de regime especial, principalmente nos setores de infraestrutura, estava associada à necessidade de redução do risco regulatório para os investidores que participavam das privatizações. A ideia da credibilidade regulatória assegurava que as regras dos contratos e, conseqüentemente, do jogo, não seriam alteradas repentina e discricionariamente pelos governantes.

Referidas agências não apresentavam um modelo predeterminado, podendo ser modeladas de acordo com as características do setor e do ente federativo envolvido. Com isso, foram instituídas agências federais, estaduais, setoriais e multissetoriais (com competência para regular diferentes tipos de atividades)⁹⁹.

As agências multissetoriais foram criadas, principalmente, no âmbito dos Estados membros. Conforme aponta Cecília Olivieri: “*Mais da metade (56,5%) das agências subnacionais são multissetoriais, ou seja, regulam e fiscalizam todos os serviços públicos privatizados, enquanto as demais são especializadas em determinadas áreas (...)*”¹⁰⁰.

Esse tipo de ente, com competência que envolve diversos setores, é objeto de algumas críticas da doutrina, tendo em vista as peculiaridades das matérias reguladas, que envolvem, muitas vezes, conhecimentos específicos e sofisticados¹⁰¹. No entanto, foi a solução encontrada por diversos Estados membros, considerando-se aspectos como “*necessidade de economias de escala, escassez de recursos humanos e redução de custos*”¹⁰².

Por sua vez, no âmbito da União, foram criadas diversas agências setoriais, por meio das seguintes leis:

a) Lei nº. 9.427/96, que criou a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL;

b) Lei nº. 9.472/97, que criou a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL;

c) Lei nº. 9.478/97, que criou a Agência Nacional de Petróleo – ANP;

⁹⁹ MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. 1ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 118.

¹⁰⁰ OLIVIERI, Cecília. Agências regulatórias e federalismo: a gestão descentralizada da regulação no setor de energia. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro 40(4), p. 567-588, jul/ago 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v40n4/31596.pdf>>. Acesso em: 22.02.2012, p. 573.

¹⁰¹ MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. 1ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 118.

¹⁰² MELO, Marcus André. As agências regulatórias: gênese, desenho institucional e governança. In: ABRUCIO, Fernando Luiz; LOUREIRO, Maria Rita (orgs.). *O Estado numa era de reformas: os anos FHC*. Parte II. Brasília: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2002, p. 282.

- d) Lei nº. 9.782/99, que criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVS;
- e) Lei nº. 9.961/00, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS;
- f) Lei nº. 9.984/00, que criou a Agência Nacional de Águas – ANA;
- g) Lei nº. 10.233/01, que criou a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ;
- h) Medida Provisória nº. 2.228-1/01, que criou a Agência Nacional do Cinema – ANCINE;
- i) Lei nº. 11.182/05, que criou a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC.”¹⁰³

Diversos problemas são apontados em relação às agências reguladoras brasileiras. Em primeiro lugar, cita-se a vulnerabilidade do regime a eventuais choques exógenos e endógenos, que podem limitar as funções dos entes, bem como prejudicar a autonomia e a estabilidade dos dirigentes no modelo inicialmente proposto.

Em segundo lugar, menciona-se a ausência de competências plenamente definidas, o que muitas vezes gera conflitos e pode acarretar a existência de um quadro regulatório inconcluso com ausência de uma adequada coordenação interssetorial¹⁰⁴. Além disso, problemas relativos à capacidade de *enforcement* e autonomia são objetos de questionamentos, uma vez que eles podem variar, inclusive, de agência para agência, existindo diferentes graus de influência dos governantes e regulados¹⁰⁵.

Outro aspecto importante, que pode demonstrar a força ou a fragilidade das agências, refere-se ao potencial de atuação no campo da defesa dos consumidores, a qual demanda uma ação efetiva que frequentemente não ocorre¹⁰⁶.

Por fim, destaca-se a existência de desafios federativos impostos à governança regulatória no Brasil. Sobre o assunto, Marcus André de Melo aponta um problema específico das agências estaduais, que se refere ao “*desenho institucional e suas*

¹⁰³ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Considerações sobre a "regulação" no Direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 3, nº. 12, p. 69-94, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=33302>>. Acesso em: 31.03.2012.

¹⁰⁴ MELO, Marcus André. As agências regulatórias: gênese, desenho institucional e governança. In: ABRUCIO, Fernando Luiz; LOUREIRO, Maria Rita (orgs.). *O Estado numa era de reformas: os anos FHC*. Parte II. Brasília: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2002, p. 271/272.

¹⁰⁵ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Relatório sobre a reforma regulatória: Brasil fortalecendo a governança para o crescimento*. OCDE, 2008. Disponível em: <<http://www.seae.fazenda.gov.br/destaque/bb-ocde-relatorio-sobre-a-reforma-regulatoria>>. Acesso em: 06.05.2012, p. 9.

¹⁰⁶ MELO, Marcus André. As agências regulatórias: gênese, desenho institucional e governança. In: ABRUCIO, Fernando Luiz; LOUREIRO, Maria Rita (orgs.). *O Estado numa era de reformas: os anos FHC*. Parte II. Brasília: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2002, p. 277.

repercussões sobre o controle social e a autonomia e independência do órgão regulador”¹⁰⁷.

Dentro desse contexto, enfatiza-se que o problema é ainda mais complexo, considerando-se que no país a relação entre os diversos entes federados varia em cada setor. Enquanto em alguns setores só a União participa da regulação, em outros a atuação federal convive com a atuação dos Estados membros e, em outros ainda, a regulação depende apenas dos Estados membros e dos Municípios (setores de saneamento e transportes intermunicipais).

Nesse cenário, diversos questionamentos podem surgir em face das agências estaduais, envolvendo, por exemplo, a ausência de autonomia perante os governos¹⁰⁸, complementada pela falta de recursos financeiros e administrativos.

Sobre o assunto, foi apontado em relatório elaborado no âmbito da OCDE que:

“O Brasil ainda precisa melhorar a sua capacidade de regular com qualidade e aumentar a transparência e responsabilização para uma efetiva governança pública. A escolha correta do equilíbrio entre independência e responsabilização ao mesmo tempo em que se delegam competências regulatórias reflete as escolhas estratégicas de políticas públicas. Enquanto o principal foco inicial era a privatização e o equilíbrio do orçamento público, hoje em dia as questões referentes ao desenho institucional estão recebendo mais atenção, junto com a necessidade de estabelecer uma política regulatória ampla de governo.”¹⁰⁹

Tendo em vista todas essas considerações, os próximos capítulos analisarão os conflitos apontados pela doutrina e jurisprudência que decorrem especificamente da relação entre a União e os Estados membros na regulação dos setores de energia e gás natural, respectivamente. Antes, no entanto, serão apresentados aspectos gerais do federalismo no Brasil, para que se compreenda os contornos da regulação descentralizada.

¹⁰⁷ MELO, Marcus André. As agências regulatórias: gênese, desenho institucional e governança. In: ABRUCIO, Fernando Luiz; LOUREIRO, Maria Rita (orgs.). *O Estado numa era de reformas: os anos FHC*. Parte II. Brasília: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2002, p. 280.

¹⁰⁸ OLIVIERI, Cecília. Agências regulatórias e federalismo: a gestão descentralizada da regulação no setor de energia. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro 40(4), p. 567-588, jul/ago 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v40n4/31596.pdf>>. Acesso em: 22.02.2012, p. 572.

¹⁰⁹ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Relatório sobre a reforma regulatória: Brasil fortalecendo a governança para o crescimento*. OCDE, 2008. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/destaque/bb-ocde-relatorio-sobre-a-reforma-regulatoria>. Acesso em: 06.05.2012, p. 8.

CAPÍTULO II: FEDERALISMO COOPERATIVO E REGULAÇÃO

Analisados os aspectos fundamentais da regulação, é necessário realizar uma breve abordagem sobre o modelo de federação brasileiro para que se compreenda o relacionamento entre os entes nos setores de energia e gás natural, com enfoque na divisão de competências ao longo da história brasileira, bem como na existência de normas sobre cooperação.

2.1. Aspectos do federalismo

Alguns autores distinguem o termo “federação” de “federalismo”. Aponta-se que a terminologia “federação” refere-se à estrutura constitucional que estabelece todos os aspectos institucionais (econômicos, políticos e sociais) de divisão espacial do poder. Por sua vez, “federalismo” está ligado a uma abordagem da dinâmica da própria sociedade, que engloba todos os princípios que são seguidos para manter a diversidade na unidade¹¹⁰.

Nesse sentido, Wilba Lúcia Maia Bernardes afirma que, no modelo de Estado Democrático de Direito, que se afasta do excessivo formalismo jurídico, o federalismo deve ser compreendido conforme “*sua estrutura principiológica que afirma a necessidade de preservar a diversidade e a pluralidade na unidade, a igualdade e a diferença, o centralismo e a descentralização, a autonomia e a coordenação, os poderes centrais e os poderes periféricos (...)*”¹¹¹.

Sob essa perspectiva, a autora citada explica que o federalismo lida com conceitos que aparentemente são opostos, mas que, na verdade, reafirmam a sua importância e o seu valor, na medida em que demonstram a sua imprescindibilidade para a manutenção da sociedade pluralista contemporânea que requer ao mesmo tempo centralização e descentralização¹¹².

¹¹⁰ BERNARDES, Wilba Lúcia Maia. *Federação e federalismo: uma análise com base na superação do Estado Nacional e no contexto do Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 30/32.

¹¹¹ BERNARDES, Wilba Lúcia Maia. *Federação e federalismo: uma análise com base na superação do Estado Nacional e no contexto do Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 46/47.

¹¹² BERNARDES, Wilba Lúcia Maia. *Federação e federalismo: uma análise com base na superação do Estado Nacional e no contexto do Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 48.

No que se refere à abordagem institucional, o Estado federal é definido como o “*Estado constitucionalmente descentralizado*”¹¹³, cuja estrutura federativa estabelecida é considerada intocável. Não obstante a existência de divergências doutrinárias sobre o seu conceito exato, aponta-se que referida estrutura é caracterizada, essencialmente, pela existência de uma Câmara por meio da qual ocorre a participação dos Estados Membros no poder central, bem como pelo reconhecimento da auto-organização dos entes citados através de um poder constituinte próprio.

Nesse sentido, os Estados federais diferem-se dos Estados unitários, uma vez que nos primeiros há uma verdadeira descentralização político-legislativa, com uma repartição constitucional de competências. Por outro lado, nos Estados unitários há apenas uma descentralização administrativa. Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva explica que:

“(...) o que importa é o fato de que, em um Estado federal, se a Constituição define que determinada matéria ou determinada política deve ser disciplinada, por exemplo, em âmbito estadual, o Estado membro tem autonomia para definir os termos dessa disciplina e o poder central não pode impor nenhuma preferência nesse âmbito.”¹¹⁴

As demais características variam de acordo com o modelo que foi adotado na prática. Isso porque “*cada Federação é uma individualidade concreta, derivada de fatores históricos, políticos, sociais e econômicos, sendo que a noção de Estado federal somente pode ser obtida em cada caso, no direito constitucional positivo*”¹¹⁵.

Aponta-se que, historicamente, dois processos diferentes resultaram na formação dos diversos Estados federais. Em primeiro lugar, cita-se a ocorrência do processo de agregação, por meio do qual o Estado federal se sobrepôs a Estados que já existiam. Como exemplo, os casos dos Estados Unidos, Alemanha e Suíça. Em segundo lugar, em alguns países como o Brasil, o Estado federal se formou por meio de um processo de segregação do Estado unitário até então existente¹¹⁶.

Em ambos os casos, formaram-se estruturas federativas com os mesmos traços essenciais já citados. No entanto, nos Estados que viveram o processo de agregação

¹¹³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 52.

¹¹⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. Federalismo e articulação de competências no Brasil. In: PETERS, B. Guy e PIERRE, Jon. *Administração pública: coletânea*. São Paulo: Editora UNESP, Brasília, DF:ENAP, 2010, p. 551.

¹¹⁵ KUBLISCKAS, Wellington Márcio. *Cooperação interfederativa: instrumentos para a efetividade da lealdade federativa na Constituição Federal de 1988*. Tese (Doutorado). São Paulo, 2012. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 25.

¹¹⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 54.

verifica-se uma resistência maior à tendência universal de centralização verificada atualmente, principalmente, em razão de medidas de intervenção no domínio econômico¹¹⁷.

Sobre o assunto, ressalta-se que existem autores que criticam o modelo federal, por afirmarem, por exemplo, a necessidade da existência de um governo forte em que não ocorra a dispersão de recursos (com a manutenção de muitos aparelhos burocráticos) e no qual seja possível uma planificação eficiente. Afirma-se, ainda, que o término da organização federativa eliminaria uma série de conflitos jurídicos, em razão da dificuldade de se fixar limites claros entre as esferas autônomas¹¹⁸.

No entanto, prevalecem argumentos favoráveis à sua manutenção, tendo em vista diversas justificativas como: (a) a possibilidade de preservação das características locais; (b) a barreira formada à centralização autoritária do poder; (c) o fortalecimento da democracia, em razão dos governos locais estarem mais próximos dos cidadãos e do incentivo e proteção da pluralidade; (d) a valorização do princípio da subsidiariedade, que enfatiza a importância das decisões, sempre que possível, serem adotadas pelos entes de menor abrangência territorial, que lidam com as características locais¹¹⁹.

Dentro desse contexto, um dos grandes desafios do Estado federal é encontrar um equilíbrio entre as relações horizontais dos governos autônomos e os incentivos verticais do governo central, para que todos atuem no mesmo sentido. Sobre o assunto, José Angelo Machado explica que:

“Do ponto de vista de seus efeitos sobre atributos desejáveis para uma democracia, cada abordagem tende a acentuar um pólo em detrimento de outro. De um lado, a aposta exclusiva nas relações horizontais entre governos locais, para constituição “ascendente” do projeto global, acentua tendências centrífugas e esvazia o espaço para deliberação e decisão coletiva de caráter supralocal (provincial ou nacional), desautorizando o ente governamental correspondente. Em nome de um projeto construído como expansão de interesses agregados no plano local, sacrifica-se a construção da governabilidade sobre o todo (jurisdição nacional). De outro, a aposta exclusiva nos incentivos verticais, para que governos locais se comportem de modo consistente com objetivos fixados no plano nacional, acentua tendências centrípetas, fragilizando o funcionamento de mecanismos de contenção do ímpeto abusivo do governo federal. Em nome da governabilidade e da estabilidade decisória, necessárias ao encaminhamento de

¹¹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 54.

¹¹⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 257.

¹¹⁹ KUBLISCKAS, Wellington Márcio. *Cooperação interfederativa: instrumentos para a efetividade da lealdade federativa na Constituição Federal de 1988*. Tese (Doutorado). São Paulo, 2012. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 57/58.

um projeto nacional, sacrifica-se o funcionamento dos mecanismos de controle e *accountability*”.¹²⁰

Entre as fórmulas apontadas como fundamentais para o equilíbrio federativo, destacam-se os mecanismos de coordenação, composto por “*regras e procedimentos que definirão o processo decisório, as condições de integração entre as ações e as formas de integração entre estas por parte dos entes governamentais envolvidos*”¹²¹. Nesse sentido, no próximo item abordaremos a importância da cooperação para o desenvolvimento do federalismo brasileiro.

2.2. Federalismo cooperativo

No modelo de Estado federal, a separação de competências entre os diversos entes pode ocorrer de forma horizontal ou vertical. Por meio da separação horizontal, as competências são reservadas exclusivamente à União e aos Estados membros, sem interferências de uma esfera na outra. Por sua vez, por meio da separação vertical de competências, a mesma matéria é atribuída aos diversos entes em níveis diferentes, ou seja, a União pode dispor sobre as normas gerais e os Estados membros podem legislar sobre as peculiaridades locais¹²². Em determinados casos, a Constituição pode, ainda, atribuir competências comuns aos entes, o que ocorre, principalmente, em matéria de políticas públicas.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho explica que durante os séculos 18 e 19 o federalismo foi concebido como dualista, com o objetivo de separar de forma estanque a União e os Estados membros por meio de uma separação horizontal de competências. No entanto, a partir da Primeira Guerra Mundial, foi implementado um federalismo

¹²⁰ MACHADO, José Angelo. *Gestão de políticas públicas no Estado federativo: apostas e armadilhas*. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582008000200007>. Acesso em: 27.05.2013, p. 447/448.

¹²¹ MACHADO, José Angelo. *Gestão de políticas públicas no Estado federativo: apostas e armadilhas*. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582008000200007>. Acesso em: 27.05.2013, p. 447/449.

¹²² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 53.

cooperativo, com competências verticais que possibilitam a coordenação entre as diversas esferas¹²³, sem uma demarcação nítida entre a divisão de competências.

Assim, o federalismo contemporâneo é marcado pela ideia de cooperação interfederativa, viabilizada através de diversos instrumentos para a atuação conjunta na área de políticas públicas, acompanhada de ajuda financeira entre os entes. Busca-se com isso alcançar resultados uniformes sem esvaziar a competência dos diversos entes federados, que devem atuar de forma coordenada e complementar para atingir os interesses comuns.

Em face desse cenário, o grande desafio é:

“(...) conciliar o respeito à autonomia e participação dos entes locais – premissa básica do federalismo – com a necessidade de implantação de ações uniformes e eficientes, em uma sociedade de massas na qual o atendimento das demandas coletivas depende cada vez mais de um planejamento adequado e da conjugação de grande quantidade de recursos humanos e financeiros”¹²⁴.

Tendo em vista referidas dificuldades, há o entendimento de que o adequado não é o federalismo dual (com a separação estanque de competências) nem o federalismo cooperativo (que, muitas vezes, gera uma acentuada centralização), mas um federalismo solidário, que tem como fundamento a relação harmoniosa, visando à redução das desigualdades regionais e desenvolvimento da capacidade de prestação de serviços e atividades de interesse comum¹²⁵.

Nesse contexto, deve ocorrer sempre um grande esforço quanto “à articulação, à estratégia e à efetivação de técnicas organizativas que facilitem a gestão da coisa pública”¹²⁶, de forma solidária, para que sejam alcançados os interesses comuns com vistas ao desenvolvimento nacional.

¹²³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 55.

¹²⁴ KUBLISCKAS, Wellington Márcio. *Cooperação interfederativa: instrumentos para a efetividade da lealdade federativa na Constituição Federal de 1988*. Tese (Doutorado). São Paulo, 2012. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 59/60.

¹²⁵ KUBLISCKAS, Wellington Márcio. *Cooperação interfederativa: instrumentos para a efetividade da lealdade federativa na Constituição Federal de 1988*. Tese (Doutorado). São Paulo, 2012. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 60.

¹²⁶ PEDREIRA, Christina de Almeida. Instrumentos legítimos à implementação das competências constitucionais administrativas comuns. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, nº. 6, ano 2, abril/junho 2008. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=54060>. Acesso em: 23.06.2013.

2.3. O federalismo no Brasil

Foi adotada, no Brasil, a forma de Estado federal a partir da Proclamação da República em 1889. A campanha republicana que marcou o período final do Império brasileiro enfatizava a divisão entre as províncias, que desejavam maior autonomia, “*como projeção daquela realidade colonial que gerou, no imenso território do país, os poderes efetivos e autônomos locais*”¹²⁷. Tal autonomia era ainda mais defendida pela elite do oeste-paulista, descontente com a centralização existente e com o fato de não ter autonomia para lidar com as expressivas receitas arrecadadas na província no período considerado¹²⁸.

Com isso, o Decreto nº. 01, de 15 de novembro de 1889, estabeleceu que:

“Art. 1º. Fica proclamada provisoriamente e decretada como forma de govêrno da nação brasileira a República Federativa.

Art. 2º. As províncias do Brasil, reunidas pelo laço da federação, ficam constituindo os Estados Unidos do Brasil.

Art. 3º. Cada um desses Estados, no exercício de sua legítima soberania, decretará oportunamente a sua constituição definitiva, elegendo os seus corpos deliberantes e os seus governos locais.”¹²⁹

Posteriormente, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, atribuiu ampla autonomia aos Estados, conferindo-lhes competências remanescentes, bem como previu a autonomia municipal¹³⁰. Em referida carta, a única menção a alguma espécie de cooperação encontrava-se no artigo 5º, que previa a necessidade de cada Estado prover as suas necessidades próprias, podendo a União prestar socorro caso solicitassem em situação de calamidade pública.

Com a Revolução de 1930, a estrutura do país foi marcada, novamente, por uma centralização. A Constituição de 1934 estabeleceu uma nova divisão de competências, com ampliação dos poderes da União, atribuindo poderes remanescentes aos Estados, além de enumerar alguns expressamente. Foi fixada também competência concorrente, com possibilidade de legislação suplementar pelos Estados em razão de peculiaridades locais.

¹²⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 77.

¹²⁸ AWAZU, Luís Alberto de Fischer. *A importância da sustentabilidade do pacto federativo no Brasil e sua relação com o desenvolvimento nacional*. Dissertação (Mestrado). São Paulo, 2012. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 51/52.

¹²⁹ Citado por AWAZU, Luís Alberto de Fischer. *A importância da sustentabilidade do pacto federativo no Brasil e sua relação com o desenvolvimento nacional*. Dissertação (Mestrado). São Paulo, 2012. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 52/53.

¹³⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 79.

Ressalta-se, ainda, que foi prevista a possibilidade dos entes celebrarem acordos de cooperação¹³¹.

A Constituição outorgada em 10 de novembro de 1937 instituiu o “Estado Novo” com fortalecimento do Executivo, que passou a legislar por meio de diversos Decretos-leis. Entre eles, ressalta-se o Decreto-lei nº 1202 de 1939, que fixou disposições sobre a organização dos Estados que foram governados no período por interventores nomeados pelo Presidente da República.

Posteriormente, no processo de redemocratização do país, foi promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946, que seguiu uma linha descentralizadora, adotando novamente a autonomia estadual e municipal. Foi fixada ampla preocupação com a redução das desigualdades regionais, sendo criados principalmente planos para desenvolvimento das regiões Norte e Nordeste por meio da transferência de verbas¹³². Nesse sentido, afirma-se que referida Carta Magna consolidou o modelo de federalismo cooperativo brasileiro.

Com o golpe militar, foi apenas nominal o modelo federal adotado pela Constituição de 1967 e pela Emenda 1/69, uma vez que, na prática, o governo exercido foi essencialmente centralizado. Assim, com um viés centralizador foi estabelecida a estrutura do país, inclusive em termos de participação de uma entidade na receita da outra¹³³.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 o modelo de federação foi reforçado, como pode ser observado no seu artigo 1º, que estabelece a união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal. Referida Carta Magna, entre outras mudanças na administração pública, fortaleceu a ideia de descentralização, tendo em vista a necessidade de considerar as realidades e potencialidades de cada localidade¹³⁴.

Observa-se um grande avanço na Constituição Federal de 1988, na medida em que foram previstas no texto constitucional, de forma considerada inédita pela doutrina,

¹³¹ AWAZU, Luís Alberto de Fischer. *A importância da sustentabilidade do pacto federativo no Brasil e sua relação com o desenvolvimento nacional*. Dissertação (Mestrado). São Paulo, 2012. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 54 e 62.

¹³² AWAZU, Luís Alberto de Fischer. *A importância da sustentabilidade do pacto federativo no Brasil e sua relação com o desenvolvimento nacional*. Dissertação (Mestrado). São Paulo, 2012. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 67 e 70.

¹³³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 87 e 99.

¹³⁴ ABRUCIO, Fernando Luiz. Trajetória recente da gestão pública brasileira: um balanço crítico e a renovação da agenda de reformas. *Revista de Administração Pública – RAP*, p. 67/79, Edição Especial Comemorativa 1967-2007, p. 69.

diversas competências atribuídas a mais de um ente, exigindo uma grande articulação entre eles de forma cooperativa.

Nesse sentido, a cooperação exigida pela Carta Magna, necessariamente, implica a ideia de coordenação, seja no âmbito da legislação concorrente (por meio dos critérios constitucionais estabelecidos), seja no âmbito da competência comum para implementação de políticas públicas¹³⁵.

A rede intrincada de competências estabelecidas gera muitas discussões federativas. Conforme aponta Virgílio Afonso da Silva¹³⁶, grande parte das causas ajuizadas no Supremo Tribunal Federal tratam da divisão constitucional de competências legislativas. Segundo o autor, por meio de pesquisa realizada no final do primeiro semestre de 2009, verificou-se que até aquele momento 13,2% das ações diretas de inconstitucionalidade mencionavam o artigo 22 da Constituição Federal (que trata das competências privativas da União) e 7% apresentavam como fundamento o artigo 24 (que aborda as competências concorrentes da União, Estados e Distrito Federal).

Entre as dificuldades decorrentes da rede de competências estabelecidas, cita-se, em primeiro lugar, os problemas relativos à interpretação dos termos utilizados para a divisão fixada. A segunda dificuldade relaciona-se, especificamente, às competências concorrentes, tendo em vista os desafios enfrentados para definir na prática o que são normas gerais (de competência da União) e o que são normas específicas (de competências dos Estados e Distrito Federal).

Referidos problemas só podem ser resolvidos por meio de uma jurisprudência consistente, que aponte por quais critérios os entes devem se pautar. Enquanto essa jurisprudência não é criada de forma consolidada, não resta alternativa a não ser a criação de leis consideradas cabíveis e a sujeição a eventual e posterior declaração de inconstitucionalidade¹³⁷.

Outra dificuldade verificada refere-se à coordenação dos entes na execução de políticas públicas fixadas como competências comuns da União, Estados, Distrito Federal

¹³⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. Federalismo e articulação de competências no Brasil. In: PETERS, B. Guy e PIERRE, Jon. *Administração pública: coletânea*. São Paulo: Editora UNESP, Brasília, DF: ENAP, 2010, p. 553/554.

¹³⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. Federalismo e articulação de competências no Brasil. In: PETERS, B. Guy e PIERRE, Jon. *Administração pública: coletânea*. São Paulo: Editora UNESP, Brasília, DF: ENAP, 2010, p. 557.

¹³⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Federalismo e articulação de competências no Brasil. In: PETERS, B. Guy e PIERRE, Jon. *Administração pública: coletânea*. São Paulo: Editora UNESP, Brasília, DF: ENAP, 2010, p. 563.

e Municípios pelo artigo 23 da Constituição Federal. Parte da doutrina afirma que problemas nos mecanismos de coordenação podem gerar tanto um vácuo de políticas (em razão da responsabilidade se encontrar dispersa) como uma sobreposição ou disputa. Assim:

“No caso brasileiro, uma melhor articulação na execução de políticas está associada, em geral, a uma concentração de competências no governo central, aliada à existência de alguma forma de *incentivo* à participação dos outros entes federados, em geral representado por alguma forma de transferência de recursos (...) Tanto é assim que, nos casos em que o texto constitucional deixava margem a uma interpretação mais fragmentada entre os entes, procurou-se, se não centralizar competências nas mãos da União, ao menos criar alguma espécie de incentivo para que a ação dos outros entes fosse mais coordenada.”¹³⁸

Com isso, aponta-se que incentivos do poder central para que os outros entes atuem de forma cooperativa são essenciais no âmbito das políticas públicas.

Além dos problemas citados, outras críticas são apresentadas pela doutrina em relação ao modelo federal brasileiro. Nesse sentido, Fernando Luiz Abrucio observa que:

“No caso das descentralizações, as dificuldades para potencializá-las foram muitas: houve uma multiplicação exagerada dos municípios, poucos incentivos à cooperação intergovernamental foram estabelecidos, a questão metropolitana foi ignorada pela Constituição, além do patrimonialismo local ter sobrevivido em boa parte do país. Acima de tudo, foi criado um federalismo compartimentalizado (...), em que há mais uma atuação autarquizada dos níveis de governo do que o estabelecimento de laços entre eles. Como a descentralização em um país tão desigual como o Brasil depende da articulação entre os entes federativos, a compartimentalização afeta diretamente (e de forma negativa) os resultados das políticas públicas.”¹³⁹

Não obstante referidas críticas, verifica-se, na prática, a utilização de instrumentos que viabilizam a atuação coordenada, como os consórcios e os convênios. Referidos mecanismos possibilitam que os entes exerçam as suas competências, dentro de seus limites, de modo compartilhado. No entanto, a utilização desses mecanismos deve ser incentivada e aperfeiçoada para que ocorra o amadurecimento do federalismo brasileiro¹⁴⁰.

Dessa feita, verifica-se a necessidade de aprimoramento da cooperação e da articulação no federalismo brasileiro com o objetivo de atender às realidades e

¹³⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. Federalismo e articulação de competências no Brasil. In: PETERS, B. Guy e PIERRE, Jon. *Administração pública: coletânea*. São Paulo: Editora UNESP, Brasília, DF:ENAP, 2010, p. 565.

¹³⁹ ABRUCIO, Fernando Luiz. Trajetória recente da gestão pública brasileira: um balanço crítico e a renovação da agenda de reformas. *Revista de Administração Pública – RAP*, p. 67/79, Edição Especial Comemorativa 1967-2007, p. 69/70.

¹⁴⁰ PEDREIRA, Christina de Almeida. Instrumentos legítimos à implementação das competências constitucionais administrativas comuns. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, nº. 6, ano 2, abril/junho 2008. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=54060>. Acesso em: 23.06.2013.

potencialidades de cada localidade, com uma atuação pautada por objetivos uniformes em toda federação, com ações coordenadas que não esvaziem a competência de cada ente.

Referida cooperação e articulação será analisada nos casos de distribuição de energia e gás natural, com a finalidade de verificar os problemas existentes. Para que seja realizado tal estudo serão expostas, inicialmente, as peculiaridades de cada setor, com o objetivo de extrair os problemas federativos decorrentes das especificidades de cada um.

CAPÍTULO III: A REGULAÇÃO DO SETOR DE ENERGIA E A RELAÇÃO ENTRE OS ENTES FEDERADOS

O presente capítulo analisará os pontos positivos e negativos da relação entre a União e os Estados membros na regulação do setor de energia. Para que tal finalidade seja alcançada, em primeiro lugar, serão abordadas as peculiaridades do setor, bem como aspectos da sua reestruturação ocorrida na reforma do Estado citada no item 1.1.

Posteriormente, será apresentado um histórico da divisão de competências entre os Estados membros e a União no setor, bem como as razões que levaram à descentralização de atividades da regulação. Por fim, serão apresentados os conflitos jurídicos apontados pela doutrina e aferidos na jurisprudência referentes, especificamente, ao modelo de relacionamento e divisão de competências entre os entes federados.

3.1. Peculiaridades do setor

A privatização e a criação de um modelo regulatório para o setor elétrico envolveram diversos problemas, como a necessidade de aumento da eficiência com a redução dos custos de produção, bem como o controle de riscos ambientais¹⁴¹. Grande parte dos problemas estava associada às peculiaridades intrínsecas do setor.

Tais características são ainda mais específicas no Brasil, uma vez que o sistema brasileiro apresenta aspectos que o difere daqueles presentes no contexto internacional. O principal ponto refere-se ao fato de que a geração é essencialmente hidrelétrica no país¹⁴². Além disso, na época das privatizações, a dimensão do território brasileiro e as diversidades regionais fizeram com que os sistemas elétricos apresentassem diferentes

¹⁴¹ PIRES, José Claudio Linhares. Desafios da reestruturação do setor de energia elétrica brasileiro. *Textos para discussão do BNDES* n.º 76. Rio de Janeiro: BNDES, 2000. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Publicacoes/Consulta_Expressa/Setor/Energia_Eletrica/200003_9.html>. Acesso em: 13.04.2012, p. 7.

¹⁴² PIRES, José Claudio Linhares. Desafios da reestruturação do setor de energia elétrica brasileiro. *Textos para discussão do BNDES* n.º 76. Rio de Janeiro: BNDES, 2000. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Publicacoes/Consulta_Expressa/Setor/Energia_Eletrica/200003_9.html>. Acesso em: 13.04.2012, p. 8.

qualidades de desenvolvimento em cada local, existindo, inclusive, sistemas isolados que não se ligavam com os demais¹⁴³.

Ressaltadas as peculiaridades do sistema brasileiro, deve-se observar que o sistema elétrico destaca-se, em regra, pela existência de quatro segmentos: geração, transmissão, distribuição e comercialização.

A geração consiste na produção. Em outras palavras, refere-se ao “*processo através do qual transforma-se um outro tipo qualquer de energia em energia elétrica*”¹⁴⁴. O processo de transformação pode ser por termoelétrica, hidroelétrica, eólica, solar, nuclear, entre outros. Quando caracterizada como competitiva, ao invés de protegida, as empresas geradoras precisam vender a sua energia no mercado, com disputas que envolvem o preço.

Por sua vez, o segmento da transmissão é responsável, em regra, pelo transporte de energia da geração para a distribuição. Esse transporte é realizado por subestações e “*linhas de transmissão, compostas por torres, cabos, isoladores e outros equipamentos, que operam com tensões, médias, altas e extra-altas*”¹⁴⁵.

Diferentemente dos casos de geração de energia por termoelétrica, que conseguem se localizar perto dos grandes centros de consumo, as hidrelétricas precisam ser construídas em locais com condições naturais apropriadas, sendo muitas vezes distantes dos grandes centros urbanos, o que exige grandes sistemas de transmissão. Assim, as linhas devem interligar as usinas e os locais de consumo¹⁴⁶.

Além disso, referido segmento de transmissão, por demandar um sistema de rede, cuja duplicação é inviável em razão do alto custo envolvido e do retorno crescente de escala, nos termos explicitados no item 1.2. da presente dissertação, representa um monopólio natural e requer uma regulação específica, sendo apontadas como necessárias as seguintes características:

“a) tarifas de transmissão não discriminatórias, para evitar subsídios cruzados entre os diferentes segmentos da indústria; b) tarifas adequadas para incentivar a

¹⁴³ PIRES, José Claudio Linhares. Desafios da reestruturação do setor de energia elétrica brasileiro. *Textos para discussão do BNDES* n.º 76. Rio de Janeiro: BNDES, 2000. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Publicacoes/Consulta_Expressa/Setor/Energia_Eletrica/200003_9.html>. Acesso em: 13.04.2012, p. 9.

¹⁴⁴ WALTENBERG, David A. M., O Direito da Energia Elétrica e a ANEEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. 1ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 359.

¹⁴⁵ WALTENBERG, David A. M., O Direito da Energia Elétrica e a ANEEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. 1ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 363.

¹⁴⁶ WALTENBERG, David A. M., O Direito da Energia Elétrica e a ANEEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. 1ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 363.

expansão de rede nos pontos da rede onde for necessário e; c) neutralizar estímulos à congestão (restrições à capacidade de transmissão por sobrecarga elétrica em determinado ponto da rede).”¹⁴⁷

Tendo em vista todos esses problemas, aponta-se que o ideal seria a separação do segmento de transmissão dos outros, para que ele operasse de forma neutra, sem realizar discriminações. Por meio da separação, a empresa do segmento só pode transmitir a energia, sem exercer outras atividades como a geração ou a compra e venda de energia.

No entanto, devido a dificuldades políticas envolvendo os lucros gerados e os riscos do monopólio do segmento, muitos países optam por criar órgãos independentes para gerir tais redes. Referidos órgãos celebram contratos de prestação de serviços de transmissão com os proprietários das redes básicas e passam a operar a rede em troca de um pagamento a referidos proprietários. O órgão independente citado pode ser formado por representantes das empresas e dos consumidores, de forma a atender da melhor forma possível todos os interesses envolvidos, como o acesso às redes. Por essa gestão, deve-se procurar proporcionar o uso dessas linhas, bem como estabelecer tarifas não discriminatórias¹⁴⁸.

No mesmo sentido, o segmento de distribuição, que por meio de estrutura de rede possibilita o transporte de energia em linhas de tensão mais baixas do que as de transmissão, para que sejam utilizadas por consumidores finais que não precisam de alta tensão, também deveria ser neutro e não discriminatório. Todavia, muitas vezes, em razão de impossibilidades físicas, políticas e econômicas, as empresas de distribuição também exploram a comercialização.

A separação do segmento de comercialização ocorre, portanto, quando ela é explorada por agentes que não tenham participação na distribuição. Com isso, diversos tipos de agentes independentes podem participar da venda de energia por meio de um regime competitivo¹⁴⁹.

Nesse sentido, por meio da comercialização, os agentes vendem ou intermedeiam a venda de energia. Os comercializadores apenas entregam a energia diretamente ao

¹⁴⁷ PIRES, José Claudio Linhares. Desafios da reestruturação do setor de energia elétrica brasileiro. *Textos para discussão do BNDES* n.º 76. Rio de Janeiro: BNDES, 2000. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Publicacoes/Consulta_Expressa/Setor/Energia_Eletrica/200003_9.html>. Acesso em: 13.04.2012, p. 21.

¹⁴⁸ PIRES, José Claudio Linhares. Desafios da reestruturação do setor de energia elétrica brasileiro. *Textos para discussão do BNDES* n.º 76. Rio de Janeiro: BNDES, 2000. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Publicacoes/Consulta_Expressa/Setor/Energia_Eletrica/200003_9.html>. Acesso em: 13.04.2012, p. 21/22.

¹⁴⁹ WALTENBERG, David A. M., O Direito da Energia Elétrica e a ANEEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. 1ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 366/369.

consumidor final quando forem responsáveis também pela distribuição local. Deve-se observar, no entanto, que não apenas os consumidores finais participam das compras como também outros agentes setoriais.

Além disso, destacam-se como atividades relacionadas com a transmissão e comercialização a importação e exportação de energia, que demandam, da mesma forma, uma estrutura própria¹⁵⁰.

A estrutura e a relação entre os diversos segmentos acima citados dependem do modelo adotado pelo Estado. Conforme ressaltam Patricio Rozas e Ricardo Sánchez, na América Latina alguns países tratam todos os segmentos de setor elétrico como serviços de utilidade pública, por atenderem às necessidades coletivas consideradas essenciais. Por outro lado, em alguns países apenas os segmentos de transmissão e distribuição são considerados serviços públicos, sendo os demais excluídos, uma vez que podem ocorrer disputas no mercado¹⁵¹.

No Brasil, a separação entre os segmentos e a introdução da competição nas áreas de geração e comercialização, bem como o reforço da regulação da transmissão e distribuição, foi enfatizada após a reestruturação do setor na década de 1990.

3.1.1. Aspectos da reestruturação

Durante a reforma do Estado brasileiro citada no item 1.1., um dos setores de grande destaque foi o elétrico. Tal relevância decorreu, entre outros motivos, do fato de que a crise fiscal dos anos 1980 gerou graves problemas que ocasionaram a redução da qualidade dos serviços, ampliação do risco de eventual déficit de energia e incapacidade de aumento dos investimentos.

Dentro desse contexto, na reestruturação do setor elétrico brasileiro, a orientação do processo de privatização foi pela desagregação vertical, por meio da separação dos quatro

¹⁵⁰ WALTENBERG, David A. M., O Direito da Energia Elétrica e a ANEEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. 1ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 369/371.

¹⁵¹ ROZAS, Patricio; SÁNCHEZ, Ricardo. Desarrollo de infraestructura y crecimiento económico: revisión conceptual. Santiago de Chile, CEPAL, 2004. *Serie recursos naturales e infraestructura*, nº. 75. Disponível em: <<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/8/19838/lcl2182.pdf>>. Acesso em: 8.04.2012, p. 9.

segmentos (geração, transmissão, distribuição e comercialização), com a finalidade de prevenir eventual abuso de poder dominante¹⁵².

De acordo com Luiz Antonio Ugeda Sanches, o principal objetivo da reestruturação “*era possibilitar a separação de interesses da cadeia produtiva em diferentes ativos, individualizando os custos, de forma a tornar claro os riscos e, por conseguinte, a remuneração do capital investido*”¹⁵³.

Assim, com a separação, enquanto nos setores de geração e comercialização foi enfatizada a competição, nos demais, o reforço da regulação foi ressaltado.

Com isso, a geração passou a ser explorada por meio da concessão de serviço público, autoprodução (energia produzida para consumo próprio) e regime de produção independente (que pode ser utilizada para consumo próprio, ou para comercialização, sendo essa por conta e risco do produtor).

Por sua vez, enquanto a transmissão ficou caracterizada apenas como serviço público, a distribuição passou a ser explorada por concessionárias e permissionárias de serviços públicos e, em casos específicos, considerada serviço privado.

Já a comercialização, que continuou a ser realizada por empresas que também eram geradoras, distribuidoras e importadoras, passou a ser realizada por outros agentes independentes, tanto com consumidores finais como em relação a outros agentes setoriais. Para que a venda ocorresse para esses últimos previu-se a possibilidade, em primeiro lugar, de contratos bilaterais diretos entre os agentes¹⁵⁴.

Em segundo lugar, para atender à venda das energias de curto prazo (mercado *spot*) foi criado o MAE, com o objetivo de funcionar como uma espécie de bolsa de valores¹⁵⁵. Por meio do MAE, as compras e vendas de energia de cada sistema interligado eram intermediadas, dele participando todos os “*geradores com capacidade igual ou superior a 50MW, todos os varejistas (distribuidoras e comercializadoras de energia) com carga*

¹⁵² PIRES, José Claudio Linhares. Desafios da reestruturação do setor de energia elétrica brasileiro. *Textos para discussão do BNDES* n.º 76. Rio de Janeiro: BNDES, 2000. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Publicacoes/Consulta_Expressa/Setor/Energia_Eletrica/200003_9.html>. Acesso em: 13.04.2012, p. 7 e 25.

¹⁵³ SANCHES, Luiz Antonio Ugeda. *Curso de direito de energia: da história*. Tomo I. São Paulo: Instituto Geodireito Editora, 2011, p. 296.

¹⁵⁴ WALTENBERG, David A. M., O Direito da Energia Elétrica e a ANEEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. 1ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 358/360 e 369/371.

¹⁵⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 30.

anual igual ou superior a 100GWh e todos os grandes consumidores com demanda acima de 10MW”¹⁵⁶.

No novo modelo, apenas as empresas de transmissão não poderiam comercializar energia, com o objetivo de manter a neutralidade¹⁵⁷. Além disso, para resolver os problemas do segmento de transmissão, foi criado o Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS), enquanto entidade privada responsável pelo controle da operação da rede básica e composta por representantes do poder concedente, consumidores e agentes que atuam no setor. Os proprietários das redes básicas passaram a celebrar contratos de prestação de serviços de transmissão com o ONS, que operaria a rede, em troca do pagamento de receitas para os proprietários, com o objetivo de remunerar os custos e investimentos.

A rede básica de transmissão foi diferenciada da rede não básica pelas Resoluções 245/98 e 66/99¹⁵⁸ da Aneel. Enquanto a rede básica consiste no sistema de transmissão, formado “*por todas as linhas de empresas do setor elétrico em tensões de 230kV ou superiores*”¹⁵⁹, a rede não básica representa as linhas de distribuição, que continuaram sob administração e operação das empresas distribuidoras.

A Centrais Elétricas Brasileiras S/A (Eletrobras), empresa criada pela União na década de 1960 e responsável pela administração de grande parte do setor, embora tenha perdido muitas de suas funções, continuou com a participação social na Itaipu Binacional. Ademais, manteve-se como financiadora, por meio da aplicação de empréstimos e investimentos em determinadas atividades do setor, e comercializadora de energia.

¹⁵⁶ PIRES, José Claudio Linhares. Desafios da reestruturação do setor de energia elétrica brasileiro. *Textos para discussão do BNDES* n.º 76. Rio de Janeiro: BNDES, 2000. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Publicacoes/Consulta_Expressa/Setor/Energia_Eletrica/200003_9.html>. Acesso em: 13.04.2012, p. 19.

¹⁵⁷ “Pode-se também entender que as cooperativas de eletrificação rural, titulares de autorização para distribuição, não comercializam energia, visto que a sua entrega aos cooperados não se caracteriza como comercialização, mas como mero rateio de energia, associado ao correspondente rateio de custos, sendo que elas não podem atender não-cooperados”. WALTENBERG, David A. M., O Direito da Energia Elétrica e a ANEEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. 1ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 369.

¹⁵⁸ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA, Resolução n.º 245, de 31 de julho de 1998. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 03 ago. 1998. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA, Resolução 66, de 16 de abril de 1999. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 abr. 1999.

¹⁵⁹ PIRES, José Claudio Linhares. Desafios da reestruturação do setor de energia elétrica brasileiro. *Textos para discussão do BNDES* n.º 76. Rio de Janeiro: BNDES, 2000. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Publicacoes/Consulta_Expressa/Setor/Energia_Eletrica/200003_9.html>. Acesso em: 13.04.2012, p. 21.

Além disso, a Lei nº. 9.074/95¹⁶⁰ criou os consumidores livres que poderiam selecionar o fornecedor e as condições da operação de compra e venda com liberdade. No mesmo sentido, para os consumidores antigos, foi prevista uma liberalização que deveria ocorrer gradualmente. Manteve-se, no entanto, certo número de comerciantes denominados cativos, que não podem negociar livremente, realizando operações fortemente reguladas¹⁶¹.

Deve-se observar, no entanto, sobre a reestruturação do setor elétrico, uma peculiaridade relativa ao fato de que foi introduzida uma estrutura privatizada acompanhada da manutenção de alguns entes estatais que remanesceram na atividade. No segmento de geração, por exemplo, foi mais difícil captar investimentos privados¹⁶².

Em razão de diversos problemas enfrentados, foram adotadas algumas mudanças, a partir de 2003, o que se denomina “segundo modelo energético”. O objetivo do governo era centralizar mais o planejamento energético, de forma a:

“(i) garantir a segurança de suprimento de energia elétrica; (ii) promover a modicidade tarifária, por meio da contratação eficiente de energia para os consumidores regulados; e (iii) promover a inserção social no Setor Elétrico, em particular por intermédio dos programas de universalização de atendimento e de acordo com os critérios de suprimento dos clientes de baixa renda.”¹⁶³

Assim, com a publicação das Leis nº. 10.848/04 e 10.847/04¹⁶⁴, foi criada a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), em substituição ao Mercado Atacadista de Energia Elétrica (MAE), que passou a trabalhar com dois ambientes. O primeiro cenário é o regulado, no qual os distribuidores precisam comprar a energia necessária. O segundo é o mercado livre, no qual produtores e comercializadores, com condições físicas, podem negociar livremente.

Foi criado também um órgão interno do Ministério de Minas e Energia, denominado Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico, responsável pelo acompanhamento do fornecimento, com ênfase na oferta e demanda existentes. Ademais,

¹⁶⁰ BRASIL, Lei nº. 9074, de 07 de julho de 1995. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 08 jul. 1995.

¹⁶¹ WALTENBERG, David A. M., O Direito da Energia Elétrica e a ANEEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. 1ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 373/375.

¹⁶² BROWN, Ashley; DE PAULA, Ericson. O Fortalecimento da Estrutura Institucional e Regulatória do Setor Energético Brasileiro. *Projeto PPIAF*. Washington: Banco Mundial, Dezembro de 2002, p. 5.

¹⁶³ SANCHES, Luiz Antonio Ugeda. *Curso de direito de energia: da história*. Tomo I. São Paulo: Instituto Geodireito Editora, 2011, p. 360/361.

¹⁶⁴ BRASIL, Lei nº. 10.848, de 15 de março de 2004. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 mar. 2004. BRASIL, Lei 10.847, de 15 de março de 2004. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 mar. 2004.

para contribuir com os estudos de desenvolvimento do setor de energia elétrica, foi criada a Empresa de Pesquisa Energética¹⁶⁵.

Essas mudanças decorreram, principalmente, dos problemas do racionamento de energia e das críticas existentes em relação ao fato de que os critérios de regulação não foram bem definidos antes das privatizações. Assim, questões como a metodologia tarifária não foram fixadas com rigor na lei e nos contratos de concessão, atribuindo mais liberdade ao regulador¹⁶⁶. Dessa forma, as Leis nº. 10.848/04 e 10.847/04 procuraram definir com mais precisão as competências da Aneel, enquanto entidade responsável pela regulação do setor¹⁶⁷.

Aponta-se que, em razão da ênfase no planejamento de longo prazo, houve uma efetiva melhora no desenvolvimento do setor. No entanto, como afirmam Gustavo Justino de Oliveira e Danilo Leal Montes remanesceram alguns problemas como a preocupação com possíveis apagões, que continuaram a ocorrer em razão de erros na fiscalização e ausência de investimento adequado para que a prestação dos serviços ocorra com segurança e qualidade¹⁶⁸.

Recentemente, foi publicada a Lei nº. 12.783/13¹⁶⁹ que facultou à União prorrogar as concessões de geração de energia elétrica, transmissão e distribuição, uma única vez, pelo prazo máximo de 30 anos (e as de concessão de energia termelétrica pelo prazo máximo de 20 anos), desde que atendidas condições impostas pelo diploma legal, tendo em vista o objetivo de assegurar a continuidade e eficiência do serviço, além de visar à modicidade tarifária.

Com isso, para o segmento de distribuição, por exemplo, ficou estabelecido que a prorrogação dependeria da aceitação expressa, das seguintes condições pelas

¹⁶⁵ SANCHES, Luiz Antonio Ugeda. *Curso de direito de energia: da história*. Tomo I. São Paulo: Instituto Geodireito Editora, 2011, p. 361/362.

¹⁶⁶ BROWN, Ashley; DE PAULA, Ericson. O Fortalecimento da Estrutura Institucional e Regulatória do Setor Energético Brasileiro. *Projeto PPIAF*. Washington: Banco Mundial, Dezembro de 2002, p. 5.

¹⁶⁷ SANCHES, Luiz Antonio Ugeda. *Curso de direito de energia: da história*. Tomo I. São Paulo: Instituto Geodireito Editora, 2011, p. 361.

¹⁶⁸ OLIVEIRA, Gustavo Justino; MONTES, Danilo Leal. Prorrogação das concessões de energia elétrica: problemáticas e soluções. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, nº. 46, p. 75-95, out./dez. 2011, p. 84.

¹⁶⁹ A Lei nº. 12.783/13 decorreu da Medida Provisória 579/12. BRASIL, Lei nº. 12.783, de 12 de janeiro de 2013. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 jan. 2013.

concessionárias: “I – receita fixada conforme critérios estabelecidos pela Aneel; e II – submissão aos padrões de qualidade do serviço fixados pela Aneel”¹⁷⁰.

Entre os motivos apontados para referida legislação, destaca-se a preocupação regulatória de que o consumidor não fosse beneficiado do fato de que a maioria dos ativos da concessão estão amortizados e depreciados¹⁷¹. Não obstante referida finalidade, críticas foram realizadas no sentido de que o pacote de mudanças legislativas deveria ter realizado uma efetiva mudança do modelo, com participação social, destinada a atender diversas questões como “as necessidades e a realidade do setor, os direitos e necessidades dos usuários e concessionários, bem como o respeito ao meio ambiente, ao desenvolvimento sustentável e outros setores relacionados”¹⁷².

Tendo em vista todas as peculiaridades da reestruturação do setor, e as consecutivas alterações e críticas das regras que o disciplinam, o próximo tópico explorará as razões que levaram à descentralização de atividades regulatórias para os Estados membros.

3.2. Histórico e as razões para a distribuição de competências entre a União e os Estados

Sobre o desenvolvimento da regulação no sistema elétrico brasileiro, deve-se observar, inicialmente, que, no período entre 1934 e 1989, ele era visto como um serviço de interesse local. Com isso, eram instaladas pequenas usinas para atender determinados núcleos urbanos, ou certas indústrias e pessoas se deslocavam para áreas próximas a regiões com potenciais para exploração de energia. Dessa forma, era entendido como um problema de competência dos Municípios, sendo explorado por concessões municipais e, raríssimas vezes, quando envolvesse outros Municípios, por concessões estaduais.

¹⁷⁰ BRASIL, Lei nº. 12.783, de 12 de janeiro de 2013. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 jan. 2013.

¹⁷¹ ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. *Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013: conversão da Medida Provisória nº 579. Renovação das concessões de geração e transmissão de energia elétrica*. Notícia publicada em 19.01.2013. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=225308&id_site=1466>. Acesso em: 27.08.2013.

¹⁷² OLIVEIRA, Gustavo Justino; MONTES, Danilo Leal. Prorrogação das concessões de energia elétrica: problemáticas e soluções. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, nº. 46, p. 75-95, out./dez. 2011, p. 92.

Entre 1934 e 1950, com a adoção de uma política de industrialização do mercado interno, a questão do sistema elétrico passou a ser vista como um problema nacional. Assim, foram publicados o Código de Águas e a Constituição de 1934, ambos dispondo que a energia elétrica era um assunto de competência da União.

No início desse processo, o governo federal acreditava que bastaria atrair investimentos privados para o setor, que, no entanto, não alcançaram as expectativas desejadas. Com isso, posteriormente, a União assumiu o setor de energia elétrica, que demandava capital intensivo.

Com efeito, a partir da década de 1940, a União passou a criar empresas geradoras. Por sua vez, os Estados investiram na criação de distribuidoras. Em seguida, no começo da década de 1960, foi criada a Eletrobras¹⁷³.

Esse modelo, após um período de desenvolvimento, sofreu com a crise citada no tópico 1.1. da presente tese, principalmente, em termos fiscais, uma vez que não conseguia mais se sustentar em face do esgotamento dos investimentos estatais. Nesse contexto, passou-se a estudar a necessidade de reformulação do setor, com a atração de investimentos privados.

Assim, realizou-se toda a reestruturação citada no item 2.1.1., com ênfase na separação dos quatro segmentos existentes (geração, comercialização, distribuição e transmissão), com a introdução da competição nos dois primeiros e reforço da regulação nos últimos.

Em face desse cenário, de acordo com apontamentos de Licínio Velasco Jr.¹⁷⁴, a reestruturação no setor elétrico foi considerada extremamente complexa, tendo em vista o envolvimento dos Estados da federação. Isso porque a União não era titular da totalidade de energia elétrica do país e, principalmente, não era responsável pela sua distribuição. Nesse sentido, explica:

“Sem dúvida, tecnicamente falando, o setor elétrico brasileiro é o caso mais complexo de transferência de serviço público para a iniciativa privada, por não

¹⁷³ WALTENBERG, David A. M., O Direito da Energia Elétrica e a ANEEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. 1ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 353/356.

¹⁷⁴ VELASCO JUNIOR, Licínio. *A economia política das políticas públicas: as privatizações e a reforma do Estado*. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/Td/Td-55.pdf>. Acesso em: 20.01.2010, p. 31.

se encontrar todo em mãos federais: 36% do total da geração de energia elétrica e 78% da distribuição pertencem aos Estados da Federação (...)”¹⁷⁵

Dessa forma, verifica-se que, por um lado, a União era o ente competente para regular e operar o setor de energia, sendo também o poder concedente. Por outro lado, os Estados membros (em razão da realização de diversas concessões por parte do governo federal) atuavam em grande parte do setor (principalmente na distribuição) por meio de empresas estaduais.

Com isso, os Estados membros ocuparam papel de destaque nas discussões sobre a reestruturação do setor, considerando-se que muitas empresas públicas estaduais precisariam ser privatizadas. Além disso, a importância dos entes estaduais no processo era enfatizada pelo programa federal, que, em vez de iniciar a privatização pelas empresas de geração, pretendia começar pelas de distribuição¹⁷⁶.

A ênfase da privatização no segmento de distribuição era apontada, entre outros motivos, como necessária, uma vez que era preciso eliminar os riscos de calote que as empresas geradoras poderiam sofrer em relação às empresas públicas estaduais distribuidoras. Tais calotes haviam ocorrido nos anos 1990, sendo necessário resolver esse obstáculo com a venda dos ativos públicos ao setor privado, de modo a, posteriormente, atrair capitais para a geração.

Assim, em primeiro lugar, foram privatizadas as empresas públicas federais distribuidoras de energia (Light e Escelsa). Em seguida, criou-se o Programa de Estímulo às Privatizações Estaduais, para que fossem vendidas as empresas estaduais distribuidoras¹⁷⁷.

Tendo em vista todas as dificuldades existentes, a reforma do setor foi gradual¹⁷⁸. No início dos anos 1990, José Claudio Linhares Pires cita a criação das seguintes normas, que não produziram os efeitos desejados:

¹⁷⁵ VELASCO JUNIOR, Licínio. *A economia política das políticas públicas: as privatizações e a reforma do Estado*. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/Td/Td-55.pdf>. Acesso em: 20.01.2010, p. 31.

¹⁷⁶ OLIVIERI, Cecília. Agências regulatórias e federalismo: a gestão descentralizada da regulação no setor de energia. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro 40(4), jul/ago 2006. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v40n4/31596.pdf>>. Acesso em: 22.02.2012, p. 575.

¹⁷⁷ PIRES, José Claudio Linhares. Desafios da reestruturação do setor de energia elétrica brasileiro. *Textos para discussão do BNDES* n.º 76. Rio de Janeiro: BNDES, 2000. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Publicacoes/Consulta_Expressa/Setor/Energia_Eletrica/200003_9.html>. Acesso em: 13.04.2012, p. 15.

¹⁷⁸ PIRES, José Claudio Linhares. Desafios da reestruturação do setor de energia elétrica brasileiro. *Textos para discussão do BNDES* n.º 76. Rio de Janeiro: BNDES, 2000. Disponível em: <

“ - Lei 8.631/93, que eliminou o regime de equalização tarifária e remuneração garantida, criou a obrigatoriedade de celebração de contratos de suprimento entre geradoras e distribuidoras de energia e promoveu um grande encontro de contas entre os devedores e credores do setor;
 - Decreto 915/93, que permitiu a formação de consórcios de geração hidrelétrica entre as concessionárias e autoprodutores, e o Decreto 1.009/93, que criou o Sistema Nacional de Transmissão de Energia Elétrica (Sintrel).
 - Lei 8.987/95, conhecida como Lei das Concessões, regulamentada no caso do setor elétrico, pela Lei 9.074/95, que dispõe sobre o regime concorrencial na licitação de concessões para projetos de geração e transmissão de energia elétrica. Esta lei cria a figura do produtor independente de energia elétrica e estabelece a possibilidade de os consumidores livres terem direito à contratação de energia, inicialmente, de produtores independentes e, após cinco anos, de qualquer concessionária ou produtor de energia.”¹⁷⁹

A reestruturação passou a ser apenas generalizada e consistente a partir de 1997, com a implantação de uma série de medidas que levaram à publicação da Lei nº. 9.427/96, que criou a Aneel, e a Lei nº. 9.648/98, que introduziu uma série de regras para o setor¹⁸⁰.

O projeto da Lei nº. 9.427/96 foi enviado ao Congresso sem previsões específicas sobre a descentralização das atividades regulatórias para os Estados membros. Foi estabelecida apenas, nos termos do artigo 21 da Constituição Federal, a articulação necessária que deveria existir entre a União e os Estados, bem como a possibilidade de credenciamento de órgãos estaduais para fiscalizações dos serviços prestados nos seus respectivos territórios¹⁸¹.

Em julho de 1996, foi apresentado um projeto substitutivo pelo deputado relator José Carlos Aleluia, que excluiu a parte que fixava a possibilidade de delegação das atividades de fiscalização aos Estados membros. Posteriormente, das 34 emendas apresentadas ao projeto, foram acolhidas três, sendo uma sobre a descentralização das atividades¹⁸².

Assim, ficou estabelecido no artigo 20 da Lei nº. 9.427/96 que:

http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Publicacoes/Consulta_Expressa/Setor/Energia_Eletrica/200003_9.html>. Acesso em: 13.04.2012, p. 11.

¹⁷⁹ PIRES, José Claudio Linhares. Desafios da reestruturação do setor de energia elétrica brasileiro. *Textos para discussão do BNDES* nº. 76. Rio de Janeiro: BNDES, 2000. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Publicacoes/Consulta_Expressa/Setor/Energia_Eletrica/200003_9.html>. Acesso em: 13.04.2012, p. 11/12.

¹⁸⁰ BRASIL, Lei nº. 9427, de 26 de dezembro de 1996. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 dez. 1996. BRASIL, Lei nº. 9648, de 27 de maio de 1998. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 mai. 1998.

¹⁸¹ OLIVIERI, Cecília. Agências regulatórias e federalismo: a gestão descentralizada da regulação no setor de energia. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro 40(4), jul/ago 2006. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v40n4/31596.pdf>>. Acesso em: 22.02.2012, p. 576.

¹⁸² OLIVIERI, Cecília. Agências regulatórias e federalismo: a gestão descentralizada da regulação no setor de energia. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro 40(4), jul/ago 2006. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v40n4/31596.pdf>>. Acesso em: 22.02.2012, p. 577.

“Art. 20. Sem prejuízo do disposto na alínea b do inciso XII do art. 21 e no inciso XI do art. 23 da Constituição Federal, a execução das atividades complementares de regulação, controle e fiscalização dos serviços e instalações de energia elétrica poderá ser descentralizada pela União para os Estados e para o Distrito Federal, mediante convênio de cooperação.

§ 1º A descentralização abrangerá os serviços e instalações de energia elétrica prestados e situados no território da respectiva unidade federativa, exceto:

I - os de geração de interesse do sistema elétrico interligado;

II - os de transmissão integrante da rede básica.”¹⁸³

Referido artigo previu, portanto, a possibilidade de serem delegadas aos Estados membros e ao Distrito Federal as atividades complementares de regulação, controle e fiscalização do setor de energia, desde que não fossem do segmento de geração (que apresentassem reflexos no sistema interligado dos entes federados) e do segmento de transmissão.

Além disso, foi fixado que a delegação só ocorreria se os Estados membros e Distrito Federal apresentassem órgãos técnicos capazes de exercer a atividade¹⁸⁴. Ademais, enfatizou-se que a unidade federada deveria observar sempre as normas federais e, no caso de ser editada uma norma de regulação complementar, a mesma deveria ser harmônica às normas da Aneel¹⁸⁵.

Dentro desse contexto, a descentralização foi apontada como uma ferramenta importante para a redução da assimetria da regulação, disseminação da cultura da regulação por meio da maior proximidade com a sociedade e fortalecimento do relacionamento com os Estados membros e Distrito Federal¹⁸⁶.

¹⁸³ BRASIL, Lei nº. 9427, de 26 de dezembro de 1996. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 dez. 1996.

¹⁸⁴ “Art. 20. (...) § 2º A delegação de que trata este Capítulo será conferida desde que o Distrito Federal ou o Estado interessado possua serviços técnicos e administrativos competentes, devidamente organizados e aparelhados para execução das respectivas atividades, conforme condições estabelecidas em regulamento”. BRASIL, Lei nº. 9427, de 26 de dezembro de 1996. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 dez. 1996.

¹⁸⁵ “Art. 21. Na execução das atividades complementares de regulação, controle e fiscalização dos serviços e instalações de energia elétrica, a unidade federativa observará as pertinentes normas legais e regulamentares federais.

§ 1º As normas de regulação complementar baixadas pela unidade federativa deverão se harmonizar com as normas expedidas pela ANEEL.

§ 2º É vedado à unidade federativa conveniada exigir de concessionária ou permissionária sob sua ação complementar de regulação, controle e fiscalização obrigação não exigida ou que resulte em encargo distinto do exigido de empresas congêneres, sem prévia autorização da ANEEL”. BRASIL, Lei nº. 9427, de 26 de dezembro de 1996. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 dez. 1996.

¹⁸⁶ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Descentralização de atividades. *Cadernos Temáticos Aneel*. Brasília: Aneel, 2005. Disponível em: < <http://www.aneel.gov.br/arquivos/pdf/caderno1capa.pdf>>. Acesso em: 22.04.2012, p. 7/9.

Assim, aponta-se que a possibilidade de delegação de competências aos Estados membros foi um reflexo direto da disposição presente no art. 6º¹⁸⁷ do Decreto-lei nº. 200/67, que previa como princípio fundamental da administração federal a descentralização de atividades¹⁸⁸. Referido diploma normativo estabelecia a possibilidade de a União descentralizar atividades para as unidades federadas sempre que possível¹⁸⁹.

Nessa perspectiva, é importante observar que a Lei nº. 9.427/96 manteve a posição predominante da União na regulação do setor, prevendo apenas a delegação como forma de complementar a atividade, como a finalidade de torná-la mais eficiente.

A importância da posição da União no setor é prevista na própria Constituição Federal. O artigo 21 da Carta Magna estabelece como competência administrativa da União a exploração (direta ou por meio de autorização, permissão e concessão) dos “serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos”¹⁹⁰.

Em complementação, o artigo 22 fixa a competência privativa da União para legislar sobre águas e energia. Além disso, o artigo 20, VII, estabelece como bens da União os potenciais de energia hidráulica.

Dessa forma, verifica-se que a posição predominante da União foi reforçada pela Lei nº. 9.427/96, que previu a delegação como uma faculdade que poderia ser exercida, caso os Estados membros possuíssem órgãos devidamente aparelhados.

Não obstante referida norma ter sido fixada como uma faculdade, a Aneel, de fato, instituiu a delegação com o objetivo de:

¹⁸⁷ “Art. 6º As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais: (...) III – Descentralização”. BRASIL, Decreto-lei nº. 200, de 25 de fevereiro de 1967. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 fev. 1967.

¹⁸⁸ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Descentralização de atividades. *Cadernos Temáticos Aneel*. Brasília: Aneel, 2005. Disponível em: < <http://www.aneel.gov.br/arquivos/pdf/caderno1capa.pdf>>. Acesso em: 22.04.2012, p. 10

¹⁸⁹ “Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:

a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução;
b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;
c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões”. BRASIL, Decreto-lei nº. 200, de 25 de fevereiro de 1967. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 fev. 1967.

¹⁹⁰ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out. 1988.

“- aproximar as ações de regulação, fiscalização e mediação dos consumidores, agentes regulados e da sociedade em geral;
 - agilizar os processos de regulação, fiscalização, mediação e outorgas, este último por delegação do poder concedente;
 - adaptar as ações de regulação, fiscalização e mediação às circunstâncias locais;
 - minimizar os problemas na relação entre os agentes regulados, prestadores dos serviços de energia elétrica, entre estes e os consumidores, e resolvê-los localmente.”¹⁹¹

Entre as atividades passíveis de delegação são citadas, principalmente, as relacionadas com a fiscalização dos serviços, instalações e concessionários, além da solução de reivindicações dos consumidores, bem como eventuais mediações de conflitos¹⁹². Além disso, a descentralização não apenas delega ações de caráter institucional ou educacional, como estabelece um ambiente de apoio ao processo regulatório e de estímulo ao fortalecimento de conselhos de consumidores.

Dentro desse contexto, as agências estaduais ou órgãos dos serviços públicos dos Estados, que tenham poderes delegados, são considerados como a primeira instância administrativa para os recursos dos consumidores e dos agentes setoriais. Para exercerem todas as funções atribuídas, recebem parte dos recursos da taxa de fiscalização dos serviços de energia elétrica, recolhidos na unidade federada respectiva¹⁹³.

Não obstante todos os aspectos positivos da delegação apontados pela Aneel, Ashley Brown e Ericson de Paula apontaram diversas perguntas que ainda precisam ser respondidas:

- “a) Deve a regulação ser igual para todos os Estados?
- b) Existe alguma assimetria entre a posse da informação sobre a qualidade do serviço e a autoridade para usá-la?
- c) Se a Aneel deve delegar mais autoridade aos Estados, que nível de autoridade de supervisão e apelação deve manter? Qual critério que a Aneel deve estipular, para o exercício da autoridade regulatória pelos Estados? Quem deve supervisionar a garantia de qualidade na regulação?
- d) Será que o maior número de delegações aos Estados reduz a carga de trabalho da Aneel ou vai simplesmente complicar a situação?
- e) Que garantias existem de que as agências reguladoras estaduais vão operar de maneira independente?
- f) Qual será o efeito das regulações estaduais nas práticas de compra de energia das empresas de distribuição?”¹⁹⁴

¹⁹¹ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Descentralização de atividades. *Cadernos Temáticos Aneel*. Brasília: Aneel, 2005. Disponível em: < <http://www.aneel.gov.br/arquivos/pdf/caderno1capa.pdf>>. Acesso em: 22.04.2012, p. 11.

¹⁹² BROWN, Ashley; DE PAULA, Ericson. O Fortalecimento da Estrutura Institucional e Regulatória do Setor Energético Brasileiro. *Projeto PPIAF*. Washington: Banco Mundial, Dezembro de 2002, p. 41.

¹⁹³ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Descentralização de atividades. *Cadernos Temáticos Aneel*. Brasília: Aneel, 2005. Disponível em: < <http://www.aneel.gov.br/arquivos/pdf/caderno1capa.pdf>>. Acesso em: 22.04.2012, p. 11/15.

¹⁹⁴ BROWN, Ashley; DE PAULA, Ericson. O Fortalecimento da Estrutura Institucional e Regulatória do Setor Energético Brasileiro. *Projeto PPIAF*. Washington: Banco Mundial, Dezembro de 2002, p. 44/45.

Tendo em vista todas as peculiaridades apontadas e ressaltando-se as diversas discussões interessantes que podem ocorrer sobre o tema, o próximo tópico se limitará à análise dos conflitos jurídicos que decorrem da atual estrutura de descentralização de atividades reguladoras da União para os Estados Membros e Distrito Federal.

3.3. Os conflitos jurídicos entre a Aneel e os Estados no modelo do setor energético

Como foi observado no item anterior, a União, por meio da Aneel, com a utilização de convênios de cooperação celebrados com os Estados e Distrito Federal, pode delegar às agências reguladoras estaduais a execução de atividades complementares de regulação, controle e fiscalização.

Assim, muito embora a competência seja federal, há a previsão legal de se instituir a colaboração dos demais entes federados. Tal mecanismo tem por pressuposto o fato de que a federação engloba a necessidade de serem harmonizados interesses regionais e federais, observando-se as peculiaridades regionais sem escapar dos fins federais. Assim, *“as competências materiais previstas constitucionalmente devem coexistir de forma harmônica com vistas à coexistência pacífica de todos os interesses em jogo”*¹⁹⁵.

O objetivo de alcançar eficiência administrativa foi ressaltado pelo Decreto nº. 2.335, de 6 de outubro de 1997, que regulamentou a Lei nº. 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que no seu artigo 19 assim dispõe:

“Art. 19. A Aneel promoverá, em nome da União e nos termos dos arts. 20 a 22 da Lei nº 9.427, de 1996, a descentralização de suas atribuições, mediante delegação, aos Estados e ao Distrito Federal, de atividades complementares de regulação, controle e fiscalização dos serviços e instalações de energia elétrica, com o objetivo de:

- I - aproximar a ação reguladora dos agentes, consumidores e demais envolvidos do setor de energia elétrica;
- II - tornar mais ágil e presente a ação reguladora;
- III - adaptar as ações de regulação, controle e fiscalização às circunstâncias locais.”

Em face de referida disposição, a Aneel editou diversas resoluções com o intuito de disciplinar a descentralização das atividades para as agências reguladoras estaduais, sendo

¹⁹⁵ PINHEIRO, Renata Neiva; ECHEVERRIA, Carolina Lages. Convênio de cooperação previsto no artigo 20 da Lei nº 9.427, de 1996. Grupo de trabalho visando ao aprimoramento do Convênio de Cooperação firmado pela ANEEL para descentralizar as atividades complementares de regulação, controle e fiscalização. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 9, nº. 98, p. 41/62, fev. 2010. Parecer. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=65419>>. Acesso em: 19.06.2013.

a última de número 417, de 23 de novembro de 2010, que estabeleceu parâmetros considerados atualizados pela Aneel para eficiência da gestão regulatória. Tal eficiência decorreria da “*adoção de gestão por resultados, aplicação de custos de referência e o fim da contrapartida por parte das agências estaduais*”¹⁹⁶.

Deve-se observar, no entanto, que não obstante a funcionalidade dos convênios em termos de federalismo cooperativo, alguns doutrinadores apontam o seu caráter precário, capaz de gerar uma instabilidade institucional, tendo em vista que é celebrado entre entes autônomos.

Dentro desse contexto, Itiberê de Oliveira Castellano Rodrigues e Gustavo Kaercher Loureiro destacam que referida precariedade é bem enfatizada pelo setor elétrico, pois além da União ter delegado, por meio da Aneel, para os Estados as atividades complementares de regulação, controle e fiscalização, muitas empresas estatais estaduais prestam serviços no setor¹⁹⁷.

De acordo com referidos autores, que não apresentam um posicionamento unânime na doutrina, os serviços prestados por essas empresas estatais estaduais enquadram-se nos termos do artigo 241 da Constituição Federal, por serem prestados em regime de cooperação federativa, diferindo-se do regime jurídico de contrato administrativo aplicável à delegação de serviços públicos a empresas privadas¹⁹⁸. No entanto, a ausência de uma legislação a respeito faz com que a União possa, por exemplo, fixar a prorrogação dos convênios sem a previsão de reequilíbrio econômico-financeiro ou, ainda, fixar regras diferenciadas para a aquisição, amortização e reversão de bens afetos à prestação do serviço público de energia elétrica. A ampla discricionariedade federal abre espaço para

¹⁹⁶ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Novo regulamento aperfeiçoa processo de descentralização de atividades. *Boletim Energia*, nº. 443, ano 9. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/noticias_boletim/?fuseaction=boletim_detallenoticia&idnoticia=845>. Acesso em: 11.07.2013.

¹⁹⁷ RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano; LOUREIRO, Gustavo Kaercher. Prestação de serviços públicos de energia elétrica mediante associações interestaduais aplicada às prorrogações de concessões de energia elétrica. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Belo Horizonte, v. 262, jan./abr. 2013. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=92298>. Acesso em: 19.06.2013.

¹⁹⁸ Referido entendimento não é unânime na doutrina. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, na ADI 2337, considera que as sociedades de economia mista estaduais prestam os serviços públicos federais em regime de concessão. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI nº. 2337 MC, Relator Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgado em 21.06.2002. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, 21.06.2002.

uma série de conflitos de interesse, inclusive, em termos regulatórios, uma vez que tal atividade é realizada em dois níveis e no meio de interesses em jogo¹⁹⁹.

Nesse sentido, a regulação no setor precisa lidar com os seguintes tipos de empresas:

- “a) as empresas federais são modo de atuação direta da União no setor elétrico e, como tal, não são propriamente concessionárias, permissionárias ou autorizadas. O vínculo que possuem com o titular da competência – e seu criador – é legal e não contratual.
- b) as empresas privadas que não fazem parte de qualquer Administração Indireta são, efetivamente, concessionárias, permissionárias ou autorizadas e somente podem obter tais títulos por licitação, submetendo-se a condições de prorrogação estabelecidas na legislação ordinária.
- c) As empresas estatais de outros entes da Federação estão em situação intermediária: não são manifestações do Poder Concedente e nem seus “contratados”. Os instrumentos jurídicos previstos pelo art. 241 para a gestão associada de serviços públicos são o consórcio e o convênio.”²⁰⁰

Assim, uma das dificuldades existentes na regulação do modelo existente no setor elétrico decorre principalmente do fato de que mesmo com a introdução da lógica competitiva no setor, que antes era monopólio estatal, permaneceram muitas empresas estatais, de diferentes entes, que convivem com um sistema regulatório de dois níveis. Tal modelo, se não for realizado com independência e transparência, pode gerar uma instabilidade no procedimento regulatório.

Além disso, tal modelo, em que empresas estaduais prestam serviços públicos federais já gerou um conflito no qual se discutia se os Estados membros poderiam intervir na relação jurídico-contratual. O caso ocorreu em Santa Catarina, no qual foi criada uma lei que suspendia, temporariamente, o pagamento das tarifas relativas ao consumo de energia elétrica aos trabalhadores que não possuísem remuneração, sob o argumento de que sociedade de economia mista estadual (Centrais Elétricas de Santa Catarina – Celesc) era responsável pelo serviço.

¹⁹⁹ RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano; LOUREIRO, Gustavo Kaercher. Prestação de serviços públicos de energia elétrica mediante associações interestaduais aplicada às prorrogações de concessões de energia elétrica. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Belo Horizonte, v. 262, jan./abr. 2013. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=92298>. Acesso em: 19.06.2013.

²⁰⁰ LOUREIRO, Luiz Gustavo KAERCHER; RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. Algumas observações sobre o regime jurídico das empresas estaduais de energia elétrica, *Informativo Ifes – Gesel/UFRJ*, 2008. Disponível em: <http://raceadmv3.nuca.ie.ufrj.br/buscarace/Docs/gkloureiro2.pdf>. Acesso em: 06.07.2013.

O Supremo Tribunal Federal²⁰¹ decidiu no caso que, não obstante o fato do Estado de Santa Catarina ser o acionista majoritário da empresa que prestava o serviço em questão, tratava-se de competência federal, sendo que somente a União poderia alterar as regras contratuais. Tal entendimento foi fixado também nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adins) nº. 2299, 3343, 3661 e 3905²⁰², que tratavam de casos semelhantes do Rio Grande do Sul, Distrito Federal, Acre e Rio de Janeiro respectivamente.

No mesmo sentido, na Adin nº. 3729, foi julgada inconstitucional lei paulista na parte que previa a proibição do corte de energia por falta de pagamento sem prévia comunicação ao usuário, ressaltando, principalmente, que a norma impugnada já estava prevista na Resolução nº. 456²⁰³, de 29.11.2000, alterada pela Resolução nº. 614, de 06.11.2002, ambas expedidas no âmbito da Aneel, enquanto agência competente para emissão de normas reguladoras do setor.

Ressalta-se, no entanto, que no julgamento acima mencionado, o ministro Marco Aurélio votou pela improcedência da ação, por considerar que a norma disciplinava a proteção ao direito do consumidor, nos seguintes termos:

“Em segundo lugar, penso que a norma disciplina um serviço público estadual. E o faz tendo em vista, inclusive, a defesa do consumidor, a lealdade que deve haver na prestação desse serviço. O preceito compele a concessionária a comunicar à parte, ao tomador do serviço, o corte no fornecimento desse serviço ante a falta de satisfação de tarifa. Hoje em dia, sabemos que o pagamento de contas muitas vezes ocorre automaticamente via estabelecimento bancário e, com isso, o consumidor fica sem um controle imediato, direto, quanto ao débito em conta do que devido pelo serviço.”²⁰⁴

Por sua vez, o ministro Gilmar Mendes, enquanto relator, rebateu o argumento acima da seguinte forma:

²⁰¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI nº. 2337 MC, Relator Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgado em 21.06.2002. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, 21.06.2002.

²⁰² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº. 2299 MC. Relator Ministro Moreira Alves. Tribunal Pleno. Julgado em 28.03.2001. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, 29.08.2003, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº. 3343, Relator Ministro Ayres Britto, Relator para Acórdão Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgado em 01.09.2011. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, 21.11.2011. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº. 3661, Relatora Ministra Cármen Lúcia. Tribunal Pleno. Julgado em 17.03.2011. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, 09.05.2011. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº. 3905, Relatora Ministra Cármen Lúcia. Tribunal Pleno. Julgado em 17.03.2011. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, 09.05.2011.

²⁰³ Artigo 91, caput, I e §1º.

²⁰⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº. 3729, Relator Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 17.09.2007. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, 08.11.2007, p. 12.

“No tocante à segunda consideração, só gostaria de destacar que a matéria está regulada em Lei Federal 8.987 e disciplinada em resoluções da Aneel, com o mesmo alcance da legislação de São Paulo. O governador de São Paulo certamente se preocupou porque ele teria de aplicar sanções a essas empresas ou concessionárias e teria dificuldade diante da competência que é, sim, federal. O serviço público de prestação de energia elétrica é sim, nos termos da Constituição, um serviço público federal”²⁰⁵

De acordo com o entendimento que prevaleceu na Suprema Corte, ainda que os Estados membros apresentem competências constitucionais relacionadas ao direito do consumidor, a regulação do setor é exclusivamente federal, devendo as agências reguladoras estaduais seguir as normas da União.

Outro exemplo de um possível conflito de interesse refere-se às discussões existentes sobre o uso de terrenos às margens das rodovias e ferrovias estaduais por concessionárias que atuam na distribuição de energia elétrica. Nesse caso, enquanto a União e as empresas de energia defendem que o uso de referidos imóveis pelas concessionárias deve ser gratuito e obrigatório, Estados e concessionárias estaduais que atuam na área de rodovias afirmam que referido uso, de natureza negocial, deve ser remunerado por preço público²⁰⁶. Em face desse cenário, indaga-se, entre outras coisas, se as competências regulatórias federais deveriam prevalecer no caso citado²⁰⁷.

Com isso, verifica-se novamente uma situação antagônica, uma vez que agências reguladoras estaduais fiscalizam concessionárias de serviços públicos federais e, por vezes, caso sigam o entendimento da União, podem contrariar os interesses dos Estados membros a que pertencem. Tal quadro pode, por vezes, prejudicar a regulação. Caso a Aneel e as agências reguladoras estaduais não possuam uma absoluta independência em relação ao Executivo, pode ocorrer uma captura do governo de ambos os lados, subsidiando um conflito federativo ou desvirtuando as decisões de natureza técnica das agências.

Além dos conflitos citados, verifica-se na doutrina alguns apontamentos sobre problemas que decorrem do fato de a Aneel tratar uniformemente os diferentes Estados brasileiros. Ora, conforme ressaltado no item 3.1. da presente dissertação, a dimensão do

²⁰⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº. 3729, Relator Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 17.09.2007. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, 08.11.2007, p. 14.

²⁰⁶ MARQUES NETO, Floriano. Domínio público estadual e serviço público federal: aspectos jurídicos sobre o uso de bens estaduais para instalações de energia elétrica. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 5, nº. 17, jan./mar. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=39765>>. Acesso em: 19.06.2013.

²⁰⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº. 581947. Relator Ministro Eros Grau. Tribunal Pleno. Julgado em 27.05.2010. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, 26.08.2010, p. 169/177.

território brasileiro e as diversidades regionais fazem com que os sistemas elétricos apresentem diferentes qualidades de desenvolvimento em cada local. Referida diferença pode ser observada, inclusive, na atuação das agências reguladoras. Assim, um tratamento igualitário pode restringir a qualidade de agências com potencial para um atendimento mais adequado.

Tal fato foi verificado, por exemplo, no caso do Termo de Ajustamento de Conduta criado pela agência reguladora do Estado de São Paulo, que consistia num acordo por meio do qual uma multa imposta poderia ser aplicada em investimento pela empresa, quando a penalidade decorresse da qualidade da operação do serviço. Com isso, o instrumento possibilitava com eficiência a aplicação do valor da penalidade de forma a promover rapidamente a adequação do serviço prestado²⁰⁸.

No entanto, a Aneel determinou a centralização de referido instrumento, para que todas as decisões sobre os termos de ajustamento de conduta fossem realizadas em Brasília, o que gerou extrema morosidade, prejudicando a eficiência do instrumento.

Da mesma forma, a Aneel, na tentativa de uniformizar a regra para todos os entes, prejudicou a eficiência do Procedimento de Indenização de Danos, criado também pela agência paulista. Referido procedimento tratava dos casos de danos a aparelhos eletrodomésticos por variações nas tensões de energia. Em contrapartida, enquanto no âmbito da agência paulista, as concessionárias tinham poucos dias para verificar se a reclamação do consumidor era procedente e, em caso positivo, ressarcir os danos, com a uniformização do procedimento, a agência federal estabeleceu o prazo de 3 meses para as empresas realizarem a verificação citada, o que prejudicou a rapidez do instrumento²⁰⁹.

Nesse sentido, aponta-se que embora o processo de descentralização tenha aprimorado a fiscalização, não é tão abrangente quanto poderia. Tal constatação decorre principalmente do fato de que as agências reguladoras estaduais não apresentam uma participação ampla e ativa na expedição de normas regulatórias, não sendo consultadas sobre as peculiaridades regionais para que as necessidades locais sejam atendidas. Assim, concluiu-se que:

²⁰⁸ OLIVIERI, Cecília. Agências regulatórias e federalismo: a gestão descentralizada da regulação no setor de energia. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro 40(4), p. 567-588, jul./ago. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v40n4/31596.pdf>>. Acesso em: 22.02.2012.

²⁰⁹ OLIVIERI, Cecília. Agências regulatórias e federalismo: a gestão descentralizada da regulação no setor de energia. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro 40(4), p. 567-588, jul./ago. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v40n4/31596.pdf>>. Acesso em: 22.02.2012.

“(...) a participação das agências estaduais, bem como da população no que tange aos aspectos regulatórios, existe, praticamente, apenas no momento em que se coloca em Audiência Pública uma determinada matéria, com caráter meramente informativo, inexistindo qualquer poder decisório tanto das agências estaduais como da população.”²¹⁰

Dentro desse contexto, verifica-se a necessidade de uma regulação diferenciada, atendendo às peculiaridades regionais, essencialmente, quando problemas com a prestação de serviços de energia elétrica demandam uma solução pontual e específica, que não está claramente amparada pelas normas reguladoras existentes²¹¹. Da mesma forma, a regulamentação complementar estadual apresenta-se como importante para que as agências adaptem os diversos tipos de procedimentos de acordo com as características locais.

Afere-se, nesse cenário, como essencial, por exemplo, que agências reguladoras atuem em conjunto com outros órgãos locais em casos como o de regularização de fornecimento de energia elétrica em favelas e áreas irregulares. Tal procedimento necessita não apenas da instalação das redes regulares de distribuição como de ações sociais que provam uma adaptação da população atingida²¹².

Dessa feita, observa-se que o modelo estabelecido abre espaço para problemas decorrentes do não atendimento adequado das peculiaridades locais, bem como um campo fértil para conflitos de interesses federativos.

²¹⁰ RAMALHO, Edna Lopes. *Abrangência e eficácia da descentralização das atividades de regulação e fiscalização no setor de energia elétrica: estudo de caso CSPE*. Tese (Doutorado). Campinas, 2003. Faculdade de Engenharia Mecânica da Universidade Estadual de Campinas. p, 03.

²¹¹ RAMALHO, Edna Lopes. *Abrangência e eficácia da descentralização das atividades de regulação e fiscalização no setor de energia elétrica: estudo de caso CSPE*. Tese (Doutorado). Campinas, 2003. Faculdade de Engenharia Mecânica da Universidade Estadual de Campinas. p, 04.

²¹² RAMALHO, Edna Lopes. *Abrangência e eficácia da descentralização das atividades de regulação e fiscalização no setor de energia elétrica: estudo de caso CSPE*. Tese (Doutorado). Campinas, 2003. Faculdade de Engenharia Mecânica da Universidade Estadual de Campinas. p, 168.

CAPÍTULO IV: A REGULAÇÃO DO SETOR DE GÁS NATURAL E A RELAÇÃO ENTRE OS ENTES FEDERADOS

O capítulo IV abordará os conflitos jurídicos decorrentes da relação entre a União e os Estados membros na regulação do setor de gás natural. Para que a finalidade citada seja alcançada, em primeiro lugar, serão abordadas as peculiaridades do setor, bem como aspectos da sua reestruturação ocorrida na reforma do Estado citada no item 1.1.

Posteriormente, será apresentado um histórico da divisão de competências entre os a União e os Estados membros no setor, bem como as razões que levaram à separação de campos de atuação entre a agência reguladora federal e as agências estaduais. Por fim, serão apresentados os conflitos jurídicos apontados pela doutrina e identificados na jurisprudência em relação, especificamente, ao modelo de relacionamento e distribuição de competências entre os entes federados.

4.1. Peculiaridades do setor

Gás natural é um tema que, no Brasil, sempre foi tratado de forma associada à questão do petróleo. Entre os diversos motivos apontados para tal fato, destaca-se o pequeno espaço ocupado pelo recurso na matriz energética nacional²¹³, que, como visto no item 3.1., é predominantemente hidrelétrica.

Além das influências da disciplina do petróleo, o gás natural é um tema relacionado também com a questão energética, que sofre regulações específicas que podem influenciar o tratamento a ser dado ao setor²¹⁴.

Dentro desse contexto, verifica-se a peculiaridade e a cautela existentes quando se trata do assunto, cuja importância teve um aumento que pode ser considerado recente, uma vez que aconteceu nas últimas décadas do século 20.

²¹³ SCHIRATO, Vitor Rhein. O novo regime jurídico da indústria do gás natural no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 8, nº. 32, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70683>>. Acesso em: 24.04.2012.

²¹⁴ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Regulação e Poder de Polícia no Setor de Gás. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte, nº. 6, ano 2, abril/junho 2004. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12768>>. Acesso em: 24.04.2012.

O crescimento da demanda pelo recurso no país e no cenário internacional está associado, entre outros fatores, aos choques relacionados com o preço do petróleo (que enfatizaram as buscas por fontes energéticas alternativas), ao avanço da tecnologia (que proporcionou um uso mais eficiente do produto) e à pressão existente para o crescimento da utilização de fontes de energia que causassem impactos ambientais menores.

Até 1960, o consumo do gás natural concentrava-se principalmente nos Estados Unidos e na antiga União Soviética. Apenas nas últimas décadas do século 20 a demanda expandiu-se nos outros países. Referida demanda foi acompanhada da descoberta de jazidas cada vez maiores, que passaram, inclusive, a sustentar diversos países, por meio de grandes redes de transporte²¹⁵.

Dessa forma, o recurso é considerado muito relevante atualmente, sendo o papel do Estado apontado, por vezes, como central, para, entre outras funções, “*coibir o poder econômico dos grandes oligopólios, garantir a exploração não-predatória das jazidas e defender o interesse da coletividade*”²¹⁶.

Tendo em vista todos esses aspectos, as reservas e a exploração do gás natural estão associadas, frequentemente, com discussões sobre a necessidade de nacionalização e expropriação, para que ocorra o controle estatal desse setor da economia.

De acordo com Hermes Marcelo Huck²¹⁷, tanto a nacionalização (decorrente de um projeto amplo e de longo prazo) como a expropriação (caracterizada por atos específicos e imediatos), realizadas pelos Estados sobre os bens dos particulares, que se tornam estatais, têm reconhecimento internacional praticamente unânime, em razão de planos de desenvolvimento de caráter nacional ou utilidades públicas²¹⁸.

Referidos planos ou utilidades públicas podem receber diferentes concepções ao longo do tempo, o que gera mudanças na atuação estatal, que pode, por vezes, tornar

²¹⁵ AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO. Indústria brasileira de gás natural: regulação atual e desafios futuros. *Relatório apresentado pela Superintendência de Comercialização e Movimentação de Gás Natural da Agência Nacional do Petróleo*. Coordenação técnica de José Cesário Cecchi. Rio de Janeiro, 2001. Disponível em: <www.anp.gov.br/?dw=2251>. Acesso em: 24.04.2012, p. 50/53.

²¹⁶ BERCOVICI, Gilberto. *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 314.

²¹⁷ HUCK, Hermes Marcelo. *Contratos com o Estado: aspectos de direito internacional*. São Paulo: Aquarela, 1989, p. 85/87.

²¹⁸ É importante observar a aprovação na ONU de resoluções, a partir de 1950, reconhecendo a soberania permanente dos Estados sobre os recursos naturais, relacionada à ideia de que os países detêm sobre seus recursos naturais uma riqueza permanente, inegociável e inalienável, com atribuições plenas para a gestão e o planejamento das ações de desenvolvimento. Sobre o assunto, ver HUCK, Hermes Marcelo. *Contratos com o Estado: aspectos de direito internacional*. São Paulo: Aquarela, 1989, p. 88.

delicada a relação entre o Estado e a iniciativa privada que investe no setor, bem como prejudicar ou estimular o desenvolvimento.

Em razão de todas essas peculiaridades, o tema demanda uma série de cautelas por parte do governo, que pode utilizar diferentes tipos de políticas econômicas. Apontada a existência de referidas cautelas, é importante iniciar a análise do conceito e das características da cadeia produtiva do recurso em questão.

O gás natural pode ser definido como “*uma mistura de hidrocarbonetos leves, que, à temperatura ambiente e pressão atmosférica, permanece no estado gasoso*”²¹⁹, sendo encontrado em reservatórios formados em rochas porosas no subsolo, geralmente, junto com o petróleo²²⁰.

Assim, a utilização final do gás natural depende do percurso por diversas etapas como: “*a exploração, o desenvolvimento, a produção, a importação, a exportação, o processamento, o tratamento, o transporte, o carregamento, a estocagem, o acondicionamento, a liquefação, a regaseificação, a distribuição e a comercialização*”²²¹.

Todas essas etapas, muitas vezes, não apresentam uma divisão clara, o que pode dificultar o tratamento a ser adotado²²². O transporte, por exemplo, pode ser definido como o movimento do insumo por gasodutos de alta pressão. Por sua vez, a distribuição de gás canalizado pode ser considerada como o transporte em gasodutos de baixa pressão, num

²¹⁹ MEDEIROS, Josenilton Ferreira de. *Síntese de catalisadores para processos de oxidação de gás natural visando à produção de nonocloreto de vinila (MVC)*. Natal: Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2003. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/CapitalHumano/Arquivos/PRH14/Josenilton-Ferreira-de-Medeiros_PRH14_UFRN_G.PDF>. Acesso em: 24.04.2012, p. 2.

²²⁰ MEDEIROS, Josenilton Ferreira de. *Síntese de catalisadores para processos de oxidação de gás natural visando à produção de nonocloreto de vinila (MVC)*. Natal: Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2003. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/CapitalHumano/Arquivos/PRH14/Josenilton-Ferreira-de-Medeiros_PRH14_UFRN_G.PDF>. Acesso em: 24.04.2012, p. 2.

²²¹ “Processamento e tratamento de gás natural são atividades de alterações das características naturais do insumo para melhor adequação à finalidade que se pretenda dar a ele. (...) Carregamento é a inserção de gás natural nos dutos de transporte. Estocagem é o armazenamento em reservatórios naturais ou artificiais (inciso X do artigo 2º da Lei nº 11.909/09). Acondicionamento é o confinamento do gás na forma líquida, gasosa, ou sólida (inciso XI do artigo 2º da Lei nº 11.909/09). Liquefação é a transformação do estado do gás natural para fins de transporte ou armazenamento e regaseificação e o processo de retorno à forma gasosa do insumo”. SCHIRATO, Vitor Rhein. O novo regime jurídico da indústria do gás natural no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 8, nº. 32, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70683>>. Acesso em: 24.04.2012.

²²² MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Regulação e Poder de Polícia no Setor de Gás. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, nº. 6, ano 2, abril/junho 2004. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12768>>. Acesso em: 24.04.2012.

percurso que vai dos de alta pressão até os consumidores finais. Por outro lado, a comercialização consiste na sua venda aos consumidores finais²²³.

No entanto, nem sempre a diferenciação entre o transporte e a distribuição é uma tarefa fácil, pois, diferentemente do setor de energia elétrica, não há um critério técnico preciso como a tensão da rede²²⁴. Em geral, a separação entre o transporte e a distribuição ocorre nos chamados *city gates*, que são terminais instalados nos gasodutos de transporte, sendo o local de transferência do gás para as distribuidoras²²⁵.

Além disso, dificuldades podem ser encontradas para separar também a distribuição da comercialização, o que pode fazer com que sejam tratadas conjuntamente.

Ressalte-se que, como no setor de energia elétrica, os sistemas de redes de transporte e distribuição do gás natural também representam um monopólio natural que demanda uma atenção especial, nos casos em que se pretende fomentar a concorrência, possibilitando o acesso. Um dos grandes pontos que envolvem o caso refere-se à necessidade de garantir o acesso do maior número de interessados às redes, com a finalidade de possibilitar que os consumidores recebam o gás de produtores diferentes. Destaca-se também a relevância de uma eventual separação vertical, impedindo-se que empresas que atuem na área de transporte sejam responsáveis também pela produção ou comercialização²²⁶.

É importante observar, ainda, que, em regra, a produção (realizada por meio da exploração de blocos) e a comercialização encontram-se em pontos distantes, que exigem extensas redes de transportes. Tais redes são ainda mais importantes e enfatizadas nos casos de importação de gás natural de outro país, como ocorre no Brasil em relação ao gás

²²³ SCHIRATO, Vitor Rhein. O novo regime jurídico da indústria do gás natural no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 8, nº. 32, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70683>>. Acesso em: 24.04.2012.

²²⁴ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Regulação e Poder de Polícia no Setor de Gás. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, nº. 6, ano 2, abril/junho 2004. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12768>>. Acesso em: 24.04.2012.

²²⁵ WALD, Arnoldo. Perfil constitucional dos serviços locais de gás canalizado. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 5, nº. 20, p. 7-34, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=49832>>. Acesso em: 25.04.2012.

²²⁶ SCHIRATO, Vitor Rhein; ARAGÃO, Alexandre Santos de. Algumas considerações sobre regulação para concorrência no setor de gás natural. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, nº. 14, ano 4, abril/junho 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=36101>>. Acesso em: 25.04.2012.

boliviano. Ademais, tanto a distribuição como o transporte podem envolver problemas como segurança e meio ambiente que precisam ser tratados²²⁷.

Dependendo do grau de desenvolvimento do setor no país, a regulação pode ser adotada para reforçar a concorrência ou incentivar os investimentos e o crescimento de modo hegemônico em todas as regiões do território. Além disso, nos locais em que o recurso não é muito utilizado ainda, o incentivo ao uso do gás natural deve ser no mesmo ritmo dos investimentos na infraestrutura, para que não ocorram problemas com a disponibilidade²²⁸.

Cabe ressaltar que é considerada custosa a exploração de reservas que apresentam apenas o gás natural. Adicionalmente, quando o gás é explorado junto com o petróleo, a exploração do primeiro acaba obedecendo aos interesses e regras da produção do segundo. Por fim, a construção da infraestrutura para acessar e transportar o gás também demanda grandes investimentos²²⁹.

Todos esses fatores podem prejudicar e desestimular o desenvolvimento do setor se não forem acompanhados de políticas estatais adequadas. Com isso, a atuação do governo brasileiro em relação ao gás natural foi acompanhada de diversos debates antes, durante e após a reestruturação citada no próximo item.

4.1.1. Aspectos da reestruturação

Durante a reforma do Estado citada no item 1.1., foi publicada a Emenda Constitucional nº. 9/95²³⁰, que alterou o artigo 177 da Constituição Federal, o qual disciplinava as atividades relacionadas ao petróleo e ao gás natural. Referida emenda

²²⁷ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Regulação e Poder de Polícia no Setor de Gás. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte, nº. 6, ano 2, abril/junho 2004. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12768>>. Acesso em: 24.04.2012.

²²⁸ SCHIRATO, Vitor Rhein. O novo regime jurídico da indústria do gás natural no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 8, nº. 32, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70683>>. Acesso em: 24.04.2012.

²²⁹ AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO. Indústria brasileira de gás natural: regulação atual e desafios futuros. *Relatório apresentado pela Superintendência de Comercialização e Movimentação de Gás Natural da Agência Nacional do Petróleo*. Coordenação técnica de José Cesário Cecchi. Rio de Janeiro, 2001. Disponível em: <www.anp.gov.br/?dw=2251>. Acesso em: 24.04.2012, p. 28.

²³⁰ BRASIL, Emenda Constitucional nº. 09, de 09 de novembro de 1995. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 nov. 1995.

permitiu que a União contratasse empresas estatais ou privadas para exercer as atividades de pesquisa, lavra, refinação, importação, exportação e transporte.

Dessa forma, foi relativizado o monopólio da União Federal sobre as indústrias do petróleo e gás natural, que existia desde a criação da Petróleo Brasileiro S/A (Petrobras) pela Lei nº. 2.004, de 03.10.1953²³¹, enquanto sociedade de economia mista responsável pela pesquisa, exploração, produção, transporte e refino do setor.

Deve-se observar que antes dessa relativização o governo federal havia possibilitado apenas, após a crise do petróleo dos anos 1970, a outorga da pesquisa e exploração por meio de contratos de risco, por conta dos contratados, que, após eventual descoberta, não teriam direito à produção da reserva²³². Referidos contratos, que não chegaram a produzir efeitos concretos²³³, foram proibidos com a Constituição Federal de 1988, que manteve o monopólio da União sobre as atividades acima citadas, relacionadas ao petróleo e gás natural²³⁴, como pode ser observado na redação original do artigo 177:

“Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

§ 1º O monopólio previsto neste artigo inclui os riscos e resultados decorrentes das atividades nele mencionadas, sendo vedado à União ceder ou conceder

²³¹ O Decreto-lei nº. 395, de 29 de abril de 1938, já havia declarado de utilidade pública o abastecimento nacional de petróleo. Posteriormente, o Decreto-lei nº. 3.236, de 7 de maio de 1941, estabeleceu que as jazidas de petróleo e gás natural pertenciam ao domínio exclusivo da União. “A pesquisa e a lavra do petróleo e gases naturais deveria ser autorizada e fiscalizada pelo Conselho Nacional do Petróleo, por sociedades organizadas no país e cujos sócios ou acionistas fossem brasileiros, com participação da União. O artigo 28, *caput* do Decreto-lei nº. 3236/1941, manteve a autorização para a União, por intermédio do Conselho Nacional do Petróleo, pesquisar e lavar jazidas de petróleo e industrializar, comercializar e transportar os respectivos produtos. A importância deste Decreto-lei aumenta pelo fato de ter sido a legislação sobre petróleo que vigorou no Brasil até a instituição do monopólio estatal do petróleo e a criação da Petrobrás, em 1953”. BERCOVICI, Gilberto. *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 121/122.

²³² MENEZELLO, Maria D’Assunção Costa. Introdução ao direito do petróleo e gás. In: SUNFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 381.

²³³ BERCOVICI, Gilberto. *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 201.

²³⁴ “Alguns autores, equivocadamente, defendem a tese de que o monopólio estatal sobre o gás natural não teria previsão legal até 1988. Para eles, até a Constituição de 1988, a Petrobrás teria atuado de fato, mas não de direito no setor. A justificativa desta posição está em uma crença de que os monopólios devem ter sempre uma interpretação restritiva, deste modo, as Cartas de 1967 e 1969 não teriam explicitado em seu texto a inclusão do gás natural no monopólio do estatal sobre o petróleo e derivados. Assim, a Lei nº. 2.004/1953 não teria sido completamente recepcionada pelas Cartas de 1967 e 1969 e pela Constituição de 1988 (...)”. In: BERCOVICI, Gilberto. *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 235 (notas de rodapé).

qualquer tipo de participação, em espécie ou em valor, na exploração de jazidas de petróleo ou gás natural, ressalvado o disposto no art. 20, § 1º.”²³⁵

Com isso, verifica-se que a Emenda Constitucional nº. 9/95 representou uma grande mudança no setor, ao alterar o §1º do artigo 177 da Constituição Federal, possibilitando a contratação de empresas públicas ou privadas para exercerem as atividades citadas, por meio da seguinte redação: “§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo, observadas as condições estabelecidas em lei”.²³⁶

Entre os objetivos apontados na época para tal alteração, pode ser citada a demanda por mais investimentos no setor, bem como a necessidade de a Petrobras concorrer no mercado²³⁷.

Para disciplinar as alterações promovidas, foi publicada a Lei nº. 9.478/97²³⁸. Entre outras normas, referido diploma legal criou a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP).

Além disso, no que se refere à indústria do gás natural, foi estabelecido um controle restrito de novos agentes no mercado, que apresentavam grande liberdade de negociação. Foi determinado que deveria ser assegurado o livre acesso às redes, bem como que a Petrobras deveria criar uma subsidiária para cuidar apenas da questão do transporte e essa poderia se associar a outras empresas, tendo sido criada a Petrobras Transporte S/A (Transpetro). No entanto, a atuação da ANP era *ex post*, ocorrendo apenas nos casos de conflitos de acesso às instalações de transporte dutiviário.

Todavia, alguns fatores como o aumento da produção, importação e complexidade do setor, acompanhados da ampliação da demanda e do crescimento das diferentes formas de utilização do gás natural, fizeram com que as regras comesçassem a ser revistas, alterando a atuação da ANP.

Com a publicação das Resoluções 27, 28 e 29, de 14 de outubro de 2005²³⁹, a ação da ANP se tornou *ex ante*. Em outras palavras, passou a acontecer antes da formação da

²³⁵ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 05 out. 1988.

²³⁶ BRASIL, Emenda Constitucional nº. 9, de 9 de novembro de 1995. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 nov. 1995.

²³⁷ BERCOVICI, Gilberto. *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 251.

²³⁸ BRASIL, Lei nº. 9.478, de 6 de agosto de 1997. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 07 ago. 1997.

relação jurídica relativa ao compartilhamento de infraestrutura, tendo em vista a importância de o órgão “obrigar e controlar a divulgação, pelos detentores das infraestruturas, das tarifas de acesso e interconexão, ou, no mínimo, os critérios objetivos para sua determinação anteriormente ao início da utilização de tais instalações”²⁴⁰.

Posteriormente, com a publicação da Lei nº. 11.909/09²⁴¹, foram estabelecidas, através de uma nova fase na regulação do gás natural, não apenas regras de fomento da concorrência na regulação do acesso e utilizações das instalações consideradas essenciais, mas também a necessidade de investimentos e desenvolvimento do setor de acordo com certo grau de planejamento estatal.

Referidas regras apresentavam como pressuposto as peculiaridades do setor de gás natural brasileiro, que, em primeiro lugar, não contava com elevado grau de desenvolvimento. A produção do país caracterizava-se como relativamente pequena no período em comparação ao cenário internacional. Adicionalmente, a rede, além de não ser extensa, apresentava uma estrutura mais completa apenas em Estados como o Rio de Janeiro e São Paulo, sendo bem diferenciada nas demais regiões²⁴².

Após a relativização do monopólio estatal, a atividade não foi totalmente assumida pela iniciativa privada. Ademais, o desenvolvimento ocorreu de forma mais acentuada em regiões mais favorecidas, que apresentavam uma disponibilidade do insumo maior. Assim, os investimentos não poderiam ocorrer exclusivamente de acordo com os interesses privados²⁴³.

²³⁹ AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS, Resoluções nº. 27, 28 e 29, de 14 de outubro de 2005. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 out. 2005.

²⁴⁰ SCHIRATO, Vitor Rhein. O novo regime jurídico da indústria do gás natural no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 8, nº. 32, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=70683>>. Acesso em: 24.04.2012.

²⁴¹ BRASIL, Lei 11.909, de 04 de março de 2009. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 05 de mar. 2009.

²⁴² SCHWYTER, Anton A. *A regulação da distribuição de gás natural em São Paulo: questões e desafios*. São Paulo, 2001. Dissertação (Mestrado). Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.iee.usp.br/biblioteca/producao/2001/Teses/Tese_Schwyster.pdf>. Acesso em: 24.04.2012, p. 66.

²⁴³ SCHIRATO, Vitor Rhein. O novo regime jurídico da indústria do gás natural no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 8, nº. 32, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=70683>>. Acesso em: 24.04.2012.

Dentro desse contexto, deve-se observar que a Lei nº. 11.909/09 enfatizou a participação do Ministério de Minas e Energia na definição de diretrizes no setor²⁴⁴ ao estabelecer, no seu artigo 4º, que:

“Art. 4º Caberá ao Ministério de Minas e Energia:
I - propor, por iniciativa própria ou por provocação de terceiros, os gasodutos de transporte que deverão ser construídos ou ampliados;
II - estabelecer as diretrizes para o processo de contratação de capacidade de transporte;
III - definir o regime de concessão ou autorização, observado o disposto no § 1º do art. 3º desta Lei.
§ 1º O Ministério de Minas e Energia considerará estudos de expansão da malha dutoviária do País para dar cumprimento ao disposto nos incisos I e III do *caput* deste artigo.
§ 2º O Ministério de Minas e Energia poderá determinar a utilização do instrumento de Parceria Público Privada, de que trata a Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, bem como a utilização de recursos provenientes da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico - Cide e da Conta de Desenvolvimento Energético, na forma do disposto no art. 13 da Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002, para viabilizar a construção de gasoduto de transporte proposto por sua própria iniciativa e considerado de relevante interesse público.”²⁴⁵

Além disso, a lei citada atribuiu um regime jurídico diferente para cada uma das atividades integrantes da indústria do gás natural.

Sobre o assunto, é importante observar que o artigo 25, §2º, da Constituição Federal, estabeleceu como serviço público a distribuição local de gás canalizado. Por sua vez, o artigo 177 da Carta Magna fixou como atividades econômicas em sentido *estricto* a pesquisa, exploração, importação, exportação e o transporte por meio de condutos, possibilitando a contratação de tais atividades com empresas públicas ou privadas²⁴⁶.

Com isso, é possível dividir as atividades em três grupos: (i) atividades de monopólio da União; (ii) atividades sujeitas a determinado nível de regulação e (iii) serviços públicos²⁴⁷.

O atual regime de monopólio, atribuído de acordo com Eros Roberto Grau²⁴⁸ por razões de segurança pública, por meio das regras constitucionais modificadas pela Emenda

²⁴⁴ CASELLI, Bruno Conde. O pré-sal e as mudanças da regulação da indústria do petróleo e gás natural no Brasil: uma visão institucional. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 9, nº. 35, out./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=76313>>. Acesso em: 25.04.2012.

²⁴⁵ BRASIL, Lei 11.909, de 04 de março de 2009. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 05 de mar. 2009.

²⁴⁶ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 124 e 127.

²⁴⁷ SCHIRATO, Vitor Rhein. O novo regime jurídico da indústria do gás natural no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 8, nº. 32, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=70683>>. Acesso em: 24.04.2012.

Constitucional nº. 9/95, implica, na verdade, “a reserva da atividade ao Poder Público ou a quem contratado pelo Poder Público, em regime jurídico de concessão ou autorização”²⁴⁹.

Dentro desse contexto, Vitor Rhein Schirato aponta que:

“(i) as atividades de exploração, desenvolvimento e produção de gás natural em território brasileiro sujeitam-se ao regime de concessão, com fundamento nos artigos 23 e seguintes da Lei nº. 9.478/97, (ii) as atividades de exportação e importação de gás natural sujeitam-se ao regime de autorização, com fundamento nos artigos 60 e seguintes da Lei nº. 9.478/97, e (iii) a atividade de transporte dutiviário de gás natural em alta pressão sujeita-se ao regime de concessão, quando houver o transporte por meio de gasodutos localizados exclusivamente no território brasileiro, com fundamento no inciso I e no §1º do artigo 3º da Lei nº 11.909/09, ou ao regime de autorização, quando envolver o transporte por gasodutos que transcendam os limites do território brasileiro e que decorram de acordos internacionais, com fundamento no inciso II e no §1º do artigo 3º da Lei nº. 11.909/09.”²⁵⁰

No que se refere às atividades que não estão sujeitas ao monopólio, mas apenas a certo grau de regulação, pode ser citado o “processamento, tratamento, transporte (desde que não seja por meio dutoviário), carregamento, estocagem, acondicionamento, liquefação e regaseificação”²⁵¹. Tais atividades, por também serem relevantes e demandarem certo controle, submetem-se à regulação e, por vezes, dependem de autorização.

Por fim, os serviços públicos abrangem as atividades de distribuição e comercialização do gás natural, que, diferentemente do setor de energia elétrica, não sofreram uma separação. Referidos serviços foram atribuídos à competência dos Estados membros e Distrito Federal, como será visto no próximo item.

Antes de analisar a competência estadual, é importante ressaltar que com as descobertas, a partir de 2006, das reservas de petróleo e gás nas regiões localizadas abaixo da camada do pré-sal, foram introduzidas novas mudanças no quadro regulatório do setor. As mudanças afetaram diretamente as áreas de produção e exploração, sendo autorizada,

²⁴⁸ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 127.

²⁴⁹ SCHIRATO, Vitor Rhein. O novo regime jurídico da indústria do gás natural no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 8, nº. 32, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70683>>. Acesso em: 24.04.2012.

²⁵⁰ SCHIRATO, Vitor Rhein. O novo regime jurídico da indústria do gás natural no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 8, nº. 32, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70683>>. Acesso em: 24.04.2012.

²⁵¹ SCHIRATO, Vitor Rhein. O novo regime jurídico da indústria do gás natural no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 8, nº. 32, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70683>>. Acesso em: 24.04.2012.

inclusive, pela Lei nº. 12.304/10²⁵², a criação da Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S/A, Pré-Sal Petróleo S/A (PPSA), com o objetivo de gerenciar determinados contratos da área do pré-sal ou de áreas consideradas estratégicas.

As áreas de pré-sal e estratégicas foram definidas no artigo 2º da Lei nº. 12.351/10, da seguinte forma:

“IV - área do pré-sal: região do subsolo formada por um prisma vertical de profundidade indeterminada, com superfície poligonal definida pelas coordenadas geográficas de seus vértices estabelecidas no Anexo desta Lei, bem como outras regiões que venham a ser delimitadas em ato do poder Executivo, de acordo com a evolução do conhecimento geológico;
V - área estratégica: região de interesse para o desenvolvimento nacional, delimitada em ato do poder Executivo, caracterizada pelo baixo risco exploratório e elevado potencial de produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos;”²⁵³

Tendo em vista a importância das reservas presentes nas regiões citadas, foi reforçado também o papel da Petrobras como única responsável pela exploração e produção da região, *“sendo-lhe garantida a participação mínima de 30% nos casos em que a licitação venha a ser ganha por outra empresa”*²⁵⁴.

Além disso, a Lei nº. 12.351/10 possibilitou, para a exploração dessas novas áreas, a celebração de contratos de partilha de produção, ao invés dos antigos contratos de concessão, previstos na Lei nº. 9.478/97 e reforçados pela Lei nº. 11.909/09.

Por meio dos contratos de partilha de produção, a atividade de exploração e produção deve ser realizada por conta e risco do contratado, que tem direito *“na hipótese de descoberta comercial, à apropriação do custo em óleo, do volume da produção correspondente aos royalties devidos, bem como de parcela do excedente em óleo”*²⁵⁵, nos termos do contrato. Assim, o lucro decorre apenas dos resultados positivos, que são

²⁵² BRASIL, Lei nº. 12.304, de 02 de agosto de 2010. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 3 de ago. 2010.

²⁵³ BRASIL, Lei nº. 12.351, de 22 de dezembro de 2010. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 de dez. 2010.

²⁵⁴ CASELLI, Bruno Conde. O pré-sal e as mudanças da regulação da indústria do petróleo e gás natural no Brasil: uma visão institucional. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 9, nº. 35, out./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=76313>>. Acesso em: 25.04.2012.

²⁵⁵ CASELLI, Bruno Conde. O pré-sal e as mudanças da regulação da indústria do petróleo e gás natural no Brasil: uma visão institucional. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 9, nº. 35, out./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=76313>>. Acesso em: 25.04.2012.

compartilhados com o Estado, não sendo o contratado proprietário do produto da lavra extraída²⁵⁶.

Referido contrato difere-se, portanto, do antigo contrato de concessão para exploração de petróleo e gás, por meio do qual é realizada a outorga de territórios para a exploração por conta e risco do contratado, que, posteriormente, torna-se proprietário do produto²⁵⁷, podendo dele dispor livremente²⁵⁸, sendo devido ao governo apenas os pagamentos estabelecidos (como tributos e participações governamentais).

Não obstante a importância de referidas alterações, como elas se referem às fases de exploração e produção, não interferem diretamente na competência dos Estados membros para a regulação do setor. Além disso, como elas ainda estão sendo implementadas para a exploração do pré-sal, não permitem análises específicas dos conflitos de um modelo que não está operando em plenitude e com efetividade.

Com efeito, as mudanças citadas não serão abordadas com profundidade, uma vez que fogem do objeto principal do presente trabalho. Dessa forma, o próximo item analisará as razões para a divisão de competências entre as unidades federadas, com ênfase para a atividade de distribuição, que possibilite a análise do modelo de regulação descentralizada instituído para o gás natural que não seja originário das áreas do pré-sal.

4.2. Histórico e razões para a distribuição de competências entre a União e os Estados

A reestruturação e a definição de um modelo regulatório no setor de gás natural foram consideradas complexas, tendo em vista a necessidade de articulação entre competências das unidades federadas. Entre essas competências, a grande questão envolvia os serviços locais de gás canalizado.

²⁵⁶ BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL. *Relatório I: Regimes jurídico-regulatórios e contratuais de E&P de petróleo e gás natural*. Trabalho realizado com recursos do Fundo de Estruturação de Projetos do BNDES, no âmbito da Chamada Pública BNDES/FEP nº 01/2008. Editores: Bain & Company e Tozzini Freire Advogados. São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/pesquisa/chamada1/Relat_I-1de8.pdf>. Acesso em: 26.04.2012, p. 232.

²⁵⁷ BERCOVICI, Gilberto. *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 310.

²⁵⁸ Sobre a constitucionalidade da apropriação pelo contratado do produto da lavra, ver Adin 3.273-9/DF. Em relação às críticas a esse posicionamento de constitucionalidade, ver BERCOVICI, Gilberto. *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 295/296.

Sobre o assunto, é importante observar que a distribuição do gás no país foi desenvolvida como um serviço prestado em âmbito local. A primeira concessão ocorreu em 1854, por D. Pedro II, para que ingleses instalassem uma iluminação alimentada por gás na cidade do Rio de Janeiro.

Em 1872, outra empresa inglesa foi autorizada a explorar a distribuição de gás canalizado obtido do carvão mineral para gerar a iluminação da cidade de São Paulo²⁵⁹. Posteriormente, empresas passaram a explorar a distribuição em outras cidades brasileiras.

No entanto, o desenvolvimento do setor foi interrompido pelo avanço na distribuição de Gás Liquefeito de Petróleo (GLP), também conhecido como gás de botijão, que conquistou grande espaço nas cozinhas, bem como em razão do crescimento do setor elétrico, que dominou a iluminação²⁶⁰.

O desenvolvimento da utilização do gás natural ganhou força no Brasil apenas a partir de 1980, época marcada pela preocupação com a utilização de fontes de energia alternativas ao petróleo e com resultados ambientais mais positivos. Até esse período, a produção brasileira concentrava-se, principalmente, na Bahia, sendo insignificante nos demais Estados. No entanto, o crescimento da exploração na Bacia de Campos incentivou o uso do recurso²⁶¹.

Deve-se observar, nesse sentido, que na década de 1980 existiam apenas três empresas estaduais responsáveis pela distribuição de gás natural, sendo elas: “a Cia. Estadual de Gás (CEG), no Rio de Janeiro, a Companhia de Gás de São Paulo (COMGÁS), e a Companhia de Gás de Minas Gerais (GASMIG)”²⁶².

A CEG passou a distribuir gás natural a partir de 1983 apenas. Por sua vez, a COMGÁS distribuía gás produzido a partir de Nafta e GLP até 1988, período no qual se

²⁵⁹ Sobre o assunto, ver o Decreto nº. 5072, de 28 de agosto de 1872. WALD, Arnaldo. Perfil constitucional dos serviços locais de gás canalizado. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 5, nº. 20, p. 7-34, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=49832>>. Acesso em: 25.04.2012.

²⁶⁰ SCHWYTER, Anton A. *A regulação da distribuição de gás natural em São Paulo: questões e desafios*. São Paulo, 2001. Dissertação (Mestrado). Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.iee.usp.br/biblioteca/producao/2001/Teses/Tese_Schwyster.pdf>. Acesso em: 24.04.2012, p. 61.

²⁶¹ AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO. Indústria brasileira de gás natural: regulação atual e desafios futuros. *Relatório apresentado pela Superintendência de Comercialização e Movimentação de Gás Natural da Agência Nacional do Petróleo*. Coordenação técnica de José Cesário Cecchi. Rio de Janeiro, 2001. Disponível em: <www.anp.gov.br/?dw=2251>. Acesso em: 24.04.2012, p. 25.

²⁶² WALD, Arnaldo. Perfil constitucional dos serviços locais de gás canalizado. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte, ano 5, nº. 20, p. 7-34, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=49832>>. Acesso em: 25.04.2012.

iniciou a distribuição de gás natural com a construção pela Petrobras do gasoduto Rio de Janeiro-São Paulo. Por fim, a Gasmig estava inoperante²⁶³.

Com a Constituição Federal de 1988, na sua redação original, foi fixado pelo artigo 25, §2º, como competência dos Estados membros “*explorar diretamente, ou mediante concessão à empresa estatal, com exclusividade de distribuição, os serviços locais de gás canalizado*”²⁶⁴. Assim, outros entes da federação passaram a criar empresas responsáveis pela atividade, sendo a maioria sociedades de economia mista, da qual participavam os Estados membros, a Petrobras (por meio da BR Distribuidora) e empresas privadas²⁶⁵.

Posteriormente, com as modificações introduzidas pela Emenda Constitucional nº. 9/95, o artigo 25, §2º, da Constituição Federal, possibilitou a concessão para empresas privadas ao dispor que compete aos Estados membros “*explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para sua regulamentação*”²⁶⁶.

De acordo com Eros Roberto Grau, as disposições constitucionais deixam claro que o transporte, por meio de condutos, do gás natural, é atividade econômica em sentido estrito atribuída como monopólio da União, nos termos do artigo 177, IV, da Constituição Federal. Por sua vez, a distribuição de gás canalizado é serviço público cuja competência foi conferida aos Estados membros. Por fim, a distribuição de gás engarrafado também deve ser considerada como atividade econômica em sentido estrito²⁶⁷.

No entanto, deve-se observar a existência de dúvidas na doutrina sobre a abrangência da expressão “serviços locais de gás canalizado”. Segundo Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto, por exemplo, o termo envolve a “*ideia de entrega, venda, ou*

²⁶³ SCHWYTER, Anton A. A regulação da distribuição de gás natural em São Paulo: questões e desafios. São Paulo, 2001. Dissertação (Mestrado). Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.iee.usp.br/biblioteca/producao/2001/Teses/Tese_Schwyster.pdf>. Acesso em: 24.04.2012, p. 62/63.

²⁶⁴ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 05 out. 1988.

²⁶⁵ WALD, Arnoldo. Perfil constitucional dos serviços locais de gás canalizado. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte, ano 5, nº. 20, p. 7-34, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=49832>>. Acesso em: 25.04.2012.

²⁶⁶ BRASIL, Emenda Constitucional 09, de 09 de novembro de 1995. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 nov. 1995.

²⁶⁷ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 141.

disponibilização do produto (gás) ao seu usuário final”²⁶⁸. O debate existente entre o entendimento de referido autor e de outros doutrinadores gerou diversos conflitos jurídicos como será observado no item 4.3.

Não obstante os conflitos existentes sobre a exata extensão da competência estadual, deve-se observar que ao mesmo tempo em que a Carta Magna concedeu os serviços aos Estados membros, estabeleceu a competência regulatória dos mesmos, tendo em vista a necessidade de fiscalizar e controlar as prestações a partir de preocupações locais com o fornecimento do serviço²⁶⁹.

Por outro lado, a União ficou com a competência regulatória sobre as atividades econômicas em sentido estrito estabelecidas no artigo 177 da Constituição Federal, disciplinadas pela Lei nº. 9.478/97, que criou a ANP.

Com a distribuição de competências, criou-se um campo para conflitos em termos de separação das áreas de regulação e normas expedidas. Exemplificativamente, é possível citar discussões sobre quem teria competência regulatória em relação à distribuição do gás liquefeito, que será vista no próximo item.

Nesse ponto, é importante ressaltar que alguns doutrinadores criticam a divisão de competências ao argumentarem que não existiam razões para a atribuição aos Estados membros dos serviços de gás canalizado, considerando-se que eles representam apenas uma parte do restante da infraestrutura de competência da União. Assim, afirma-se que houve uma acomodação de interesses²⁷⁰.

Paradoxalmente, afirma-se que a atribuição de toda infraestrutura para União representaria uma grande concentração de poder no governo federal para negociar contratos e manter influência sobre todo território nacional²⁷¹.

²⁶⁸ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Regulação e Poder de Polícia no Setor de Gás. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, nº. 6, ano 2 Abril / Junho 2004 Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12768>>. Acesso em: 24.04.2012.

²⁶⁹ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Regulação e Poder de Polícia no Setor de Gás. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, nº. 6, ano 2 Abril / Junho 2004 Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12768>>. Acesso em: 24.04.2012.

²⁷⁰ SANT’ANNA, Lucas de Moraes Cassiano. O federalismo e o financiamento de infra-estrutura. A experiência do setor de infra-estrutura de transporte ferroviário. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 10, nº. 49, maio/jun. 2008. Disponível em: < <http://www.bidforum.com.br/bid/PDIRedirect.aspx>>. Acesso em: 8.04.2012.

²⁷¹ SANT’ANNA, Lucas de Moraes Cassiano. O federalismo e o financiamento de infra-estrutura. A experiência do setor de infra-estrutura de transporte ferroviário. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 10, nº. 49, maio/jun. 2008. Disponível em: < <http://www.bidforum.com.br/bid/PDIRedirect.aspx>>. Acesso em: 8.04.2012.

Outros autores alegam, ainda, que a divisão de competências seguiu o princípio da predominância do interesse. À União foram atribuídas atividades de interesse geral, que geram efeitos positivos para todo o país (como a pesquisa, a lavra e o transporte) e controlam o abastecimento nacional. Os Estados ficaram com a competência restrita aos serviços de interesse regional, que precisam atender às demandas locais²⁷².

Não obstante referidas considerações, fato é que foram criadas agências reguladoras estaduais responsáveis pelos serviços locais de gás canalizado, sendo que grande parte, por serem multissetoriais como apontado no item 1.5, cuidam de outros assuntos também. Além disso, foram privatizadas algumas empresas estatais distribuidoras, atraindo investimentos privados para desenvolvimento das atividades. No entanto, grande parte das empresas remaneceram com a participação dos Estados membros e da Petrobras (por meio da BR Distribuidora)²⁷³.

Conforme apontado, em 2007, por Arnaldo Wald:

“Na atualidade, são 25 as concessionárias distribuidoras de gás canalizado no país: cinco controladas pela iniciativa privada e 19 controladas pelos Estados e pela Petrobras. Existem, ainda, 15 agências estaduais, que regulam a atividade de distribuição nos Estados.”²⁷⁴

Em face desse cenário, a ANP celebra convênios de cooperação com as agências estaduais, que apresentam finalidades apenas técnico-científicas e não para delegar atividades como a fiscalização, uma vez que cada agência mantém a sua área de competência. Com isso, o objetivo é a troca de informações sobre aspectos tecnológicos e econômicos envolvendo a atividade, sem partilha dos recursos financeiros²⁷⁵.

A partir do quadro apresentado, serão analisados os conflitos do modelo de regulação descentralizada apresentado em que a agência federal tem competência para regular determinadas atividades (pesquisa e lavra da jazida, importação e exportação,

²⁷² “O princípio norteador dessa repartição de competências entre as unidades componentes do Estado federal é o da predominância do interesse: à União foram reservadas aquelas competências que dizem respeito a questões de interesse geral; aos Estados foram reservadas as matérias de interesse regional e aos Municípios concernem os assuntos de interesse local”. WALD, Arnaldo. Perfil constitucional dos serviços locais de gás canalizado. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 5, nº. 20, p. 7-34, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=49832>>. Acesso em: 25.04.2012.

²⁷³ WALD, Arnaldo. Perfil constitucional dos serviços locais de gás canalizado. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 5, nº. 20, p. 7-34, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=49832>>. Acesso em: 25.04.2012.

²⁷⁴ WALD, Arnaldo. Perfil constitucional dos serviços locais de gás canalizado. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 5, nº. 20, p. 7-34, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=49832>>. Acesso em: 25.04.2012.

²⁷⁵ OLIVIERI, Cecília. Agências regulatórias e federalismo: a gestão descentralizada da regulação no setor de energia. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro 40(4), jul/ago 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v40n4/31596.pdf>>. Acesso em: 22.02.2012, p. 579/580.

transporte) e as agências estaduais apresentam competência para regular outras (distribuição e comercialização).

4.3. Os conflitos jurídicos entre a ANP e os Estados no modelo do setor de gás natural

O mercado de gás natural brasileiro, como visto no item acima, não é extremamente desenvolvido. A concentração da distribuição do produto ocorre, essencialmente, em áreas dos Estados do Rio de Janeiro e São Paulo. Dentro desse contexto, mesmo com as privatizações não houve grande abertura do mercado à livre concorrência, mas a manutenção de um monopólio legal e natural de determinadas empresas²⁷⁶.

Nesse sentido, observa-se que tal monopólio foi inclusive analisado pelo Cade, enquanto autarquia federal, de regime especial, que lhe confere independência e autonomia enquanto entidade judicante para zelar pela ordem econômica²⁷⁷. Nas análises realizadas por referido conselho evidenciou-se o conflito existente sobre a possibilidade da autarquia federal analisar matéria de competência regulatória estadual.

No Ato de Concentração nº 08012.004550/99-11 da empresa COMGÁS, por exemplo, foi apreciado um parecer da Secretaria de Direito Econômico, que era o órgão responsável por instruir os processos relativos a condutas anticompetitivas e concentração, mas que foi extinta pela Lei nº 12.529, de 30.11.2011, que atribuiu grande parte das suas funções à Superintendência Geral do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência²⁷⁸. Referido parecer sugeria a separação das atividades de distribuição e comercialização do gás natural pela COMGÁS em duas sociedades distintas, diferentemente do que foi estabelecido pela agência reguladora estadual.

A empresa citada havia celebrado contrato de concessão com o Estado de São Paulo por meio do qual, deteria, com exclusividade, o direito de distribuição do gás natural a todos os consumidores no território e prazo concedidos. Ademais, teria o monopólio da

²⁷⁶ JUNQUEIRA, Kátia Valverde. Privatização, concessão e desenvolvimento sustentável – o case de distribuição de gás canalizado. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDUA*, Belo Horizonte, ano 3, nº. 13, jan./fev. 2004. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd-11126>. Acesso em: 23.07.2013.

²⁷⁷ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 214.

²⁷⁸ ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA. *Cade terá nova estrutura a partir de 29 de maio*. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?360919e030e53af90c390b5cf740>. Acesso em: 18.08.2013.

comercialização para os clientes cativos e, em relação aos clientes livres, apenas após 12 anos outros comercializadores poderiam atuar perante as indústrias na área da concessão.

Nesse sentido, a discussão da análise do ato de concentração cingia-se aos seguintes pontos:

“(i) Não pode o Cade, em face da atribuição aos Estados da competência constitucional (art. 25, §2º) para a exploração dos serviços de gás canalizado, inovar, modificar ou criar regulação diversa daquela do agente com capacidade para tal; (ii) o Cade não é instância reguladora nem tampouco esfera administrativa de julgamento da regulação de terceiros; é, isto sim, órgão de adjudicação adstrito à matéria concorrencial; (iii) entre a atividade regulatória das agências setoriais e a função preventiva e repressiva desempenhada pelo Cade na defesa da livre concorrência há relação de complementariedade e não de exclusão ou de conflito de competências.”²⁷⁹

Ao analisar os pontos debatidos, o conselheiro relator, Celso Fernandes Campilongo, expôs que por se tratar de competência estadual diversas opções políticas foram reservadas pela Constituição Federal aos Estados membros, entre elas “*manter o monopólio ou outorgar concessões, introduzir a concorrência de modo gradual ou acelerado, criar o próprio órgão regulador ou desregulamentar o setor*”²⁸⁰. Dessa feita, concluiu que seria inconstitucional mitigar ou subverter o poder tratado na esfera federal.

Ressaltou o relator, no entanto, que o Cade, poderia, eventualmente, de forma complementar, analisar os reflexos da operação na concorrência, nos espaços deixados em aberto pela regulação do setor, por “*omissão legal, incompletude, omissão ou incoerência da opção regulatória*”²⁸¹.

No mesmo sentido, no Processo Administrativo nº 08012.006207/98-48, o Cade analisou uma representação realizada contra a CEG e a Riogás S/A sob o fundamento de cobrança de preço abusivo no fornecimento do insumo.

No caso, o conselheiro relator Afonso Arinos de Mello Franco Neto justificou a atuação complementar do Cade, com a seguinte linha de argumentação:

“Nos Estados Unidos, a relação entre regulação estatal (no caso, estadual) e direito antitruste foi pacificada com a State Action Doctrine, cuja melhor e mais

²⁷⁹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA. Ato de Concentração nº. 08012.004550/1999-11. Relator Conselheiro Celso Fernandes Campilongo. Julgado em 28.03.2001. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, 28.05.2001.

²⁸⁰ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA. Ato de Concentração nº. 08012.004550/1999-11. Relator Conselheiro Celso Fernandes Campilongo. Julgado em 28.03.2001. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, 28.05.2001.

²⁸¹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA. Ato de Concentração nº. 08012.004550/1999-11. Relator Conselheiro Celso Fernandes Campilongo. Julgado em 28.03.2001. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, 28.05.2001.

recente formulação, segundo o Prof. Calixto Salomão filho, foi dada pela Suprema Corte em *California Retail Liquor Dealers Association vs. Midcal Aluminum Inc. (Midcal)*, julgado em 1980.

A Suprema Corte definiu, nessa ocasião, dois critérios para determinar quando as diretrizes da regulamentação estadual seriam acatadas. Em primeiro lugar, é necessário que a decisão de regulamentação seja expedida em consequência de uma política claramente expressa e definida de substituição da competição pela regulamentação. Em segundo lugar, deve haver supervisão ativa e constante do cumprimento das obrigações impostas pela regulamentação (*active supervision requirement*). Ausentes quaisquer desses dois requisitos, a ação estadual é passível de revisão pelo órgão encarregado de aplicação do direito concorrencial”²⁸²

Com isso, o relator afirma a possibilidade de a autarquia federal responsável pelo direito da concorrência atuar inclusive em relação à competência regulatória estadual, quando essa abre espaço para uma falha de mercado, seja porque não fiscaliza adequadamente a atividade, seja porque não fixa normas reguladoras pertinentes.

No caso abordado, no entanto, o Conselho decidiu que “*o comportamento de preços das representadas encontra-se dentro do quadro regulatório do setor, proposto pela Asep-RJ, e de tal modo não pode ser considerado como um comportamento de preços abusivos*”²⁸³, ressaltando-se que como a agência reguladora estadual atuou de forma adequada dentro de suas competências, não caberia qualquer atuação complementar.

Desta feita, tanto no Ato de Concentração nº 08012.004550/1999-11 quanto no Processo Administrativo nº 08012.006207/98-48, tornou-se evidente o conflito existente entre a entidade federal responsável pela defesa da concorrência e a agência reguladora estadual.

Dentro desse cenário, a regulação da atividade relacionada ao gás natural é considerada por Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto como a mais intrincada, uma vez que é marcada por problemas decorrentes de “*articulação de competências federativas, zonas de sombra entre entes distintos de regulação setorial e questões relacionadas à regulação sobre o uso de bem escasso e regulação sobre atividade essencial*”²⁸⁴.

²⁸² CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA. Processo Administrativo nº. 08012.006207/98-48. Relator Conselheiro Afonso Arinos de Mello Franco Neto. Julgado em 31.01.2001. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, 01.03.2001.

²⁸³ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA. Processo Administrativo nº. 08012.006207/98-48. Relator Conselheiro Afonso Arinos de Mello Franco Neto. Julgado em 31.01.2001. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, 01.03.2001.

²⁸⁴ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Regulação e Poder de Polícia no Setor de Gás. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, nº. 6, ano 2 Abril / Junho 2004 Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12768>>. Acesso em: 24.04.2012.

Nesse sentido, além do conflito em matéria de defesa da concorrência, é possível citar a existência de debates na doutrina e jurisprudência sobre a própria fixação de qual seria a exata extensão da competência estadual. A Constituição Federal ao fixar que cabe aos Estados os serviços de gás canalizado abre espaço para diversas interpretações. Muitas questões são levantadas indagando se a competência abrange o gás independentemente do estado físico em que se encontra (gasoso ou liquefeito) e do acondicionamento (canalizado ou envasado).

Destaca-se sobre o assunto a discussão envolvendo o gás liquefeito de petróleo engarrafado nos botijões e entregue nos domicílios, tendo em vista a existência de correntes que o defendem como competência estadual e correntes que negam tal qualificação, por afirmarem que a Carta Magna restringiu a área de atuação estadual à disponibilização do gás exclusivamente por meio de rede de canalização²⁸⁵. A segunda corrente foi a adotada pelo Supremo Tribunal Federal que o definiu como competência da União na ADIN 855-2²⁸⁶.

Cita-se também o debate doutrinário sobre a Portaria n.º 188, de 11.07.2000, da ANP, que regulamentou as atividades de distribuição do gás natural liquefeito. Parte da doutrina defende que a norma é inconstitucional por violar a competência dos Estados membros, uma vez que a Carta Magna não diferenciou o estado físico do gás. Outra parte compreende que o diploma estabelece apenas disposições supletivas que não impedem o exercício da competência pelo outro ente, admitindo, portanto, a sobreposição dos diversos níveis de regulação²⁸⁷. Como exemplo, citam o artigo 18, o qual afirma:

“Artigo 18. As autorizações concedidas nos termos desta Portaria (para exploração das atividades de distribuição do GNL) não eximem a pessoa jurídica de obter as demais autorizações e licenças de competência de outros órgãos federais, estaduais e municipais”²⁸⁸.

O entendimento de que há uma sobreposição de competências regulatórias no setor de gás é apontado não apenas em relação à Portaria ANP n.º 118, de 11.07.2000, como

²⁸⁵ WALD, Arnaldo. Perfil constitucional dos serviços locais de gás canalizado. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 5, n.º. 20, p. 7-34, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=49832>>. Acesso em: 25.04.2012.

²⁸⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADIN n.º. 855-2. Relator Ministro Octavio Gallotti. Tribunal Pleno. Julgado em 26.03.2009. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, 27.03.2009.

²⁸⁷ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Regulação e Poder de Polícia no Setor de Gás. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, n.º. 6, ano 2 Abril / Junho 2004 Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12768>>. Acesso em: 24.04.2012.

²⁸⁸ AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO. Portaria n.º. 118, de 11.07.2000. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, 12.07.2000.

também da própria leitura sistemática das normas que estabelecem a regulação do setor. As Leis federais n.º 9478/97 e 9847/99, por exemplo, fixam, respectivamente, que compete à ANP a regulação sobre as atividades integrantes da indústria do petróleo e a fiscalização sobre o abastecimento nacional de combustível. Com isso, dependendo da norma editada, conflitos podem ser gerados para discutir se há uma competência supletiva da ANP em relação à competência constitucional dos Estados.

Nesse sentido, Floriano Peixoto Azevedo Marques Neto defende, por exemplo, que:

“(...) no que tange à distribuição de gás que não seja objeto de canalização (pois nestas a competência regulatória é exclusiva estadual), existe competência superposta da Agência setorial federal e da Comissão reguladora estadual para regular a matéria. A competência do regulador estadual deriva, no caso, da posição de ‘adjacência’ da atividade econômica a ser explorada pela empresa interessada em relação ao serviço público de distribuição local de gás canalizado, que constitui o núcleo de sua competência regulatória.”²⁸⁹

Questiona-se também se a competência abrange atividades locais adjacentes que se relacionem diretamente com a utilidade do serviço. O Estado de São Paulo, por exemplo, em 10.3.1999 editou o Decreto n.º. 43.889, que ao fixar o Regulamento de Concessão e Permissão da Prestação de Serviços Públicos de Distribuição de Gás, estabeleceu, no seu artigo 16, diversas atividades relacionadas ao serviço abordado que deveriam ser reguladas pelo órgão estadual responsável, como se pode observar abaixo:

“Artigo 16. As atividades de produção, armazenamento e comercialização de gás canalizado, correlatas aos serviços de distribuição de gás canalizado objeto da concessão, referidas neste Regulamento, requererão para seu exercício a prévia autorização ou registro pela CSPE, nos termos da regulamentação que for editada, respeitando a legislação pertinente.”

Outra discussão sobre os limites da competência aborda se ela abrange apenas os consumidores finais e os usuários finais que utilizam o gás como combustível ou se englobaria também os usuários que utilizam o gás no processo produtivo. A parte da doutrina defensora de que só os consumidores e usuários finais estão no âmbito da competência estadual fundamenta-se no artigo 6º, XXII, da Lei federal n.º. 9478/97, que define a distribuição de gás como “*serviços locais de comercialização de gás canalizado, junto aos usuários finais*”. Os autores contrários a referido posicionamento afirmam, em síntese, que a lei federal não poderia limitar a Constituição²⁹⁰.

²⁸⁹ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Regulação e Poder de Polícia no Setor de Gás. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, n.º. 6, ano 2 Abril / Junho 2004 Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12768>>. Acesso em: 24.04.2012.

²⁹⁰ WALD, Arnoldo. Perfil constitucional dos serviços locais de gás canalizado. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 5, n.º. 20, p. 7-34, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=49832>>. Acesso em: 25.04.2012.

Tal discussão foi levada ao Supremo Tribunal por meio da Reclamação nº. 4210²⁹¹, na qual a União Federal e o Estado de São Paulo discutem quem seria o ente competente para regular o fornecimento de gás natural desde os gasodutos de transporte até qualquer usuário que pretenda utilizá-lo para a produção de gás natural liquefeito (GNL) e gás natural comprimido (GNC).

No caso citado, a Comissão de Serviços Públicos de Energia (CSPE), enquanto ente até então responsável pela regulação do setor no Estado de São Paulo²⁹², editou a Portaria 397/05 que fixava a competência estadual para regular as atividades referidas acima. Em face desse ato normativo, empresas ajuizaram uma ação ordinária para obstar a regulação, sob o argumento de que se tratava de atividade de transporte de competência regulatória da União, sendo que a Petrobras poderia fornecer o gás diretamente para as interessadas, sem passar pelas concessionárias estaduais. Foi deferida liminar na ação ordinária, interpostos agravos de instrumento e negados os pedidos de efeito suspensivo. Posteriormente, a juíza reconheceu o conflito federativo e determinou a remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal. No entanto, foi deferido efeito suspensivo em agravo de instrumento interposto em face dessa última decisão.

Contra todas as decisões desfavoráveis ao pleno exercício da competência estadual, o Estado de São Paulo ingressou com a Reclamação nº. 4210. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de conflito federativo, bem como a existência de grave risco ao pacto federal. Foi deferida liminar, mantendo a competência para a distribuição por meio das concessionárias estaduais até o julgamento final. A decisão foi mantida em pedido de reconsideração, no qual a ministra Cármen Lúcia teceu os seguintes comentários sobre a competência questionada:

“No caso e num exame ainda preliminar da questão, a operação que vem sendo levada a efeito pela Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras aparenta ser serviço local de gás, uma vez que importa verdadeira distribuição de gás canalizado a usuário. Estando o usuário localizado em Município pertencente ao Estado de São Paulo a este aparenta cabe a competência para regular a operação, por meio da CSPE, insista-se, sempre ainda em juízo sujeito ao aprofundamento da matéria para a decisão final a ser proferida tempestivamente.

De se notar que para a configuração do serviço local, são irrelevantes a espécie de destinação (uso próprio ou resfriamento e comercialização) e a quantidade adquirida (industrial ou residencial).”²⁹³

²⁹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Reclamação nº. 4210, Relatora Ministra Cármen Lúcia. Julgado em 11.10.2006. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, 14.11.2006.

²⁹² Atualmente, a regulação no Estado de São Paulo é realizada pela Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo (ARSESP).

²⁹³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Reclamação nº. 4210, Relatora Ministra Cármen Lúcia. Julgado em 11.10.2006. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, 14.11.2006.

Não obstante o posicionamento preliminar mencionado, ainda não foi proferido um julgamento definitivo, permanecendo o conflito em aberto. Ressalta-se, ainda, a existência de posicionamentos contrários na doutrina ao que foi liminarmente julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Carlos Ari Sundfeld e Rodrigo Pinto de Campos, por exemplo, afirmam que é atividade de transporte e não distribuição a entrega do gás natural na indústria de liquefação, sendo que a posterior distribuição de referido gás por caminhões também foge da esfera estadual, uma vez que a competência dos Estados membros se limita “*a uma infraestrutura fixa, utilizada como meio de passagem do gás natural: a rede canalizada de distribuição*”²⁹⁴.

A despeito de todas as discussões relativas ao conflito de competências, verifica-se que a atribuição da competência constitucional do serviço de distribuição de gás canalizado aos Estados membros eliminou alguns conflitos federativos. Como exemplo, cita-se o fato de que na Adin 3729²⁹⁵, já mencionada no item 3.3. da presente dissertação, foi impugnada e julgada inconstitucional apenas a parte da lei paulista que previa especificamente a proibição do corte de energia por falta de pagamento sem prévia comunicação ao usuário. A previsão, também existente, de corte de gás canalizado manteve-se intacta, por ser de competência estadual, o que permitia que o Estado legislasse da melhor forma capaz de atender os interesses da população local.

Assim, embora a separação de competências constitucionais facilite o amplo exercício da regulação em prol dos interesses locais, no caso do gás natural, é marcada por diversos conflitos decorrentes da dúvida sobre quais os limites exatos dessa divisão e qual o regulador competente para cada matéria.

Nesse contexto, Arnoldo Wald afirma que:

“Por todas essas razões já vimos, há algum tempo, alertando para a necessidade de uma regulamentação integrada do setor, que supere os entraves existentes e previna conflitos futuros. Essa preocupação se intensifica à medida que o setor se expande e o desenvolvimento de novas tecnologias aumenta a área de possíveis conflitos entre as diversas esferas de poder.”²⁹⁶

Com isso, conflitos seriam evitados no setor de gás por meio de uma clara definição da separação de competências, que incentive, inclusive, os investidores, por meio da

²⁹⁴ SUNDFELD, Carlos Ari; CAMPOS, Rodrigo Pinto de. Conflito de competências regulatórias entre entes federativos: o caso do gás natural liquefeito. *Interesse Público*. Belo Horizonte, nº. 37, ano 8, mai./jun. 2006. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=49178>. Acesso em: 23.07.2013.

²⁹⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº. 3729, Relator Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 17.09.2007. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, 8.11.2007.

²⁹⁶ WALD, Arnoldo. Perfil constitucional dos serviços locais de gás canalizado. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 5, nº. 20, p. 7-34, out./dez. 2007. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=49832>. Acesso em: 25.04.2012.

fixação de uma estrutura jurídica clara e segura. Deve-se observar, no entanto, como ressalva Virgílio Afonso da Silva que, infelizmente, no Brasil, não foi construído ao longo dos anos um modelo claro de separação de competências. Apenas a análise de decisões judiciais, que muitas vezes se contrapõe, possibilita a aferição dos limites da separação de competências no país²⁹⁷.

²⁹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Federalismo e articulação de competências no Brasil. In: PETERS, B. Guy e PIERRE, Jon. *Administração pública: coletânea*. São Paulo: Editora UNESP, Brasília, DF: ENAP, 2010, p. 563.

CONCLUSÃO

A presente dissertação apresentou como proposta a análise do modelo jurídico de regulação descentralizada por meio do estudo dos casos dos setores de energia elétrica e gás natural no Brasil. Nessa perspectiva, o objetivo referia-se à identificação dos conflitos decorrentes da relação entre a atuação regulatória da União e dos Estados membros, que possibilitasse uma comparação de modo a demonstrar, em primeiro lugar, se a regulação descentralizada inviabiliza o procedimento regulatório por gerar diversos debates federativos, ou se, pelo contrário, apresenta apenas problemas pontuais que, por meio de um aperfeiçoamento do modelo, podem ser superados.

Em segundo lugar, pretendia-se avaliar se é possível apontar em qual dos modelos surgem menos conflitos ou, ainda, em qual deles os debates existentes são menos prejudiciais à continuidade do procedimento regulatório.

Com isso, para que fosse atingida a finalidade citada, o primeiro capítulo apresentou o processo de privatização de diversas empresas públicas brasileiras até 1995, período no qual foram realizadas alterações institucionais e de finalidades no procedimento, adotando-se a concepção de um Estado regulador, que se afastava da ideia anterior de produtor. Dessa forma, foi demonstrado que as mudanças buscavam recuperar a capacidade de intervenção estatal, com uma atuação complementar à do mercado.

Pontuou-se que a reforma decorreu, principalmente, da crise financeira que atingiu o país nos anos 1980 (em especial os problemas com os elevados gastos das empresas públicas), bem como em razão de demandas relativas à globalização econômica. Visava-se, entre outras coisas, a maior eficiência do setor privado na prestação de serviços públicos e à redução da dívida pública. Assim, alterações constitucionais terminaram com o monopólio público em diversas áreas como a da distribuição de gás por dutos.

Nesse sentido, destacou-se que o processo de privatização ocorreu conjuntamente com a construção de um modelo regulatório, envolvendo diversos entes federados. Tal fato fez com que, muitas vezes, as empresas fossem vendidas sem que ainda houvesse um quadro regulatório consolidado. Além disso, a necessidade de redução dos déficits públicos fazia com que os governos buscassem a adoção de modelos com vistas apenas à maximização dos resultados, sem objetivar outros interesses públicos.

Outro problema enfatizado refere-se ao fato de que não houve um planejamento centralizado com uma visão geral do modelo regulador para a criação das diversas agências reguladoras, o que gerou algumas fragilidades. Ademais, permaneceu a grande heterogeneidade entre os entes federados, considerando a forte vinculação de alguns ao modelo burocrático tradicional.

Dessa feita, foi apontada a necessidade de um projeto de longo prazo para a gestão pública brasileira, que aborde amplamente os problemas constatados, com ênfase aos programas de caráter intergovernamental e viés participativo, que se afaste de uma visão centralizadora.

Exposto o quadro relativo ao histórico brasileiro, foi aprofundado o conceito de regulação com vistas a identificar as suas diferentes formas de atuação. Dentro desse contexto, destacou-se a importância das teorias norte-americanas. Após analisar as correntes que defendem a necessidade da correção das falhas de mercados (teoria normativa da regulação), bem como autores que afirmam o fato de que a regulação sempre seria fortemente demandada e influenciada pelas empresas privadas (teoria econômica da regulação), foram apresentados estudos mais contemporâneos que analisam de forma mais dinâmica a interação existente entre as regras, as instituições e os atores da regulação.

A análise dos estudos contemporâneos demonstrou que o foco inicial de simples correção das falhas de mercado foi deslocado para questões institucionais e políticas, com destaque para a credibilidade necessária que envolve a ideia de governança regulatória. Além disso, passou-se a estudar com ênfase como os interesses são agregados no momento da regulação e como as instituições precisam ser desenhadas para serem mais eficientes.

Destacou-se, no entanto, que a análise citada não é fácil no campo regulatório, uma vez que, além de as normas reguladoras apresentarem uma série de funções diferentes, a regulação pode ser realizada de forma genérica, setorial, centralizada ou em diversos níveis de governo. Quando realizada em diversos níveis de governo, por exemplo, pode atender a interesses locais ao invés de se preocupar apenas com o sistema geral. Ademais, quando realizada de forma setorial, pode, inclusive, ser dividida em segmentos, atribuindo-se uma etapa da cadeia para cada agente regulador, devendo ser considerado em cada caso o melhor modelo a ser empregado.

Nesse cenário, devem ser atendidas também as especificidades decorrentes da regulação dos setores de infraestrutura e serviços conexos, o que inclui os mercados de

energia elétrica e gás natural, os quais envolvem monopólios públicos que geram utilidades públicas e necessitam de determinados suportes para serem prestados.

Em face desse quadro, devem ser pensadas as agências reguladoras brasileiras, que foram criadas como autarquias de regime especial, com a finalidade de atribuir maior independência aos seus dirigentes, sendo instituídas no âmbito federal, estadual, de forma setorial ou multissetorial (com competência para regular diferentes tipos de atividades).

Ressaltou-se, nesse ponto, que as agências multissetoriais, embora recebam algumas críticas devido à ausência de especialização, foram a solução encontrada por muitos Estados membros, tendo em vista a escassez de recursos. Ademais, alguns problemas são apontados pela doutrina em relação a todas agências brasileiras, como a vulnerabilidade a eventuais choques endógenos e exógenos, ausência de competências plenamente definidas, déficits na capacidade de *enforcement* e na autonomia, sendo esse último aspecto ainda mais questionado no âmbito estadual, o que gera a necessidade de uma discussão sobre o atual desenho institucional.

Expostas todas as considerações relevantes relativas à regulação, apresentou-se os aspectos gerais do federalismo brasileiro, que possibilita a atuação da atividade reguladora de forma descentralizada. Apontou-se, nesse sentido, que o federalismo refere-se a uma abordagem da dinâmica da própria sociedade, que engloba os princípios que são seguidos para manter a diversidade na unidade, requerendo ao mesmo tempo centralização e descentralização.

Entre os aspectos abordados, verificou-se que um dos grandes desafios é encontrar um equilíbrio entre as relações horizontais dos governos autônomos e os incentivos verticais do governo central, sendo apontada como solução a utilização de mecanismos de coordenação. Tal coordenação é acentuada pelo modelo de federalismo cooperativo, por meio do qual a atribuição de competências verticais possibilita uma articulação entre os entes sem uma divisão nítida das áreas de atuação. Nesse ponto, o desafio é buscar a coordenação para que sejam atingidos resultados uniformes sem esvaziar a competência dos entes.

Dentro desse contexto, observou-se que a Constituição Federal de 1988 reforçou o federalismo, bem como a ideia de descentralização, com a finalidade de considerar as realidades e potencialidades existentes. Ademais a Carta Magna exigiu grande cooperação ao atribuir diversas competências a mais de um ente. Referida divisão de competências é o

fundamento de grande parte das ações ajuizadas no Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que gera diversas discussões.

Além das dificuldades decorrentes da nebulosa divisão de competências, verificam-se também problemas na articulação para execução conjunta de políticas públicas, sendo necessário o aperfeiçoamento dos mecanismos de cooperação como os consórcios e convênios.

Apresentados os problemas que demandam o desenvolvimento da cooperação e articulação do federalismo brasileiro com o objetivo de atender às realidades e potencialidades de cada localidade, pautada por objetivos uniformes, com ações que não esvaziem as competências dos entes, passou-se a análise de cada setor em específico.

No que se refere à energia elétrica, foi exposto que o setor apresenta quatro segmentos, sendo eles: geração, transmissão, distribuição e comercialização. Destacou-se que na reforma do setor elétrico, durante a fase de privatizações, enfatizou-se a desagregação vertical dos segmentos citados por meio da introdução da competição na geração e comercialização, seguida do reforço da regulação na transmissão e distribuição (que utilizam estrutura de rede). Ademais, tendo em vista as peculiaridades do setor que fazem com que em determinadas áreas como a geração seja mais difícil captar investimentos privados, foi introduzida uma estrutura privatizada acompanhada da manutenção de algumas empresas públicas e sociedades de economia mista remanescentes.

Nesse sentido, ressaltou-se que uma das dificuldades de reestruturação do setor consistia no fato de que a União não era titular da totalidade da geração de energia elétrica do país, e a maior parte da distribuição era realizada por empresas dos Estados membros. Assim, embora a Aneel, enquanto agência reguladora federal, passa a ser responsável pela regulação do setor, grande parte das empresas públicas eram estaduais, o que fez com que os Estados membros ocupassem um papel de destaque nas discussões da época.

Tal fato fez com que a Lei nº. 9427/96, que criou a Aneel, estabelecesse no seu art. 20 a possibilidade de serem delegadas aos Estados membros, que apresentassem órgãos técnicos capazes, as atividades complementares de regulação, controle e fiscalização do setor de energia, desde que não fossem dos segmentos de geração e transmissão. Nesse quadro, restou fixado que qualquer norma complementar expedida pela entidade federativa deveria ser harmônica às normas da Aneel.

Com a faculdade de delegação de atividades complementares concedida, a Aneel implantou de fato a descentralização, com diversos objetivos, entre eles, atingir eficiência e maior proximidade com os consumidores e problemas locais. Não obstante os diversos pontos positivos que podem ser extraídos da medida adotada, foram identificados alguns conflitos jurídicos.

Entre os motivos dos conflitos identificados está a precariedade do instrumento do convênio que é celebrado pela Aneel para delegar atividades regulatórias para as agências estaduais, sendo o problema enfatizado pelo fato de que muitas empresas estatais estaduais prestam serviços no setor. Com isso, há espaço para uma série de conflitos de interesse, inclusive em termos regulatórios, uma vez que a atividade é realizada em dois níveis e no meio de interesses em jogo. Assim, se a regulação não é realizada de forma transparente e independente, pode ocorrer uma instabilidade no procedimento regulatório, marcado pela insegurança em razão da divergência de interesses federativos.

Dessa forma, foram identificados conflitos judiciais nos quais Estados membros passaram a legislar sobre as tarifas sob o argumento de que o serviço era prestado por empresas estaduais. Foi ainda apresentado conflito no qual o Estado-membro legislava sob o fundamento de se tratar de matéria de direito de consumidor, o que demonstra além de interesses conflitantes a incerteza a respeito da divisão de competências.

Ademais, foram apontados problemas decorrentes do fato de a Aneel tratar uniformemente os diferentes Estados brasileiros. Aponta-se que a imposição dos mesmos procedimentos e regras restringe o desenvolvimento da qualidade de agências com potencial para um atendimento mais adequado. Tal fato foi verificado, por exemplo, com a morosidade gerada pela centralização das decisões e uniformização de regras em dois institutos eficientes que haviam sido desenvolvidos pela agência reguladora paulista (o Termo de Ajustamento de Conduta e o Procedimento de Indenização de Danos).

Dessa forma, foi apontada a importância da ampliação da participação das agências reguladoras estaduais na formulação das regras regulatórias com vistas a atender as peculiaridades locais dos serviços de distribuição.

No que se refere ao setor de gás natural, verificou-se, inicialmente, que sempre foi tratado de forma associada à regulação do petróleo, sendo a sua importância enfatizada nas últimas décadas do século 20, tendo em vista diversos fatores como os menores impactos gerados ao meio ambiente. Além disso, enfatizou-se a dificuldade em diferenciar o

transporte, a distribuição e comercialização do insumo, pois não há um critério preciso como a tensão da rede do setor elétrico.

Outro ponto destacado refere-se ao fato de que, dependendo do grau de desenvolvimento, a regulação pode ser adotada para reforçar a concorrência ou incentivar o crescimento, ressaltando-se ainda que se o recurso não é muito utilizado, o incentivo ao uso do gás natural deve acontecer no mesmo ritmo dos investimentos na infraestrutura (que demandam gastos elevados), para que não ocorram problemas com a disponibilidade.

Tendo em vista as especificidades do setor, com a abertura para a possibilidade de exploração por meio de empresas privadas, a reestruturação foi marcada por um controle restrito dos novos agentes do mercado, com grande liberdade de negociação, assegurando-se o livre acesso às redes. Posteriormente, com a publicação da Lei nº. 11.909/09, foi estabelecida a necessidade de desenvolvimento do setor de acordo com certo grau de planejamento estatal.

A necessidade de planejamento fundamentava-se, principalmente, nas características do setor no país, que apresentava uma produção pequena em relação ao cenário internacional e a rede, que não era extensa, demonstrava uma estrutura mais completa apenas em Estados como Rio de Janeiro e São Paulo. Assim, ao mesmo tempo em que a atividade não havia sido totalmente assumida pela iniciativa privada, verificava-se que o desenvolvimento ocorreu apenas nas regiões com maior disponibilidade de insumo.

Apontou-se, nesse sentido, que na década de 1980, por exemplo, existiam apenas três empresas estaduais responsáveis pela distribuição do gás natural (em São Paulo, no Rio de Janeiro e em Minas Gerais). Com a Constituição Federal de 1988, foi fixada como competência dos Estados membros a exploração dos serviços locais de gás canalizado, o que fez com que outros entes criassem empresas, de forma não muito acentuada. Tal desenvolvimento, de forma tímida, foi mantido com a Emenda Constitucional nº. 09/95, que possibilitou a concessão dos serviços de distribuição a empresas privadas.

Assim, além das diferenças regionais, o setor é marcado pela divisão constitucional da competência para explorar e regular a distribuição (que compete aos Estados membros) em relação aos demais segmentos (atribuídos à União). Nesse cenário, a ANP celebra convênios com as agências reguladoras estaduais apenas com finalidades técnico-

científicas e não para delegar atribuições, uma vez que cada uma mantém a sua área de competência.

A divisão de competências e a concentração em poucos Estados das redes de distribuição, que não são extremamente desenvolvidas, com a restrita abertura à livre concorrência (que manteve o monopólio de determinadas empresas), fez com que o Cade analisasse alguns casos. No entanto, em todos eles evidenciou-se um conflito federativo, uma vez que se discutia se a autarquia federal poderia analisar matéria de competência regulatória estadual e ainda, eventualmente, alterar ou atuar de forma complementar a decisão das agências reguladoras dos Estados.

Além dos conflitos em matéria de defesa da concorrência, foram apontadas diversas divergências na doutrina e na jurisprudência sobre a exata extensão da competência estadual. As discussões envolvem diversas dúvidas sobre as competências estaduais, como o estado do gás, se atinge apenas a distribuição para usuários finais, se abrange atividades adjacentes, se há competência regulatória complementar da ANP. A discussão, por exemplo, se a regulação estadual abrange apenas usuários finais, ou englobaria também os usuários que utilizam o gás no processo produtivo, encontra-se no STF, por meio da Reclamação nº. 4210²⁹⁸.

Não obstante referidos debates, verificou-se que a distribuição constitucional de competências eliminou conflitos existentes, por exemplo, no setor elétrico, nos casos em que os Estados membros estabelecem normas para solucionar problemas frequentemente verificados no âmbito local, como no caso da lei paulista que previu a impossibilidade de corte de energia e gás natural por falta de pagamento sem prévia comunicação ao usuário. No caso, foi impugnada e julgada inconstitucional apenas a parte que tratava de energia elétrica.

Assim, verifica-se que o sistema de regulação descentralizada fixado para o gás natural possibilita o amplo exercício de legislação local no segmento de distribuição, para atender às diferenças dos mercados regionais brasileiros, que, como foi demonstrado, é assimétrico e, portanto, demanda um tipo de regulação em cada Estado. No entanto, para a plena continuidade e segurança jurídica do procedimento regulatório seria necessária uma clara definição da divisão constitucional de competências, por meio de uma regulação

²⁹⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Reclamação nº 4210, Relatora Ministra Cármen Lúcia. Julgado em 11.10.2006. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, 14.11.2006.

integrada, que previna conflitos, os quais sempre podem ocorrer em razão, principalmente, do desenvolvimento de novas tecnologias.

Tendo em vista tudo o que foi exposto, verifica-se que os tipos de conflitos são diferentes nos dois modelos analisados. O setor de energia elétrica é marcado por problemas relativos à precariedade do instrumento de convênio, conflitos de interesse entre Estados membros e União, déficit de eficiência por morosidade em decisões centralizadas e ausência de atendimento a especificidades locais. No setor ligado ao gás natural, a questão não envolve tanto problemas relativos à eficiência da norma e do procedimento regulatório, mas a questão de divisão de competências.

Com isso, a atribuição de mais autonomia e transparência, para atender às especificidades locais, com uma definição clara das competências, por meio de um procedimento regulatório que interaja de forma a evitar eventuais conflitos, apresenta-se como o melhor caminho, sendo um desafio que precisa ser enfrentado e superado pelo modelo regulatório brasileiro.

A adoção de tais medidas, por meio de um projeto de longo prazo, que considere os problemas da coordenação federativa nos setores de energia e gás natural, apresenta-se como necessária considerando-se que a instabilidade gerada pelos conflitos apontados pode prejudicar não apenas o desenvolvimento dos setores abordados (em razão dos óbices e morosidades decorrentes das discussões geradas) como também a credibilidade regulatória, tanto do ponto de vista dos investidores privados como do ponto de vista dos consumidores.

Referida credibilidade está associada à governança regulatória referindo-se à capacidade de as autoridades reguladoras assegurarem que não haverá mudanças nas regras existentes, como apontado no item 1.2. da presente dissertação. Nesse sentido, a governança regulatória demanda mecanismos que controlem mudanças oportunistas ou eventuais ações discricionárias, bem como os conflitos decorrentes da instabilidade gerada.

No entanto, é preciso ter muita cautela ao desenvolver referidos mecanismos, pois ao conferirem segurança e durabilidade às políticas e instituições, podem prejudicar a flexibilidade para lidar com novas situações, como as decorrentes do desenvolvimento tecnológico. Dessa feita, verifica-se que o equilíbrio não é uma fórmula fácil de ser encontrada.

Não obstante a questão apresente-se como um grande desafio, precisa ser enfrentada para que seja ampliado o desenvolvimento com qualidade do setor. Nesse sentido, é preciso fazer com que as competências, por exemplo, sejam mais bem definidas, de modo a proporcionar uma adequada cooperação intersetorial, que não sofra com um quadro regulatório inconcluso.

Além disso, deve-se fortalecer referida cooperação intersetorial de modo a reforçar e ampliar a atuação no campo da defesa dos consumidores, que demanda uma ação efetiva, sem instabilidades geradas por conflitos federativos.

Sobre o assunto, ressalta-se que a defesa do consumidor, enquanto princípio conformador da ordem econômica, nos termos do artigo 170, inciso V, da Constituição Federal, demanda uma regulação que atenda, entre outros objetivos, a proteção à saúde, à segurança e aos interesses econômicos dos consumidores, que propicie o acesso a informações adequadas, disponibilize assistência técnica e educação, bem como proporcione liberdade para organizar associações e organizações que possam participar do procedimento regulatório²⁹⁹.

Nesse sentido, como observado no decorrer da presente dissertação, a descentralização é positiva aos consumidores uma vez que faz com que os órgãos reguladores, enquanto mais próximos a eles, atendam as suas demandas específicas de forma a seguir as diretrizes acima apontadas. Nesse sentido, estudos demonstram, por exemplo, que, em relação à Aneel, a *“ação do regulador estadual realmente contribui para uma melhor avaliação global do consumidor quanto à qualidade dos serviços prestados pela concessionária”*³⁰⁰. Assim, aponta-se que os objetivos *“em termos do fortalecimento da qualidade da regulação, da consolidação da sua legitimidade e do equilíbrio da relação entre consumidores individuais e prestadores de serviço, estejam sendo alcançados com a ação das agências estaduais”*³⁰¹.

²⁹⁹ As diretrizes para política de defesa dos consumidores apresentada foi fixada pela Resolução ONU 39/28, de 09 de abril de 1985. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor*. Tese (Doutorado). São Paulo, 2010. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 59.

³⁰⁰ TRIANDÓPOLIS, Alexandre Jorge Oliveira. *O impacto da descentralização das atividades da ANEEL sobre a qualidade da energia elétrica residencial no Brasil*. Dissertação (Mestrado). Fortaleza, 2009. Universidade Federal do Ceará, p. 137.

³⁰¹ TRIANDÓPOLIS, Alexandre Jorge Oliveira. *O impacto da descentralização das atividades da ANEEL sobre a qualidade da energia elétrica residencial no Brasil*. Dissertação (Mestrado). Fortaleza, 2009. Universidade Federal do Ceará, p. 137.

Considerando-se, portanto, que a descentralização é benéfica aos consumidores, a relação entre as diferentes esferas precisa ser aprimorada de forma a minimizar eventuais conflitos, com o intuito de realizar da melhor maneira possível a prestação dos serviços, atendendo de maneira adequada todos os aspectos a ela relacionados do ponto de vista do tomador do serviço, evitando eventuais prejuízos decorrentes de certa instabilidade.

Ademais, é necessário atribuir maior transparência às agências reguladoras estaduais, de forma a assegurar um processo de regulação independente, que atenda as especificidades locais, considerando todos os valores envolvidos.

Nesse sentido, ressalta-se que a regulação deve apresentar como característica básica a ideia de mediação de interesses e não de imposição de decisões autoritárias. É relevante que a autoridade reguladora dialogue com todos os que estiverem envolvidos com a atividade regulatória, “*buscando não apenas legitimar a sua atividade, como tornar a regulação mais qualificada, porquanto mais aderente às necessidades da sociedade*”³⁰².

Destacam-se, com isso, ideias como a de negociação e transparência, bem como o ideal da moderna regulação de articular os interesses públicos junto a particulares, uma vez que a atuação de entes privados passa a ser considerada essencial em determinados setores.

Todas essas análises, em que não esgotam as hipóteses regulatórias, são extremamente relevantes, considerando-se que o progresso dos setores de infraestrutura citados, embora não sejam os únicos fatores necessários para o desenvolvimento³⁰³, são considerados como um ponto essencial para tal processo.

Nesse sentido, Gilberto Bercovici, ao entender o desenvolvimento como uma mudança qualitativa e não apenas quantitativa, sustenta que a “*Constituição de 1988 demonstrou clara preocupação com a promoção do desenvolvimento equilibrado, buscando a diminuição das disparidades regionais*”³⁰⁴.

³⁰² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica. *Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, Belo Horizonte, ano 9, nº. 100, jun. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=57932>>. Acesso em: 28.03.2012.

³⁰³ ROZAS, Patricio; SÁNCHEZ, Ricardo. Desarrollo de infraestructura y crecimiento económico: revisión conceptual. Santiago de Chile, CEPAL, 2004. *Serie recursos naturales e infraestructura*, nº. 75. Disponível em: <<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/8/19838/lcl2182.pdf>>. Acesso em: 08.04.2012, p. 63.

³⁰⁴ BERCOVICI, Gilberto. Constituição e superação das desigualdades regionais. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 97 e 103.

Sobre o assunto, Fábio Nusdeo³⁰⁵ analisa o desenvolvimento como um verdadeiro processo sustentável, que em cada uma das suas fases deve criar condições para se manter nas próximas etapas, tendo em vista todos os custos sociais envolvidos. Destaca-se, no entanto, que referido processo, para ser considerado como desenvolvimento e não crescimento, deve gerar a alteração profunda nas estruturas do país e não apenas o aumento da disponibilidade de bens e serviços.

Com isso, ressalta-se que o desenvolvimento demanda uma política consistente, por meio de diversas medidas que se estendam ao longo do tempo, com a presença de instituições estáveis. Dentro desse contexto, a regulação deve seguir essa consistência, perseguindo o desenvolvimento por meio de decisões que mantenham o equilíbrio entre os diversos objetivos e princípios em conflito.

Da mesma forma, Calixto Salomão Filho³⁰⁶ destaca a importância das instituições e valores para o desenvolvimento, que devem ser avaliadas em cada sociedade, por meio de um processo de autoconhecimento que verifique quais são os mais adequados, por meio de ampla inclusão social. Apresenta-se a ideia, portanto, da necessidade de uma democracia econômica.

Nessa perspectiva, a regulação econômica deve buscar os valores próprios do seu país para que se alcance o desenvolvimento. No caso dos países subdesenvolvidos, essa atividade regulatória precisa realizar uma *“propulsão apta a resolver ou minimizar os problemas estruturais dessas economias e, ao mesmo tempo, capaz de difundir o conhecimento econômico”*³⁰⁷.

Assim, são apontados três princípios fundamentais que precisam ser seguidos. O primeiro é o redistributivo, para que a demanda seja expandida. O segundo refere-se à difusão dos conhecimentos econômicos por toda a população, por meio da diluição dos centros de poder. Por fim, o último princípio está ligado ao necessário estímulo à cooperação.

Sobre a importância da construção de estruturas cooperativas ressalta-se que quando as regras são elaboradas conjuntamente, menor é o índice de descumprimento.

³⁰⁵ NUSDEO, Fábio. Desenvolvimento econômico – Um retrospecto e algumas perspectivas. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (org.). *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 17/24.

³⁰⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (org.). *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 31/39.

³⁰⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (org.). *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 38.

Assim, “regras bem elaboradas, que criem um ambiente cooperativo, acabam sendo cumpridas, e seu descumprimento controlado e policiado pelos próprios participantes da relação”³⁰⁸. Nesse sentido, a relevância de as instituições criarem ambientes cooperativos.

Por meio de todos esses posicionamentos, verifica-se a importância do adequado desempenho dos setores públicos e privados, bem como da relevância da qualidade da regulação e das instituições para que as políticas públicas relacionadas à infraestrutura atinjam bons resultados³⁰⁹.

Dentro desse contexto de redistribuição, difusão de conhecimento e cooperação, destaca-se a necessidade de aprimoramento da regulação descentralizada nos setores de energia e gás natural por meio da atribuição de mais autonomia e transparência às agências reguladoras estaduais, para atender as especificidades locais, com uma definição clara das competências, por meio de um procedimento regulatório que interaja de forma a evitar eventuais conflitos.

³⁰⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. In SALOMÃO FILHO, Calixto (org.). *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 52.

³⁰⁹ ROZAS, Patricio; SÁNCHEZ, Ricardo. Desarrollo de infraestructura y crecimiento económico: revisión conceptual. Santiago de Chile, CEPAL, 2004. *Serie recursos naturales e infraestructura*, nº. 75. Disponível em: <<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/8/19838/lcl2182.pdf>>. Acesso em: 8.04.2012, p. 13.

BIBLIOGRAFIA

Livros e artigos

ABRUCIO, Fernando Luiz. Descentralização e coordenação federativa no Brasil: lições dos anos FHC. In: ABRUCIO, Fernando Luiz; LOUREIRO, Maria Rita (orgs.). *O Estado numa era de reformas: os anos FHC*. Parte II. Brasília: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. 2002.

ABRUCIO, Fernando Luiz. Trajetória recente da gestão pública brasileira: um balanço crítico e a renovação da agenda de reformas. *Revista de Administração Pública – RAP*, Edição Especial Comemorativa 1967-2007.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Considerações sobre a "regulação" no Direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 3, nº. 12, p. 69-94, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=33302>>. Acesso em: 31.03. 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ARAÚJO, Edmir Netto de. A aparente autonomia das agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre (org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.

AWAZU, Luís Alberto de Fischer. *A importância da sustentabilidade do pacto federativo no Brasil e sua relação com o desenvolvimento nacional*. Dissertação (Mestrado). São Paulo, 2012. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 51/52.

BARON, David P. The Economics and Politics of Regulation: Perspectives, Agendas and Approaches. *Research paper 1247*. Stanford University, mar. 1993. Disponível em: <<https://gsbapps.stanford.edu/researchpapers/library/RP1247.pdf>>. Acesso em: 24.03.2012.

BENTITEZ, Rogério Martin. A infra-estrutura, sua relação com a produtividade total dos fatores e seu reflexo sobre o produto regional. *Revista Planejamento e Políticas Públicas*, Brasília, Ipea, 1999 (Texto para discussão n. 19).

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e superação das desigualdades regionais. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BERCOVICI, Gilberto. *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

BERCOVICI, Gilberto. Federalismo e desenvolvimento regional no Brasil. In: SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário: homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. Limites da regulação: esboço para uma crítica metodológica do "novo direito público da economia". *Revista de Direito*

Público da Economia, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56978>>. Acesso em: 30.03.2012.

BERNARDES, Wilba Lúcia Maia. *Federação e federalismo: uma análise com base na superação do Estado Nacional e no contexto do Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Metodologia da pesquisa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter. *Reforma do Estado e da administração pública gerencial*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006.

BREYER, Stephen. *Regulation and its Reform*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1982.

BROWN, Ashley e DE PAULA, Ericson. O Fortalecimento da Estrutura Institucional e Regulatória do Setor Energético Brasileiro. *Projeto PPIAF*. Washington: Banco Mundial, 2002.

CASELLI, Bruno Conde. O pré-sal e as mudanças da regulação da indústria do petróleo e gás natural no Brasil: uma visão institucional. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 9, nº. 35, out./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=76313>>. Acesso em: 25.04.2012.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. A universalização do serviço público para o desenvolvimento como uma tarefa da regulação. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (org.). *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DAVIS, Charles. The Politics of 'Fracking': Regulating Natural Gas Drilling Practices in Colorado and Texas (April 19, 2011). *Western Political Science Association 2011 Annual Meeting Paper*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1766675>>. Acesso em: 12.01.2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GENTOT, Michel. *Les Autorités Administratives Indépendantes*. 2^a ed. Paris: Montchrestien, 1994.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14^a ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 2^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HUCK, Hermes Marcelo. *Contratos com o Estado: aspectos de direito internacional*. São Paulo: Aquarela, 1989.

JUNQUEIRA, Kátia Valverde. Privatização, concessão e desenvolvimento sustentável – o case de distribuição de gás canalizado. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDUA*, Belo Horizonte, ano 3, n.º. 13, jan./fev. 2004. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd-11126>. Acesso em: 23.07.2013.

KNITTEL, Christopher R. Regulatory Imperfections in the Electricity and Natural Gas Industries: Evidence from the Pricing and Investment Decisions of Single and Multi-Product Electricity Firms. *Power Working Paper PWP-065*, November 1999. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=199049>>. Acesso em: 12.01.2012.

KUBLISCKAS, Wellington Márcio. *Cooperação interfederativa: instrumentos para a efetividade da lealdade federativa na Constituição Federal de 1988*. Tese (Doutorado). São Paulo, 2012. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

LOUREIRO, Luiz Gustavo KAERCHER; RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. Algumas observações sobre o regime jurídico das empresas estaduais de energia elétrica, *Informativo Ifes – Gesel/UFRJ*, 2008. Disponível em: <<http://raceadmv3.nuca.ie.ufrj.br/buscarace/Docs/gkloureiro2.pdf>>. Acesso em: 06.07.2013.

LOUREIRO, Luiz Gustavo KAERCHER; RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. Que papel cabe às empresas estatais no setor elétrico brasileiro? Uma perspectiva de direito constitucional. *Publicado no II Seminário Internacional sobre Reestruturação e Regulação do Setor de energia Elétrica e Gás Natural*, organizado pelo Gesel/UFRJ, 2007.

MACHADO, José Angelo. *Gestão de políticas públicas no Estado federativo: apostas e armadilhas*. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582008000200007>. Acesso em: 27.05.2013.

MACHADO, Michelle Marques. *Regulação, direito e incertezas: o caso da indústria brasileira de gás natural*. São Paulo, 2008. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

MAJONE, Giandomenico. Do estado positivo ao estado regulador: causas e consequências da mudança no modo de governança. Traduzido por Paulo Todescan Lessa Mattos. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.); COUTINHO, Diogo R.; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; PRADO, Mariana Mota; OLIVA, Rafael. *Regulação econômica e democracia: o debate europeu*. São Paulo: Singular, 2006.

MARCHI, Eduardo César Silveira Vita. *Guia de metodologia jurídica: teses, monografias e artigos*. Itália: Edizione del Grifo, 2001.

MARQUES NETO, Floriano. Domínio público estadual e serviço público federal: aspectos jurídicos sobre o uso de bens estaduais para instalações de energia elétrica. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 5, nº. 17, jan./mar. 2007. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=39765>. Acesso em: 19.06.2013.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica. *Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, Belo Horizonte, ano 9, nº. 100, jun. 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=57932>. Acesso em: 28.03.2012.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Regulação e Poder de Polícia no Setor de Gás. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte, nº. 6, ano 2, abr./jun. 2004. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12768>. Acesso em: 24.04.2012.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo Estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*. São Paulo: Fapesp/Singular, 2006.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.); PRADO, Mariana Mota; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; COUTINHO, Diogo R.; OLIVA, Rafael (org.). *Regulação econômica e democracia: o debate europeu*. São Paulo: Singular, 2006.

MATTOS, Paulo (coord.); PRADO, Mariana Mota; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; COUTINHO, Diogo R.; OLIVA, Rafael (org.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004.

MCGOWAN, Francis. *Struggle for Power in Europe*. Brookings Institution Press: Washington, 1996.

MEDEIROS, Edmundo Emerson. *Infra-estrutura energética e desenvolvimento: Estado, planejamento e regulação do setor elétrico brasileiro*. São Paulo, 2008. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

MEDEIROS, Josenilton Ferreira de. *Síntese de catalisadores para processos de oxidação de gás natural visando à produção de nonocloreto de vinila (MVC)*. Natal: Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2003. Disponível em: http://www.anp.gov.br/CapitalHumano/Arquivos/PRH14/Josenilton-Ferreira-de-Medeiros_PRH14_UFRN_G.PDF. Acesso em: 24.04.2012.

MELLO, Luiz de Anhaia. *O problema econômico dos serviços de utilidade pública*. São Paulo: Subdivisão Gráfica da Prefeitura, 1940.

MELO, Marcus André. As agências regulatórias: gênese, desenho institucional e governança. In: ABRUCIO, Fernando Luiz; LOUREIRO, Maria Rita (orgs.). *O Estado numa era de reformas: os anos FHC*. Parte II. Brasília: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2002.

MELO, Marcus André. Política Regulatória: uma revisão da literatura. *BIB*. Rio de Janeiro, nº. 50, 2º semestre de 2000.

MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. 1ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. Introdução ao direito do petróleo e gás. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006.

MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito Econômico*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. A Regulação como Instituto Jurídico. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, nº. 4, ano 1, outubro / dezembro 2003. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=12753>>. Acesso em: 28.03.2012.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*, 6ª ed., São Paulo: RT, 2010.

NUSDEO, Fábio. Desenvolvimento econômico: um retrospecto e algumas perspectivas. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (org.). *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.

NUSDEO, Fábio. O direito econômico centenário: um “vol d’oiseau” sobre o passado e algumas perspectivas para o futuro. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 9, nº. 36, out./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=75966>>. Acesso em: 9.06.2012.

OLIVEIRA, Gustavo Justino; MONTES, Danilo Leal. Prorrogação das concessões de energia elétrica: problemáticas e soluções. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, nº. 46, p. 75-95, out./dez. 2011.

OLIVIERI, Cecília. Agências regulatórias e federalismo: a gestão descentralizada da regulação no setor de energia. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro 40(4), p. 567-588, jul./ago. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v40n4/31596.pdf>>. Acesso em: 22.02.2012.

PEDREIRA, Christina de Almeida. Instrumentos legítimos à implementação das competências constitucionais administrativas comuns. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, nº. 6, ano 2, abril/junho 2008. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=54060>. Acesso em: 23.06.2013.

PÊGO FILHO, Bolívar; CÂNDIDO JÚNIOR, José Oswaldo; PEREIRA, Francisco. *Investimento e financiamento da infra-estrutura no Brasil: 1990/2002*. Brasília: Ipea, 1999. (Texto para discussão n. 680).

PELTZMAN, Sam; LEVINE, Michael; NOLL, Roger. The Economic Theory of Regulation after a decade of deregulation. *Brookings Papers on Economic Activity*. Microeconomics. 1989.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor*. Tese (Doutorado). São Paulo, 2010. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

PINHEIRO, Armando Castelar; GIAMBIAGI, Fábio. Os antecedentes macroeconômicos e a estrutura institucional da privatização no Brasil. In: PINHEIRO, Armando Castelar; FUKASAKU, Kiichiro. *A privatização no Brasil. O caso dos serviços de utilidade pública*. 2000. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/td/Td-55.pdf>. Acesso em: 20.01.2010.

PINHEIRO, Renata Neiva; ECHEVERRIA, Carolina Lages. Convênio de cooperação previsto no artigo 20 da Lei nº 9.427, de 1996. Grupo de trabalho visando ao aprimoramento do Convênio de Cooperação firmado pela ANEEL para descentralizar as atividades complementares de regulação, controle e fiscalização. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 9, nº. 98, p. 41-62, fev. 2010. Parecer. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=65419>>. Acesso em: 19.06.2013.

PINTO, Bilac. *Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1941.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. Regulação econômica e empresas estatais. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 4, nº. 15, p. 131-148, jul./set. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=37257>>. Acesso em: 8.04.2012.

PIRES, José Claudio Linhares. Desafios da reestruturação do setor de energia elétrica brasileiro. *Textos para discussão do BNDES n. 76*. Rio de Janeiro: BNDES, 2000. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Publicacoes/Consulta_Expressa/Setor/Energia_Eletrica/200003_9.html>. Acesso em: 13.04.2012.

POSNER, Richard. A. Teorias da Regulação Econômica. Traduzido por Mariana Mota Prado. In: MATTOS, Paulo (coord.); PRADO, Mariana Mota; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; COUTINHO, Diogo R.; OLIVA, Rafael (org.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004.

PRZERWORSKI, Adam. Sobre o desenho do Estado: uma perspectiva agente x principal. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos e SPINK, Peter. *Reforma do Estado e da administração pública gerencial*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006.

RAMALHO, Edna Lopes. *Abrangência e eficácia da descentralização das atividades de regulação e fiscalização no setor de energia elétrica: estudo de caso CSPE*. Tese (Doutorado). Campinas, 2003. Faculdade de Engenharia Mecânica da Universidade Estadual de Campinas.

REIS, Lineu Belico dos. *Energia elétrica e sustentabilidade: aspectos tecnológicos, socioambientais e legais*. São Paulo: Manole, 2006.

RITCHER, Luiz Egon; ARAÚJO, Neiva Cristina de. Notas acerca dos serviços públicos de energia elétrica no Brasil: uma análise a partir da ótica do STF. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 10, nº. 42, out./dez. 2010. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70488>. Acesso em: 19.06.2013.

ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da. Regulação econômica e separação dos poderes: a delegação legislativa na tradição do Direito Público brasileiro. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. XI, 2002.

RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano; LOUREIRO, Gustavo Kaercher. Prestação de serviços públicos de energia elétrica mediante associações interestaduais aplicada às prorrogações de concessões de energia elétrica. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Belo Horizonte, v. 262, jan./abr. 2013. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=92298>. Acesso em: 19.06.2013.

ROZAS, Patricio; SÁNCHEZ, Ricardo. Desarrollo de infraestructura y crecimiento económico: revisión conceptual. Santiago de Chile, CEPAL, 2004. *Serie recursos naturales e infraestructura*, nº. 75. Disponível em: <<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/8/19838/lcl2182.pdf>>. Acesso em: 08.04.2012.

SALLES, Carlos Alberto de. *A arbitragem na solução de controvérsias da Administração Pública*. São Paulo, 2011. Tese (Livre-docência em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. 1ª e 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001 e 2008.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e concorrência: estudos e pareceres*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (org.). *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SANCHES, Luis Antonio Ugeda. *Curso de direito de energia: da história*. Tomo I. São Paulo: Instituto Geodireito Editora, 2011.

SANT'ANNA, Lucas de Moraes Cassiano. O federalismo e o financiamento de infraestrutura. A experiência do setor de infra-estrutura de transporte ferroviário. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 10, nº. 49, maio/jun. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDIRedirect.aspx>>. Acesso em: 08.04.2012.

SCHIRATO, Vitor Rhein; ARAGÃO, Alexandre Santos de. Algumas considerações sobre regulação para concorrência no setor de gás natural. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, nº. 14, ano 4, abril/junho 2006. Disponível em:

<<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=36101>>. Acesso em: 25.04.2012.

SCHIRATO, Vitor Rhein. O novo regime jurídico da indústria do gás natural no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 8, nº. 32, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70683>>. Acesso em: 24.04.2012.

SCHWYTER, Anton A. *A regulação da distribuição de gás natural em São Paulo: questões e desafios*. São Paulo, 2001. Dissertação (Mestrado). Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.iee.usp.br/biblioteca/producao/2001/Teses/Tese_Schwyster.pdf>. Acesso em: 24.04.2012.

SEIDMAN, Harold e GILMOUR, Robbert. *Politics position and power : from positive to the regulatory state*. New York/ Oxford : Oxford University, 1986.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. Federalismo e articulação de competências no Brasil. In: PETERS, B. Guy e PIERRE, Jon. *Administração pública: coletânea*. São Paulo: Editora UNESP, Brasília, DF:ENAP, 2010.

STIGLER, George J. The theory of economic regulation. *Bell Journal of Economics and Management Science*, New York, vº. 2, n. 1, Spring 1971.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Da regulação política à regulação técnica: o efeito da liberdade empresarial nos serviços públicos. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 7, nº. 26, abr./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=57720>>. Acesso em: 20.05.2012.

SUNDFELD, Carlos Ari; CAMPOS, Rodrigo Pinto de. Conflito de competências regulatórias entre entes federativos: o caso do gás natural liquefeito. *Interesse Público*, Belo Horizonte, nº. 37, ano 8, mai./jun. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=49178>>. Acesso em: 20.05.2012.

SUNDFELD; Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. In: SUNFELD, Carlos Ari (org). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. O compartilhamento de infra-estrutura entre prestadoras de serviço público. *Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, Belo Horizonte, ano 1, nº. 4, jun. 2001. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=749>>. Acesso em: 8.04.2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. Quanto reformar do direito brasileiro do petróleo?. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 8, nº. 29, jan./mar. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=65861>>. Acesso em: 9.06.2012.

SUSTEIN, Cass. *Free Markets and Social Justice*. New York/Oxford: Oxford University Press, 1997.

SUNSTEIN, Cass R. As funções das normas reguladoras. Traduzido por Vera Scarpinella. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 1, nº. 3, jul./set. 2003. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12735>>. Acesso em: 30.03.2012.

TEIXEIRA, J.H. Meirelles. *Os serviços públicos de eletricidade e a autonomia local*. São Paulo: Departamento Jurídico da Prefeitura do Município de São Paulo, 1950.

TORRES FILHO, Ernani Teixeira; PUGA, Fernando Pimentel. Os rumos dos investimentos em infra-estrutura. *Boletim Visão do Desenvolvimento*, Brasília, nº. 20, 2006.

TRIANDÓPOLIS, Alexandre Jorge Oliveira. *O impacto da descentralização das atividades da ANEEL sobre a qualidade da energia elétrica residencial no Brasil*. Dissertação (Mestrado). Fortaleza, 2009. Universidade Federal do Ceará.

VELASCO JUNIOR, Licínio. *A economia política das políticas públicas: as privatizações e a reforma do Estado*. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/td/Td-55.pdf>. Acesso em: 20.01.2010.

WALD, Arnoldo. Perfil constitucional dos serviços locais de gás canalizado. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 5, nº. 20, p. 7-34, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=49832>>. Acesso em: 25.04.2012.

WALTENBERG, David A. M., O Direito da Energia Elétrica e a ANEEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. 1ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 358.

WISEMAN, Hannah J. State Enforcement of Shale Gas Development Regulations. *University of Texas at Austin Energy Institute White Paper*. August, 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1992064>>. Acesso em: 12.01.2012.

Documentos oficiais

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. *Lei nº. 12.783, de 11 de janeiro de 2013: conversão da Medida Provisória nº. 579. Renovação das concessões de geração e transmissão de energia elétrica*. Notícia publicada em 19.01.2013. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=225308&id_site=1466>. Acesso em: 27.08.2013.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Descentralização de atividades. Cadernos Temáticos Aneel*. Brasília: Aneel, 2005. Disponível em: < <http://www.aneel.gov.br/arquivos/pdf/caderno1capa.pdf>>. Acesso em: 22.04.2012.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Novo regulamento aperfeiçoa processo de descentralização de atividades. *Boletim Energia*, nº. 443, ano 9. Brasília, 2010. Disponível em: http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/noticias_boletim/?fuseaction=boletim.detalharnoticia&idnoticia=845. Acesso em: 11.07.2013.

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO. Indústria brasileira de gás natural: regulação atual e desafios futuros. *Relatório apresentado pela Superintendência de Comercialização e Movimentação de Gás Natural da Agência Nacional do Petróleo*. Coordenação técnica de José Cesário Cecchi. Rio de Janeiro, 2001. Disponível em: www.anp.gov.br/?dw=2251. Acesso em: 24.04.2012.

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA. *Cade terá nova estrutura a partir de 29 de maio*. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?360919e030e53af90c390b5cf740>. Acesso em: 18.08.2013.

BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL. *Relatório I: Regimes jurídico-regulatórios e contratuais de E&P de petróleo e gás natural*. Trabalho realizado com recursos do Fundo de Estruturação de Projetos do BNDES, no âmbito da Chamada Pública BNDES/FEP nº. 01/2008. Editores: Bain & Company e Tozzini Freire Advogados. São Paulo, 2009. Disponível em: http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/pesquisa/chamada1/Relat_I-1de8.pdf. Acesso em: 26.04.2012.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Relatório sobre a reforma regulatória: Brasil fortalecendo a governança para o crescimento*. OCDE, 2008. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/destaque/bb-ocde-relatorio-sobre-a-reforma-regulatoria>. Acesso em: 06.05.2012.

Legislação

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA, Resolução nº. 245, de 31 de julho de 1998. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 3 ago. 1998.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA, Resolução nº. 66, de 16 de abril de 1999. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 abr. 1999.

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS. Portaria nº. 118, de 11 de julho 2000. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, 12 jul. 2000.

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS, Resoluções nº. 27, 28 e 29, de 14 de outubro de 2005. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 out. 2005.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 05 out. 1988.

BRASIL, Decreto-lei nº. 200, de 25 de fevereiro de 1967. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 fev. 1967.

BRASIL, Emenda Constitucional nº. 9, de 9 de novembro de 1995. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 nov. 1995.

BRASIL, Lei nº. 8031, de 12 de abril de 1990. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 abr. 1990.

BRASIL, Lei nº. 9074, de 7 de julho de 1995. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 8 jul. 1995.

BRASIL, Lei nº. 9427, de 26 de dezembro de 1996. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 dez. 1996.

BRASIL, Lei nº. 9.478, de 6 de agosto de 1997. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 7 ago. 1997.

BRASIL, Lei nº. 9648, de 27 de maio de 1998. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 mai. 1998.

BRASIL, Lei nº. 10.847, de 15 de março de 2004. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 mar. 2004.

BRASIL, Lei nº. 10.848, de 15 de março de 2004. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 mar. 2004.

BRASIL, Lei nº. 11.909, de 4 de março de 2009. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 de mar. 2009.

BRASIL, Lei nº. 12.304, de 2 de agosto de 2010. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 3 de ago. 2010.

BRASIL, Lei nº. 12.351, de 22 de dezembro de 2010. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 de dez. 2010.

BRASIL, Lei nº. 12.783, de 12 de janeiro de 2013. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 jan. 2013.

Jurisprudência

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA. Ato de Concentração nº. 08012.004550/1999-11. Relator Conselheiro Celso Fernandes Campilongo. Julgado em 28.03.2001. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, 28.05.2001.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA. Processo Administrativo nº. 08012.006207/98-48. Relator Conselheiro Afonso Arinos de Mello Franco Neto. Julgado em 31.01.2001. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, 01.03.2001.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº. 2299 MC. Relator Ministro Moreira Alves. Tribunal Pleno. Julgado em 28.03.2001. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, 29.08.2003.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº. 2337 MC, Relator Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgado em 21.06.2002. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, 21.06.2002.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI nº. 3273, Relator Ministro Carlos Britto, Relator para Acórdão Ministro Eros Grau. Tribunal Pleno. Julgado em 16.03.2005. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, 02.03.2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº. 3343, Relator Ministro Ayres Britto, Relator para Acórdão Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgado em 01.09.2011. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, 21.11.2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº. 3661, Relatora Ministra Cármen Lúcia. Tribunal Pleno. Julgado em 17.03.2011. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, 09.05.2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº. 3729, Relator Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 17.09.2007. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, 08.11.2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº. 3905, Relatora Ministra Cármen Lúcia. Tribunal Pleno. Julgado em 17.03.2011. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, 09.05.2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Reclamação nº. 4210, Relatora Ministra Cármen Lúcia. Julgado em 11.10.2006. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, 14.11.2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº. 581947. Relator Ministro Eros Grau. Tribunal Pleno. Julgado em 27.05.2010. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, 26.08.2010.