

**ROBERTA BORTOT CESAR**

**REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS: O CASO DA ANEEL**

**Dissertação de Mestrado**

**Orientador: Professor Doutor Vitor Rhein Schirato**

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo-SP**

**2017**

**ROBERTA BORTOT CESAR**

**REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS: O CASO DA ANEEL**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação do Professor Doutor Vítor Rhein Schirato.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo-SP**

**2017**

### **Catálogo da Publicação**

Cesar, Roberta Bortot  
Regulação dos serviços públicos: o caso da ANEEL / Roberta Bortot Cesar. -  
- São Paulo: USP / Faculdade de Direito, 2017.  
173f.

Orientador: Professor Doutor Vitor Rhein Schirato  
Dissertação (Mestrado), Universidade de São Paulo, USP, Programa de Pós-  
Graduação em Direito, Direito do Estado, 2017.

1. Serviços públicos. 2. Regulação. 3. Administração pluricêntrica. 4.  
Agências reguladoras. 5. Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). 6.  
Administração pública. I. Schirato, Vitor Rhein. II. Título.

CDU

BANCA EXAMINADORA

---

Orientador: Professor Doutor Vitor Rhein Schirato  
Universidade de São Paulo

---

---

---

---

## AGRADECIMENTOS

O tema da presente dissertação já me despertava inquietudes muito antes do ingresso no programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, objeto de apaixonada reflexão durante a minha vivência profissional.

Em que pese haja uma doutrina já consolidada da regulação independente no Brasil, a realidade não permitia negar a influência da visão tradicional de Administração Pública sobre a atividade regulatória. Há inegável resistência manifestada por administrativistas e operadores do Direito à moderna concepção de Administração Pública, com reflexos claros no funcionamento do sistema.

Contudo, provavelmente em razão dessa perplexidade, passadas duas décadas desde a adoção do modelo, muito já se dissertou sobre a Reforma do Estado. Assim, por mais que o tema me provocasse enorme inquietude, minha primeira reação foi a de descrédito sobre a possibilidade de desenvolvimento do presente estudo. Afinal, me parece imprescindível que o trabalho acadêmico seja desenvolvido de forma a agregar informação sobre o que já discorreu a doutrina. E, com tantos excelentes estudos desenvolvidos sobre o tema da regulação, o que mais me caberia contribuir?

Assim, meu primeiro agradecimento vai para a primeira pessoa que acreditou na relevância do presente estudo e que me incentivou a seguir o meu caminho: o Professor Floriano de Azevedo Marques Neto. A minha identificação com a sua obra foi o que me levou a trocar os bancos da minha Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, pelas Arcadas do Largo de São Francisco.

Em segundo lugar, mas não menos importante, meu agradecimento com todo o coração ao Professor Vitor Rhein Schirato, profissional admirável, jurista brilhante, orientador dedicado, que foi capaz de me guiar a transformar um turbilhão de ideias ansiosas, que tumultuavam meus pensamentos, em um estudo concreto. Sem a oportunidade e sem a orientação que me proporcionou, nada disso teria sido possível.

Aproveito a oportunidade para agradecer também a todos os demais Professores e colegas do curso de Pós-Graduação em Direito do Estado da USP, e aos amigos de profissão, todos com quem tive excelentes oportunidades para aprender. É no debate de ideias que surgem os melhores pensamentos.

Agradeço, finalmente, aos familiares e amigos de vida, sempre compreensivos, sempre torcedores. Em especial, agradeço ao Bruno, por uma infinidade de razões que nem conseguiria listar. Por, mesmo sem qualquer afinidade com o tema, ter dividido comigo horas de leitura, noites mal dormidas, e as privações que qualquer esforço acadêmico há de ocasionar durante o seu desenvolvimento.

CESAR, Roberta Bortot. *Regulação dos serviços públicos: o caso da ANEEL*. 2017. 173f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

## RESUMO

A preocupação com o surgimento e a legitimidade da regulação independente já foi objeto de diversos estudos no campo da teoria do Estado. O que se pretende com a presente dissertação de Mestrado, seguindo-se movimentos mais recentes, é migrar o debate para o campo da qualidade da atividade regulatória, a qual, para ser bem desenvolvida, necessita ser eficiente, responsiva e, para tanto, responsável. É imprescindível para o bom desenvolvimento da atividade regulatória independente, que as agências reguladoras sejam dotadas de algumas características primordiais, das quais destacamos a tecnicidade, a autonomia e a equidistância dos interesses envolvidos no setor. A independência se mostra como o elemento central, e, ao contrário do que se alega, não significa um espaço de arbitrariedade, com limites impostos pela processualidade e pelo princípio da eficiência, que exige máximo aproveitamento e qualidade regulatória. A análise empírica do setor de energia elétrica, contudo, demonstra a existência de um abismo entre as bases teóricas da regulação e o modelo aplicado à Agência Nacional de Energia Elétrica-ANEEL, especialmente em virtude da ausência de definição precisa dos espaços decisórios afetos à política regulatória; a sua constante captura pelo poder político e pelo controle; os cortes orçamentários e a dependência gerencial, financeira e orçamentária; a ausência de investimento em capacitação técnica, no incremento do quadro de funcionários e no uso das modernas ferramentas de governança; a inexistência de jurisprudência administrativa acessível; o desvirtuamento do processo administrativo regulatório; a insuficiente participação dos interessados e o déficit de responsividade do regulador. Passados vinte anos desde a criação da ANEEL, não há como admitir-se a permanência da influência do modelo tradicional de Administração Pública, unilateral e autoritária, sobre as decisões regulatórias. Há que serem direcionados os esforços para o aperfeiçoamento do modelo, permitindo-se que a atividade regulatória seja desenvolvida de forma a pautar-se na busca da consensualidade, do equilíbrio e da sustentabilidade do setor.

**Palavras-Chave:** Serviços Públicos. Regulação independente. Agências reguladoras. ANEEL. Qualidade regulatória. Governança. Princípio da Eficiência. Captura do poder regulatório. Devido Processo Legal.

CESAR, Roberta Bortot. *Regulation of public services: the case of Aneel*. 2017. 173p. Master Dissertation – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2017.

### ABSTRACT

The concern with the emergence and legitimacy of independent regulation has already been the object of several studies in the field of theory of the State. What is intended with the present dissertation is to migrate the debate to the field of regulatory quality, which, in order to be better developed, needs to be efficient, responsive and therefore responsible. It is essential for the development of the independent regulatory activities that the regulators are endowed with primordial characteristics, of which we highlight technicality, autonomy and equidistance of the sector's interests. Independence is seen as the central element and, in contrast to what is currently alleged, does not mean a space for arbitrariness, with limits imposed by legal procedures and by the principle of efficiency, which requires maximum utilization and regulatory quality. Empirical analysis of the electric energy sector, however, demonstrates the existence of an abyss between the theoretical basis of regulation and the model that it is currently applied by ANEEL, especially due to the absence of a precise definition of the decision-making spaces attached to regulatory policy; its constant capture by the political power and control; spending cuts and management, financial and budgetary dependence; the lack of investment in technical capacitation, increase in staff, and in the use of modern governance mechanisms; the absence of accessible administrative jurisprudence; the distortion of the administrative regulatory process; the insufficient involvement of stakeholders and the lack of responsiveness of the regulator. As twenty years have passed since the creation of ANEEL, the influence of the traditional model of Public Administration, unilateral and authoritarian, on the regulatory decisions can no longer be acceptable. Efforts must be focused towards the improvement of the model, allowing regulatory activity to be developed seeking the search of consensus, balance and sustainability.

**Keywords:** Public Services. Independent Regulation. Regulators. ANEEL. Regulatory Quality. Governance. Principle of Efficiency. Regulatory capture. Due Process of Law.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL  
Ambiente de Contratação Livre – ACL  
Análise de Impacto Regulatório - AIR  
Câmara de Comercialização de Energia - CCEE  
Centrais Elétricas Brasileiras S.A (Eletrobrás)  
Conta Centralizadora dos Recursos De Bandeiras Tarifárias – CCRBT  
Conta de Consumo de Combustíveis – CCC  
Conta de Desenvolvimento Energético – CDE  
Conta no Ambiente de Contratação Regulada - CONTA-ACR  
Déficit de Geração Hídrica – GSF (*Generation Scaling Factor*)  
Empresa de Referência – ER  
Estados Unidos da América - EUA  
Índice Geral de Preços do Mercado - IGPM  
Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO  
Lei Orçamentária Anual - LOA  
Mecanismo de Realocação de Energia – MRE  
Medida Provisória – MP  
Mercado de Curto Prazo – MCP  
Ministério de Minas e Energia - MME  
Normas de Auditoria do Tribunal de Contas da União - NAT  
Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS  
Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE  
Plano Plurianual - PPA  
Reserva Global de Reversão – RGR  
Sistema Interligado Nacional – SIN  
Superior Tribunal de Justiça – STJ  
Supremo Tribunal Federal – STF  
Tribunal de Contas da União – TCU  
Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3  
Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1  
União Europeia – UE  
Usina Hidroelétrica - UHE

# SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>2. NOTAS SOBRE A REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS NA ADMINISTRAÇÃO PLURICÊNTRICA</b> .....	13
2.1. Viés material da prestação dos serviços públicos .....	14
2.1.1. Serviços públicos: conceito e utilidade .....	15
2.1.2. Formas de exploração do serviço público .....	22
2.1.3. O fenômeno da regulação econômica no cenário brasileiro, norteamericano e europeu. Peculiaridades e incompatibilidades .....	27
2.1.4. A regulação dos serviços públicos no Brasil: Finalidade e legitimação em sentido amplo .....	36
2.2. Viés Institucional da Regulação dos Serviços Públicos .....	46
2.2.1. A Administração Pluricêntrica. O que é e como se coloca? .....	46
2.2.2. Agências Reguladoras - centros de poder autônomos .....	49
2.2.3. Características primordiais para o modelo - tecnicidade; autonomia e equidistância .....	51
2.2.4. Funções das agências: adjudicação, mediação e função normativa .....	53
<b>3. BASES TEÓRICAS PARA UM MODELO REGULATÓRIO EFICIENTE</b> .....	57
3.1. Prerrogativas imprescindíveis ao funcionamento do modelo regulatório .....	57
3.1.1. A independência como elemento central .....	58
3.1.2. A capacitação técnica .....	61
3.1.3. Autonomia gerencial, financeira e orçamentária .....	62
3.1.4. A legalidade eficaz .....	66
3.1.5. Os limites do Estado na fixação dos <i>standards</i> regulatórios .....	67
3.2. O direito fundamental à boa administração .....	69
3.3. O devido processo administrativo regulatório .....	72
3.3.1. A legitimação democrática do processo participativo .....	75
3.3.2. O dever de ponderação e justa motivação .....	77
3.3.3. As espécies de controle .....	78
<b>4. A DETERIORAÇÃO DO SISTEMA REGULATÓRIO BRASILEIRO: O CASO DA ANEEL</b> .....	81
4.1. A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e a crise do sistema .....	81
4.2. Elementos orgânicos .....	82
4.2.1. A captura do regulador pelo poder político .....	83
4.2.1.1. A interferência política na decisão técnica .....	84
4.2.1.1.1. Medida Provisória n.º 579/2012 .....	86
4.2.1.1.2. Decreto n.º 8.221/2014 .....	91
4.2.1.2. O loteamento político dos cargos de Diretoria e Conselho .....	96
4.2.2. A captura do poder regulatório pelo controle .....	99
4.2.2.1. O Poder Judiciário .....	99

4.2.2.1.1. A abertura de agências .....	101
4.2.2.1.2. O GSF (Déficit de Geração Hídrica).....	107
4.2.2.2. O Tribunal de Contas da União .....	117
4.2.2.2.1. Auditoria operacional TC-011.223/2014-6 .....	119
4.2.2.3. As Comissões Parlamentares .....	126
4.2.2.4. A supervisão Ministerial .....	127
4.2.2.4.1. Os leilões de energia .....	131
4.2.2.4.2. A Portaria MME 176/2016 .....	134
4.2.3. A indefinição institucional da ANEEL .....	135
4.3. Elementos processuais .....	137
4.3.1. O ato regulatório autista .....	140
4.3.2. O processo administrativo burocrático .....	142
4.3.3. A insegurança jurídica da motivação <i>pro forma</i> .....	144
4.3.4. A ausência de vinculação do regulador aos seus próprios precedentes .....	145
4.4. Elementos materiais .....	147
4.4.1. A qualidade da decisão regulatória .....	148
4.4.2. Multipolaridade de interesses em composição e o déficit democrático .....	152
4.4.3. A (des)organização social .....	155
4.4.4. O descrédito das instituições e o desinteresse da população.....	155
4.4.5. As barreiras da tecnicidade e da assimetria informacional .....	156
4.4.6. O déficit de responsividade.....	158
<b>5. CONCLUSÃO .....</b>	<b>160</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>164</b>

## 1. INTRODUÇÃO

Concebida num cenário onde se mostra inquestionável a existência de falhas no sistema regulatório brasileiro, a presente dissertação partirá de uma análise empírica da regulação setorial, a fim de identificar os pontos de contato e divergência entre as bases teóricas da regulação dos serviços públicos e os critérios e procedimentos atualmente aplicáveis, objetivando apontar os principais aspectos nos quais, a nosso ver, se faria imprescindível a revisão do modelo adotado.

Para possibilitar o maior aprofundamento da pesquisa, mostrou-se impositiva a redução do seu escopo, limitando-o à análise do sistema regulatório de um único setor. A escolha da Agência Nacional de Energia Elétrica- ANEEL, em particular, se deu em razão da notoriedade da crise vivenciada no setor de energia, bem como da sua especial relevância à sociedade, configurando-se serviço público de essencialidade ímpar.

Desde logo, há que se destacar que, ainda para a delimitação do escopo da pesquisa e a correta compreensão do seu alcance, mostrou-se imprescindível a adoção de determinados conceitos jurídicos, tomados com base na análise do contexto jurídico e social em que inseridos.

Por essa razão, iniciaremos a presente dissertação pela realização de um breve apanhado histórico, contextualizando-se o fenômeno da regulação por suas diferentes origens e evoluções no cenário brasileiro e mundial, até chegar-se à identificação precisa do objeto de estudo: a regulação independente dos serviços públicos, com enfoque na ANEEL.

Ao definir-se pela abordagem da regulação econômica independente, exercida sobre a prestação de serviços públicos, buscaremos demonstrar a interpretação que se pretende adotar para os conceitos de serviços públicos e de regulação, temas que serão abordados de forma sucinta no capítulo 2 da presente dissertação.

Partindo-se da superação da visão patrimonialista estatal, defenderemos que a titularidade, pelo Estado, das atividades econômicas unidas à categoria de serviços públicos, apenas se justificaria quando imprescindível à consecução dos objetivos definidos na Constituição Federal, impondo-se ao Estado a obrigação de disciplinar o equilíbrio entre os interesses econômicos e a consecução de políticas públicas.

Mais do que prerrogativa, o serviço público seria então compreendido como o dever do Estado de zelar, respondendo solidariamente pela acessibilidade e pela eficiência na prestação de determinadas atividades essenciais - ponto fulcral para a limitação da sua intervenção.

Assim, buscaremos demonstrar que, motivada pela crescente complexidade das novas relações jurídicas, pela necessidade de modernização dos ativos e dos procedimentos, e pela imposição de que os atos administrativos acompanhem *pari passu* essa modernização, a reforma do Estado tornou-se imperativa, sem a qual seria impossível ao Estado atuar com a eficiência e economicidade necessárias ao atendimento das demandas sociais, garantidas pelos artigos 37 e 70 da Constituição Federal.

Defenderemos que a eficiência é consagrada como um “direito difuso da cidadania”<sup>1</sup>, guinada expressamente como princípio constitucional da Administração Pública pela Emenda Constitucional n.º 19/98. Trata-se de um valor de utilidade, um conceito econômico que introduz, no universo jurídico, parâmetros relativos ao aproveitamento ótimo dos recursos escassos, disponíveis para a realização máxima de resultados desejados. Não se cuida apenas de exigir que o Estado alcance resultados com os meios que lhe são colocados à disposição pela sociedade (eficácia), mas também que os efetue da melhor maneira possível (eficiência), tendo, assim, uma dimensão qualitativa<sup>2</sup>.

Demonstraremos que, no que concerne aos serviços públicos, tal princípio tomou especial destaque, refletido nas exigências da continuidade, modicidade, universalização e adequação, mediante a organização racional dos meios e recursos para a prestação de serviços com a melhor qualidade possível, em condições de igualdade aos usuários, e especialmente de forma sustentável, o que pressupõe a necessidade de atração de investimentos privados.

E, assim, sustentaremos que, diante da falência do modelo burocrático piramidal de Estado e da necessidade de conferir-se eficiência à atividade administrativa, então voltada ao gerenciamento e conformação dos diferentes interesses da sociedade amplamente fragmentada, é que surgiram modelos horizontais e descentralizados de organização do aparato administrativo.

---

<sup>1</sup>MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Apontamentos sobre a reforma administrativa. EC 19, de 4 de julho de 1998*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 38.

<sup>2</sup>GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Ed., 2003. p. 298. (Coleção Temas de Direito Administrativo).

A regulação independente, nesse contexto, no nosso entendimento, se apresenta como a forma mais eficiente de concretização da função estatal relacionada aos serviços públicos, pois afasta da atividade regulatória a contaminação por interesses políticos alheios às necessidades setoriais, garantindo-se maior previsibilidade e segurança ao setor.

Não obstante, a própria especificidade e tecnicidade das complexas relações sociais provenientes do avanço tecnológico não permitiria a manutenção da estrutura vertical do poder decisório, concentrado politicamente.

Assim, após a demonstração da pertinência da adoção do modelo de regulação independente, passaremos a identificar as prerrogativas mínimas ao agente regulador, que entendemos necessárias ao bom funcionamento do modelo, as quais serão explanadas no capítulo 3 da presente dissertação.

Após o esforço de identificação das bases teóricas necessárias para um modelo regulatório eficiente, o esforço central – o qual representa o principal desafio da pesquisa desenvolvida - será o de identificar, mediante a análise empírica do caso da ANEEL, os principais elementos orgânicos, processuais e materiais, que, em alguma medida, estariam dissociados do modelo.

Pretendemos sustentar que, em que pese passados mais de 20 (vinte) anos desde a adoção do modelo, talvez diante da ausência de respaldo na doutrina tradicional, bem como da ausência de tratamento constitucional evidente, o tema ainda gera perplexidade e resistência, especialmente quanto à superação do paradigma patrimonialista e autoritário do Estado.

Parece claro que a experiência da regulação entre nós, como sucedeu alhures, presta-se a passar por contestações até por crises, o que, afinal, é previsível, dada a modernidade do instituto, mas o certo é que graças a ela se está auspiciosamente despertando uma nova visão, não só no âmbito do governo como no de toda a sociedade, sobre temas sensíveis de nosso tempo, tais como a desburocratização, a impessoalidade, a negociação pública de interesses, a preocupação com a eficiência e com os resultados e, destacadamente, com as extraordinárias possibilidades abertas ao controle social.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup>MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A regulação sob a perspectiva da nova hermenêutica. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Eletrônico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 12, p. 16-17, nov./2007 / jan. 2008.

Assim, em que pese não se trate de tema recente, acreditamos que a reflexão pretendida ainda se mostra relevante, especialmente diante da necessidade de confrontação da teoria e prática, para análise da perda de contato entre o caso concreto e as bases teóricas da regulação, inclusive diante do amadurecimento do tema, com o surgimento de modernas práticas regulatórias identificadas no decorrer da pesquisa, de utilização incipiente no modelo regulatório nacional.

Finalmente, encerraremos a dissertação no capítulo 5, com a conclusão obtida ao longo da pesquisa, sintetizando os desafios a serem enfrentados, segundo nosso entendimento, para o bom desenvolvimento da regulação independente no Brasil.

## 2. NOTAS SOBRE A REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS NA ADMINISTRAÇÃO PLURICÊNTRICA

Houve, no último século, uma revolução no âmbito da tecnologia e das comunicações, ocasionando a completa renovação das ciências<sup>4</sup> e da sociedade, que levaram à extrema velocidade, ao desaparecimento das distâncias<sup>5</sup> e das fronteiras, à globalização, ao incremento da produção industrial e do comércio, provocando modificações profundas na economia e no direito. Embora a transformação tenha sido gradual, os seus efeitos passaram a ocorrer em ritmo mais acelerado nas últimas décadas.

Todas essas mudanças provocaram alterações estruturais na compreensão do sistema jurídico, um redimensionamento do sentido e do alcance de institutos tradicionais, bem como a necessidade de estabelecerem-se novos contornos e conceitos de importância mais recente.

No que tange à alteração da estrutura do sistema, pode-se dizer que, em lugar de um conjunto de regras petrificadas, editadas com pretensão de completude, com sentido estático e absoluto, dispostas sob a forma da pirâmide rigidamente estratificada<sup>6</sup>, o direito passou a ser visto como uma rede normativa complexa e abrangente, cujas proposições, além de terem diferentes características e graus de abstração, e muito embora ainda possam ser sistematizadas de forma hierárquica, se inter-relacionam dialeticamente na busca de seus próprios significados.

Houve também uma mudança de valores, passando o direito a cultivar não só a coerência, a estabilidade e a obediência, mas, especialmente em determinados setores, a criatividade, a flexibilidade, a eficiência, a celeridade e a possibilidade de fazer coexistir soluções baseadas em princípios distintos, senão contrários, entre os quais deve ser estabelecido um justo equilíbrio.

Para o direito administrativo, essa transformação foi ainda mais paradigmática, ocasionando a superação da visão patrimonialista do Estado, para focar-se na obrigação

---

<sup>4</sup>PRIGOGINE, Ilya. *La fins de certitudes*. Paris: Editions Odile Jacob, 1996.

<sup>5</sup>CAIRNCROSS, Frances. *The death of distance*. Boston: Harvard Business School Press, 1997. p. 303.

<sup>6</sup>KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

de promover a efetivação dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal.

Essas transformações ocasionaram fortes impactos na forma de intervenção do Estado na economia, especialmente nas atividades consideradas serviços públicos, dando azo à criação de organismos independentes criados com a finalidade de separar os interesses do Estado da atividade regulatória, pretendendo-lhe conferir eficiência e equidistância, bem como privilegiar a consensualidade na regulação.

Pois bem. Busca-se aqui identificar o fenômeno da reformulação do papel do Estado na sua relação com as atividades econômicas consideradas serviços públicos, especialmente os fundamentos e objetivos dessa reforma, almejando-se, assim, permitir a realização de uma reflexão mais aprofundada a respeito das bases teóricas imprescindíveis para a eficiência do modelo regulatório, a fim de confrontá-las com o cenário atual do setor elétrico.

Para tanto, optou-se por subdividir esse capítulo nos dois aspectos primordiais a serem objeto de análise. O primeiro deles, o qual denominamos de “viés material da prestação de serviços públicos”, tem por finalidade tecer breves considerações sobre a evolução do conceito de serviços públicos e das suas formas de exploração, demonstrando-se os contrapontos e influências internacionais que contribuíram para a formulação brasileira sobre o tema.

O segundo deles, denominado de “viés institucional da regulação dos serviços públicos” objetiva demonstrar a conjuntura e os fundamentos que levaram a criação das agências reguladoras independentes no Brasil, destacando-se suas principais funções e características.

## **2.1. Viés material da prestação dos serviços públicos**

Antes de se adentrar ao tema da regulação, e especialmente diante da inter-relação estabelecida da adoção do modelo de regulação independente no Brasil e a desestatização dos serviços públicos, faz-se imperiosa a demonstração da evolução da noção de serviços públicos, sua utilidade e aplicabilidade, seus principais métodos de exploração e a origem da sua íntima relação com a atividade regulatória estatal, especialmente quando manejada como instrumento para garantia da prestação adequada e contínua de um serviço de interesse geral. É o que se pretende explorar nesse tópico.

### 2.1.1. Serviços públicos: conceito e utilidade

A noção de serviços públicos sofreu profundas transmutações ao longo do tempo, mostrando-se imprescindível, para a definição do conceito adotado na presente dissertação, a análise do contexto jurídico e social em que inserido. Essa observação se faz especialmente necessária pela característica essencialmente dinâmica dos conceitos jurídicos<sup>7</sup>, mostrando-se oportuno advertir os riscos inerentes à própria pretensão de defini-los. Feitas essas considerações, passa-se ao objetivo presente.

Não se pretende abordar, pelo presente, o conceito de serviço público em sentido amplo, ou seja, abrangendo-se a função pública dependente do exercício do poder extroverso pelo Estado, soberano detentor do monopólio da violência legítima.

Tratar-se-á dos serviços públicos compreendidos nas atividades essencialmente econômicas, que admitam precificação, porém integrem o plexo de utilidades titularizadas pelo Estado, firmando-se a participação direta estatal na economia, em seu papel social. Vale dizer, o conceito de serviço público que aqui importa estabelecer remete aos limites da interferência do Estado na economia e as consequências dela decorrentes.

Assim, analisando-se especificamente o cenário brasileiro, verifica-se que a Constituição Federal trouxe como princípios basilares da ordem econômica a livre iniciativa e a concorrência, com a conseqüente limitação da intervenção do Estado no domínio econômico. É o que se verifica no artigo 170, *caput*, IV e parágrafo único, da Constituição Federal.

Há casos, no entanto, que a intervenção do Estado na economia não é só admitida, como necessária, seja de forma indireta, conforme o art. 174 da Carta Magna, seja diretamente, pelo desempenho de determinada atividade econômica, o que somente se admite quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, na forma do artigo 173 da Constituição Federal.

---

<sup>7</sup>Charles-Albert MORAND, os define como conceitos de “geometria variável” (In: *La légalité: un principe à géométrie variable*, Genebra, Helbing & Lichtenhan, 1992). Conforme leciona Arnoldo Wald, “As normas jurídicas, que nascem com o escopo de permanência, devem permitir a atualização de seus ditames de acordo com as alterações que ocorrem no seio da sociedade. Nesse sentido, os conceitos jurídicos, princípios e cláusulas gerais, por sua própria plasticidade, têm a capacidade de acomodar melhor essas alterações”. WILD, Arnoldo. O princípio fundamental da segurança jurídica. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do; VELLOSO, Carlos (Coords.). *Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: LEX, 2005. p. 213-215.

Não se extrai da Constituição, porém, um conceito fechado de serviço público, tampouco a delimitação das exatas consequências jurídicas advindas da elevação de determinada atividade econômica como serviço público. A Lei 8.987/95 também não o fez, de forma que ficou a cargo da legislação setorial e da doutrina a extração do conceito de serviço público e, especialmente, a definição do regime aplicável às atividades assim compreendidas.

A doutrina costuma distinguir a atuação do Estado no serviço público da atividade econômica em sentido estrito. Comumente o faz para determinar uma suposta reserva estatal do setor da economia avocado como serviço público<sup>8</sup>, concepção da qual discordamos. Seria o serviço público, nesse contexto, aquele pelo qual atividades essenciais seriam avocadas pelo Estado, prestado com vistas a permitir a fruição individual de uma utilidade de forma equânime por toda a coletividade.

Esse esforço acadêmico deu origem a velhas fórmulas aplicadas ao Estado Social, até chegar-se ao Estado Regulador ou Subsidiário, o qual não mais admite a qualificação jurídica patrimonialista dos serviços públicos.

De fato, o crescimento das atribuições do Estado e de sua atividade interventiva, a forma burocrática de organização, os gastos públicos elevados, a falta de recursos, o crescente endividamento e a conseqüente necessidade de atração do capital privado, a ineficiência do Estado no desempenho de suas vastas funções e o aumento das demandas sociais, decorrentes do desenvolvimento da sociedade em muito atribuído à tecnologia, conduziram à necessidade de revisão do modelo de Estado provedor<sup>9</sup>.

É nesse contexto que se teve a retirada do Estado do exercício de atividades econômicas e da prestação de serviços públicos, na forma das privatizações e das concessões ou permissões de serviços públicos.

É necessário ter em vista que o modelo de atuação subsidiária do Estado não pretendeu o abandono das conquistas referentes aos direitos individuais e sociais fundamentais, razão pela qual o Estado, mesmo dissociando-se da figura de provedor,

---

<sup>8</sup>Nesse sentido, entre outros, confira-se: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Ed., 2006. p. 633; GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2002. p. 153; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. op. cit., p. 139; e JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Restrições regulatórias à concorrência*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 46-48.

<sup>9</sup>WALD, Arnoldo. O direito das privatizações. In: WALD, Arnoldo. *Direito das concessões*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. p. 214. (Série Grandes Pareceristas, v. 3).

passou a garantir, mediante a regulação, que a atividade privada fosse exercida com vistas à realização dos valores coletivos.

Não obstante, admitida a prestação pelo particular, o Estado, ainda diante da visão patrimonialista, permaneceu como titular da atividade, na medida em que a exploração pela iniciativa privada foi operacionalizada mediante delegação, agindo o particular em nome do Estado, em contratos regidos sob o regime de direito público.

Em que pese às transformações sofridas na forma de intervenção do Estado na economia, permaneceram fortes os resquícios da visão “ex pars principis”, pela qual se entendia o interesse público como o próprio interesse do Estado, traduzindo-se na interpretação dos serviços públicos como atividades sob os quais o Estado detinha a prerrogativa de exploração exclusiva - e não o dever de prestação.

Mostra-se, ainda hoje, difícil justificar, à luz da utilidade e das necessidades sociais, a manutenção de certos serviços no seara de atuação direta do Estado sob o velho mantra da soberania do interesse público, até porque são novos e díspares os interesses atribuídos às parcelas da sociedade. Verifica-se uma pluralidade de interesses a ser identificados e protegidos pelo Estado, o que inviabiliza a consideração da noção de interesse público de forma universal e absoluta. O interesse público passa a ser heterogêneo, de forma que não se mantém a ideia de que, numa sociedade pluralista, atividades exploradas para o usufruto de todos devam ter o Estado como único “jogador”.

Da mesma forma, verifica-se uma grande aproximação dos serviços públicos das atividades econômicas em regime de livre concorrência. Mostra-se inaplicável a conclusão da existência de antagonismo entre os interesses privatistas e a consecução de metas de interesse geral, especialmente porque a experiência da exploração direta de determinada utilidade pelo Estado não refletiu em maior eficiência.

O papel do Estado na atualidade, portanto, está mais voltado à mediação da solidariedade social, fixando políticas públicas com vistas a garantir os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana. Esse papel, contudo, não se limita às atividades atualmente consideradas serviços públicos, devendo ser desempenhado da forma e nos limites impostos pela Constituição Federal, no que concerne ao mínimo necessário à consecução das metas constitucionais.

Nota-se, portanto, que a dificuldade de conceituação do serviço público está justamente na evolução das relações jurídicas mantidas pelo Estado diante do desenvolvimento da sociedade, que se tornaram essencialmente mais complexas, fazendo desaparecer a utilidade e aplicabilidade do conceito até então prevalecente, pelo qual se definia o serviço público como aquele de titularidade do Estado, remunerado mediante preço público fixo e uniforme, referente à prestação de utilidades excluídas da esfera de atuação privada e submetidas ao regime exclusivamente de direito público, dada a sua essencialidade.

Ressalta-se, por oportuno, a existência de discussões doutrinárias a respeito da possibilidade de prestação de serviços públicos gratuitos. Não se vislumbra, contudo, na Constituição Federal, qualquer impedimento ao oferecimento pelo Estado de serviços públicos de forma gratuita, incluindo-se no conceito de serviço público aqui tratado aqueles tidos como “serviços sociais”, notadamente a saúde e a educação.

Qual seria então o conceito de serviço público aplicável às relações atuais e a sua utilidade? É o que se pretende identificar a seguir.

Parece equivocado atribuir genericamente aos serviços públicos características homogêneas: não há como se justificar a exclusividade, tampouco a necessidade da intervenção estatal direta, especialmente como regime derogatório da atuação privada, nas diversas atividades hoje tratadas pela Constituição ou pela lei como serviços públicos.

Pelo menos, essa conclusão não se extrai do art. 175 do texto constitucional, tampouco dos modelos legais vigentes. Como é cediço, a Constituição deve ser interpretada de forma sistêmica, e, ao mesmo tempo, maleável às mudanças sociais. Assim, não se pode perder de vista as disposições do art. 21, XI e XII, do texto constitucional, que permitem a exploração de atividades consideradas serviços públicos mediante autorização, ou seja, em regime jurídico de direito privado, o que, inclusive, já se verifica em algumas atividades tradicionalmente consideradas serviço público.

Há ampla resistência doutrinária ao posicionamento de que atividades consideradas serviços públicos poderiam ser objeto de autorização, diante da suposta inafastabilidade do regime de direito público. Busca-se, assim, justificar a previsão constitucional do art. 21 na existência de serviços secundários e não essenciais dentro de um mesmo setor que, portanto, não seriam compreendidos no conceito de serviço público e, conseqüentemente, seriam passíveis de exploração por autorização.

De qualquer forma, parece impossível afastar, de antemão, a possibilidade de concorrência na prestação das atividades consideradas serviço público.

Até porque, conforme mencionado, a própria legislação infraconstitucional faz referência à ausência de exclusividade em concessões e permissões de serviço público, conforme o art. 16 da Lei 8.987/95, que complementa o art. 175 da Carta Magna ao dispor sobre o regime de prestação de serviços públicos delegados. A título de exemplo, destaque-se a legislação do setor elétrico, inclusive porque tal setor representa o foco do presente estudo, a qual também desvincula da prestação de serviços públicos a configuração de exploração monopolística<sup>10</sup>.

De fato, em um regime de liberdades e de desenvolvimento social, a intervenção direta do Estado na economia, especialmente como agente econômico monopolístico, somente se justifica quando realmente imprescindível à consecução dos objetivos definidos na própria Constituição Federal, o que deve ser analisado com maior cautela – e não simplesmente pela mera elegibilidade. Se a intervenção estatal antes era considerada como blindagem à concorrência, hoje se justifica justamente com o objetivo de fomentá-la.

Assim é que, todos esses fatores, atrelados à necessidade de maior integração econômica entre os países da União Europeia, deram força à noção de serviços econômicos de interesse geral.

Nessa moderna acepção, oriunda da construção doutrinária Europeia, o Estado somente poderá avocar uma atividade mediante intervenção direta com exclusão da concorrência se houver uma demonstração concreta da necessidade da restrição, bem como da intensidade da medida protetiva. Assim, o ônus de assegurar a disponibilidade da prestação não se trasmuta na prerrogativa de exploração monopolística.

A exclusividade, portanto, somente faria sentido no que concerne às atividades que dependam de bens públicos para a sua exploração, verificando-se o grau de imprescindibilidade do uso privativo do bem público para a prestação da utilidade, o que ocasiona naturalmente a restritividade de acesso. Nas indústrias de rede, contudo, os avanços tecnológicos já permitem o compartilhamento, devendo ser ele objetivado.

Diante disso, concluiu-se que não haveria mais como se justificar a exclusividade como pressuposto da prestação de serviço público. Da mesma forma, tampouco se

---

<sup>10</sup>Art. 15, da Lei 9.074/95.

compreendeu, nesse novo conceito, a inafastabilidade de obtenção de um título habilitante de direito público para acesso à prestação da atividade, com limitação temporal, e ainda, em regime rígido, homogêneo, de gestão pública e de precificação, com tratamento indiscriminado a todas as atividades da cadeia.

Passou-se, então, a considerar não apenas a possibilidade, como a necessidade de elaboração de uma regulação modulada, na qual prevaleceria a pluralidade de regimes, impostos nos exatos limites necessários à garantia do atendimento dos interesses indissociáveis constitucionalmente garantidos.

Isso não significa dizer que a figura do serviço público tenha perdido sua razão de ser. No conceito de serviço público de aplicação moderna, mantém-se forte a natureza econômica da atividade; porém, impõe-se ao Estado a obrigação de disciplinar o equilíbrio entre a exploração econômica e a consecução de políticas públicas definidas pela lei.

Assim, a unção de uma atividade como serviço público faz surgir prerrogativas ao Estado de dispor sobre o acesso à prestação, decidindo sobre o quanto internalizará e a forma de ingresso dos prestadores naquela atividade econômica e exigindo a subordinação da exploração a um regime de maior incidência regulatória, desde que respeitados os limites da menor intervenção possível.

Mais do que prerrogativa, contudo, o serviço público é o dever do Estado de zelar, respondendo solidariamente pela prestação contínua, isonômica, módica, adequada e com vistas à universalização, independentemente do modelo de exploração adotado.

Verifica-se, portanto, que a obrigação do Estado no que concerne aos serviços públicos não é decorrente do regime público dos contratos, mas, sim, de sua responsabilidade constitucionalmente determinada, a assegurar aos cidadãos a existência digna, a construir uma sociedade livre, justa e solidária, a garantir o desenvolvimento nacional e a soberania, conforme art. 1º, I e III, 3º, I e II, e 170, *caput*, da Constituição Federal.

Não significa dizer, contudo, que a obrigação do Estado possa ser interpretada de forma ampliativa. Lembre-se que a República Federativa do Brasil funda-se nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no direito a propriedade privada, de forma que a intervenção estatal na economia tem por finalidade garantir tão somente o mínimo necessário à concretização dos valores constitucionais, exigindo-se, ainda, pelos princípios da Legalidade e da Segurança Jurídica, a observância dos limites legais.

Assim, serviço público seria toda atividade econômica a qual a lei ou a própria Constituição imponha ao Estado o dever solidário de manutenção da prestação de forma adequada e com vistas à universalização, desde que compreenda o plexo de atividades estritamente necessárias a garantir a consecução das finalidades precípua da nação. Em última análise, o que torna determinada atividade um serviço público é o bem jurídico tutelado, que varia conforme as opções políticas – de longo prazo - que modificam a missão do Estado, conforme os parâmetros básicos estabelecidos na Constituição Federal.

Como se vê, o conceito define apenas o grau de responsabilidade estatal, especialmente no que concerne à obrigação de existência de uma política pública voltada à universalização, eficiência e à persecução de objetivos de interesse geral, não trazendo, em si mesmo, quaisquer outras consequências jurídicas.

De fato, a intervenção do Estado na economia pela regulação<sup>11</sup> pode se dar em qualquer atividade econômica, seja ela em “sentido estrito”, na classificação trazida por Eros Grau<sup>12</sup>, ou em “serviço público”, na forma a que alude o artigo 175 da Constituição Federal.

O que se tem é que, dados os compromissos assumidos pelo Estado frente aos serviços públicos, tem-se por necessária uma maior regulação, pela qual o Poder Público assegurará a existência e o acesso a essas utilidades por toda a coletividade.

Diante disso, verifica-se a inexistência de qualquer impedimento constitucional à atuação do setor privado em serviços tidos como públicos, desde que regulados de forma a garantir a persecução dos interesses gerais já destacados.

A obrigação imposta ao Poder Público pelo art. 175 da Constituição Federal não impede que determinada atividade, considerada serviço público pela sua essencialidade, reconhecida por lei, possa ser exercida adequadamente por particulares, de forma a retirar do Estado a necessidade de intervenção direta, mantendo-se, contudo, a regulação como forma de disciplinar o equilíbrio entre os interesses econômicos e a persecução dos interesses gerais estabelecidos nas políticas públicas, guiadas pela Constituição Federal.

---

<sup>11</sup>Admitindo-se por regulação a atuação do Estado na economia pela qual fiscaliza, condiciona, restringe, planeja, normatiza ou fomenta a atividade econômica em sentido amplo.

<sup>12</sup>GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1990. p. 55 e ss.

Essa atuação regulatória, contudo, tende a abandonar o perfil autoritário para possibilitar uma maior interlocução com os diversos interesses manifestados pela sociedade, de forma a melhor atendê-los, sem prejuízo ao atingimento da política pública de longo prazo, estabelecida no manejo da solidariedade social.

Nada obsta, aliás, a ocorrência de assimetrias regulatórias, que, devidamente embasadas mediante a demonstração de sua imprescindibilidade para o alcance das metas públicas, permitam a exploração de uma mesma atividade em níveis de regulação e regimes distintos, principalmente para a introdução da competição em alguns setores. Passa-se, assim, a abordar as diferentes formas de exploração de serviço público.

### **2.1.2. Formas de exploração do serviço público**

Conforme acima exposto, o núcleo central do conceito moderno de serviço público está relacionado à elevada responsabilidade estatal pelas atividades que, dado o seu grau de relevância para a coletividade, não podem ser descontinuadas e devem ser disponibilizadas a todo o universo de cidadãos. Essas razões justificam um certo grau de intervenção estatal nas regras do jogo, dentro dos limites mínimos necessários ao alcance das finalidades sociais.

A utilidade do conceito está, portanto, no estabelecimento de um grau elevado de responsabilidade estatal para garantia da continuidade e acessibilidade de determinadas atividades econômicas que, por suas características, em um determinado momento histórico, façam-se imprescindíveis à coletividade.

Tais atividades poderão variar conforme o tempo e espaço e encontram-se, em regra, delimitadas pela Constituição Federal - especialmente aquelas relacionadas à infraestrutura - ou por leis infraconstitucionais.

O conceito não deverá ser ater, contudo, ao critério legal, devendo albergar o plexo de atividades que conduzam à garantia do mínimo necessário a assegurar aos cidadãos a satisfação de direitos fundamentais.

Ao Estado cabe, impreterivelmente, a tarefa de definir as políticas públicas e promover a regulação da atividade, não havendo que se falar, ao menos *a priori*, no pressuposto da exclusividade, tampouco de atuação direta estatal ou em regime jurídico de

direito público, desde que a iniciativa privada encontre-se devidamente capacitada a suprir os interesses gerais.

Nesse sentido, importa destacar as lições de Vitor Schirato:

qualquer restrição ao direito fundamental da livre iniciativa que se verifique com relação à exploração de uma atividade considerada serviço público não é automática e inerente à noção do instituto. Muito ao contrário: é excepcional<sup>13</sup> e depende de circunstâncias especiais que fazem ser admissível em cada caso concreto, sob o pálio do crivo da proporcionalidade, uma restrição a referido direito fundamental<sup>14</sup>

Assim, a prestação do serviço público pode se dar tanto de forma concorrencial (regra) ou exclusiva (exceção). Poderá se dar, ainda, tanto pela iniciativa privada, quanto pelo Poder Público. Ainda, sendo concorrencial, a prestação do serviço poderá conviver com ou sem a assimetria de regimes jurídicos.

Dessa forma, sempre que a prestação de um determinado serviço público depender do acesso a bens públicos que não possam ser compartilhados, ou que se insiram num contexto que demande a identidade de regime entre os agentes prestadores, a exploração do serviço público, seja pelo Poder Público ou pela iniciativa privada, deverá ocorrer em regime jurídico único.

Não há, contudo, nenhuma incompatibilidade ou proibição de exploração de um determinado serviço público por diversos agentes em concorrência, em regime de direito público, sem que isso exclua a possibilidade da mesma atividade vir a ser desenvolvida em regime de direito privado, ou seja, com assimetria de regimes, haja vista que “a constituição de uma determinada atividade econômica como serviço público não interdita que a mesma atividade seja explorada em regime jurídico distinto por outros agentes, além do Estado ou de seu delegatário”.<sup>15</sup>

Isso porque, a menos que haja uma impossibilidade fática de existência de uma pluralidade de agentes, a elevação de uma determinada atividade à condição de serviço público tem como consequência automática apenas o estabelecimento da obrigação estatal de garantir-lhe o oferecimento de forma universal, módica e contínua.

---

<sup>13</sup>Conforme preconiza o próprio art. 16 da Lei 8.987/95.

<sup>14</sup>SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 278.

<sup>15</sup>Id. *Ibid.*, p. 288.

De conseguinte, tem-se que as atividades constituídas pelo ordenamento jurídico como serviço público poderão, em regra, ser também exploradas pelos particulares em regime privado, fazendo clara concorrência aos serviços públicos. Tal cenário não traz qualquer prejuízo ou de qualquer forma põe em risco a noção de serviço público, porque a obrigação estatal de prestar ou garantir a prestação da atividade subsistirá. Apenas é admitido que os usuários dos serviços públicos tenham a opção de receber a atividade do Estado (ou de seu delegatário atuante em regime público), ou de um outro particular que ofereça a mesma atividade em outro regime jurídico que não seja o de serviço público.

Ademais, é necessário deixar consignado que o regime jurídico que será imposto ao particular que oferece as atividades materialmente concorrentes com os serviços públicos variará, de modo expressivo, conforme a atividade por ele desempenhada. Referido particular poderá estar sujeito a uma intensa regulação estatal, nas hipóteses em que sua atuação se dê em setor que enfrenta barreiras de entrada significativas ou outras peculiaridades que justifiquem uma ação estatal mais intensa (como o setor de telecomunicações, por exemplo), ou poderá estar sujeito a um simples poder ordenador genérico, nas hipóteses em que a atividade por ele desempenhada não demande uma regulação especial.<sup>16</sup>

Ao Poder Público, portanto, somente é permitida a intervenção direta na economia, apropriando-se da execução da atividade, especialmente em regime de exclusividade, caso seja imprescindível ao cumprimento do ônus de garantir a continuidade, modicidade e universalização do serviço, tido como essencial à sociedade.

E, ponto marcante decorrente da inovação tecnológica e da sofisticação da atividade empresarial encontra-se justamente na possibilidade de fragmentação das atividades classicamente consideradas como serviço público, tornando possível seccionar vários núcleos distintos e autônomos, referentes aos processos necessários ao fornecimento de uma determinada utilidade. Assim, ao separarem-se as heterogêneas atividades que compõem as por vezes complexas cadeias de atos necessários ao fornecimento de uma determinada utilidade, reduz-se o plexo de utilidades nas quais se justificaria uma atuação monopolística, o que contribui, inclusive, para a prevenção do abuso de poder econômico e a dominação de mercados. De outro lado, o avanço tecnológico passou a permitir o compartilhamento de redes, tornando desnecessária a imposição de barreiras à concorrência.

---

<sup>16</sup>SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*, cit., p. 290-291.

Assim, o acesso pelos particulares à prestação das atividades erigidas como serviços públicos poderá se dar, a depender do regime jurídico, por uma série de títulos habilitantes: se em regime de direito público, por delegação, nas formas da concessão – em parceiras<sup>17</sup> ou não -, permissão e subconcessão<sup>18</sup> de serviços públicos, ou, se em regime de direito privado, por meio de autorizações, licenças e outras figuras jurídicas previstas na legislação infraconstitucional, ou até mesmo sem a necessidade de título habilitante específico.

A exploração dos serviços públicos em regime de direito público por particulares pressupõe a existência de um ato de delegação estatal, pelo qual o Estado concede a um ou mais particulares a obrigação de prestar um determinado serviço público e o poder de gerir a sua prestação, estabelecendo finalidades a serem alcançadas pelos concessionários ou permissionários, conforme previsto no artigo 175, da Constituição Federal. Nessas hipóteses, a obrigação estatal é delegada sem abdicação da competência, pois o Estado permanece responsável por garantir a prestação do serviço de forma eficiente.

Representa tão somente uma opção político-econômica do Poder Público, que reflete no papel desempenhado pelo Estado (prestador direto ou regulador da atividade) e no volume de investimento público necessário ao alcance das suas finalidades.

De qualquer forma, parece-nos, no entanto, mais oportuna a manutenção de parcela dos serviços públicos sob o regime da “*publicatio*”, não para garantir a obrigação solidária do Estado em relação ao utente – que é decorrente da própria Constituição - mas sim diante das condições especiais do contrato celebrado em regime público, que estabelecem, de antemão, as formas de comprometimento do Estado para o alcance das finalidades de interesse geral.

Com efeito, é preciso atrair a iniciativa privada ao investimento em serviços públicos. Se o interesse público da concessão impede que os lucros sejam excessivos e se são em regra extremamente elevados os investimentos necessários à prestação adequada da atividade, especialmente no clima de rápido avanço tecnológico e consequente perecibilidade dos investimentos, a atração do negócio precisa estar na redução e na previsibilidade dos riscos.

---

<sup>17</sup>Conforme a Lei. 11.079/2004.

<sup>18</sup>Conceito no qual equiparamos, para a finalidade da presente dissertação, os arrendamentos portuários, conforme nos autoriza Floriano de Azevedo Marques Neto. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; LEITE, Fábio Barbalho. Peculiaridades do contrato de arrendamento portuário. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 231, p. 279, jan./mar. 2003.

No regime jurídico de direito público, há de haver o fornecimento de garantias que devem ser estabelecidas desde o início do contrato e se manterem durante toda a sua vigência, pressupondo uma espécie de pacto entre o Poder Público e o investidor privado, evitando-se os riscos das eventuais mudanças legislativas e, principalmente, regulatórias, que venham a ocorrer no prazo contratual.

Não se trata aqui apenas do compartilhamento de riscos da concessão patrocinada. É que, sendo inegável que a regulação possa reduzir consideravelmente a liberdade da atividade comercial e de decisão empresarial, trata-se de dever do Estado a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das delegações, conforme art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, dever esse reafirmado na Lei de Concessões e na Lei de Licitações Públicas.

Essas mesmas atividades consideradas serviços públicos, no entanto, poderão, *a priori*, ser exploradas por particulares não apenas mediante o regime de delegação (em regime de direito público), mas também em regime de direito privado, haja vista que a restrição ao direito fundamental da livre iniciativa somente se justificará no limite do mínimo necessário, guardada a obrigação de proporcionalidade, para o alcance das finalidades públicas.

Dessa forma, conforme a classificação de Vitor Schirato, as atividades privadas concorrentes com os serviços públicos poderão ser exploradas mediante (i) autorizações reguladas; (ii) títulos habilitantes da administração ordenadora; ou, ainda, em (iii) liberdade completa de ação.<sup>19</sup>

As autorizações representam a forma de ingresso do agente no mercado na qual se dependa de uma prévia aprovação estatal, sem a qual o exercício da atividade seria ilícito, prevista geralmente no ordenamento setorial. O grau de precariedade das autorizações depende do seu objeto, e tendem a possuir caráter vinculado; são aplicáveis à exploração de atividades que poderão ser materialmente concorrentes aos serviços públicos, mas não à delegação de serviços públicos em si. Ou seja, trata-se de atividades privadas, mas que demandem um grau maior de regulação estatal pela sua relevância.

A necessidade de títulos habilitantes pela administração ordenadora, por sua vez, muito se assemelha às autorizações. Contudo, se aplica às atividades que não demandem

---

<sup>19</sup>SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*, cit., p. 309.

maior grau de regulação setorial, ficando sujeitas às normas gerais de ordem pública, acesso a bens públicos, segurança, saúde, meio ambiente, urbanismo, dentre outras áreas ordenadas pela Administração Pública<sup>20</sup>. São, em regra, de obtenção mais simples do que as autorizações de atividades reguladas.

Finalmente, tem-se as atividades econômicas materialmente concorrentes com os serviços públicos que prescindem de qualquer controle específico, estando sujeitas apenas às normas gerais de controle genérico do exercício de atividades econômicas, exigências que não guardam correlação alguma com a natureza da atividade e que, portanto, não podem ser consideradas entraves à concorrência.

Dessa forma, conclui-se que a regra da prestação de serviços públicos é a da concorrência, o que não afeta a noção de serviço público em si, mas torna, contudo, deveras relevante o papel regulador do Estado e imprescindível o seu exercício com vistas a garantir o justo equilíbrio entre direitos fundamentais.

### **2.1.3. O fenômeno da regulação econômica no cenário norte-americano, brasileiro e europeu. Peculiaridades e incompatibilidades**

Os fenômenos da regulação econômica no cenário norte americano, brasileiro e europeu guardam profundas dissemelhanças, decorrentes dos diferentes contextos jurídico-sociais nos quais se desenvolveram. De fato, tais distinções remontam ao próprio desenvolvimento da noção de direito administrativo.

As revoluções liberais do século XVIII refletiram de forma diversa na Europa e nos Estados Unidos da América - EUA. Enquanto a Revolução Francesa de 1789 buscou afastar dos Juízes (monarcas) qualquer ingerência sobre a Administração Pública, os revolucionários americanos, objetivando a interferência mínima do Estado, atribuíram maiores poderes ao Judiciário, dando origem ao *common law*.

---

<sup>20</sup>ARAGÃO, Alexandre Santos de. Atividades privadas regulamentadas. ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 225.

A bem da verdade, enquanto se desenvolvia a Escola Clássica do Serviço Público na França, influenciada por LÉON DUGUIT e GASTON JÈZE<sup>21</sup>, os Estados Unidos quedaram-se em profundo envolvimento com a ideia da intervenção mínima estatal.

Dessa forma, nos Estados Unidos, a única atividade de natureza econômica ou prestacional que se admitiu fosse assumida pelo Estado foi a atividade postal, no ano de 1775, justificada porque a correspondência era a única forma de se manter a comunicação e, conseqüentemente, a integração nacional no pacto federativo. Contudo, mesmo na atividade postal, nunca se cogitou interdita-la da atuação privada.

É verdade que a partir do final do século XIX, a atividade regulatória começou a ser operada nos EUA por meio de políticas executadas pelas agências independentes. De fato, a primeira agência reguladora (The Interstate Commerce Commission) foi criada no ano de 1887, com a finalidade de regular o transporte ferroviário<sup>22</sup>, objetivando impedir a imposição de tarifas abusivas e práticas discriminatórias naquele mercado.

Contudo, em nome dos ideais liberais, durante todo o século XX, foi extremamente controverso o debate a respeito da legitimidade dessas agências. A Suprema Corte Americana, no que ficou conhecida como a *Lochner era*<sup>23</sup>, resistiu à maioria das tentativas de intervenção estatal da economia, sob o fundamento de que a economia de mercado desregulada provia justas oportunidades para o exercício da liberdades naturais, posicionamento que somente veio a sofrer relevante relativização na decisão do caso West

---

<sup>21</sup>DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. 3. éd. Paris: De Boccard, 1928. t. 2. JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Traducción de Juan N. San Millán Alamagro. Buenos Aires: De Palma, 1949. v. 2.

<sup>22</sup>Seguida pela instituição das agências: Securities and Exchange Commission (1934), Social Security Administration (1935); Federal Power Commission (1935); Federal Communication Commission (1936); Soil Conservation Service (1938).

<sup>23</sup>A nomenclatura advém do julgamento do caso *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), quando a Suprema Corte invalidou uma lei de Nova Iorque que limitava a jornada de trabalho dos padeiros, pois ela violava a liberdade contratual implícita na cláusula do devido processo legal da 14ª Emenda. Outras decisões da Suprema Corte também invalidaram as tentativas de interferência estatal na economia, v.g.: *Hammer v. Dagenhart*, (1918), *Adkins v. Children's Hospital*, (1923), *Bailey v. Drexel Furniture Co.*, (1922). Contudo, é possível identificar, já desde 1877, hipóteses de regulação de mercado validadas pela Suprema Corte norte-americana, cita-se: (i) *Munn v. Illinois* (1877), onde a Corte sustentou uma legislação do Estado de Illinois que fixava uma taxa máxima para a armazenagem de grãos não violavam a cláusula do devido processo legal. A Corte observou, entretanto, que sob algumas circunstâncias, tais estatutos violariam o devido processo. A investigação crítica passou a ser quando que a propriedade privada é afetada por um interesse público. No caso em questão, o interesse público era atestado tendo em vista um "virtual monopólio" na estocagem de grãos ligado aos mercados nacional e internacional. STONE, Geoffrey R.; SEIDMAN, Robert H.; SUNSTEIN, Cass R.; TUSHNET, Mark. V. *Constitutional law*. 2. ed. Boston: Little, Brown & Company, 1991. p. 788-789; (ii) *Smyth v. Ames* (1898) no qual foram fixados valores máximos para a contraprestação do transporte de pessoas e cargas por linhas férreas; e (iii) *Southwestern Bell Tel. Co. v. State of Missouri* (1923), que determinou a redução das tarifas de telecomunicação de longa distância.

Coast Hotel Co. v. Parrish (1937), a respeito da validade de lei estadual que garantia um salário-mínimo para as mulheres, reconhecendo-se que a regulação estatal poderia ser utilizada para corrigir falhas de mercado.

Assim é que, apenas após a Grande Depressão (1929) e com o *New Deal* (1933-1939), como resultado de uma profunda insatisfação com a ordem privada do sistema da *common law* que prevaleceu até 1937, cresceu na economia americana a ideia da intervenção estatal no mercado, culminando na reforma administrativa que incluiu a criação de um número significativo de novas agências reguladoras<sup>24</sup>.

Desde então, a atividade regulatória exercida pelas agências reguladoras norte-americanas se intensificou. Os autores STEPHEN BREYER<sup>25</sup> e JOHN VICKERS<sup>26</sup> destacam, como os principais fundamentos da regulação norte-americana: a necessidade de correção das falhas de mercado, o que seria imprescindível para o devido funcionamento da economia, especialmente a correção das externalidades<sup>27</sup>; do abuso do poder de mercado e da assimetria de informações. Não obstante, desenvolveu-se, ainda, a teoria das “public utilities”, a qual autoriza a regulação estatal sobre atividades privadas com relevância social e econômica<sup>28</sup>, submetendo-se os prestadores à obrigação de servir de forma contínua, em condições igualitárias e preços razoáveis.

Naquela época, a crença de que o mercado precisava de um controle mais efetivo por parte do poder do Estado ganhou força e as agências puderam se proliferar e desenvolver. CASS SUNSTEIN explica que as agências administrativas não surgiram com o New Deal. Elas são parte do governo desde o início da República norte-americana. Entretanto, a chamada “moderna agência reguladora” seria um fenômeno recente daquele

---

<sup>24</sup>MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Ed. 34, 2004. p. 14.

<sup>25</sup>BREYER, Stephen. *Regulation and its reform*. 6. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1994. p. 23.

<sup>26</sup>VICKERS, J.; JAY, J. Regulatory reform: an appraisal. In: MAJONE, Giandomenico (Ed.). *Deregulation or re-regulation? Regulatory reform in Europe and the United States*. New York: St. Martin's Press, 1988.

<sup>27</sup>Entende-se por externalidades os custos à sociedade decorrentes da produção de um determinado bem, ou prestação de um determinado serviço, que, num ambiente não regulado, não seriam objeto de ressarcimento pelo produtor.

<sup>28</sup>Traço relevante de distinção entre as “public utilities” americanas e os serviços públicos da escola francesa está na titularidade das utilidades. Enquanto na Europa, os serviços públicos passaram a ser considerados de titularidade do Estado, instituindo regime próprio para exploração de uma determinada atividade, as “public utilities” americanas permaneceram de titularidade privada, sujeitas tão somente a um grau maior de regulação (no sentido meramente disciplinador, obrigacional).

país: somente com o New Deal é que a figura da moderna agência teria se tornado um elemento marcante do governo norte- americano.<sup>29</sup>

Em que pese a indiscutível importância das agências reguladoras naquele país, ultrapassado o momento crítico que deu origem ao New Deal, cresceram as críticas ao modelo de administração por agências independentes. Parcela significativa dessas críticas se direcionava ao risco de que a regulação fosse capturada pelos entes regulados para satisfazerem apenas os seus interesses privados<sup>30</sup>.

De fato, pode-se considerar que as críticas ao modelo regulatório foram responsáveis pela edição do *Administrative Procedure Act*, que definiu procedimentos inerentes à atuação dos entes reguladores, a fim de que cumpram determinados ritos e obrigações no processo de tomada de decisão, como a necessária transparência, a disponibilização do acesso geral e irrestrito às informações e documentos, além de oportunizar a ampla participação dos interessados e realizar avaliação do possível impacto regulatório.

Não obstante, a desconfiança em relação ao modelo regulatório teve como consequência a ampliação do controle em relação aos atos das agências. O controle judicial foi ampliado através da *hard-look doctrine*<sup>31</sup>, que permitiu ao Judiciário avaliar a legalidade e razoabilidade das medidas regulatórias. Já o controle parlamentar foi fortalecido tanto previa quanto posteriormente ao exercício da atividade regulatória, seja pela imposição de aprovação pelo Congresso dos projetos de regulamento (“*rules review*”), como pela instituição do “*Congressional Review Act*”, que permitiu o veto legislativo à norma regulatória editada.

Assim, numa perspectiva histórica, pode-se dizer que os EUA vêm de uma tradição em que imperava o liberalismo ortodoxo (até cerca de 1887), e transitaram por uma forte regulação estatal promovida pelo New Deal. Esta regulação foi gradativamente atenuada no Pós-Segunda Guerra até haver, durante a década de 1980, o início do processo de desregulação.

---

<sup>29</sup>SUNSTEIN, Cass R. O constitucionalismo após o New Deal. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Ed. 34, 2004. p. 204.

<sup>30</sup>Para uma análise das teorias da regulação econômica (teoria do interesse público, da captura e econômica), vide: POSNER, Richard A. Teorias da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Ed. 34, 2004. p. 49-80.

<sup>31</sup>Sobre o controle judicial dos atos das agências reguladoras e a aplicação da “*harder-look review*”, vide: EDLEY, Christopher F. *Administrative law: rethinking judicial control of bureaucracy*. London: Yale University Press, 1990.

Apesar do movimento de desregulação, desde então, foram criadas diversas novas agências nos EUA, relacionadas à proteção de áreas sociais que ainda se encontravam desguarnecidas. São exemplos os direitos ambientais e os direitos trabalhistas. Neste período, conhecido por New Social Regulation (1965-1980), a atividade regulatória direcionou-se a problemas de informação imperfeita aos consumidores e a pequenos acionistas, da segurança dos produtos, de proteção do meio ambiente, de certeza dos resultados da intervenção regulatória e de maior equidade distributiva.<sup>32</sup>

Por sua vez, a origem da atividade regulatória nos países da Europa advém da consolidação da Escola de Serviço Público, pela qual, conforme já explanado no capítulo antecedente, defende-se a assunção da titularidade estatal sobre determinadas utilidades que, por essa razão, somente poderiam ser prestadas pelo próprio Estado, ou por particulares mediante delegação, em regime de direito público, regulamentadas pelo Estado.

Como é cediço, ainda que se tenha notícia da colaboração entre particulares e o Estado desde tempos que remontam à Roma Antiga, os contornos da delegação de serviços públicos, em sua acepção clássica, esboçaram-se na França, no fim do século XIX, em pleno ápice do Estado Liberal Francês, quando do desenvolvimento, pela Escola do Serviço Público<sup>33</sup>, da noção de serviço titularizado pelo Estado, como forma de conformação entre os novos ideais liberais da época, com as demandas sociais amparadas pelas declarações de direitos<sup>34</sup>.

Já no Brasil, embora a Constituição Federal de 1891 não utilizasse a expressão “serviços públicos” e não cogitasse retirar da iniciativa privada a prestação de qualquer atividade, tampouco obrigar o Estado a fazê-lo, desde então já se desenvolvia a noção das delegações de atividades prestacionais, em substituição à delegação imperial. Foi a partir de então que se iniciou, no direito brasileiro, a discussão sobre a regulação de atividades

---

<sup>32</sup>MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Regulação econômica e democracia: contexto e perspectivas na compreensão das agências de regulação no Brasil. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Regulação, direito e democracia*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002. p. 46.

<sup>33</sup>Da qual destacamos a obra de Léon Duguit e Gaston Jèze: DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*, cit. JÈZE, Gastón. *Principios generales del derecho administrativo*, cit.

<sup>34</sup>SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*, cit., p. 38.

econômicas, especialmente sobre serviços delegados, no que concerne à regulação das tarifas e dos monopólios naturais<sup>35</sup>.

Não havia, contudo, grandes esforços para a abordagem da questão da titularidade, até que, apenas na década de 30 do século XX, THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI<sup>36</sup> retomou a influência do direito europeu, especialmente da Escola Clássica de Serviço Público francesa, trazendo ao conceito de serviços públicos a ideia de subtração dessas atividades do regime de concorrência, para serem avocadas pelo Estado.

O Estado, então, passou a assumir uma série de atividades, que não se justificavam sob o prisma da sua essencialidade, mas sim do privilégio estatal.

Consolidou-se, assim, o entendimento de que os serviços públicos constituiriam utilidades subtraídas do regime de concorrência e das liberdades, uma vez que avocadas pelo Estado.

Não somente na Europa, como também no Brasil, o capital privado era responsável pela exploração dos serviços públicos concedidos, o que perdurou até a primeira Grande Guerra, quando houve uma intensificação da presença direta do Estado na economia, por um processo de estatização dos serviços concedidos, numa tentativa de reconstrução das economias nacionais atingidas pela Grande Depressão, como aponta ODETE MEDAUAR:

a partir da década de 30, acentuando-se na década de 40, registra-se o declínio das concessões. Isso ocorreu em virtude da instabilidade econômica em geral, devida às guerras mundiais e outros fatores e às tendências estatizantes. Muitas das atividades concedidas foram nacionalizadas e criaram-se empresas estatais para absorverem boa parte das concessões do setor privado. E assim surgiram as concessões outorgadas não ao setor privado, segundo o modelo clássico, mas a entes da Administração indireta ou descentralizada: as empresas públicas e sociedades de economia mista<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup>Particularmente no transporte ferroviário e na iluminação pública elétrica, esta última fomentada pelos interesses da Concessionária de Energia Light, de reconhecimento do monopólio em razão dos vultosos investimentos em infraestrutura e de prorrogação da sua concessão para amortização dos investimentos realizados.

<sup>36</sup>CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. 2.

<sup>37</sup>MEDAUAR, Odete. A figura da concessão. In: MEDAUAR, Odete (Coord.). *Concessão de serviço público*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995. p. 13.

Nesse período, enquanto os Estados Unidos fortaleciam a atividade regulatória, com o objetivo de superar a crise instalada especialmente com a Grande Depressão, a Europa e os países da América Latina adotaram solução diversa para escapar da crise global: estabeleceram uma política estatizante que afastava a necessidade de criação de agências independentes, pois era o próprio Estado o executor dos serviços públicos e de diversas atividades econômicas.

Já no final do século XX, a crise da Administração Pública<sup>38</sup> e de sua atividade interventiva<sup>39</sup> tornou imperiosa a revisão do modelo de Estado provedor<sup>40</sup>.

É nesse contexto que se teve o fenômeno da retirada do Estado do exercício de atividades econômicas em sentido lato<sup>41</sup>, na forma de medidas como o estabelecimento de parcerias com o capital privado, com a outorga de concessões e permissões, além dos convênios e contratos de obras ou prestação de serviços, dando azo ao incremento da atividade regulatória nos países da Europa e América Latina.

Na Europa, contudo, com o desaparecimento de barreiras impostas pela criação da União Europeia, houve a necessidade de maior integração econômica entre os países, o que acabou por colocar a cabo a ideia tradicional de serviço público como exclusividade do Estado, dando força à noção de serviços econômicos de interesse geral<sup>42</sup>, sobre a qual já se tratou no tópico antecedente.

No modelo comunitário, rejeita-se a concepção de titularidade estatal dos serviços públicos e, especialmente, a configuração monopolista da sua exploração. Há uma forte tendência à uniformização de regimes jurídicos, atenuando-se a distinção entre os regimes público e privado.

---

<sup>38</sup>Vide item 2.1.1. da presente dissertação.

<sup>39</sup>A figura do polvo de mil tentáculos de BOBBIO, Norberto. *Las ideologias y el poder em crisis*. Traductor: Juana Bignozzi. Barcelona: Arial, 1988. p. 151.

<sup>40</sup>WALD, Arnoldo. O direito das privatizações. In: WALD, Arnoldo. *Direito das concessões*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. p. 214. (Série Grandes Pareceristas, v. 3).

<sup>41</sup>Utilizando-se a distinção formulada por Eros Grau entre serviços públicos e as atividades econômicas em sentido estrito. (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003. p. 133).

<sup>42</sup>A Expressão “serviço econômico de interesse geral” foi primeiro utilizada no Tratado de Roma e foi mantida no Tratado de Amsterdã de 1997. O estudo da evolução do serviço público no direito comunitário europeu é tema deveras relevante, mas que extravasa o escopo dessa dissertação. Sobre o tema, destacamos: SERVICE Public et Communauté Européenne: entre l’Intérêt Général et le Marché (Actes du Colloque de Strasbourg 17-19 Octobre 1996, sous la direction de Robert Kovar et de Denys Somon, Paris: La Documentation Française, 1997. 2 v.

No Brasil, ocorreu uma mudança paradigmática decorrente da redefinição da atuação administrativa do Estado, inaugurada pelas Emendas Constitucionais n.os 5, 6, 7, todas de 15 de agosto de 1995; a n.º 8 de 9 de novembro de 1995 e, finalmente, a de n.º 19, de 4 de junho de 1998, com a chamada “Administração Gerencial”.

Embora sempre presentes tais diretivas, de forma alternativa, mesmo no Estado Social, foi a partir das privatizações inauguradas com a Lei n.º 8.031, de 12 de abril de 1990, posteriormente revogada pela lei n.º 9.491, de 9 de setembro de 1997, que se deu tônica à efetiva alteração do papel do Estado na economia.

Não se tratou, contudo, do abandono pelo Estado de sua intervenção na atividade econômica. Tratou-se, na verdade, de uma alteração do papel desempenhado: no lugar da assunção direta<sup>43</sup> de determinadas atividades econômicas, passou-se a se enfatizar a sua função reguladora<sup>44</sup>, seja para garantir o atendimento ao interesse público – mais especificamente, porém não exclusivamente, no serviço público – ou para corrigir e reproduzir as regras de mercado, quando a autorregulação se mostrasse insuficiente.

Com efeito, não se pode perder de vista que a despublicização não significa a retirada da intervenção do Estado na atividade econômica. Muito pelo contrário, com a minimização da atuação direta do Estado em determinados setores, o que se teve foi um aumento da atividade regulatória indireta. Vale destacar que o incremento da atividade regulatória acabou por ocasionar um controle efetivo das atividades muito superior aquele decorrente da atuação direta.

---

<sup>43</sup>“A regulação estatal é, pois, uma forma de intervenção do poder público sobre o campo da economia, onde em regra deve imperar a liberdade dos agentes econômicos. Porém, trata-se de uma intervenção indireta, não demandante da assunção da exploração da atividade diretamente pelo poder público.” MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 71-72, jan. 2003. Já para Calixto Salomão Filho, “regulação é toda forma de organização da atividade econômica por meio do Estado, seja a intervenção por meio da concessão de serviço público ou o exercício do poder de polícia”. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001. p. 31. Nas palavras de Marçal Justen Filho: “defende-se, por isso, a concepção de ser a regulação um conjunto ordenado de políticas públicas, que busca a realização de valores econômicos e não econômicos, reputados como essenciais para determinados grupos ou para a coletividade em seu conjunto. Essas políticas envolvem a adoção de medidas de cunho legislativo e natureza administrativa, destinadas a incentivar práticas privadas desejáveis e a reprimir tendências individuais e coletivas incompatíveis com a realização dos valores prezados. As políticas regulatórias envolvem inclusive a aplicação jurisdicional do Direito”. JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 15-50.

<sup>44</sup>Plano Diretor de Reforma do Estado, elaborado pelo Ministério da Administração e Reforma do Estado e aprovado pela Câmara da Reforma do Estado, em 21 de setembro de 1995: “A reforma do Estado deve ser entendida dentro do contexto da redefinição do papel do Estado, que deixa de ser responsável pelo desenvolvimento econômico e social pela via da produção de bens e serviços, para fortalecer-se na função de promotor e regulador desse desenvolvimento. (...) Deste modo o Estado reduz seu papel de executor ou prestador direto, mantendo-se entretanto no papel regulador e provedor ou promotor destes.”

A adoção do sistema de agências independentes em território brasileiro teve por finalidade afastar a atividade regulatória do Poder Central, objetivando a estabilidade dos mercados, com a finalidade de atrair o investimento privado. Enquanto prevaleceu a exploração direta dos serviços públicos pelo Estado, não havia preocupação com a redução dos riscos da atividade regulatória, prevalecendo a postura arbitrária do Estado enquanto detentor da prerrogativa de exploração de determinadas utilidades. Já com a exploração privada dessas atividades, a regulação independente se mostrou como alternativa viável a transmitir segurança aos setores econômicos.

Diante do acima exposto nota-se que, enquanto nos Estados Unidos a regulação se estabeleceu como uma forma de ampliar a intervenção do Estado na economia, a sua presença na cena europeia e brasileira objetivou exatamente o contrário: a sua redução, por meio da alteração da postura adotada.

Não há como negar a influência norte-americana no modelo regulatório adotado pelo Brasil mediante a criação das agências independentes. Contudo, tal inspiração não significou a exata reprodução do modelo adotado nos Estados Unidos, e nem poderia sê-lo. Dentre as diferenças fundamentais, MARÇAL JUSTEN FILHO destaca o fato de que:

nos EUA, a competência estatal é exercida de modo exclusivo pela agência. No Brasil, reconhece-se que uma parcela de competência é mantida com a Administração central. Portanto, a análise jurídica do tema das agências reguladoras no Brasil envolve, de modo necessário, a coexistência de entidades estatais dotadas de competência similar para regular um mesmo setor.<sup>45</sup>

Feitas essas considerações, nota-se que a construção dos diferentes ambientes institucionais proporcionou uma maior ou menor incorporação dos valores democráticos na atividade regulatória, sendo que o amadurecimento do instituto das agências reguladoras norte-americanas serviu de modelo para inspirar a definição dos marcos institucionais de sistemas regulatórios, em maior ou menor grau, por todo o mundo, ainda que decorrentes de sistemas políticos e jurisdicionais tão distintos, em processos institucionais marcados por extremas incompatibilidades, mas que, em última análise, amadureceram em busca da mesma finalidade.

---

<sup>45</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 662.

#### **2.1.4. A regulação dos serviços públicos no Brasil: finalidade e legitimação em sentido amplo**

A noção de regulação estatal<sup>46</sup> sofreu evoluções ao longo do tempo, sendo comum identificar-se a ocorrência de três “ondas regulatórias”. Numa etapa inicial, desenvolvida especialmente no modelo norte-americano, a regulação se caracterizou como forma de intervenção estatal na economia destinada exclusivamente a suprir as falhas do mercado. Assim, a regulação estatal somente seria legítima quando não houvesse condições naturais para o livre desenvolvimento da concorrência.

Já a “segunda onda regulatória”, também conhecida como “regulação social”, partiu da constatação de que o mercado, ainda que em funcionamento perfeito da livre concorrência, não seria suficiente a garantir certas finalidades de interesse coletivo, como a proteção ao meio ambiente, ao trabalhador, e aos demais valores políticos, sociais e culturais, além dos econômicos.

Finalmente, a “terceira onda regulatória”, denominada de “desregulação” ou “re-regulação”, partiu da constatação de que o excesso regulatório, consubstanciado na submissão das atividades a inúmeras exigências, muitas delas inúteis ou contraditórias, gerava custo ineficiente, impedindo a obtenção dos melhores resultados, o que deu azo aos movimentos mundiais de reforma do Estado iniciados nos anos 80, objetivando maior clareza, transparência e previsibilidade das normas, produzidas segundo parâmetros de participação da sociedade civil.

Atualmente, a moderna regulação estatal é entendida como a função pública de intervenção na ordem econômica, pela qual o Estado restringe, disciplina, promove ou organiza a atuação privada no âmbito econômico, mediante “o estabelecimento e a implementação de regras para a atividade econômica destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado, de acordo com determinados objetivos públicos”<sup>47</sup>.

A opção pelo conceito adotado por VITAL MOREIRA se deu em razão do destaque à finalidade da intervenção estatal, que, conforme se defenderá, tem a sua legitimidade atrelada aos limites mínimos de abrangência e intensidade necessários ao atendimento das demandas sociais, em virtude das garantias constitucionais de livre iniciativa e concorrência.

---

<sup>46</sup>Conceito que exclui a auto regulação.

<sup>47</sup>MOREIRA, Vital. *Administração autônoma e associações públicas*. Coimbra: Coimbra Ed., 1997. p. 34.

Trata-se da noção adotada como premissa ao presente estudo, especialmente por introduzir a ideia de equilíbrio entre os diversos interesses que formam a complexa relação estabelecida entre o Estado, os grupos sociais e o capital investidor.

Vale, contudo, conforme bem sintetizado por VITAL MOREIRA<sup>48</sup>, mencionar a existência de três grandes linhas de concepção do conceito de atividade regulatória estatal:

(a) em sentido amplo, é toda forma de intervenção do Estado na economia, independente do seus instrumentos e fins; (b) num sentido menos abrangente, é a intervenção estadual na economia por outras formas que não a participação direta na atividade económica, equivalendo portanto, ao condicionamento, coordenação e disciplina da atividade económica privada; (c) num sentido restrito, é somente o condicionamento normativo da atividade económica privada (por via de lei ou outro instrumento normativo).

Como é cediço, a intervenção do Estado no domínio econômico na forma da regulação se dá tanto nas atividades econômicas em sentido estrito<sup>49</sup>, exercidas em regime de direito privado e livre concorrência, nas quais haja falhas de mercado, envolvam risco sistêmico, ou a auto regulação se mostre insuficiente – a exemplo do setor financeiro e do mercado securitário-, como também nos serviços públicos ou sobre o uso de bens públicos escassos ou relevantes, que, por serem de responsabilidade do Estado, especialmente quando exploradas dentro do regime de serviço público<sup>50</sup>, impõem ao particular a observância de certas regras especiais para o acesso e prestação.

Tal concepção se distancia daquela adotada pela doutrina americana. Em virtude da tradição da atividade regulatória nos Estados Unidos da América, que, como visto, construiu-se em torno da proteção dos mercados e da concorrência, identifica-se por regulação apenas as restrições e controles exercidos pelo Poder Público sobre determinados setores da economia, assemelhando-se à terceira linha de concepção mencionada por VITAL MOREIRA.

Do conceito de regulação ora adotado, contudo, está excluída a atividade direta do Estado como produtor de bens ou serviços, atividade essa que, assim como a regulação, representa forma de intervenção do Estado na economia, mas que não será objeto de análise na presente dissertação.

<sup>48</sup>MOREIRA, Vital. op. cit.

<sup>49</sup>Adota-se aqui a classificação de Eros Grau. Ver GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*, cit., 1990, p. 55 e ss.

<sup>50</sup>SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*, cit.

Feitas essas considerações, vale advertir, como já adiantado, que o presente estudo tem por escopo a regulação econômica concernente apenas aos serviços públicos, consubstanciados nas atividades econômicas sobre as quais se imponha ao Estado o dever solidário de garantir a prestação de forma adequada, mediante contraprestação módica e com vistas à universalização.

Assim, dados os compromissos assumidos pelo Estado frente aos serviços públicos, tem-se por necessária uma maior regulação, pela qual o Poder Público poderá, ainda que dissociado da prestação direta, assegurar a existência e o acesso a essas utilidades por toda a coletividade.

Nota-se, portanto, que a regulação sobre os serviços públicos não se distingue, em essência, da regulação estatal sobre atividades econômicas em sentido estrito. Assim, não é incorreto afirmar que a regulação dos serviços públicos seja espécie de regulação econômica, guardando, contudo, particularidades que serão melhor exploradas no decorrer desta dissertação, dado o maior grau de responsabilidade estatal e a titularidade do Estado sobre bens afetos à prestação dessas atividades. Sua legitimação e suas finalidades perpassam, contudo, por conceitos gerais de regulação, podendo-se afirmar, inclusive, que o desenvolvimento atual da regulação no Brasil se tratou de fenômeno intimamente relacionado com o movimento de desestatização<sup>51</sup>, mediante a assunção da prestação de serviços públicos por particulares.

Isso porque, no contexto da exploração direta dos serviços públicos pelo Estado, os parâmetros regulatórios se imiscuíam com o próprio papel do prestador, de forma que, ainda que os serviços públicos já fossem explorados numa estrutura descentralizada, por empresas estatais personificadas, havia relação direta de tutela com o Poder Central, com inegável permeabilidade política sobre a atuação dessas empresas.

A reforma do Estado ocorrida na década de 90, como é cediço, foi marcada por uma ruptura no padrão de intervenção estatal na economia brasileira, mediante a promoção de um intenso programa de desestatização e de reforma da Administração Pública, a qual, impulsionada pela globalização, levou à adoção de soluções trazidas de experiências internacionais, especialmente a norte-americana.

---

<sup>51</sup>Ao menos desde 1965, com a criação do Banco Central do Brasil pela Lei 4.595, se pode falar no exercício da atividade regulatória pelo Estado brasileiro. Porém, o desenvolvimento do instituto está fortemente atrelado à reforma dos anos 90, quando se firmou o modelo de regulação independente no Brasil, concomitantemente ao processo de desestatização.

Assim, ao invés de exercer o controle hierárquico de um determinado serviço público, o Estado passou a estabelecer relações contratuais com os particulares aos quais foram transferidas as atividades, definindo-se os deveres, sujeições e condicionamentos já no ato de outorga de um determinado serviço público, garantindo-se, em contrapartida, o equilíbrio econômico e financeiro do contrato.

A reforma do Estado não se limitou ao processo de desestatização. Trouxe também uma nova concepção de Administração Pública, com o objetivo de transformar uma administração burocrática, rígida e ineficiente, voltada para si própria e para o controle interno, em uma administração gerencial, flexível e eficiente, voltada para o atendimento ao cidadão. Assim, a estratégia de reforma do aparelho do Estado centrou-se na transição de uma cultura burocrática para uma cultura gerencial, com a transformação da própria gestão pública, incluindo-se aspectos de modernização da estrutura organizacional, o que se convencionou chamar de Administração Pluricêntrica, tema que será melhor abordado no tópico 2.2.2 adiante.

As causas para essa mudança de perspectiva não são meramente ideológicas. De um lado estão os fatores de natureza econômica que ao mesmo tempo que solapam a capacidade de investimentos estatais, fazem emergir polos de decisão econômica que transcendem e independem das estruturas (públicas) dos estados nacionais. De outro, há fatores de natureza política e social que fazem com que a sociedade tenha hoje uma perspectiva muito mais participativa em relação à atuação do poder público, assumindo um papel ativo e organizado nas suas demandas. Afora estes dois elementos, há ainda o forte impacto da evolução tecnológica que, a par de tornar as relações sociais e econômicas mais complexas, introduz um padrão crescente de exigências sociais. (...)

Do ponto de vista político, há a necessidade de que a atividade regulatória seja permeável à participação da sociedade (em todos os seus seguimentos, não apenas de atores econômicos, mas de usuários, grupos de pressão, associações, etc) e suscetível de controles não só pelos organismos institucionais, mas também pela própria sociedade.

Sob o prisma jurídico, emerge a necessidade de edição de normas específicas, aderentes às peculiaridades de cada seguimento da economia sujeito à regulação, dando origem ao surgimento de sub-sistemas jurídicos dotados de grande especialidade (com princípios, conceitos, pressupostos e procedimentos próprios), o que acarreta uma segmentação também dos instrumentos regulatórios, conforme o setor.

Já do ângulo organizacional, aparece a necessidade de novos órgãos e instrumentos de ação estatal. Afinal, para desempenhar este novo perfil de

ação regulatória se fazem necessários instrumentos aptos a conferir ao regulador independência, autonomia, especialidade e capacitação técnica<sup>52</sup>.

Nesse contexto, a atividade regulatória passou a ser exercida com maior autonomia, com a ampliação da discricionariedade administrativa, financeira e orçamentária do regulador, competências que foram atribuídas a órgãos da Administração Indireta, mediante o estabelecimento de metas gerenciais, organizacionais e operativas; substituindo-se os controles formais da Administração Pública por controles de resultado, estribados no princípio da eficiência<sup>53</sup>.

Houve um amplo processo de deslegalização<sup>54</sup> de determinadas matérias, preponderantemente as de natureza técnica, para permitir o célere ajustamento das necessidades específicas de cada setor, bem como para permitir o exercício da consensualidade, gerando questionamentos a respeito da legitimidade do exercício dessa competência regulatória altamente discricionária por órgãos da administração indireta.

Sobre o tema, MARÇAL JUSTEN FILHO destaca que:

A figura das agências reguladoras se insere no processo de dissociação entre a prestação de serviços públicos e a sua regulação. Mais ainda, é resultado da proposta de assegurar que a disciplina dos serviços públicos seja norteada por critérios não exclusivamente políticos.

É usual considerar as agências reguladoras como fenômeno inovador. E alguns reprovaram tais novidades, imputando-lhe o cunho de inconstitucionalidade. No entanto, as inovações trazidas, isoladamente consideradas, são muito reduzidas.

A maior parte das ‘novidades’ já se encontravam em instituições administrativas brasileiras muito antigas. Talvez a grande inovação trazida pela proposta das agências reguladoras seja a concentração em uma única instituição autárquica de diversas características que existiam isoladamente em certos órgãos. (...)

Por outro lado, a agência é investida na competência para editar normas regulamentares. A competência para editar regulamentos não é privativa do Presidente da República, mas de distribui entre as diversas entidades integrantes da Administração Pública. A redação do art. 84, IV, da

<sup>52</sup>MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. *REDAE*: revista eletrônica de direito administrativo econômico, Salvador, n. 4, p. 4-5, nov./dez. 2005 – jan. 2006. Disponível em: <[http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-4-NOVEMBRO-2005-FLORIANO\\_AZEVEDO.pdf](http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-4-NOVEMBRO-2005-FLORIANO_AZEVEDO.pdf)>.

<sup>53</sup>DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 52.

<sup>54</sup>Deslegalização pode ser conceituada como “a retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias, do domínio da lei (domaine de la loi) passando-as ao domínio do regulamento (domaine de l’ordonance).” MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 122.

Constituição não significa uma reserva constitucional privativa para o Presidente da República editar regulamentos.

Acolher o argumento da impossibilidade de atribuição de competências normativas abstratas para outras autoridades administrativas acarretaria um verdadeiro caos para a atividade administrativa do estado, pois seria impossível que o Presidente da República concentrasse em suas mãos a competência de editar todos os regulamentos administrativos.

A atividade administrativa teria de ser totalmente centralizada, incumbindo a todas as demais autoridades – além do Chefe do Executivo – produzir atos de natureza concreta.

Na mesma linha, Caio Tácito defende que a regulação estatal no domínio econômico faz-se nos termos da lei e acrescenta que ‘nada impede que, ao fazê-lo, a lei reserve aos órgãos administrativos incumbidos da gestão da política adotada, uma parcela secundária de poder normativo, de modo a ajustar os meios de ação às cambiantes manifestações da atividade econômica, de difícil previsão.<sup>55</sup>

Como se vê, não se tratou de afirmar a superioridade hierárquica do regulamento, mas apenas de opção legislativa em ampliar a margem de atuação normativa e de discricionariedade técnica da Administração Pública Indireta.

Nesse diapasão, CARLOS ARI SUNDFELD defendeu essa necessidade de menos especificidade e maior grau de abstração e generalidade para a função legislativa, através da fixação de *standards* suficientes para produzir o conteúdo normativo mínimo de princípios de direito, delegando à regulação a fixação de diretrizes normativas mais diretas e de maior especificidade, como forma, inclusive, de atender à celeridade e tecnicidade imprescindíveis ao bom exercício da atividade regulatória.<sup>56</sup>

De fato, conforme destaca FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO:

O texto da Constituição Federal de 1988 contemplou a função estatal de regulação econômica. Fê-lo de forma dispersa ao longo do Capítulo da Ordem Econômica, mas deixou-a expressamente consignada no artigo 174 ao estabelecer que o Estado exerce o papel de agente normativo e regulador da atividade econômica. Tenho claro, portanto, que o constituinte atribuiu ao poder público um papel regulador da ordem econômica, papel este que não se limita à atividade meramente normativa (pois que não inexistiria razão para o texto diferenciar entre a função normativa e reguladora). Para além da referência específica da função regulatória, a Constituição contempla várias outras referências a aspectos da atividade regulatória estatal. Já no caput do artigo 170, ao enumerar os fundamentos da ordem econômica, o texto previu um complexo

<sup>55</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 665-668.

<sup>56</sup>SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros Ed., 2000. p. 27.

equilíbrio entre o princípio vetorial da livre iniciativa, de um lado, e os objetivos da valorização do trabalho humano, da existência digna e da justiça social, de outro (a oposição aqui indicada decorre do fato de que a livre iniciativa, levada às últimas consequências, pensada pelo ângulo do individualismo extremo, prescinde da busca de objetivos de ordem coletiva). Quando vamos aos princípios enumerados no inciso deste artigo 170, vemos ladeados princípios de reserva à intervenção estatal (campo da liberdade) como a propriedade privada (inciso II) e a livre concorrência (inciso IV, este também já por si demandante de alguma intervenção estatal, ainda que não necessariamente redistributiva), com princípios inalcançáveis sem alguma intervenção de caráter distributivo, tais como a redução das desigualdades regionais e sociais (inciso VII) ou a busca do pleno emprego (inciso VIII). Essa tensão, para mim, predica não uma contradição no texto constitucional, mas uma opção do constituinte pela atuação – confinada e conformada como veremos a diante – reguladora estatal, a qual, sem prescindir do campo da liberdade econômica (livre iniciativa), justifica uma intervenção reguladora apta a (i) assegurar as condições de permanência da liberdade econômica (assegurar a livre concorrência) e (ii) implementar objetivos de interesse geral (redução das desigualdades, etc). Temos aqui também um viés fortalecedor da atividade regulatória estatal. Em dois outros pontos do texto constitucional encontramos disposições que, a meu ver, respaldam a atividade regulatória. Um é o disposto no parágrafo único do art. 170, quando ao tratar de restrições à liberdade de exploração de atividade econômica, a Constituição admite que a lei excetue o regime de liberdade da empresa mediante a exigência de prévia autorização para exploração de atividade econômica. Outro está no artigo 175 da CF, onde se prevê o regime de serviço público ao qual devem se submeter algumas atividades, hipótese ensejadora de uma forte incidência regulatória. Em ambos os casos é inerente à locução constitucional a atribuição ao poder público de funções regulatórias da economia, seja em caráter mais brando e residual (o que ocorre no caso das atividades em regime privado para a exploração das quais se exige autorização prévia e sujeição do agente econômico a algumas regras e condições), seja em regime de forte regulação (como ocorre nas atividades reservadas ao regime de serviço público, onde as restrições de acesso convivem com as outras restrições de ordem tarifária, de titularidade de bens, condições de prestação, etc.) Tanto nos serviços públicos como nas atividades econômicas (em sentido estrito) há alguma incidência de regulação estatal. O que irá variar é a profundidade e a intensidade da carga regulatória.<sup>57</sup>

Dessa forma, a perda da densidade das leis, aliada ao fortalecimento da tecnicidade da regulação, acabaram por postergar a força normativa ao momento da sua concretização, colocando em xeque os mecanismos de legitimação tradicionais. Contudo, o modelo de regulação independente acabou sendo aceito por diversos juristas<sup>58</sup> e pelo

---

<sup>57</sup>MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. *REDAE*: revista eletrônica de direito administrativo econômico, cit., p.5-6.

<sup>58</sup>FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, n. 35, p. 143-158, dez. 2000; ARAGÃO, Alexandre Santos de. As

Supremo Tribunal Federal<sup>59</sup>, desde que se mantivesse a reserva legal sobre os parâmetros e objetivos a serem alcançados pelo órgão regulador.

A quebra do padrão de ingerência direta do Poder Central sobre a atividade regulatória também suscitou um importante debate acerca da distinção, num Estado Democrático de Direito, entre os atos de governo e o exercício das funções públicas.

A legitimidade democrática dos governantes, contudo, não implica conceder-lhes amplos poderes para dispor de toda a máquina do Estado como melhor lhes convier, o que advém do próprio princípio republicano.

Há, inegavelmente, instituições e funções públicas que, ainda que devam se articular com a atividade governamental, com ela não se confundem, como bem explica FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO:

A própria ideia de República afasta a noção de que a máquina pública estaria, toda ela, desabridamente à disposição do governante eleito. A estabilidade inerente às carreiras de Estado, a criação de corpos orgânicos dentro da máquina pública (as procuradorias e a advocacia pública são bons exemplos), a autonomia conferida às Universidades públicas ou a órgãos de controle (como o Ministério Público), todas estas conquistas serviram para reforçar o caráter público do Estado, reduzindo a liberdade do governante de ocupar todos os espaços estatais ao seu alvedrio.

O itinerário do Estado brasileiro, no seu processo de despatrimonialização ou de republicização, aponta para lentos, mas constantes, avanços no sentido de dotar o país de uma máquina pública profissional, estável e capacitada, livre das vicissitudes das alternâncias do poder político. Isso nada tem de anti-democrático. Muito ao contrário. Qualquer democracia desenvolvida não cogitaria de abrir mão dos seus órgãos de Estado (de seus instrumentos de Administração pública) em favor de uma vaga e indefinida legitimação democrática pela via eleitoral<sup>60</sup>.

---

agências reguladoras independentes e a separação de poderes – uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 90, n. 786, p. 11-56, abr. 2001; SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros Ed., 2000. p. 17-38; MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros Ed., 2002. p. 203-211; VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Direito administrativo regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 48 e ss.; CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências reguladoras e poder normativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 83.

<sup>59</sup>Vide o Acórdão proferido no julgamento do Recurso Extraordinário nº 140.669-1/PE, em voto da lavra do Relator Ministro Ilmar Galvão.

<sup>60</sup>MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Agências reguladoras: instrumentos do fortalecimento do Estado*. São Paulo: Associação Brasileira de Agências de Regulação – ABAR, 2003. p. 37. Disponível em: <<http://www.aris.sc.gov.br/download/c210ZV9iaWJsaW9fZG93bjsxNTtsaXZyby1hZ2VuY2lhcylYZWd1bGFkb3JhcylpbmN0cnVtZW50b3MtZG8tZm9ydGFsZWVudG8tZG8tZXN0YWRvLWFiYXJucGRm>>. Acesso em: 10 set. 2016.

A existência de instituições públicas que guardem autonomia sobre a ingerência governamental, longe de malferir o Estado Democrático de Direito, visa justamente assegurar a concretização dos direitos fundamentais e impedir a ingerência política sobre atividades que guardam missões públicas alheias ao embate político.

A moderna atividade regulatória deve ser compreendida como um mecanismo de mediação dos diversos interesses envolvidos no setor. Deverá, em respeito aos princípios da razoabilidade e da eficiência, bem como aos direitos e garantias fundamentais, buscar a maior conciliação entre os sujeitos envolvidos na atividade regulada, conformando-se a decisão regulatória ao máximo de anuência e ponderação possível.

Nesse sentido, destaca-se o texto de GASPAR ARIÑO ORTIZ, na tradução de ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO:

A função do regulador não é tanto a de ‘se impor’ aos regulados, mas de convencer, persuadir, levar as partes a uma solução convencional, na medida do possível (...) Em muitas das questões que se colocam ao regulador não existe apenas uma única solução “justa”, devendo quase sempre articular uma composição entre interesses contrapostos, uma transação, uma arbitragem. O desejável é que a decisão seja, em princípio, aceita pelas partes, o que será facilitado quando a autoridade reguladora, com o passar do tempo adquirir a maturidade e experiência necessárias para cumprir a sua missão, isto é, quando ganhar o respeito dos operadores do sistema e, além da competência legal, gozar da “Auctoritas” moral sobre os mesmos”.<sup>61</sup>

Para tanto, há que ser assegurado um modelo equidistante de atuação regulatória – igualmente distanciado, inclusive, dos interesses políticos de ocasião -, fundamentada em decisões técnicas, equilibradas e imparciais, objetivando o melhor funcionamento de um determinado setor, mediante a satisfação de políticas públicas de longo prazo, de forma sustentável.

---

<sup>61</sup>Gaspar Ariño Ortiz, *Princípios de Derecho Público Económico*, Ed. Comares e Fundación de Estudios de Regulación, Granada, 1999, pp. 598/9 *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regulação da economia: conceito e características contemporâneas. *Revista de Direito de Energia*, IBDE, ano 1, n. 2, p. 198-199, out. 2004.

Dessa forma, devem ser dotadas de mecanismos que possibilitem a participação dos interessados no processo decisório, prerrogativa contemplada, inclusive, pelas leis criadoras das agências reguladoras<sup>62</sup>.

Essa oportunidade de participação somente poderá ser garantida mediante a processualização da atividade regulatória, a qual não visa garantir o atendimento as posições jurídicas subjetivas ou as prestações sociais almejadas, mas sim assegurar condições de exposição dessas posições e anseios, ocasionando “a transformação do contexto social de liberdade legal num sistema de justificação do novo conceito de ideias e interesses.”<sup>63</sup>

Para Floriano de Azevedo Marques Neto, dois princípios básicos dão os contornos para o exercício legítimo da competência regulatória, obviamente sem pretender desqualificar a evidente necessidade de observância de todos os princípios e garantias fundamentais que devem reger a prática de qualquer ato administrativo. No eixo horizontal (abrangência), a limitação do poder regulatório seria ditada predominantemente pelo princípio da subsidiariedade. Já no eixo vertical (intensidade e profundidade), seria dada pelo princípio da proporcionalidade<sup>64</sup>.

Sendo assim, muito mais do que aferir a legitimidade da regulação pela sua subsunção lógico-formal a determinado preceito legislativo, deve ser verificado o atendimento das suas finalidades, de forma eficiente, mediante a adoção de posturas que melhor conciliem os interesses envolvidos em prol do equilibrado e sustentável bom desenvolvimento da atividade regulada.

Sem dúvida alguma, a regulação estatal desenvolvida nos moldes acima expostos está muito mais consentânea com os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal.

---

<sup>62</sup>O art. 4º, §3º, da Lei n.º 9.427/96 estabeleceu a obrigatoriedade de que todas as decisões da ANEEL que possam afetar direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores devem ser precedidas de audiência pública.

<sup>63</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. rev. e ampl. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1.294.

<sup>64</sup>MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. *REDAE*: revista eletrônica de direito administrativo econômico, cit.

## **2.2. Viés institucional da regulação dos serviços públicos**

Feitas as considerações acima a respeito do conceito e utilidade dos serviços públicos, suas formas de prestação e consequentes papéis do Estado, demonstrando-se os fundamentos da regulação estatal, passa-se a abordar especificamente o modelo de regulação independente adotado no Brasil, com a criação das agências reguladoras, destacando-se suas principais funções e características.

### **2.2.1. A Administração Pluricêntrica. O que é e como se coloca?**

Como é cediço, até a Reforma do Estado ocorrida na década de 1990, prevalecia o modelo centralizado e hierárquico de Administração Pública, inspirado em critérios preponderantemente políticos, no qual “as funções ativas se reservam apenas aos órgãos com agentes individuais ou monocráticos, os quais se relacionam entre si mediante a técnica do escalonamento hierárquico”<sup>65</sup>. O modelo de Administração Pública organizava-se hierarquicamente sob a égide da Chefia do Poder Executivo, executada pelos Ministros de Estado, aos quais incumbia o poder decisório, operacionalizado pelo aparato da Administração, numa estrutura burocrática e rígida.

Contudo, com o aumento da complexidade das relações sociais, ocasionada pelo surgimento de diferentes grupos de interesse, e com o avanço da tecnologia, o modelo napoleônico de Administração Central encontrou seu declínio, haja vista a sua incapacidade de organizar as relações sociais e oferecer respostas rápidas e eficazes às demandas sociais, em prol do bem-estar coletivo.

De fato, a ruptura do modelo centralizado de Administração Pública se mostrou imprescindível, haja vista que, sem maior tecnicidade, especialização e eficiência, o Estado não seria capaz de cumprir as suas finalidades, tornando-se obsoleto. Uma regulação estatal homogênea, centralizada e desprovida dos meios técnicos necessários, seria incapaz de atingir a sua finalidade, especialmente incapaz de melhor compreender e equilibrar as necessidades de uma sociedade heterogênea, plural, inovadora, tecnológica, e crescentemente mais complexa.

---

<sup>65</sup>GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo. *Revolución Francesa y administración contemporânea*. 4. ed. Madrid: Civitas, 1998. p. 125.

Caracterizando a Administração Pública do Estado pluriclasse como “policêntrica”, VITAL MOREIRA afirma, valendo-se de Brohm, que:

quanto mais a colectividade se especializa e diferencia técnico-profissionalmente e se pluraliza ético-culturalmente, tanto menor se torna aquilo que é comum a todos e tanto maior necessidade existe de diferenciação político-administrativa para corresponder à diversidade de apelos feitos aos poderes públicos.<sup>66</sup>

Dessa forma, diante da falência do modelo burocrático piramidal de Estado e da necessidade de conferir-se eficiência à atividade administrativa, então voltada ao gerenciamento e conformação dos diferentes interesses da sociedade amplamente fragmentada, é que surgiram modelos horizontais e descentralizados de organização do aparato administrativo.

A reorganização do Estado, portanto, foi reflexo da reorganização da sociedade, sem a qual seria impossível ao Estado atuar com eficácia, especialmente num cenário de constante inovação, com a eficiência e economicidade necessárias ao atendimento das demandas sociais, garantidas pelos artigos 37 e 70 da Constituição Federal.

Não obstante, a própria especificidade e tecnicidade das complexas relações sociais provenientes do avanço tecnológico não permitiram a manutenção da estrutura vertical do poder decisório, concentrado politicamente em prol do atendimento aos interesses “ex pars príncipe” do Estado. A esse respeito, ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO leciona:

Com o avanço da pluralidade e complexidade, inclusive tecnológica, da sociedade, este processo fragmentário da administração pública chegou a um ponto ótimo com o surgimento dos órgãos e entidades independentes, ou seja, dotados de uma verdadeira/reforçada autonomia, de uma descentralização material, mais capazes de ponderar os diversos interesses sociais presentes.

(...)

O escopo da descentralização não é apenas o de aproximar a Administração dos cidadãos para que a atuação administrativa se dê, de um lado, de forma mais rápida e cômoda para estes, e de outro, mais consentânea com as suas necessidades, em virtude do maior conhecimento destas propiciado pela descentralização, mas também o de

---

<sup>66</sup>MOREIRA, Vital. *Administração autônoma e associações públicas*, cit., p. 30-35.

fracionar o poder do Estado evitando a sua concentração nas mesmas mãos<sup>67</sup>.

Nesse passo, importa destacar que a descentralização em questão não significou a completa desintegração da organização administrativa, mas, sim, uma fragmentação harmônica, com a criação de novos instrumentos de integração e coordenação, mediante a substituição de mecanismos de controle hierárquicos, por mecanismos finalísticos, embasados nos princípios da eficiência, moralidade e razoabilidade.

Não há, portanto, antagonismo entre a autonomia de entidades e órgãos materialmente descentralizados com a unidade da Administração, muito pelo contrário: a Administração Pública contemporânea, para cumprir as suas funções e atender aos valores e princípios constitucionais a ela impostos, deve atuar, ao mesmo tempo, coordenada e descentralizadamente.<sup>68</sup>

Esse modelo de organização da Administração Pública foi aqui chamado de “Administração Pluricêntrica”, conforme nomenclatura adota por VITAL MOREIRA<sup>69</sup>, mesmo fenômeno identificado como “Administração Multiorganizativa”<sup>70</sup> ou como “Administração Policêntrica”<sup>71</sup>. A escolha da nomenclatura se deve ao seu destaque ao fenômeno da descentralização do poder<sup>72</sup>, fragmentado numa pluralidade de entidades e órgãos da Administração Pública, que podem se organizar em modelos diversos, com amplitude e variedade das funções públicas que exercem, e, conseqüentemente, levando ao estabelecimento de diferentes graus de autonomia e discricionariedade.

O que se pretende reforçar é que o cerne do modelo está, portanto, vinculado ao conceito material de descentralização, ou seja, a efetiva outorga de prerrogativas e garantias suficientes ao desempenho significativamente autônomo das funções destacadas do Poder Central, sem vinculação hierárquica.

<sup>67</sup>ARAGÃO, Alexandre Santos de. Administração pública pluricêntrica. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 54, p. 28, 2001, citando CHEVALLIER, Jacques, *Vers um Droit Postmoderne*, in Jean Clam e Gilles Martin, *Les Transformations de la Regulation Juridique*, LGDJ, Paris, 1998, p. 35 e Costantino MORTATI, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Tomo I, CEDAM, Padova, 10. ed., 1991, p. 634.

<sup>68</sup>ARAGÃO, Alexandre Santos de. Administração pública pluricêntrica, cit., p. 37.

<sup>69</sup>MOREIRA, Vital. *Administração autônoma e associações públicas*, cit., p. 30-35.

<sup>70</sup>CASSESE, Sabino. *Le base del diritto amministrativo*. 6. ed. Milano: Ed. Garzanti, 2000. p. 189-190.

<sup>71</sup>CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno (L'État post-moderne)*. Tradução da 3. ed. francesa para o português por Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. (Coleção Fórum Brasil-França de Direito Público I).

<sup>72</sup>E não mera reorganização de funções entre os diversos órgãos despersonalizados de uma mesma pessoa jurídica estatal, periféricos porém diretamente submetidos à Administração Central.

### **2.2.2. Agências Reguladoras - centros de poder autônomos**

Como já exaustivamente abordado, concomitantemente à redução da atuação direta estatal na economia, houve o fortalecimento da função gerencial do Estado, fundamentada no princípio da subsidiariedade.

Os tradicionais esquemas legislativos, lineares e subsuntivos, não se prestaram a acompanhar as necessidades decorrentes do dinamismo da realidade socioeconômica e da crescente complexidade das relações sociais, provocada pela fragmentação de interesses na sociedade democrática e pelo conseqüente surgimento de demandas pluralistas.

Diante disso, e por força da influência internacional, optou-se pela adoção de um sistema no qual caberia ao Poder Legislativo a função de editar normas fluidas e flexíveis, que comportassem um maior grau de discricionariedade, por força do alto grau de tecnicização e especialização decorrentes da revolução tecnológica, as quais seriam variáveis segundo a conjuntura, concretizadas por meio da atividade regulatória.

Concomitantemente, nesse novo modelo de elevada fluidez dos objetivos fixados na legislação, verificou-se a necessidade de adoção de uma estrutura pluricêntrica de organização da Administração Pública, sobre a qual se discorria no tópico antecedente.

Nessa nova estrutura, organizada em prol da maior eficiência, o poder decisório não poderia se manter completamente concentrado na Administração Central, tecnicamente leiga e altamente politizada, especialmente diante da possibilidade de, em razão da inevitável generalidade das leis, serem capturados pelas forças políticas momentaneamente dominantes, privilegiando-se determinados grupos de interesse em detrimento da função gerencial e mediadora assumida pelo Estado.

Assim, a fim de evitar o risco de instabilidade e insegurança inadmissíveis no modelo regulatório adotado, especialmente nos setores onde se buscava incentivar a retomada do investimento privado sobre as atividades até então mantidas sob a exploração direta do Estado, foram criados órgãos ou entidades detentores de ainda maior autonomia em relação à que foram dotadas as demais entidades da Administração Indireta, denominadas de agências reguladoras.

A compreensão da figura da agência reguladora, como bem apontado por MARÇAL JUSTEN FILHO, “pressupõe pelo menos duas cautelas fundamentais. A primeira envolve a ausência de um perfil jurídico único para as agências. A segunda se

vincula à necessidade de submissão da modelagem das agências ao sistema jurídico pátrio”.<sup>73</sup>

Assim, se faz relevante advertir a inexistência de um regime jurídico único para as agências reguladoras. A heterogeneidade e amplitude das características individualmente necessárias para melhor atender a cada uma das necessidades dos mais diversos setores impedem a delimitação de um regime unificado.

Mostra-se, assim, imprescindível ressaltar que a pretensão do presente estudo, longe de ser a de propor um modelo único, rigidamente estruturado, para aplicação generalizada a toda agência reguladora, é a de relacionar as bases teóricas mínimas para o funcionamento de um modelo regulatório eficiente e, assim, demonstrar em que medida o desapego às essas premissas mínimas tem levado à deterioração da atividade regulatória brasileira, especificamente no âmbito da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL.

Pois bem. Às agências reguladoras foram atribuídas prerrogativas voltadas a reforçar o seu traço de autonomia – ou, para muitos, independência<sup>74</sup> – mediante as seguintes principais características: (i) seus dirigentes não poderiam ser exonerados *ad nutum*; (ii) a composição da Diretoria seria organizada de forma colegiada e alternada, objetivando mantê-la heterogênea política e ideologicamente; (iii) seus integrantes deveriam possuir formação técnica; (iv) ser-lhe-iam atribuídas competências regulatórias; e (v) suas decisões não estariam sujeitas a recursos hierárquicos impróprios, características que serão melhor exploradas em sequência.

É certo que o movimento de descentralização das funções do Estado, que acima preferimos chamar de Administração Pluricêntrica, impescinde da concessão de um certo grau de autonomia aos entes da Administração Indireta. Essa autonomia, contudo, ao tratar das agências reguladoras, atinge de fato o grau máximo de autodeterminação, concedendo amplo espaço de liberdade de conduta e decisão, pelo que muitos autores a preferem denominar de independência.

---

<sup>73</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 662.

<sup>74</sup>Os conceitos de independência e autonomia assemelham-se em muitos aspectos, verificando-se, muitas vezes, uma tautologia na definição, com ambos sendo utilizados para definir um ao outro. Contudo, admitindo-se que independência seria “o estado de quem tem autonomia”, é razoável sugerir que a autonomia seja um instrumento por meio do qual se atinge a independência, ou seja, um elemento indispensável à configuração da independência. Nesse sentido, CONTI, José Maurício. *A autonomia financeira do Poder Judiciário no Brasil*. 2005. Tese (Livre Docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. p. 64.

Muito já se questionou a respeito da legitimidade da autonomia decisória das agências reguladoras independentes. Parte dos discursos vieram na busca de uma melhor conformação das mudanças jurídico institucionais que culminaram na adoção do modelo, dentro do arcabouço constitucional brasileiro<sup>75</sup>, conforme já exposto no item antecedente, e parte da doutrina optou por refutar o modelo adotado, o qual se entendeu malferir o princípio da legalidade e da separação dos Poderes.

Diante da sedimentação do modelo no cenário brasileiro, entendemos que essa divergência doutrinária, em que pese mereça os breves apontamentos já realizados no decorrer deste capítulo, encontre-se materialmente superada, de forma que, por fugir ao objeto do presente estudo, optamos por adotar a legitimidade do exercício da autonomia decisória<sup>76</sup> das agências reguladoras como premissa ao desenvolvimento do presente estudo, sem a qual a tarefa de perquirir o aperfeiçoamento do modelo se tornaria inócua.

### **2.2.3. Características primordiais para o modelo - tecnicidade; autonomia e equidistância**

Para que a regulação possa cumprir sua finalidade, é indispensável que a autoridade reguladora detenha algumas características primordiais, das quais se destacam: (i) especialização técnica, para que seja capaz de auferir a forma mais eficiente e razoável de equacionar os interesses envolvidos para o bom funcionamento de um determinado setor, o que aqui se denominou de “tecnicidade”; (ii) independência política, quebrando-se o paradigma de submissão hierárquica às decisões dos Ministérios, modelo regulatório tradicionalmente adotado na Administração Pública verticalizada, o que aqui se identificou como “autonomia”; e (iii) legitimidade democrática, permitindo-se a ponderação de todos os interesses envolvidos para o proferimento de decisões regulatórias com o máximo de consensualidade possível, ora sintetizada como “equidistância”.

Como objetivo fundamental da regulação independente, GASPAR ARIÑO ORTIZ destaca a mediação entre os diversos interesses envolvidos no exercício de uma determinada atividade econômica, permitindo-se a coexistência de regimes distintos de exploração, mediante a solução de conflitos, e a definição, adaptação e supervisão do cumprimento das regras do jogo:

---

<sup>75</sup>Vide item 2.1.4 supra.

<sup>76</sup>Também compreendida como “discrecionabilidade ampliada” ou “poder normativo”.

O objetivo fundamental destas comissões é despolitizar e racionalizar o exercício da regulação econômica. Pois bem, no novo modelo de regulação para a competição é ainda mais importante a separação <regulador-Governo>: existem atividades sujeitas a tarifação, em convivência com atividades concorrenciais, sendo necessário um árbitro que solucione os conflitos entre os agentes, especialmente em matéria de acesso à rede, e é necessária a supervisão do cumprimento das regras do jogo e da sua indispensável adaptação.<sup>77</sup>

De fato, deve ser uma autoridade dotada de poder regulamentar, ou seja, dotada da capacidade de medir, ajustar ou ordenar as regras do jogo com o intuito de propiciar o bom funcionamento do mercado. Não há como desenvolver a atividade regulatória sem o domínio de conhecimentos técnicos específicos do setor regulado, especialmente diante da complexidade decorrente das constantes inovações tecnológicas e das mudanças conjunturais que influem na prestação.

De qualquer forma, muito mais do que uma função de consultoria técnica do Poder Executivo, representado pelos Ministérios, as agências reguladoras devem deter poderes para decidir sobre a mediação de interesses, e para editar normas que organizem o funcionamento de determinado setor.

A ponderação e o equilíbrio de interesses pressupõe a manutenção de uma neutralidade pelo órgão regulador, de forma que o ente regulador deverá manter equidistância dos interesses verificados no setor regulado, de modo a exercer, com prudência e proporcionalidade, suas competências de forma a melhor atingir aos objetivos visados com a regulação.

A agência reguladora ocupa, portanto, um papel “quase jurisdicional”, na medida em que necessita agir com imparcialidade, mediante o justo equilíbrio entre os conflitantes interesses envolvidos nas utilidades de relevância e interesse geral, inclusive frente aos interesses do Poder Executivo, para garantir o cumprimento de políticas públicas de longo prazo, garantindo que a intervenção na atividade econômica se dê de forma flexível, ágil e, ao mesmo tempo, estável e racional, dentro do mínimo necessário para que se possa

---

<sup>77</sup>Tradução livre de Gaspar Ariño Ortiz, conforme trecho original: “El objetivo fundamental de estas Comisiones es despolitizar y racionalizar el ejercicio de la regulación económica. Pues bien, en el nuevo modelo de regulación para la competencia es aún más importante la separación <regulador-Gobierno>: existen actividades sometidas a tarifación, en coexistencia con actividades competitivas, es necesario un árbitro que solucione los conflictos entre los agentes, sobre todo en materia de acceso a la red, y es necesaria la supervisión del cumplimiento de las reglas del juego y su necesaria adaptación.” In: ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de derecho público económico (Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica)*. Granada: Comares, 1999. p. 645.

atingir, de forma sustentável, os objetivos de universalização, modicidade, adequação e continuidade do serviço.

De fato, a autoridade reguladora deve estar dissociada do poder político, dotada de independência e estabilidade, evitando-se a sua captura pelos interesses políticos predominantes, especialmente que seja utilizada para a satisfação de interesses eleitoreiros, ou como manobra político partidária.

Vê-se, portanto, que as agências reguladoras se distanciam dos demais órgãos e entidades da Administração Indireta pelo grau de independência do Poder Central e pelas competências regulatórias que lhes são outorgadas por lei específica, justamente objetivando, tanto permitir a profissionalização, especialização e continuidade dos agentes reguladores - características necessárias para uma regulação adequada em setores tão complexos como os de infraestrutura -, quanto limitar a influência dos regulados sobre o regulador e, ainda, aumentar a transparência do processo regulatório.

Por essas razões, sem a tecnicidade necessária a garantir que as decisões sejam tomadas com vistas ao melhor equilíbrio entre a sustentabilidade do setor e o alcance das finalidades públicas, sem a autonomia e equidistância imprescindíveis para que a decisão se dê forma imparcial, e sem a garantia da ampla participação dos interessados no processo regulatório, a fim de permitir a completa ponderação dos interesses afetos aos temas regulatórios, atribuindo-lhe o máximo de consensualidade, não há como subsistir o modelo adotado.

Essas características se fazem relevantes na medida em que, enquanto entidade responsável pelo controle imparcial de um determinado mercado relevante – em especial setores nos quais há consideráveis falhas de mercado e inúmeros interesses contrapostos, como os são aqueles considerados serviços públicos –, as agências reguladoras necessitam equacionar os diferentes e dinâmicos interesses envolvidos para garantir a qualidade e sustentabilidade do mercado regulado.

#### **2.2.4. Funções das agências: mediação, adjudicação e função normativa**

Como já se adiantou, não há no ordenamento jurídico a previsão de um regime próprio, caracterizado por princípios, diretrizes e regras gerais, ao qual deveriam se submeter as agências reguladoras. A construção do modelo se deu no âmbito doutrinário, sendo incorporado, em maior ou menor grau, a cada lei de criação de cada agência, a

dependem da heterogeneidade e amplitude das características individualmente necessárias para melhor atender a cada uma das necessidades dos mais diversos setores.

Veja-se, a esse respeito, as lições de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO:

Prova disso é que vão se acumulando dúvidas e dificuldades em relação a conceitos importados da experiência de outras ordens jurídicas, notadamente europeias, nas quais essas dificuldades de harmonização do antigo com o novo foram igualmente sentidas e aos poucos superadas, graças ao trabalho construtivo da doutrina e da jurisprudência desses países de vanguarda na ciência do Direito.

Assim é que temas como a natureza da regulação, como função administrativa; a independência dessa função, bem como das agências e agentes incumbidos de desempenhá-la; a deslegalização de matérias de natureza técnica, para possibilitar o desenvolvimento de uma nova ordem de atos administrativos normativos; a natureza jurídica polimórfica nas normas reguladoras; a conseqüente distinção entre as tradicionais normas regulamentares e advenientes normas reguladoras; a relação entre norma legal e norma reguladora; o aparecimento das autorizações para o desempenho de serviços de interesse geral e das atividades comunicadas, em lista meramente exemplificativa, entre tantos outros que passaram a povoar o universo jurídico, causam ainda ruído e perturbação quando de sua aplicação<sup>78</sup>.

Tal fato dificulta a identificação de uma uniformidade que permita a melhor definição das agências reguladoras. Contudo, há certos pontos essenciais, especialmente os concernentes às suas funções, competências e principais atribuições, que, sem prejuízo das peculiaridades de cada agência individualmente considerada, se mostram imprescindíveis para atingir as finalidades da regulação.

Segundo FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO:

A multiplicidade de funções e competências é própria da atividade regulatória. A partir do momento em que o Estado opta por intervir na ordem econômica como regulador, assume-se o compromisso de manejar todos os instrumentos necessários para, naquele setor da economia, atingir as finalidades precípua da regulação. A regulação leva à concentração de funções dado o seu caráter pragmático e finalístico (o que legitima a atuação do regulador é sua capacidade de, eficientemente, combinar o equilíbrio do sistema regulado com o atingimento de objetivos de interesse geral predados para o setor). Para isso é

---

<sup>78</sup>MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A regulação sob a perspectiva da nova hermenêutica, cit., p. 1.

necessário que o ente de regulação possua competências e instrumentos amplos e efetivos<sup>79</sup>.

Pois bem. Na perspectiva democrática da moderna Administração Pública, as agências reguladoras assumem o papel de mediadoras entre os diversos interesses sociais. Assim, sua atuação deverá ser voltada à negociação, à busca do consenso, mediante a ponderação de todos os interesses envolvidos, aos quais há de ser oportunizado o direito de participação no processo decisório.

A necessidade de ponderação dos interesses envolvidos não significa afirmar a necessidade de acatamento. Contudo, dentro da margem de discricionariedade da agência reguladora para decidir a solução mais adequada para o caso concreto, haverá a possibilidade de controle de eficiência da decisão, sob o prisma do alcance da sua finalidade, sendo imprescindível que a agência reguladora demonstre a efetiva mediação dos interesses envolvidos em busca da solução mais equilibrada e consensual possível.

É possível afirmar, portanto, que é inerente à moderna regulação o exercício da autoridade num ambiente de composição, negociação e mediação perante os interesses envolvidos.

Ainda nas palavras de FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO:

As Agências representam, no direito brasileiro, os melhores exemplos da mudança de paradigma do papel do Estado (que passa ao papel de Estado regulador) e da Administração Pública (que passa a ter um papel muito mais de arbitrar conflitos e negociar com a sociedade a consecução de objetivos de interesse geral do que de ser agente do poder impositivo)<sup>80</sup>.

Dessa forma, a primeira das funções essenciais à agência reguladora é a de mediação, que se traduz na capacidade de conciliar ou mediar os mais diversos grupos sociais, agentes econômicos e interesses políticos relacionados ao setor regulado.

Não obstante, a segunda função imprescindível ao modelo regulatório é a função de adjudicação, consistente na prerrogativa de outorga, em consonância com as políticas públicas aplicáveis ao setor, de títulos habilitantes com vistas a franquear ou interditar o exercício de uma atividade regulada a um particular.

---

<sup>79</sup>MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Agências reguladoras: instrumentos do fortalecimento do Estado*, cit., p. 20.

<sup>80</sup>Id. Ibid., p. 25.

Tal função não se confunde com o estabelecimento da política pública voltada à exploração de um bem ou atividade objeto da regulação. Assim, a competência das Agências para praticar os atos de outorga não se confunde com a decisão, típica de políticas públicas, sobre como, quando e em que condições serão outorgadas.

A necessidade de se reservar a função adjudicatória às agências decorre do fato de que caberá a elas, dentro dos limites das cláusulas essenciais firmadas nos contratos estabelecidos entre a Administração Pública e os particulares – respeitando-se as garantias mínimas conferidas aos particulares e especialmente a necessidade de manutenção do equilíbrio econômico e financeiro dos contratos -, regular sobre as condições de exploração dos bens ou atividades outorgadas.

A reserva da função adjudicatória às agências objetiva, ainda, impedir que interesses políticos ocasionem a oneração excessiva dos contratos, acarretando significativo impacto na regulação tarifária ou na equação econômica de um contrato de concessão.

Vale aqui destacar, como nos adverte FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, que:

A dissociação entre poder concedente e agência é conveniente pois, na regulação da concessão, poder concedente, usuário e concessionário estarão, todos, sujeitos à atividade do regulador. Portanto, é conveniente que, nos contratos de concessão, a Administração Central participe como poder concedente, o que reforça a neutralidade do regulador. A Agência pode, inobstante, promover os atos e procedimentos de outorga e, doutro bordo, integrar o contrato de concessão como agente estatal encarregado de tutelar os interesses envolvidos<sup>81</sup>.

Finalmente, é imprescindível ao modelo regulatório o exercício da função normativa pelas agências reguladoras, consistente no poder de editar comandos gerais para o setor regulado. A agência exerce o papel de complementar os comandos legais abertos e indefinidos, materializando-se a finalidade da lei da forma que melhor se adequar ao bom funcionamento do setor regulado.

A legitimidade do exercício dessa função normativa já foi objeto de análise nos tópicos antecedentes, tratando-se da característica fundamental ao modelo adotado, sem a qual as agências não poderiam exercer a competência regulatória, e estariam limitadas às tarefas executivas.

---

<sup>81</sup>MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Agências reguladoras: instrumentos do fortalecimento do Estado*, cit., p. 26.

### **3. BASES TEÓRICAS PARA UM MODELO REGULATÓRIO EFICIENTE**

Feitas as considerações iniciais sobre o desenvolvimento da regulação independente dos serviços públicos no Brasil, buscamos identificar as bases teóricas que se mostram imprescindíveis para um modelo regulatório eficiente, independentemente das especificidades e características individuais de cada setor.

Trata-se de prerrogativas, finalidades, métodos e instrumentos, a nosso ver, essenciais para o desenvolvimento de qualquer atividade regulatória de forma coerente, os quais, ao mesmo em que concedem margem de liberdade indispensável para a o bom cumprimento da missão regulatória, apresentam-se como os seus próprios limitadores.

Assim, as referidas bases teóricas da regulação independente foram aqui divididas entre as prerrogativas indispensáveis a serem reservadas ao regulador; bem como o dever de eficiência no alcance dos seus resultados (decorrente do direito fundamental à boa administração) e de respeito ao devido processo legal regulatório, conforme melhor se demonstrará a seguir.

#### **3.1. Prerrogativas imprescindíveis ao funcionamento do modelo regulatório**

Para que a agência reguladora possa desenvolver o seu mister, há que lhe serem conferidas prerrogativas mínimas, as quais visam garantir o estabelecimento de uma política regulatória isenta, eficiente, tecnicamente consertada, estável – e ao mesmo tempo flexível –, com a conformação e colaboração dos interessados e especialmente sustentável, em prol do bom desempenho e da continuidade do setor regulado, que favoreça o alcance das políticas públicas de longo prazo.

Sem independência, adequada capacitação técnica, autonomia gerencial, financeira e orçamentária, ampla discricionariedade e amadurecimento institucional, mostra-se de fato impossível o funcionamento do modelo. É o que se pretende demonstrar.

### 3.1.1. A independência como elemento central

Como é cediço, a adoção do modelo de regulação por agências surgiu, no Brasil, num cenário de desestatização, como solução para a separação entre os interesses políticos da Administração Pública e a função regulatória, como forma de garantir aos prestadores privados das utilidades consideradas serviços públicos – e também os investidores de forma geral no mercado brasileiro –, bem como aos cidadãos consumidores, que a intervenção do Estado no domínio econômico se limitaria ao mínimo necessário para o alcance dos interesses do setor, relativos ao seu desenvolvimento sustentável – e não como manobra para o alcance de outras finalidades estatais.

Dessa forma, sendo o Estado parte interessada no manejo do poder regulatório com vistas ao alcance dos seus objetivos políticos<sup>82</sup>, e, no caso dos serviços públicos, com vistas também a obter maior retorno econômico enquanto titular de uma determinada atividade ou enquanto proprietário de determinados bens afetados à prestação - a independência do órgão regulador se põe como pressuposto essencial para que se possa exercer a atividade regulatória de forma equidistante não apenas em relação aos interesses dos operadores econômicos e dos cidadãos - divididos em seus mais diversos grupos-, mas igualmente distante do próprio poder político. A independência, portanto, é indispensável à proteção do regulador contra a captura pelo Poder Central, distanciando-o dos interesses governamentais de ocasião e dos interesses do poder concedente (titular da atividade ou dos bens públicos concedidos) – interesses esses contrários à concorrência, por exemplo.

Por essa razão, para o exercício da regulação sobre determinado setor, almejando-se a efetivação das pautas de interesse geral, é imprescindível que o órgão competente possa manter uma certa autonomia em relação aos diversos blocos de interesses que, pela própria lógica de mercado, tendem a ser conflitantes.

Isso porque, o risco de captura do poder regulatório se apresenta como uma possibilidade em relação a qualquer dos diversos interesses envolvidos no setor, sendo imprescindível a garantia da independência, como única ferramenta apta a mitiga-lo, especialmente no que concerne ao risco de articulação com o poder político.

Nesse sentido, valiosas são as lições de FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES:

---

<sup>82</sup>No sentido de interesses políticos de ocasião, eleitores e populistas.

Parece-nos absolutamente relevante que a atividade do órgão regulador seja protegida das vicissitudes do poder político. Bem é verdade que será no âmbito governamental (envolvendo Executivo e Legislativo) que serão definidas as pautas, as balizas, da atividade regulatória: as leis que suportam os instrumentos regulatórios e as macro políticas para o setor. Porém, definidos estes marcos, devem as agências desenvolver sua atividade com um grau elevado de independência em face do poder político, sob pena de se converterem em mera *longa manus* do núcleo estratégico estatal.<sup>83</sup>

Vale ressaltar que a constatação de que o órgão regulador deverá manter o maior grau de independência frente aos interessados objetiva evitar-lhe a captura, mas não significa negar-lhe a permeabilidade necessária para que possa, mediante a profunda ponderação entre os diversos aspectos e impactos, obter a melhor composição com vistas a promover o bom desenvolvimento do setor regulado.

Dessa forma, a independência, ao mesmo tempo em que remete à noção de liberdade e distanciamento, carrega a obrigação de ponderação, motivação e razoabilidade das decisões proferidas no exercício da competência regulatória.

Por essa razão, embora deva ter o compromisso com as finalidades sociais que justificam a sua intervenção na atividade econômica – especialmente àquelas de interesse geral, elegidas como serviços públicos –, a agência não poderá desconsiderar as outras dimensões da atividade regulatória, igualmente relevantes no intuito de garantir a sustentabilidade do setor regulado.

Sendo assim, ainda que a regulação seja um instrumento de implementação de políticas públicas, não poderá se transformar em instrumento político de ocasião, voltado ao alcance de interesses imediatistas de políticas populistas. A política pública a ser perseguida pela agência é aquela prevista na legislação setorial, voltada ao alcance de finalidades de interesse geral, como a universalização e a modicidade tarifária.

Conclui-se, assim, que a independência é indispensável ao exercício da regulação e somente se alcançará caso o regulador detenha meios e instrumentos que possibilitem a mais ampla autonomia no exercício das suas funções.

Dentre os meios e instrumentos necessários a assegurar que os agentes reguladores não estarão subordinados a vontade política do Poder Central, destaca-se a

---

<sup>83</sup>MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Agências reguladoras: instrumentos do fortalecimento do Estado*, cit., p. 71.

necessidade de garantir-se a estabilidade dos dirigentes e a ausência de controle hierárquico.

A estabilidade dos dirigentes se traduz na investidura de mandato com fixação de um prazo determinado para o exercício das funções, durante o qual lhes será conferida a prerrogativa da inamovibilidade, salvo em circunstâncias excepcionais expressamente previstas em lei (prática de atos de improbidade, condenação criminal, descumprimento reiterado dos objetivos do setor).

Essa estabilidade visa assegurar que o regulador não poderá ser coagido ou pressionado pelo risco de destituição das suas funções por ato de vontade política do Poder Central.

A ausência de mecanismos típicos do controle hierárquico, por sua vez, visa garantir que os atos das agências não serão passíveis de anulação, revisão ou revogação por parte dos dirigentes do órgão da Administração Central aos quais os órgãos reguladores são institucionalmente vinculados.

De fato, ponto fulcral para o modelo regulatório adotado, é que as competências atribuídas por lei às agências reguladoras sejam excluídas da Administração Central, ou seja, tornem-se competências privativas do órgão regulador, que não possam ser avocadas pelo Poder Executivo, especialmente pelos Ministérios.

Isso se faz relevante a medida que, sem a atribuição de competências privativas, não há como garantir às agências reguladoras a independência que, como se demonstrou alhures, se apresenta como característica primordial, constituindo elemento central da definição do modelo regulatório adotado.

Dessa forma, caso fosse possível o exercício do controle hierárquico, os órgãos da Administração Central poderiam interferir na atividade regulatória sempre que a decisão do regulador fosse contrária à vontade política existente no núcleo do poder, ocasionando a sua captura.

Diante de tudo que se expôs até o momento, parece evidente a necessidade de se impedir a ingerência ministerial sobre a atividade regulatória, seja para avocar as suas competências, editando regramentos que contrariem a independência do agente regulador, ou seja para impor qualquer espécie de controle, revisão ou prévio acatamento às decisões regulatórias. Não é, contudo, o que a prática tem demonstrado, conforme melhor se abordará no capítulo subsequente.

### 3.1.2. A capacitação técnica

A moderna regulação dos serviços públicos, entendida como forma de ponderação e equilíbrio entre os diferentes e muitas vezes conflitantes interesses envolvidos, para o melhor desenvolvimento de um determinado setor – não poderá ser adequadamente desenvolvida se o órgão regulador não detiver conhecimentos técnicos especializados.

De fato, a falha de informação e de conhecimento técnico sobre o funcionamento de um determinado setor é o que impede que a Administração Central possa identificar as causas do problema, desenhar soluções apropriadas e coibir a baixa adesão do público às decisões regulatórias, justificando-se a transferência da competência regulatória para um órgão técnico e independente.

Assim é que a capacidade técnica do regulador acaba por se tornar um requisito para a própria legitimação da regulação, que somente se justifica caso a autoridade independente detenha condições de reduzir a assimetria de informação em relação aos regulados, e avaliar adequadamente as variáveis apresentadas, para impor as regras necessárias ao desenvolvimento do setor regulado de forma eficiente, sustentável e consentânea com as finalidades de interesse geral.

Por essa razão, a capacitação técnica do órgão regulador deverá ser considerada desde o recrutamento de seus agentes, os quais deverão contar com o grau de especialidade e experiência necessário para o desenvolvimento das suas funções.

A observância da necessidade de capacitação técnica, contudo, não se limita à fase de recrutamento. É imprescindível que sejam fornecidas condições para que os agentes permaneçam constantemente atualizados nas suas respectivas áreas de conhecimento, especialmente considerando a velocidade com que as novas tecnologias influem no desenvolvimento dos setores de infraestrutura.

Ocorre que, sem os recursos financeiros necessários ao investimento na disponibilização e atualização dos meios e instrumentos imprescindíveis à garantir o acesso à informação, não há como se preservar a capacitação técnica dos agentes, fadada ao perecimento.

Assim como a adequada atualização de conhecimentos técnicos, a agência necessitará garantir a adequada remuneração dos seus agentes, evitando-se a migração dos melhores técnicos atraídos pelas oportunidades do mercado privado.

Dessa forma, para o bom desenvolvimento da atividade regulatória, é de rigor a realização de constantes investimentos na manutenção da capacitação técnica do órgão regulador, sem a qual não haverá como subsistir o modelo regulatório adotado.

O cenário que se apresenta, contudo, ao menos no setor de energia elétrica – o qual será objeto de abordagem mais detalhada no capítulo seguinte – é o de corte de receitas, que impedem tanto o recrutamento de agentes, quanto o investimento em infraestrutura de acesso à informação, prejudicando sobremaneira a qualidade da atividade regulatória.

A dificuldade de realização de investimentos em razão do corte de receitas remete ao próximo tópico deste capítulo, que visa justamente demonstrar a imprescindibilidade da autonomia gerencial, financeira e orçamentária das agências reguladoras.

### **3.1.3. Autonomia gerencial, financeira e orçamentária**

As autonomias gerencial, financeira e orçamentária apresentam-se, ainda, como recursos e instrumentos indispensáveis para garantir a independência das agências reguladoras, entendida como a capacidade de exercer as suas atividades, sem a necessidade de recorrer ao Poder Central, evitando-se, dessa forma, a sua captura política.

De fato, como destaca FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO:

a autonomia financeira é imprescindível para que o regulador tenha meios adequados para o exercício de suas atividades. A pior captura que pode acometer uma agência é aquela de engessar suas funções por falta de meios adequados ao seu exercício, transformando-a em um simulacro<sup>84</sup>

Pois bem. A autonomia gerencial deve envolver a capacidade da agência reguladora de organizar e gerir seus orçamentos, alocando os recursos disponíveis nas atividades que entenda prioritárias e necessárias ao bom exercício de suas finalidades. Manifesta-se pela capacidade de auto organizar-se, ou seja, de estabelecer os meios e as formas pelas quais se encarregará do cumprimento das suas competências.

---

<sup>84</sup>MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A nova regulamentação dos serviços públicos. *REDAE*: revista eletrônica de direito administrativo econômico, Salvador, n. 1, p. 77-78, fev./abr. 2005.

Já a autonomia financeira se caracteriza pela garantia de que os recursos financeiros necessários à atividade da agência não dependerão da gestão do Poder Central, tampouco do alcance de metas de arrecadação alheias à atividade regulada.

Para MARÇAL JUSTEN FILHO<sup>85</sup>, “o desempenho satisfatório que lhes reservam depende da disponibilidade de recursos materiais. Se não forem instituídos mecanismos que assegurem a obtenção desses recursos de modo automático, a agência acabará subordinada ao processo político usual”.

Assim, a autonomia financeira se relaciona diretamente com a autonomia orçamentária, a qual se caracteriza pela separação jurídica de orçamentos entre a agência reguladora e o Poder Central. No Brasil, a tal autonomia sofre limitação decorrente do princípio da unidade orçamentária, conforme dispõe o artigo 165, § 5º da CF/88.

Por essa razão, como todas as entidades que compõem a Administração Pública federal, as agências reguladoras, inclusive a ANEEL, em virtude de sua natureza autárquica de regime especial, criadas por leis específicas e integrantes da Administração Pública Indireta do Poder Executivo Federal, são alcançadas pelo Plano Plurianual (PPA), pela Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e pela Lei Orçamentária Anual (LOA).

Conforme bem sintetizado por JOSÉ MAURÍCIO CONTI<sup>86</sup>:

“o plano plurianual (PPA) é elaborado no primeiro ano do mandato do chefe do Poder Executivo, devendo o projeto ser encaminhado por ele ao Poder Legislativo até o dia 31 de agosto (quatro meses antes do encerramento do primeiro exercício financeiro) e devolvido para esse para sanção até o encerramento da sessão legislativa. Uma vez promulgado, o plano plurianual é válido por quatro anos (até o final do primeiro ano de mandato do sucessor), segundo as normas atualmente em vigor. Nele constarão as diretrizes, os objetivos e as metas da Administração Pública para o período mencionado, no que se refere às despesas de capital e aos programas de duração continuada.

E ainda esclarece:

A lei de diretrizes orçamentárias (LDO) é elaborada anualmente, devendo o projeto ser encaminhado pelo chefe do Executivo ao Poder Legislativo até o dia 15 de abril (oito meses e meio antes do encerramento do

---

<sup>85</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. Novos sujeitos da administração pública: consórcios públicos criados pela Lei Federal n.º 11.107. In: OSÓRIO, Fabio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coords.). *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 681.

<sup>86</sup>CONTI, José Mauricio. op. cit., p. 88-89.

exercício financeiro) e devolvido por esse para sanção até o encerramento do primeiro período da sessão legislativa. A LDO tem por função orientar a elaboração da lei orçamentária anual, estabelecendo, basicamente, as metas e as prioridades da Administração Pública para o exercício financeiro.

(...)

A lei orçamentária (LOA) é elaborada anualmente, devendo o chefe do Poder executivo encaminhar o projeto de lei ao poder legislativo até o dia 31 de agosto (quatro meses antes do encerramento do primeiro exercício financeiro) e devolvido por esse para sanção até o encerramento da sessão legislativa.

No processo de elaboração da lei orçamentária, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão é responsável pela elaboração das diretrizes e pela fixação das normas gerais, inclusive pela fixação dos referenciais monetários que permitirão a apresentação das propostas orçamentárias.

A ANEEL, agência reguladora objeto do presente estudo, é considerada unidade orçamentária vinculada ao Ministério de Minas e Energia, a quem compete limitar os referenciais monetários a serem seguidos pelas unidades orçamentárias do setor, cabendo-lhe coordenar, avaliar e consolidar a proposta orçamentária setorial, com base, dentre outros fatores, nas prioridades e necessidades que elege.

Após aprovada e promulgada a lei orçamentária, o Poder Executivo estabelecerá a programação financeira e o cronograma mensal de desembolso, tendo em vista que a realização das despesas dependerá da disponibilidade dos recursos existentes, ou seja, da efetiva arrecadação das receitas projetadas.

Para evitar o descasamento entre as despesas programadas e a arrecadação de receitas, o artigo 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal previu a possibilidade de limitação de empenho e movimentação financeira, de forma que, ainda que prevista na dotação orçamentária e incluída na programação financeira, a realização de uma determinada despesa poderá não ser autorizada, haja a vista a discricionariedade do Poder Central para gerir os recursos efetivamente arrecadados conforme as prioridades das políticas públicas.

Contingenciamento nada mais é do que a imposição de restrições orçamentário-financeiras para gastos na Administração Pública Federal, abaixo dos limites autorizados na LOA pelo Congresso Nacional. Existem duas hipóteses para contingenciar a despesa: frustração no desempenho da arrecadação e/ou o aumento de créditos adicionais necessários para fazer frente às despesas não computadas ou insuficientemente dotadas.

Vê-se, portanto, que a autonomia da ANEEL se encontra mitigada em razão das limitações e ingerências do Poder Central sobre a sua liberdade para programar suas despesas, sofrendo limitação sobre o montante disponível para a programação e também para a execução do seu orçamento, o que poderá ocorrer mesmo que a agência detenha superávit de arrecadação decorrente das suas receitas próprias. Explica-se.

A fim de atribuir maior autonomia financeiro-orçamentária à ANEEL, o artigo 11 da Lei no 9.427, de 26 de dezembro de 1996, buscou proporcionar à autarquia especial, além das dotações orçamentárias gerais, outras fontes de receitas próprias. Contudo, tais são recolhidos à conta única do Tesouro Nacional<sup>87</sup>, e submetidos ao orçamento, sendo necessária a sua inclusão na proposta orçamentária.

Assim, ainda que haja superávit<sup>88</sup> no recolhimento de receitas próprias, o repasse dos recursos arrecadados pela autarquia depende da aprovação pelo Poder Central, sendo extremamente comum<sup>89</sup>, ao menos ao que se constatou na ANEEL, a imposição de limites de empenho em montantes inferiores à arrecadação efetivamente apurada.

Ocorre que as receitas das agências são provenientes especialmente da cobrança de taxas para o exercício do seu poder de polícia, o que pressuporia que tais recursos fossem necessariamente despendidos no exercício da atividade regulatória, tendo em vista o seu caráter vinculado.

Nesse sentido, MARÇAL JUSTEN FILHO esclarece que:

[a taxa é] mecanismo para assegurar a captação pela agência de recursos para sua manutenção. Mais do que isso, assegura-se a autonomia financeiro-orçamentária que impede a redução da autonomia da agência em face de outras instituições estatais ou de empresas privadas. A instituição da taxa de fiscalização está prevista no art. 145, inciso II, da CRFB. Possui caráter vinculado, por ser devida em decorrência de uma prestação estatal específica em favor do contribuinte, e retributivo, por se basear no princípio do custo/benefício.

Conclui-se, portanto, que as receitas próprias das agências reguladoras – e especificamente as da ANEEL -, vinculadas por lei e destinadas a garantir a sua autonomia

---

<sup>87</sup>Conforme Decreto no 4.950/2004.

<sup>88</sup>Conforme apontado nas Prestações de Contas Anuais da Aneel, dos anos 2000 a 2016.

<sup>89</sup>Leia: POR FALTA de orçamento, Aneel suspende canais de atendimento. *Exame.com*, 6 maio 2016. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/por-falta-de-orcamento-aneel-suspende-canais-de-atendimento/>> e CORTES no orçamento podem deixar Aneel, a agência da energia, sem luz. *Veja.com*, 23 maio 2016 Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/economia/cortes-no-orcamento-podem-deixar-aneel-agencia-da-energia-sem-luz/>>.

financeira e orçamentária, não deverão fazer parte do esforço fiscal da União, garantindo-se às agências reguladoras a autonomia imprescindível ao exercício das suas atividades. Não é, contudo, o que se constatou ocorrer no setor de energia elétrica.

#### **3.1.4. A legalidade eficaz**

Conforme exposto no capítulo antecedente, muito já se questionou sobre a legitimidade do modelo de regulação independente adotado, especialmente sua conformidade com o Princípio da Legalidade.

Passados, contudo, já 20 (vinte) anos desde a adoção do modelo, tais questionamentos acabaram se tornando materialmente superados, inclusive diante das reiteradas manifestações das Cortes Constitucionais, no sentido de admitir o exercício da competência regulatória por autarquias independentes, desde que a lei delimite a alçada da regulação.

Dessa forma, reserva-se à lei a competência para conceber e estabelecer as políticas públicas setoriais, garantindo-se o respeito ao princípio democrático, no sentido de atribuir aos representantes eleitos a possibilidade de definir os objetivos e prioridades a serem concretizados pela atividade regulatória.

Aos órgãos reguladores caberá a efetivação das políticas públicas, previamente definidas por lei, contudo, realizada mediante a ponderação, de forma equilibrada e sustentável, da forma mais eficiente de alcance dos objetivos contidos numa política governamental de longo prazo, conforme a sua conveniência e oportunidade.

Assim, as políticas públicas estabelecidas por lei deverão ser necessariamente voltadas ao planejamento e ordenação da economia. Não poderão ser concebidas para o atendimento de objetivos imediatistas, tampouco deverão ser influenciados pelo embate na arena política, sob pena de ocasionar a instabilidade do setor.

A regulação pelas agências, portanto, almeja favorecer o planejamento e a estabilidade das políticas públicas, para que os seus objetivos sejam absorvidos com o menor impacto possível sobre o setor e com uma maior eficácia nos seus resultados.

Diante disso, a ampla margem de discricionariedade concedida às agências, longe de malferir o princípio da legalidade, vem justamente à sua conformação, mediante a inclusão dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade na atuação dos órgãos

reguladores, a tornar mais efetiva, econômica e eficaz a intervenção estatal no domínio econômico, mormente quando essa intervenção se preste a imprimir pautas de políticas públicas no âmbito do setor regulado.

Vale ressaltar, como melhor se abordará em sequência, que a ampla discricionariedade conferida às agências, longe de significar a concessão de liberdades para atuação arbitrária, fora dos limites da lei, vem justamente em sentido contrário: limitar o poder decisório pela necessidade da perfeita conformação com a sua finalidade, sempre pautada pela realização dos direitos fundamentais, garantidos pela Carta Magna.

Assim, a exigência da eficiência da decisão regulatória, para a concretização dos direitos fundamentais e o alcance das finalidades estabelecidas pelas políticas públicas, em equilíbrio com o bom e sustentável funcionamento do setor regulado, é o que garante às agências legitimidade para o exercício das suas funções.

### **3.1.5. Os limites do Estado na fixação dos *standards* regulatórios**

A agência reguladora haverá de exercer a sua competência regulatória de forma independente, o que, como visto, não significa que o fará de forma ilimitada. A atividade regulatória há de ser condicionada pelos princípios e objetivos que regem a Administração Pública, previstos em lei e na Constituição Federal.

Será limitada, ainda, pelas políticas públicas estabelecidas direta ou indiretamente para o setor, não apenas pelo Poder Legislativo – mediante a edição de atos legislativos -, como pelo próprio Poder Executivo Central.

A vinculação da regulação à política governamental, contudo, não se dá nos mesmos moldes do modelo hierárquico e centralizado. Num contexto de intervenção direta do Estado no domínio econômico, a política governamental se estabelecia com efeitos vinculantes e imediatos sobre o setor regulado, dentro da cadeia vertical de comando. Assim, a concretização da política pública<sup>90</sup> se dava de forma imediata, em decorrência do exercício do poder hierárquico que a Administração Central exercia sobre o operador econômico estatal.

---

<sup>90</sup>Entendidas como “processo ou conjunto de processos que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades, para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo direito”. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 264.

A estrutura hierárquica e verticalizada da Administração Pública não permitia diferenciar a política pública da atividade regulatória, a qual se limitava à execução dos comandos do governo central.

A política regulatória<sup>91</sup> da forma como atualmente concebida, por sua vez, confere ampla margem de discricionariedade ao agente regulador para decidir acerca de quando e como intervir num determinado setor, a fim de alcançar os objetivos pré-definidos na política pública elaborada pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Assim, enquanto a política regulatória visa defender o funcionamento equilibrado e sustentável de um determinado setor, a política pública deverá voltar-se à definição das pautas prioritárias de interesse geral.

Por essa razão, o autor da política regulatória não poderá ser o governante eleito, mas sim agente administrativo investido de uma função técnica e deveras complexa, que é a de equacionar as finalidades de interesse geral com os demais aspectos e interesses subjacentes para garantir o funcionamento mais preciso e eficiente do setor regulado<sup>92</sup>.

Assim, a partir do princípio da legalidade, é inevitável reconhecer a relação de dependência e complementaridade entre a política pública e a política regulatória, tendo em vista que os objetivos gerais para um determinado setor são definidos pela política pública, a qual, contudo, tem a sua concretização sujeita às estratégias de ação e à escolha dos instrumentos realizada pela política regulatória, com vistas a dotar o Estado de eficiência.

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO demonstra com precisão essa relação de dependência e complementaridade entre a política pública e a política regulatória, tendo de um lado as atividades do Legislativo e do Executivo e, de outro, a atividade dos órgãos reguladores:

A especificidade e a especialidade, que predicam a necessidade de um setor contar com um órgão regulador próprio, interditam que a atividade regulatória seja permanentemente pautada pela interferência política. A nova regulação é, sem dúvida, um instrumento de implementação de uma

---

<sup>91</sup>“políticas regulatórias são caracterizadas pelas opções do ente incumbido da atividade regulatória acerca dos instrumentos de regulação a seu dispor com vistas à consecução das pautas de políticas públicas estabelecidas para o setor regulado” (MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Agências reguladoras: instrumentos do fortalecimento do Estado*, cit., p. 39).

<sup>92</sup>SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 262, out./dez. 2013.

política pública num determinado setor. Não pode, porém, se transformar em um instrumento de jogo político em particular<sup>93</sup>.

O autor bem adverte do risco e da inadmissibilidade de que as políticas públicas governamentais venham a engessar a atividade regulatória, tomando para si a tarefa de definir a política regulatória.

O abuso nos limites da definição de políticas públicas setoriais, mediante a edição de comandos pelos quais se esvazia a margem de discricionariedade dos atos regulatórios, determinando-se quando e como serão implementados os objetivos da política governamental, acabam por inutilizar o exercício da competência regulatória.

As agências reguladoras acabam por se tornar meras agências consultivas e executivas do Poder Central, traço de autoritarismo comum no modelo hierárquico da Administração, cujas raízes estão tão atreladas à cultura publicista brasileira, que, passadas já duas décadas desde a adoção do modelo, ainda se vê espaço – e a necessidade – para a reafirmação das bases teóricas do modelo regulatório, diante dos inúmeros exemplos de afrontamento dos limites do Estado na fixação dos *standars* regulatórios, verificados no dia-a-dia da regulação setorial de energia elétrica, conforme melhor se abordará no capítulo seguinte.

### **3.2. O direito fundamental à boa administração**

A mudança paradigmática na forma de legitimação da atuação administrativa, decorrente da reforma do Estado, privilegiando-se a eficiência no alcance das finalidades públicas, fez surgir a noção do direito fundamental à “boa administração”.

Partindo-se da premissa de que seria ilegítima a atuação da Administração Pública, acaso ineficaz no alcance das suas finalidades ou excessivamente onerosa, mediante custo desproporcional ao benefício pretendido, chegou-se ao desenvolvimento da ideia de que seria obrigação do Estado realizar a correta eleição dos meios e instrumentos necessários para a consecução das atividades administrativas, com a menor intervenção possível nas liberdades e garantias individuais.

---

<sup>93</sup>MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Agências reguladoras: instrumentos do fortalecimento do Estado*, cit., p. 71.

Tal concepção tomou ainda maior relevância no que concerne ao papel regulatório do Estado – especialmente quando desenvolvido por autoridades independentes, as quais se legitimam justamente em razão da sua capacidade técnica e equidistância, entendidas como imprescindíveis para a garantia de uma decisão melhor do que aquela que seria emanada da Administração Central.

A boa administração, conforme DURÁN MARTÍNEZ<sup>94</sup>, pode ser compreendida sobre três perspectivas: como dever, como direito, e como princípio.

Como dever, remete a noção de que Administração Pública deverá ser necessariamente boa, senão padecerá de ilegitimidade. Tal concepção é fundamentada no caráter prestacional da Administração Pública, que tem como finalidade o dever de servir bem a toda gente.

Como direito, a “boa administração” seria a decorrência do dever da Administração Pública de ser eficiente, para o alcance do bem comum, o que faria surgir, em consequência, o direito dos cidadãos de exigir da Administração Pública o melhor gerenciamento dos recursos e instrumentos públicos.

É possível conceituar a eficiência, de forma praticamente uníssona pela doutrina nacional<sup>95</sup>, sobre duas dimensões do agir estatal: a eficiência como meio, correspondente a racionalidade e otimização no uso dos recursos; e a eficiência como resultado, da satisfatoriedade dos resultados da atividade pública.

A eficiência como meio está relacionada ao princípio da economicidade, segundo o qual o administrador público tem o “dever de selecionar e utilizar criteriosamente os melhores meios a serem empregados no cumprimento das atividades necessárias à boa administração, voltada ao atingimento de sua finalidade legal e, em última análise, do interesse público”<sup>96</sup>.

---

<sup>94</sup>DURAN MARTINEZ, Augusto. *Neoconstitucionalismo y derecho administrativo*. Buenos Aires: La Ley, 2012. p. 158 e ss.

<sup>95</sup>Para Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO: “[q]uanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se evidentemente de algo muito mais que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que buliram no texto” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 111-112).

<sup>96</sup>“pode-se definir o princípio da eficiência como a exigência jurídica, imposta à Administração e àqueles que lhe façam as vezes ou simplesmente recebem recursos públicos vinculados de subvenção ou fomento, de atuação idônea, econômica e satisfatória na realização das finalidades públicas que lhes forem confiadas por lei ou por ato ou contrato de direito público” (MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre princípio da eficiência. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 31, p. 55, 2000).

A eficiência como resultado reflete a qualidade da ação administrativa. Os resultados são medidos em relação ao alcance da sua finalidade, que, para a atividade regulatória estatal, está na promoção do melhor desenvolvimento do setor regulado, buscando-se alcançar, de forma sustentável, os objetivos definidos nas políticas públicas.

A respeito dessa dimensão, ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO lembra que o a eficiência é reforçada pelo princípio da proporcionalidade. Dessa forma, por força dos elementos da adequação, utilidade e necessidade, não se poderia impor a adoção de meio inadequado ou desnecessariamente oneroso ao atendimento das finalidades legais. Deve-se impor uma legalidade material, cujo substrato se encontraria na eficiente e menos onerosa possível realização dos objetivos constitucionais que estiverem em jogo<sup>97</sup>.

Segundo PAULO MODESTO, “eficiência, para fins jurídicos, não é apenas o razoável ou correto aproveitamento dos recursos e meios disponíveis em função dos fins prezados, como é corrente entre os economistas e os administradores (...) para o jurista, diz respeito tanto à otimização dos meios quanto à qualidade do agir final”<sup>98</sup>.

E finalmente, como princípio, a boa administração seria um vetor da atuação administrativa, marco de superação das velhas concepções patrimonialistas do Estado, situando o indivíduo no centro das preocupações da Administração Pública, a quem lhe incumbe servir.

Para JUAREZ FREITAS:

“o estado da discricionariedade legítima, na perspectiva adotada, consagra e concretiza o direito fundamental à boa administração pública, que pode ser assim compreendido: trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional, cumpridora dos seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e a plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem.”<sup>99</sup>

Diante disso, a ampla discricionariedade e autonomia conferidas às agências reguladoras, muito ao contrário de garantir-lhes ampla liberdade e retirar-lhes a

---

<sup>97</sup>ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. *BDA*: boletim de direito administrativo, São Paulo, v. 21, n. 3, p. 321, mar. 2005.

<sup>98</sup>MODESTO, Paulo. op. cit., p. 54.

<sup>99</sup>FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros Ed., 2014. p. 22.

possibilidade de controle, incentivando a adoção de posturas arbitrárias, significa dotá-las de considerável responsabilidade pela qualidade da decisão regulatória.

Exige-se a adoção de postura preventiva, precavida e eficaz, comprometida com o alcance de resultados harmônicos com os objetivos fundamentais da Constituição, além de redutora dos conflitos e restrições decorrentes da sua atividade, buscando-se a minimização do chamado “custo regulatório”.

Nas palavras de JUAREZ FREITAS:

o Estado-Administração da discricionariedade legítima requer (ao mesmo tempo, suscita) o protagonismo da sociedade amadurecida e do agente público que promove o bem de todos (CF, art. 3º, IV). É o Estado da continuidade planejada dos serviços essenciais, do intangível equilíbrio econômico-financeiro dos ajustes e da superação da lógica antagonizadora, precária e adversarial nas relações da administração.

O Estado da discricionariedade legítima timbra, para além disso, pelo resguardo da devida processualização administrativa, com a observância da duração razoável. É o Estado da racionalidade aberta, não cartesiana, em vez do predomínio senhorial e dissimulado da ‘Casa Grande’, subproduto da racionalidade solipsista, avessa à viabilização dos direitos fundamentais de todas as dimensões, essenciais à vida digna.

Veja-se, portanto, que a agência reguladora não desfruta, legitimamente, de uma liberdade pura de escolha, ainda que a sua atuação guarde menor subordinação à legalidade estrita, uma vez que deverá avaliar e escolher a melhor solução no caso concreto, mediante justificativas válidas e coerentes.

Assim, pelo prisma da boa-administração, todos os atos administrativos e especialmente os regulatórios, são juridicamente controláveis. Contudo, o controle sobre o alcance das suas finalidades não representará a supressão do discernimento, da inovação criativa e da maleabilidade necessários à garantir uma atuação eficiente.

### **3.3. O devido processo legal regulatório**

Para que a agência reguladora possa exercer, de forma legítima, o poder regulatório, deverão ser previstos mecanismos aptos a garantir a publicidade, a transparência, o contraditório, a aferição da proporcionalidade e a participação no processo decisório.

As atividades das agências deverão, portanto, observar o devido processo legal na sua acepção mais ampla (devido processo legal substantivo<sup>100</sup>), garantindo-se a observância de um rito previamente estabelecido que preveja prazos e procedimentos absolutamente detalhados, não apenas com a finalidade de atendimento da burocracia estatal, mas como forma de assegurar que a atividade regulatória será desenvolvida num ambiente de equidistância, razoabilidade, e tecnicidade.

Isso porque, conforme já abordado, o poder regulatório conferido à Administração Pública não poderá ser exercido fora dos limites impostos pelas garantias fundamentais previstas na Constituição Federal, as quais asseguram a intervenção mínima do Estado nas liberdades individuais, das quais os cidadãos não poderão ser privados sem a observância do devido processo legal<sup>101</sup>.

A observância do devido processo legal se mostra indispensável para a legitimidade do exercício da atividade regulatória. Justamente por essa razão, inclusive, é que alguns juristas opuseram tamanha resistência à adoção do modelo, haja vista que, conforme destacado por MARIA SYLVIA ZANELLA DE PIETRO, não houve, quando da criação das agências reguladoras, a definição detalhada do processo decisório, com a imposição de garantias e obrigações procedimentais de observância necessária, com a finalidade de limitar e legitimar o exercício do poder discricionário:

A grande dificuldade é que, no direito brasileiro, se adotou o modelo das agências americanas, sem se prever o rigoroso procedimento de participação popular, publicidade, motivação, razoabilidade, eficiência, responsabilidade e controle do modelo norte-americano.<sup>102</sup>

De fato, o modelo regulatório brasileiro, como já mencionado, nasceu com inspiração norte-americana. Lá, contudo, a peça chave da atividade regulatória é o *Federal*

---

<sup>100</sup>“O princípio do devido processo legal, que lastreia todo o leque de garantias constitucionais voltadas para a efetividade dos processos jurisdicionais e administrativos, assegura que todo julgamento seja realizado com observância das regras procedimentais previamente estabelecidas, e, além disso, representa uma exigência de fair trial, no sentido de garantir a participação equânime, justa, leal, enfim, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais.” (STF, 2ª Turma, AI 529733, Relator Min. GILMAR MENDES, julgado em 17/10/2006, DJ 01-12-2006 PP-00097 EMENT VOL-02258-06 PP-01174 LEXSTF v. 29, n. 339, 2007, p. 132-138).

<sup>101</sup>Art. 5º, LIV, CF.

<sup>102</sup>DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 48.

*Administrative Procedure Act*, editado justamente para disciplinar a atividade das agências reguladoras independentes.

No Brasil, a regulação independente se desenvolveu de forma setorizada, sem que se tivesse, previamente, estabelecido condições mínimas e regras gerais de observância necessária. As leis de criação das agências reguladoras não trouxeram, por sua vez, regras procedimentais claras e detalhadas a respeito do processo regulatório, o que não significa, contudo, uma autorização tácita para inobservância das garantias fundamentais do contraditório, ampla defesa, razoabilidade e proporcionalidade, motivação, moralidade, e eficiência do ato administrativo.

Ato contínuo à criação das agências independentes, cada uma delas, na forma da sua legislação setorial, tratou de definir o procedimento a ser observado em seus próprios processos decisórios.

Conclui-se, assim, que o respeito ao devido processo legal, consubstanciado na existência de um procedimento claro e transparente de desenvolvimento da atividade regulatória, que mais do que permitir a ampla participação, demonstre a efetiva ponderação dos interesses envolvidos, de forma equidistante e responsável, adotando-se uma postura colaborativa e mediadora, voltada ao alcance de resultados os mais consensuais possíveis, é condição mínima de validade do ato regulatório.

Há que se ressaltar o risco de que o procedimento seja adotado como forma de fazer cumprir requisito formal, simplesmente com a finalidade de dar validade à decisão regulatória pré-estabelecida. Por essa razão, é imprescindível que as decisões regulatórias sejam suficientemente motivadas, das quais se depreenda a efetiva identificação e ponderação das contribuições apresentadas.

Dessa forma, mostra-se imprescindível a quebra do paradigma autoritário dos atos administrativos, para que, de fato, muito mais do que uma construção teórica, a observância do devido processo legal substantivo se apresente como uma realidade passível de controle e responsividade.

### 3.3.1. A legitimação democrática do processo participativo

Como já se expôs, cabe aos governantes eleitos a tarefa de definir as políticas públicas que devem ser perseguidas pela regulação de um determinado setor<sup>103</sup>. Contudo, entre a definição da política governamental e a sua implementação sobre o setor regulado, há um processo de viabilização deveras complexo.

Num contexto de intervenção regulatória independente, o poder político encontrará limites à promoção de alterações de políticas governamentais sobre o setor regulado, especialmente diante das garantias contratuais concedidas aos operadores privados atuantes no setor, da necessária sustentabilidade do setor regulado e do dever de observância dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, que se contrapõem com igual relevância nos mais diversos grupos de interesses da sociedade.

Assim, para a efetivação das políticas públicas, considerado o novo papel do Estado, será indispensável a adoção de critérios de mediação, ponderação e prudência, almejando-se a identificação do ponto ótimo de equilíbrio entre as finalidades públicas elegidas pelos Governantes eleitos, com os direitos, garantias e objetivos da atividade regulatória previstos na lei (continuidade, adequação, universalidade, modicidade) e na Constituição Federal (livre iniciativa e concorrência, segurança jurídica, subsidiariedade, eficiência, razoabilidade e proporcionalidade).

Veja-se que, num Estado Democrático de Direito, a margem de atuação do governante não é absoluta, irrestrita e arbitrária. Muito ao contrário, os objetivos gerais da política pública submetem-se a uma conformação com a lei e com a Constituição Federal, bem como com a estabilidade das regras do jogo e com o respeito às minorias.

Obviamente, não se pretende defender a impossibilidade de realização de mudanças nas políticas públicas setoriais, mas sim a necessidade de equilíbrio dessas mudanças, de acordo com a sua viabilidade para o setor – o que depende de uma análise muito mais complexa dos impactos da sua adoção – tarefa que não poderá ser suprimida do órgão regulador.

---

<sup>103</sup>De acordo com Maria Paula Dallari Bucci, para quem: “o adjetivo ‘pública’ justaposto ao substantivo ‘política’ deve indicar tanto os destinatários como os autores da política. Uma política é pública quando contempla os interesses públicos, isto é, da coletividade – não como fórmula justificadora do cuidado diferenciado com interesses particulares ou do descuido indiferenciado de interesses que merecem proteção – mas como realização desejada pela sociedade (...) mas uma política pública também deve ser expressão de um processo público, no sentido de abertura à participação de todos os interessados, diretos e indiretos, para a manifestação clara e transparente das posições em jogo” (*Direito administrativo e políticas públicas*, cit., p. 252-269).

Há, assim, um espaço de mediação entre a definição da política governamental e a sua implementação, que deverá ser exercido pela agência reguladora.

A esse respeito, vale citar FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO:

Não faz sentido, portanto, associar ao modelo de Agências reguladoras um processo de “terceirização do governo”. A atividade governamental segue plena e intocada. As prerrogativas de governar o país não devem ser esvaziadas ou subtraídas dos governantes eleitos. O modelo de Agências reguladoras não envolve necessariamente transferência de poder. O processo de reforma regulatória impacta, sim, a atividade governamental na medida em que foram criados novos espaços de mediação (a tal filtragem institucional aludida acima) entre a definição da política governamental e sua implementação<sup>104</sup>.

Para a realização da tarefa de mediação entre os diversos interesses da sociedade, há que ser estabelecido um processo regulatório participativo, permitindo a negociação entre os envolvidos, a ponderação dos interesses e a análise dos impactos das medidas propostas. É o estabelecimento de um procedimento participativo, inclusive, que dá legitimidade ao exercício da atividade regulatória por uma autoridade independente, a qual não se subsumi aos tradicionais modelos democráticos<sup>105</sup>.

Vale mencionar o posicionamento de GIANDOMÊNICO MAJONE, para quem:

[a legitimidade procedimental] implica, entre outras coisas, que as agências são criadas por leis democraticamente promulgadas que definem a autoridade legal e os objetivos das agências; que os reguladores são nomeados por funcionários eleitos; que a tomada de decisões em matéria regulatória obedece a regras formais que muitas vezes exigem a participação pública; finalmente que as decisões das agências devem ser justificadas estando abertas ao escrutínio judicial. (...)

[o] meio mais simples e básico de melhorar a transparência e a responsabilização das agências é exigir que os reguladores fundamentem suas decisões. Isto porque a exigência de tal fundamentação ativa um número de outros mecanismos para controlar o critério regulador, tais como o exame judicial, a participação e a deliberação públicas, o exame pelos pares, a análise de políticas para justificar prioridades regulatórias, e assim por diante<sup>106</sup>.

<sup>104</sup>MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Agências reguladoras: instrumentos do fortalecimento do Estado*, cit., p. 40-41.

<sup>105</sup>No sentido de atribuição do poder público aos governantes eleitos. Sobre o tema, não se pode deixar de referir a teoria de Niklas LUHMANN, para quem as formas antigas de consenso e de confirmação popular das decisões precisam ser ultrapassadas diante do aumento da complexidade da vida em sociedade (cf. LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UnB, 1980).

<sup>106</sup>MAJONE, Giandomenico. Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e consequências da mudança no modo de governança. Tradução de René Loncan. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate europeu*. São Paulo: Ed. Singular, Núcleo Direito e Democracia/CEBRAP, 2006. p. 77.

Da mesma forma, para Odete Medauar, o processo participativo é imprescindível para que se permita realizar o controle da imparcialidade da atividade regulatória:

a imperatividade característica do poder, para não ser unilateral e opressiva, deve encontrar expressão em termos de paridade e imparcialidade, no processo pré-constituído. Daí a importância dos momentos de formação da decisão como legitimação do poder em concreto, pois os dados do problema que emergem no processo permitem saber se a solução é correta ou aceitável e se o poder foi exercido de acordo com as finalidades para as quais foi atribuído<sup>107</sup>

Assim, quanto mais inclusivo e participativo for o processo regulatório, maior será a sua conformação com os ideais democráticos, e, conseqüentemente, maior será a legitimação da intervenção estatal no funcionamento do setor regulado.

### **3.3.2. O dever de ponderação e justa motivação**

Já se abordou acima a função mediadora da agência reguladora, tarefa fundamental para o bom desempenho da competência regulatória. De fato, para que se garanta a legitimidade da decisão regulatória, é imprescindível que o seu processo de formação seja público e transparente, oportunizando-se, ainda, ampla participação dos interessados, justamente para permitir o máximo de conciliação e aderência, garantindo-se que a intervenção do Estado no domínio econômico se dê apenas no limite mínimo necessário para garantir o equilíbrio e o bom funcionamento do setor regulado.

A autonomia decisória das agências haverá de ser acompanhada do estabelecimento de garantias que signifiquem a limitação e legitimação do poder regulatório.

Isso significa, acima de tudo, ter claro que a processualização da atividade regulatória não representa mera formalidade, realizada com o intuito de meramente permitir a subsunção do ato à legalidade formal, destituída de qualquer utilidade ou efetividade. Muito ao contrário, é absolutamente inadmissível a adoção do processo regulatório com o intuito de validar decisões proferidas no âmbito interno da agência, pré-constituídas, ou ainda, transmitidas por autoridades políticas externas, sem reconhecer aos interessados o direito à efetiva contribuição para o processo decisório.

---

<sup>107</sup>MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 70.

Assim, se as contribuições forem destituídas de efeitos, rebatidas genericamente sem a demonstração efetiva do cumprimento do dever de ponderação, não havendo motivação suficiente capaz de demonstrar a efetiva apreciação dos argumentos apresentados, devidamente equacionados de forma imparcial, restará infringido o devido processo legal, apto a invalidar o ato regulatório.

### **3.3.3. As espécies de controle**

Ao contrário do que se sustenta, a independência das agências reguladoras, e especialmente a impossibilidade de controle hierárquico, não leva, de forma alguma, a conclusão da ausência de limites – e conseqüentemente, da impossibilidade de controle – da atividade regulatória.

Na realidade, como já se defendeu, a liberdade conferida à agência reguladora é proporcional ao nível de eficiência que dela se pode exigir, permitindo-se o exercício do controle não apenas quanto ao meio empregado, mas também quanto ao alcance do resultado almejado.

De fato, é possível identificar diversas espécies de controle aos quais as agências estão submetidas.

Em primeiro lugar, as agências reguladoras encontram-se submetidas ao controle exercido pelo Tribunal de Contas da União, por força do art. 71, da Constituição Federal, cabendo-lhe, conforme o entendimento que melhor se exporá no item 4.2.2.2 a seguir, apenas a fiscalização da correta gestão dos recursos públicos e da aplicação dos bens e serviços públicos a seu cargo.

Não obstante, as agências reguladoras encontram-se também submetidas ao controle exercido pelas Comissões Parlamentares, mediante a análise do cumprimento das políticas públicas, com a elaboração de pareceres e relatórios não vinculantes. O Poder Legislativo exerce sobre as agências, ainda, o controle contra a exorbitância do poder normativo delegado.

A revisão dos atos regulatórios, contudo, cabe exclusivamente ao controle exercido pelo Poder Judiciário, a ser provocado por qualquer interessado, motivado contra abusos e ilegalidades, inclusive para garantir o respeito ao devido processo legal (substantivo) regulatório, e para garantir a razoabilidade, a proporcionalidade e o

atingimento das finalidades legais, permitindo-se, inclusive, sejam anulados atos regulatórios realizados com desvio de finalidade ou, até mesmo, que se mostrem ineficientes.

Contudo, a possibilidade de revisão dos atos regulatórios não pode significar a transferência da discricionariedade ao controlador. Vale ressaltar que, muito mais alarmante do que parece ser o risco de abusos por parte da autoridade regulatória é o risco de substituição da discricionariedade do órgão regulador pela discricionariedade do órgão de controle. De fato, são diversos os exemplos, que serão melhor abordados no capítulo subsequente, de captura do poder regulatório pelo controlador, excedendo aos limites do controle.

Como bem ressaltado por VITOR RHEIN SCHIRATO:

Esse expediente é altamente criticável por uma série de fatores. Em primeiro lugar, porque o controlador não detém a mesma capacitação técnica que o regulador, em tese, detém. Em segundo lugar, porque o controlador não é sujeito a uma obrigação de diálogo com os agentes do setor regulado, já que o contencioso, muitas vezes, trava-se apenas entre regulador e controlador, sem a participação dos agentes do mercado regulado. E, em terceiro e último lugar, porque o controlador não tem qualquer responsividade sobre suas decisões, isto é, o controlador não sofre qualquer ônus em razão das consequências da sua decisão, colocando-o em uma situação muito confortável.<sup>108</sup>

A revisão dos atos regulatórios, portanto, deve ser limitada à confirmação do respeito às regras procedimentais aplicáveis – inclusive o dever de motivação -, bem como da aderência da decisão regulatória ao crivo da eficiência<sup>109</sup>.

De outro lado, espécie de controle de grande relevância, a ser exercido concomitantemente ao desenvolvimento do processo regulatório, é o controle social, por meio da utilização dos mecanismos procedimentais voltados a garantir a permanente transparência do processo regulatório, e a maior participação dos grupos interessados.

Esse processo de conferência de maior transparência à atuação administrativa vem sendo acompanhado da abertura aos administrados de canais institucionais, espaços que possibilitam sua interlocução com as entidades e órgãos controladores, que atuam buscando representar os cidadãos. Com isso, temos assistido à profusão de mecanismos de participação popular nas atividades estatais (como as audiências públicas, consultas públicas, o direito de petição e a utilização de canais de

---

<sup>108</sup>SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro, cit., p. 271.

<sup>109</sup>Aqui entendida como o alcance das suas finalidades de forma razoável e proporcional.

comunicação, como as ouvidorias) e à institucionalização de organismos de representação da sociedade no cumprimento das funções do ente estatal (como os comitês de fiscalização de atividades). Afora esses mecanismos, o controle social também pode ser exercido de forma reativa, através do mecanismo da ação popular.<sup>110</sup>

Há, ainda, o controle decorrente da autotutela<sup>111</sup> e das autolimitações administrativas, o qual permite à própria agência – ou a qualquer interessado - o controle da relação de conformidade entre as suas decisões e os seus precedentes, privilegiando-se a estabilidade e a imparcialidade da atividade regulatória.

Portanto, parece-nos falacioso pretender questionar o modelo das Agências sob a alegação genérica de que elas se constituem como entes estatais não submetidas a qualquer controle.

A moderna configuração do Estado brasileiro permite aos seus organismos e poderes que se controlem de forma recíproca, bem como estabelece instrumentos de controle social, os quais, ainda que necessitem, inegavelmente, de maior amadurecimento – especialmente para evitar a captura e aumentar a responsividade -, estão longe de significar um alvitre à arbitrariedade.

---

<sup>110</sup>MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Os grandes desafios do controle da administração pública. In: MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 225.

<sup>111</sup>Controle interno da própria agência, que lhe garante a possibilidade de corrigir ou anular atos ilegais, ou revogar atos inoportunos ou inconvenientes.

## 4. A DETERIORAÇÃO DO SISTEMA REGULATÓRIO BRASILEIRO: O CASO DA ANEEL

### 4.1. A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e a crise do sistema

Partindo-se da premissa de que a moderna regulação remete à ideia da busca pelo bem comum, ou ainda, da consecução de interesses inatingíveis pelo livre jogo dos interesses privados<sup>112</sup>, conclui-se que a principal finalidade da regulação de serviços públicos é a mediação entre os diversos interesses envolvidos na prestação de serviços tido como essenciais, para o alcance do justo equilíbrio entre os interesses privatistas do investidor com os aqueles estabelecidos pelas políticas públicas.

A função das agências reguladoras seria, assim, a de equacionar os interesses públicos conflitantes, mediante a adoção de procedimento decisório efetivamente inclusivo, transparente, necessariamente motivado, que permitisse ampla participação dos cidadãos interessados e que possibilitasse a averiguação da melhor ponderação entre as necessidades dos diversos setores sociais, para o melhor gerenciamento de recursos, atendendo-se, assim, ao Princípio da Eficiência. Contudo, esse cenário muito se distancia daquele que se tem observado na atuação da Agência Nacional de Energia Elétrica.

O que se pretende demonstrar no presente estudo é que não se obteve o necessário amadurecimento e fortalecimento da noção de regulação independente (ou autônoma), que rapidamente passou a sofrer graves transmutações, afastando-se das bases teóricas que justificaram e legitimaram a criação das agências reguladoras.

Tais transmutações acabaram por colocar em xeque o modelo regulatório brasileiro, que se encontra, como bem definido por VITOR RHEIN SCHIRATO, em inegável deterioração, tanto em aspectos institucionais (que aqui se optou por denominar de elementos orgânicos), como procedimentais (elementos processuais) e meritórios (elementos materiais), com destaque para a perda da independência decisória, o desrespeito ao devido processo legal regulatório, a falta de tecnicidade e, ainda, o desvirtuamento do

---

<sup>112</sup>MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 35.

controle<sup>113</sup>, temas esses que serão detalhadamente abordados no decorrer do presente capítulo e que comprometem sobremaneira a eficiência do processo regulatório.

Mais do que demonstrar situações nas quais são evidentes os desvios na atividade regulatória, bem como os inegáveis prejuízos deles decorrentes, pretende-se identificar os principais elementos a serem revisitados com vistas à melhoria da qualidade regulatória.

Diante do que exposto acima, a tarefa aqui pretendida – realização de análise empírica da regulação do setor elétrico, buscando-se a identificação dos elementos, que necessitam serem revisitados a fim de garantir a independência, transparência, imparcialidade e tecnicidade imprescindíveis à Agência Nacional de Energia Elétrica, para a legitimação e eficiência do seu processo decisório -, em que pese se tratar de tarefa árdua, tem utilidade evidente.

Reafirmando-se as diretrizes da regulação e apontando-se as incongruências identificadas no presente estudo, pretende-se contribuir para o aperfeiçoamento do modelo, para que o Estado possa de fato propiciar respostas ágeis e equilibradas às demandas da sociedade pluralista moderna, com vistas a atrair o necessário investimento no desenvolvimento da infraestrutura no país – ora colapsado por diversas razões cuja identificação é pretendida no presente estudo-, sem, contudo, olvidar do Devido Processo Legal, da Transparência, da efetiva Participação Popular e da Segurança Jurídica, imprescindíveis para o estabelecimento de um ambiente regulatório adequado.

#### **4.2. Elementos orgânicos**

Para a finalidade do presente estudo, optou-se por denominar de “elementos orgânicos” aqueles relacionados aos aspectos institucionais do setor de energia elétrica, que ocasionam conflito e captura de competências.

A precisa definição do papel institucional da agência reguladora e o respeito à sua autonomia nos parecem questões essenciais para o bom desenvolvimento da atividade regulatória.

Contudo, a vulnerabilidade institucional da Agência Nacional de Energia Elétrica, a fragmentação do poder regulatório e os inúmeros episódios de captura, ainda se mostram importantes desafios a serem superados, para o bom desenvolvimento da regulação.

---

<sup>113</sup>SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro, cit., p. 249-274.

Destacar-se-á, a seguir, os elementos orgânicos que foram identificados nesse estudo como empecilhos para a obtenção da boa qualidade da atividade regulatória, quais sejam: a sua captura do poder regulatório pelo poder político ou pelo controle e a indefinição institucional da ANEEL<sup>114</sup>.

#### **4.2.1. A captura do regulador pelo poder político**

Como já se discorreu no capítulo antecedente, o estabelecimento de um ambiente de estabilidade e previsibilidade, capaz de assegurar que a intervenção do Estado na economia se daria apenas no limite do mínimo necessário ao atendimento das finalidades sociais, se mostrou imprescindível com a finalidade de atrair o capital privado para o investimento em setores de infraestrutura.

Entendeu-se, assim, pela imprescindibilidade da separação da autoridade reguladora da Administração Central, atribuindo-se a função regulatória para um ente técnico e independente<sup>115</sup>, com poderes para exercer o controle da execução dos contratos de concessão e a fiscalização dos serviços das concessionárias, editando normas e reprimindo condutas abusivas, além de mediar conflitos entre os agentes envolvidos na prestação de determinado serviço<sup>116</sup>.

Assim, o surgimento das agências reguladoras adveio da constatação de que, para a adoção de um modelo de exploração privada de serviços públicos, seria imprescindível o desenvolvimento de um ambiente estável, equilibrado e imparcial, que tornasse atrativo o investimento do capital privado, mediante a redução dos riscos de cooptação política das regras do jogo.

É, portanto, até mesmo intuitiva a conclusão de que a captura política do regulador representa o risco de maior impacto à sustentabilidade do modelo, pois atinge o núcleo central da sua estruturação, qual seja: a segurança jurídica e estabilidade do mercado regulado.

---

<sup>114</sup>Não se pretendeu realizar análise teórica exaustiva, mas sim análise empírica, dos elementos de maior recorrência ou gravidade identificados na regulação do setor elétrico. Em que pese destaquem-se os elementos orgânicos descritos nesse tópico, não se está a afirmar a inexistência de outras formas de captura, ou outros aspectos institucionais que possam contribuir para o desgaste do modelo.

<sup>115</sup>CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 76.

<sup>116</sup>WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de. Agências reguladoras. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 141, p. 143-171, jan./mar. 1999.

Pelo que se pode observar, essa captura, em regra, se dá mediante a interferência direta da orientação política sobre a regulação, extrapolando-se o tênue limite entre a definição da política pública e a atividade regulatória, ou mediante o comprometimento da autonomia da agência, especialmente pelo loteamento político de cargos da Diretoria e do Conselho. É o que se pretende demonstrar a seguir.

#### **4.2.1.1. A interferência política na decisão técnica**

Os limites da Administração Central na fixação dos *standards* regulatórios, garantindo-se o atendimento à política pública, sem adentrar, contudo, à seara regulatória, é sem dúvida alguma, um dos pontos de maior nebulosidade na teoria da regulação independente.

Nesse contexto, tarefa de enorme relevância seria a de se definir qual seria o conceito de política pública aplicável. Com efeito, nobres juristas<sup>117</sup> já se ocuparam dessa tarefa, não havendo, contudo, consenso a esse respeito.

Trata-se de tema que, a nosso ver, apresenta-se como um dos maiores desafios do modelo, e que se reveste de relevante grau de complexidade e subjetividade. Nesse sentido, já discorreu VITAL MOREIRA:

A verdade é que as agências reguladoras brasileiras enfrentam agora um desafio político, que contesta a sua própria filosofia como autoridades independentes. A sua lógica está em justamente estabelecer uma separação entre a definição de opções de política regulatória, que devem ser do foro governamental e permanecer dentro do ‘comércio político’ e sob o império das orientações mutáveis de cada governo, e a regulação econômica e ‘técnica’ propriamente dita, que deve ser desgovernamentalizada, depender somente de lei e ficar isenta de orientações governamentais, porque deve constituir um quadro estável, seguro e previsível para a economia, ou seja, para os empresários e investidores. [...] Mas, esclarecido esse problema de fronteiras do seu mandato, as agências reguladoras independentes têm toda a justificação, tanto para garantir uma regulação imparcial lá onde o Estado concorre com operadores privados, ao longo do processo de liberalização, como para garantir, com autoridade em relação aos operadores, públicos ou

---

<sup>117</sup>Nesse sentido, Floriano de Azevedo Marques Neto defende haver quatro espécies de políticas: (i) de Estado, estabelecida pela Constituição Federal e que vincula todas as demais políticas; (ii) de Governo, estabelecidas pelo governo eleito para a realização das suas finalidades; (iii) política pública, composta por um conjunto de princípios e atos voltados para o alcance de um interesse coletivo; e (iv) política regulatória, adotada pelos órgãos reguladores. In: *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*, cit., p. 84 e ss.

privados, as obrigações de serviço público ligadas à generalidade das utilities.<sup>118</sup>

De fato, a delimitação do escopo de atuação das agências reguladoras e o limite de ingerência política sobre as suas atividades se mostra imprescindível para o sucesso do modelo, cuja afirmação depende não somente de uma melhor reflexão sobre políticas públicas<sup>119</sup> – tema que foge ao objeto do presente trabalho e cujo enfrentamento demandaria estudo específico e profundo -, mas também de um amadurecimento do modelo regulatório<sup>120</sup>, conferindo-se a devida deferência à opção legislativa de organização da Administração Pública de forma pluricêntrica.

Não se trata de tarefa fácil. Como bem destacado por VITAL MOREIRA:

a animosidade do Governo Federal contra as agências reguladoras é fácil de se explicar, baseando-se, por um lado, na vontade de remover as personalidades deixadas pelo Governo precedente e de substituí-las por outras próximas do novo poder político, e por outro lado, numa concepção mais marcadamente ‘política’ e voluntarista da regulação, sobretudo no que se refere às tarifas dos serviços públicos, que o governo gostaria de controlar, dado que a sua subida afeta a sua base social de apoio<sup>121</sup>.

Ainda que não haja consenso sobre os limites dessa interferência da Administração Central sobre a regulação, buscou-se apontar abaixo exemplos que nos parecem inquestionáveis, a respeito da extrapolação dos limites de interferência da Administração Central na atividade regulatória, que culminaram na maior crise do setor desde o advento do modelo.

<sup>118</sup>MOREIRA, Vital. Agências reguladoras independentes em xeque no Brasil. In: MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. *A mão visível: mercado e regulação*. Coimbra: Amedina, 2003. p. 228-229.

<sup>119</sup>Nesse sentido, destacamos a doutrina de Alexandre Santos de Aragão: “Não é fácil, todavia, distinguir a formulação das políticas públicas da sua implementação, até porque ambas interagem em uma relação circular e dialética, o que faz com que o parecer-normativo, nos termos em que foi lavrado, seja uma carta branca em favor do executivo central, que sempre poderá invocar uma suposta política pública quando quiser intervir na agência. Isso porque integra o próprio conceito de política pública uma imensa fluidez e constante adaptação às mudanças da realidade socioeconômica subjacente, fazendo com que a ‘política pública’ e a ‘implementação da política pública’ funcionem de forma circular e retro-operativa. Não há, portanto, como tecer uma delimitação minimamente precisa do que sejam políticas públicas e de até que ponto pode atuar o Executivo central sem ingressar no âmbito da sua implementação ou de até onde pode atuar a agência sem que seja acusada de violar políticas públicas” (Supervisão ministerial das agências reguladoras: limites, possibilidades e o Parecer AGU n.º AC – 051. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 245, p. 241, maio/ago. 2007).

<sup>120</sup>Em que pese tenha sido adotado já há 20 anos.

<sup>121</sup>MOREIRA, Vital. Agências reguladoras independentes em xeque no Brasil, cit., p. 228.

#### 4.2.1.1.1. Medida Provisória n.º 579/2012

A Medida Provisória n.º 579, de 11 de setembro de 2012, posteriormente convertida na Lei n.º 12.783/13, foi editada a pretexto da necessidade de redução da tarifa de energia elétrica, para fomento do setor industrial, bem como pretendeu solucionar a problemática relacionada ao iminente término da vigência dos contratos de concessão anteriores à Lei n.º 8.987, de 1995, e a consequente necessidade de indenização dos investimentos não amortizados dessas concessões. Da Exposição de Motivos da aludida Medida Provisória, destaca-se os seguintes trechos:

Medida Provisória que altera dispositivos da legislação vigente com o objetivo de viabilizar a redução do custo da energia elétrica para o consumidor brasileiro, buscando, assim, não apenas promover a modicidade tarifária e a garantia de suprimento de energia elétrica, como também tornar o setor produtivo ainda mais competitivo, contribuindo para o aumento do nível de emprego e renda no Brasil. (...)

Estudos e avaliações sobre os ativos dessas concessões demonstraram que a maioria desses ativos encontra-se fortemente amortizada e depreciada, proporcionando aos consumidores de energia elétrica do País a possibilidade de se beneficiarem, agora, de menores tarifas para a utilização da energia elétrica, insumo básico para o setor produtivo e serviço essencial para a sociedade.

Adicionalmente, com o intuito de ampliar a redução do custo da energia elétrica para os consumidores finais, são estabelecidas disposições que permitem a redução da arrecadação do encargo setorial Conta de Desenvolvimento Energético – CDE e da Conta de Consumo de Combustíveis – CCC. Propõe-se, ainda, a extinção do recolhimento das cotas da Reserva Global de Reversão – RGR, para as concessões, permissões e autorizações de serviço público de distribuição de energia elétrica, para contratos de concessão de serviço público de transmissão de energia elétrica licitados a partir de então, e de contratos de concessão de serviço público de transmissão e geração de energia elétrica prorrogados ou licitados por meio desta Medida Provisória.

(...)

A CDE deverá prover recursos para: a) subvenção econômica aos consumidores da Subclasse Residencial Baixa Renda; b) promoção da universalização do serviço de energia elétrica; c) dispêndios da Conta de Consumo de Combustíveis – CCC; d) reembolso às usinas termelétricas que utilizam carvão nacional como combustível; e) promoção da competitividade da energia elétrica a partir de fontes alternativas; e f) eventual necessidade de indenização aos concessionários de energia elétrica por ocasião da reversão das concessões.

Além disso, vale ressaltar que em 31 de dezembro de 2012, vencem os contratos de comercialização de um montante significativo de energia elétrica, em sua maioria proveniente dessas concessões. Estes contratos atendem ao mercado cativo das distribuidoras. A contratação dessa energia

pelo mecanismo vigente, qual seja, o Leilão de Energia Existente, dificulta a captura do benefício resultante da amortização e depreciação dos ativos já em 2013 e pode comprometer o fornecimento de energia dado o exíguo prazo para sua realização. Nesse sentido, torna-se premente a adoção da solução proposta, permitindo a contratação da energia com a captura do benefício para a modicidade tarifária no próximo ano.

Assim, a Medida Provisória tinha por objetivo proporcionar: (i) a desoneração de encargos setoriais; e (ii) a antecipação dos critérios de prorrogação das concessões de geração, transmissão e distribuição anteriores à Lei nº 8.987, de 1995, que venceriam a partir de 2015.

Com relação aos encargos setoriais, a Medida Provisória previu, principalmente, a redução, em 75% (setenta e cinco) por cento, da quota de arrecadação da Conta de Desenvolvimento Energético - CDE pelas concessionárias do Setor de Distribuição de Energia Elétrica; bem como a isenção do recolhimento da quota anual da Reserva Global de Reversão – RGR<sup>122</sup> a alguns agentes do setor<sup>123</sup>.

Além disso, os recursos e obrigações vinculadas ao RGR e à Conta de Consumo de Combustíveis – CCC<sup>124</sup> foram unificados à CDE, que passou a fazer frente, inclusive, à amortização de operações financeiras vinculadas às indenizações por ocasião da reversão das concessões extintas, além de responder pelo subsídio da exposição involuntária das distribuidoras ao Mercado de Curto Prazo.

Com relação à problemática das concessões com vencimento iminente, o mecanismo de renovação proposto pretendeu retirar do cálculo tarifário o valor dos ativos, indenizando-se os investimentos que porventura ainda não estivessem amortizados, de forma a excluir os custos de capital da base de cálculo da tarifa. Em contrapartida, as concessionárias que anuissem aos termos da proposta teriam seus contratos prorrogados em até 30 (trinta) anos.

---

<sup>122</sup>Instituída pela Lei n.º 9.648/88.

<sup>123</sup>Art. 21, da Lei 12.783/2013. O encargo Reserva Global de Reversão (RGR) não é mais cobrado de distribuidoras e de novos empreendimentos de transmissão e concessão prorrogados ou licitados. As concessões não renovadas, no entanto, continuam recolhendo esse encargo.

<sup>124</sup>A Medida Provisória n.º 579 cessou a arrecadação da Conta de Consumo de Combustíveis (CCC) na tarifa de energia, instituída pela Lei nº 5.899/73, e regulamentada pelo Decreto nº 73.102/73, destinada a subsidiar a geração fóssil dos sistemas isolados. Esse custo passou a ser suportado pela Conta de Desenvolvimento Energético (CDE).

A prorrogação da concessão de geração foi condicionada a aceitação expressa, pelos concessionários, das seguintes condições: (i) remuneração do serviço prestado por meio de tarifa a ser calculada pela ANEEL; (ii) alocação de cotas de garantia física de energia e potência da concessionária de geração às Distribuidoras; e (iii) submissão aos padrões de qualidade do serviço fixados pela ANEEL.

Previu-se que o prazo para que as concessionárias de geração e transmissão, cujos contratos vencessem até 2017, manifestassem interesse na adesão à proposta de renovação terminaria 15 de outubro de 2012, ou seja, pouco mais de um mês após a edição da Medida Provisória e antes mesmo da sua conversão em lei. Não foram claramente estipuladas, contudo, as regras para indenização dos ativos não depreciados, tampouco definidos adequadamente os critérios de fixação das tarifas, sendo inquestionável a insuficiência do prazo fixado pela Medida Provisória, especialmente diante da pouca transparência com que o processo foi conduzido.

Diante desses motivos e especialmente em razão dos números apresentados para indenização dos ativos não depreciados, diversas concessionárias de geração não aderiram à proposta. Com isso, aproximadamente 4 GW (quatro giga watts) de garantia física de geração ficou fora da renovação<sup>125</sup>.

A não adesão das concessionárias de geração à proposta teve alguns efeitos importantes. O mais relevante, para a finalidade da presente dissertação, diz respeito à subcontratação das distribuidoras de energia elétrica.

É que, conforme acima mencionado, a Medida Provisória em questão estabeleceu o regime de alocação de cotas de garantia física de energia e potência da concessionária de geração às Distribuidoras, por meio de um regime de cotas definido pela ANEEL, na Resolução Normativa ANEEL nº 514, de 30 de outubro de 2012.

Diante da baixa adesão das concessionárias de geração, na medida em que os contratos celebrados pelas geradoras que não aderiram aos termos de renovação foram vencendo, a energia produzida por elas deixou de fazer parte desse regime de alocação de cotas em favor das Distribuidoras.

---

<sup>125</sup>“Dos 11,8 GW médios de garantia física das geradoras que poderiam acatar a antecipação da renovação, apenas 7,8 GW médios foram cobertos com as adesões à proposta da MP nº 579/2012. (...) apenas as concessionárias do grupo Eletrobras aceitaram as condições de renovação”. Acórdão n.º 2565/2014, proferido na auditoria operacional promovida pelo Tribunal de Contas da União, processo n.º TC-011.223/2014-6, p. 02.

Logo, as concessionárias de geração, até efetivo vencimento dos seus contratos de concessão, ficaram liberadas para negociar a sua produção no mercado livre. Conseqüentemente, as Distribuidoras ficaram involuntariamente descontratadas para o atendimento do seu mercado, tendo que recorrer ao Mercado de Curto Prazo para aquisição de energia.

Trata-se de fato de extrema relevância, pois ocasionou a quebra de princípio elementar do novo modelo do setor elétrico instituído pela Lei nº 10.848/2004: que todos os agentes, livres e cativos, estejam 100% (cem por cento) contratados.

O modelo regulatório do setor elétrico foi instituído sob a premissa de que o principal instrumento para modicidade tarifária é o leilão para contratação de energia pelas distribuidoras, com o critério de menor tarifa e que, para a segurança do suprimento, impõe-se “a obrigatoriedade de contratação, por parte dos agentes de consumo, de cem por cento de suas necessidades de energia”<sup>126</sup>.

Somente a contratação integral da demanda de distribuição é que garantiria o atendimento ao usuário por um preço conhecido, qual seja, o do contrato de compra de energia elétrica, evitando-se o descasamento entre o preço da tarifa e o valor da energia contratada, sob pena de gerar grave instabilidade.

Fácil constatar, portanto, a gravidade dos efeitos da Medida Provisória n.º 579/2012 sobre a sustentabilidade do modelo regulatório do setor energético.

Não fosse isso o bastante, além da quantidade insuficiente de energia contratada, questões conjunturais – como a diminuição da afluência hídrica, o esvaziamento dos reservatórios das hidrelétricas e o acionamento de todas as térmicas – ocasionaram uma elevação do preço da energia.

Assim, com o aumento significativo do preço de aquisição de energia, as distribuidoras passaram a enfrentar um problema de fluxo de caixa, já que o aumento do custo com a compra da eletricidade no mercado de curto prazo só seria repassado à tarifa quando do reajuste anual, conforme a regra do contrato de concessão, gerando o endividamento do setor.

---

<sup>126</sup>Exposição de Motivos da Medida Provisória n.º 144/2003, posteriormente convertida na Lei 10.848/2004.

Diante desse cenário, na tentativa de conter a crise estabelecida, foram editadas outras seis Medidas Provisórias para alterar o sistema elétrico brasileiro, além de seis Decretos para regulamentação da matéria, demonstrados no esquema abaixo<sup>127</sup>.



Para obter a redução tarifária, o Governo se valeu não só do Tesouro Nacional, tendo desembolsado valor adicional de R\$ 5.100.000.000,00 (cinco bilhões e cem milhões de reais) para a CDE, dentre outras medidas, como postergou para 2015 aumentos nas tarifas que deveriam ter sido repassadas já em 2013, endividamento financiado na forma do Decreto n.º 8.221/2014, que será tema do tópico a seguir.

Vê-se, portanto, que o Governo, no afã de promover a redução da tarifa de energia elétrica, adotou uma série de medidas pouco sustentáveis e de alto risco regulatório, que quase ocasionaram o colapso do setor elétrico brasileiro.

A redução da tarifa de energia elétrica pretendida pelo Governo não teve base de sustentabilidade, sendo, finalmente, transferidos à tarifa de energia elétrica os custos financeiros decorrentes do financiamento do *déficit* do setor.

<sup>127</sup>Acórdão n.º 2565/2014, proferido na auditoria operacional promovida pelo Tribunal de Contas da União, processo n.º TC-011.223/2014-6, p. 05.

#### 4.2.1.1.2. Decreto n.º 8.221/2014

Conforme já mencionado, a exposição involuntária das distribuidoras ao Mercado de Curto Prazo, efeito da Medida Provisória n.º 579/12, cumulada ao excessivo valor da energia, decorrente da necessidade de acionamento das usinas termoeletricas, impactou fortemente o fluxo de caixa das concessionárias de Distribuição, comprometendo a sustentabilidade do setor já no ano de 2013.

Contudo, a realização de uma revisão tarifária extraordinária, com o intuito de repassar ao consumidor o custo adicional da exposição involuntária, faria com que o impacto da redução de tarifas ao usuário final - que justificou a edição da Medida Provisória n.º 579/12 - fosse substancialmente reduzido, comprometendo o sucesso da política.

Nesse cenário, é que foi editado o Decreto n.º 8.221 de 1º de abril de 2014, objetivando retardar os efeitos do aumento do custo de energia sobre a tarifa.

O referido Decreto atribuiu à CCEE - Câmara de Comercialização de Energia a incumbência de administrar os recursos da intitulada Conta-ACR (Conta no Ambiente de Contratação Regulada), destinada a contratar operações de crédito com vistas a cobrir os custos da exposição involuntária das Distribuidoras no Mercado de Curto Prazo, e, assim, postergar para 2015 o aumento da tarifa de energia.

Para a regulamentação do Decreto de n.º 8.221/14, a ANEEL convocou a Audiência Pública n. 007/2014/ANEEL, objetivando “*obter subsídios para o aprimoramento da proposta referente à cobertura dos custos de exposição involuntária e do despacho termoeletrico dos contratos por disponibilidade das concessionárias de distribuição via repasses da Conta de Desenvolvimento Energético - CDE e da CONTA-ACR*”.

A Audiência Pública em questão foi convocada em 03 de abril de 2014, apenas 48 (quarenta e oito horas) após a edição do Decreto, com prazo de contribuição iniciando-se no dia imediatamente seguinte (04 de abril de 2014), e encerrando-se no dia 14 de abril de 2014.

A Nota Técnica n.º 99/14 – SER/ANNEEL apresentou, em seu Anexo II, minuta de Resolução a ser discutida na aludida Audiência Pública, fundamentada da seguinte forma:

o Decreto estabelece dois mecanismos de repasse de recursos às distribuidoras com a finalidade de cobrir, de fevereiro a dezembro de 2014, os custos que excedam a cobertura tarifária relativa à exposição contratual involuntária e ao despacho termoeletrico relativo aos Contratos de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente Regulado na modalidade por disponibilidade – CCEAR-D.

O primeiro mecanismo é similar aos repasses efetuados pela Conta de Desenvolvimento Energético - CDE nos termos do Decreto 7.945, de 2013. As diferenças são que a devolução para a CDE dos valores repassados se dá de forma proporcional ao mercado cativo de cada distribuidora com previsão explícita de cobrança na tarifa de energia elétrica – TE e que o repasse está condicionado a aportes da União na CDE, de modo que a utilização de recursos da conta para atendimento das finalidades descritas fica condicionada à existência de saldo.

O segundo mecanismo trata-se da atribuição de nova competência à Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE para contratação pela CONTA-ACR de operações de crédito a serem ressarcidas a partir de 2015 pela CDE, que por sua vez terá ingresso de recursos junto às distribuidoras mediante recolhimento de encargo tarifário compatível com o valor das operações de crédito contratadas. O encargo tarifário não estará vinculado aos repasses recebidos pela distribuidora em relação às competências de fevereiro a dezembro de 2014, mas ao tamanho de seu mercado. Dessa forma, os custos são distribuídos equitativamente a todos os consumidores cativos do país.

A competência regulatória da ANEEL em relação à matéria é homologar os valores de repasse da CONTA-ACR e da CDE às distribuidoras, definir o encargo tarifário de CDE a ser cobrado a partir de 2015 observando os repasses efetuados e robustecer os fluxos da operação de modo a assegurar para potenciais financiadores a sustentabilidade das operações de crédito a serem contratadas pela CCEE.

Nesse sentido a Resolução proposta pela área reforça os mecanismos de blindagem e garantias previstos no Decreto 8.221, acrescentando a obrigatoriedade das distribuidoras contratarem banco gestor para debitar os valores relativos ao encargo tarifário de CDE fixado com a finalidade específica de liquidar as obrigações desta conta junto à CCEE, que por sua vez terá capacidade de honrar o empréstimo tomado. Também é colocada a figura de um banco gestor para movimentar financeiramente a própria CONTAACR.

Pois bem. O artigo 1º da minuta de Resolução apresentada pela ANEEL previu que os custos excepcionais, incorridos pelas concessionárias de distribuição, seriam ressarcidos para o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, com repasses da Conta de Desenvolvimento Energético (CDE) – com recursos da União – e com repasses da CONTA – ACR, criada pelo Decreto n.º 8.221/14, que autorizou a tomada de empréstimos bancários pela CCEE.

No que concerne à quitação dos empréstimos bancários, a minuta da Resolução normativa, em seu artigo 6º<sup>128</sup>, autorizou a criação, a partir dos processos tarifários de

---

<sup>128</sup> Anexo II da Nota Técnica n.º 99/2014 SRE/ANEEL. Minuta da Resolução: “Art. 6º. A ANEEL homologará, a partir dos processos tarifários de 2015, encargo tarifário a ser recolhido pelas concessionárias de distribuição à CDE considerando:

2015, de novo encargo, com vistas à devolução dos repasses realizados pela CDE e quitação dos empréstimos bancários tomados no período.

Veja-se, diante da relevância para o objeto do presente estudo, o seguinte trecho do Voto proferido pelo Diretor da Superintendência de Regulamentação Econômica, na data de 3 de abril de 2014, a respeito da abertura do processo de Audiência Pública para aprovação da minuta de Resolução apresentada pela Nota Técnica n.º 99/14 – SER/ANNEEL:

Ressalta-se que a regra está sendo elaborada por imposição legal, **não cabendo a análise de impacto regulatório, que avalia a conveniência e oportunidade da elaboração de ato normativo. A ANEEL não possui a opção de não regular**. Em razão da urgência de regulamentar o tema, a discussão sobre o melhor método de regulação será justamente o objeto da audiência pública.

Foram apresentadas 131 (cento e trinta e uma) contribuições, não tendo sido admitidas todas aquelas que se entendeu serem voltadas ao questionamento da legalidade ou do escopo do Decreto n.º 8.221/14, conforme expressamente mencionado na Nota Técnica n.º 135/14 – SRE/ANEEL, datada de 15 de abril de 2014 – apenas um dia após o encerramento do período de contribuições:

Não foram aceitas contribuições que extrapolam a competência regulatória da ANEEL em relação ao Decreto 8.221 ou que questionam a legalidade ou o escopo do Decreto editado. Enquadram-se nessa categoria contribuições da Kev Line Administração Empresarial Ltda, da Light, da Apine, da Abrace, da Abradee, do Ibracon e dos Bancos<sup>129</sup>.

Acolheram-se, apenas, aquelas que buscavam maior garantia aos bancos e aos acionistas da CCEE, bem como a definição de prazos para fixação da quota extraordinária de CDE na hipótese de insuficiência dos recursos.

Como resultado da Audiência Pública, em 16 de abril de 2014, foi editada a Resolução Normativa n.º 612/14, regulamentando-se a tomada de financiamentos bancários pela a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE.

---

*I - as devoluções dos repasses efetuados pela CDE nos termos do art. 1º, atualizados pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA; e*

*II – a diferença entre a obrigação da CDE junto à CCEE, conforme §§ 3º e 4º do art. 5º, e as devoluções de que trata o inciso Iº, incorporada ao texto final da Resolução n.º 612/2014 ANEEL como art. 7º.*

<sup>129</sup>Nota Técnica 135/2014 SRE/ ANEEL, datada de 15 de abril de 2014, p. 2.

Diante disso, na data de 25 de abril de 2014, a CCEE, na qualidade de administradora da Conta-ACR, celebrou contrato com instituições financeiras para financiar R\$ 11.200.000.000,00 (onze bilhões e duzentos milhões de reais), com o intuito de cobrir os desembolsos das Distribuidoras de energia elétrica com a exposição ao Mercado de Curto Prazo e o despacho de térmicas.

Considerando a permanência do cenário de exposição involuntária das distribuidoras de energia elétrica e com a finalidade de evitar risco de paralisação da distribuição, na data de 15 de agosto daquele mesmo ano de 2014<sup>130</sup>, a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE precisou celebrar novo contrato com instituições financeiras, no valor de R\$ 6.580.000.000,00 (seis bilhões, quinhentos e oitenta milhões de reais).

Finalmente, em 25 de março de 2015, foi aprovada a tomada do terceiro empréstimo pela CCEE para a Conta-ACR, no valor de R\$ 3.400.000.000,00 (três bilhões e quatrocentos mil reais), totalizando R\$ 21.180.000.000,00 (vinte e um bilhões, cento e oitenta milhões de reais), valores repassados ao cálculo do reajuste tarifário, estabelecendo-se novo encargo, a ser acrescido à tarifa a partir de 2015, com previsão de quitação em 2020.

Assim, a partir de março de 2015, foram aprovados os reajustes tarifários pela ANEEL, com o aumento da participação do encargo setorial da CDE sob a composição da tarifa em 18,31% (dezoito vírgula trinta e um por cento) e reajuste médio tarifário total de 36,43%<sup>131</sup> (trinta e seis vírgula quarenta e três por cento), para fazer frente aos empréstimos bancários, gerando impacto que, como se vê, já em 2015, tornou inócuos os objetivos da política pública que levaram à edição da Medida Provisória n.º 579/12, mencionada no tópico antecedente.

---

<sup>130</sup>CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA – CCEE. *Bancos e CCEE assinam contrato para financiamento às distribuidoras de energia*. 18/08/2014. Disponível em: <[https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages\\_publico/noticias-opiniao/noticias/noticialeitura?contentid=CCEE\\_292422&\\_afLoop=142500121172575#%40%3Fcontentid%3DCCEE\\_292422%26\\_afLoop%3D142500121172575%26\\_adf.ctrl-state%3D14ar26m59j\\_31](https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/noticias-opiniao/noticias/noticialeitura?contentid=CCEE_292422&_afLoop=142500121172575#%40%3Fcontentid%3DCCEE_292422%26_afLoop%3D142500121172575%26_adf.ctrl-state%3D14ar26m59j_31)>.

<sup>131</sup>Conforme o estudo elaborado pela Associação Brasileira de distribuidores de Energia Elétrica, disponível no sítio eletrônico ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS DISTRIBUIDORAS DE ENERGIA ELÉTRICA – ABRADDEE. *Tarifas de energia*. Disponível em: <<http://www.abradee.com.br/setor-de-distribuicao/tarifas-de-energia/tarifas-de-energia>>.

## Ranking das Tarifas de Fornecimento - Classe Residencial B1 Convencional

ORD.	EMPRESAS	U.F.	Tarifa de Fornecimento Classe Residencial- B1 - 2014		Tarifa de Fornecimento Classe Residencial B1 - 2015 - Atualização: Dezembro de 2015			Variação % 2015/2014				
			Vigentes em 31 de Dezembro de 2014		BANDEIRAS TARIFÁRIAS			Atualização: Dezembro de 2015				
			Tarifas Homologadas sem ICMS R\$/MWh	Vigência da Tarifa em 31 de Dezembro de 2014	Tarifas Homologadas sem ICMS 2015 R\$/MWh	Tarifas Homologadas sem ICMS 2015 R\$/MWh (R\$ 2,50 a cada 100 quilowatt-hora (kWh) consumidos)	Tarifas Homologadas sem ICMS 2015 R\$/MWh (R\$ 4,50 a cada 100 quilowatt-hora (kWh) consumidos)	Resolução Homologatória ANEEL nº	Vigência da Tarifa em Dezembro de 2015	Bandeira Verde	Bandeira Amarela	Bandeira Vermelha
1*	Uhenpal	RS	423,41	19/04/2014 a 18/04/2015	589,08	614,08	634,08	1881	19/04/2015 a 18/04/2016	39,13%	45,03%	49,76%
2*	Chesp	GO	466,74	12/09/2014 a 11/09/2015	581,91	606,91	626,91	1948	12/09/2015 a 11/09/2016	24,68%	30,03%	34,32%
3*	Forcel	PR	373,75	26/08/2014 a 25/08/2015	556,23	581,23	601,23	1935	26/08/2015 a 25/08/2016	48,82%	55,51%	60,86%
4*	CFLO	PR	380,18	29/06/2014 a 28/06/2015	553,85	578,85	598,85	1907	29/06/2015 a 28/06/2016	45,68%	52,26%	57,52%
5*	Cooperalliança	SC	446,26	14/08/2014 a 13/08/2015	553,08	578,08	598,08	1931	14/08/2015 a 13/08/2016	23,94%	29,54%	34,02%
6*	HIDROPAN	RS	426,03	29/06/2014 a 28/06/2015	546,50	571,50	591,50	1908	29/06/2015 a 28/06/2016	28,28%	34,15%	38,84%
7*	LIGHT	RJ	387,08	07/11/2014 a 06/11/2015	543,46	568,46	588,46	1982	07/11/2015 a 06/11/2016	40,40%	46,86%	52,03%
8*	Cocel	PR	345,74	23/06/2014 a 24/06/2015	531,99	556,99	576,99	1898	24/06/2015 a 23/06/2016	53,87%	61,10%	66,89%
9*	Eletrocar	RS	437,01	01/12/2014 a 28/06/2015	527,91	552,91	572,91	1904	29/06/2015 a 28/06/2016	20,80%	26,52%	31,10%
10*	EFUC	SC	412,29	14/08/2014 a 13/08/2015	527,55	552,55	572,55	1933	14/08/2015 a 13/08/2016	27,96%	34,02%	38,87%
11*	Celipa	PA	479,77	07/08/2014 a 06/08/2015	525,39	550,39	570,39	1930	07/08/2015 a 06/08/2016	9,51%	14,72%	18,89%
12*	EFUL	SC	402,42	14/08/2014 a 13/08/2015	522,63	547,63	567,63	1932	14/08/2015 a 13/08/2016	29,87%	36,08%	41,05%
13*	ENF	RJ	368,2	18/06/2014 a 17/06/2015	520,54	545,54	565,54	1894	18/06/2015 a 17/06/2016	41,37%	48,16%	53,60%
14*	ELFSM	ES	418,43	15/08/2014 a 14/08/2015	519,00	544,00	564,00	1934	15/08/2015 a 14/08/2016	24,04%	30,01%	34,79%
15*	Sulgipe	SE	430,42	14/12/2014 a 13/12/2015	516,73	541,73	561,73	1991	14/12/2015 a 13/12/2016	20,05%	25,86%	30,51%
16*	CPFL Piratininga	SP	336,65	23/10/2014 a 22/10/2015	510,81	535,81	555,81	1972	23/10/2015 a 22/10/2016	51,73%	59,16%	65,10%
17*	Elektro	SP	423,27	27/08/2014 a 26/08/2015	510,41	535,41	555,41	1944	27/08/2015 a 26/08/2016	20,59%	26,49%	31,22%
18*	Cemij-D	MG	396,42	08/04/2014 a 07/04/2015	509,74	534,74	554,74	1872	08/04/2015 a 07/04/2016	28,59%	34,89%	39,94%
19*	AMPLA	RJ	389,31	15/03/2014 a 14/03/2015	506,92	531,92	551,92	1869	15/03/2015 a 14/03/2016	30,21%	36,63%	41,77%
20*	EMG	MG	392,88	18/06/2014 a 17/06/2015	501,10	526,10	546,10	1895	18/06/2015 a 17/06/2016	27,55%	33,91%	39,00%
21*	BANDEIRANTE	SP	367,78	23/10/2014 a 22/10/2015	500,57	525,57	545,57	1973	23/10/2015 a 22/10/2016	36,11%	42,90%	48,34%
22*	DMED	MG	333,5	28/10/2014 a 27/10/2015	494,09	519,09	539,09	1976	28/10/2015 a 27/10/2016	48,15%	55,65%	61,65%
23*	Copel-DIS	PR	326,37	24/06/2014 a 23/06/2015	492,31	517,31	537,31	1897	24/06/2015 a 23/06/2016	50,84%	58,50%	64,63%
24*	EEB	SP	378,43	10/05/2014 a 09/05/2015	484,37	509,37	529,37	1887	10/05/2015 a 09/05/2016	27,99%	34,60%	39,89%
25*	CEE-E	RS	382,49	25/10/2014 a 24/10/2015	483,17	508,17	528,17	1971	25/10/2015 a 24/10/2016	26,32%	32,86%	38,09%
26*	Mux Energia	RS	376,90	29/06/2014 a 28/06/2015	480,88	505,88	525,88	1906	29/06/2015 a 28/06/2016	27,59%	34,22%	39,53%
27*	AES SUL	RS	337,93	19/04/2014 a 18/04/2015	480,35	505,35	525,35	1879	19/04/2015 a 18/04/2016	42,14%	49,54%	55,46%
28*	Ceron	RO	377,85	30/11/2014 a 29/11/2015	472,35	497,35	517,35	1987	30/11/2015 a 29/11/2016	25,01%	31,63%	36,92%
29*	Demei	RS	386,04	29/06/2014 a 28/06/2015	471,32	496,32	516,32	1905	29/06/2015 a 28/06/2016	22,09%	28,57%	33,75%
30*	Celg-D	GO	350,31	12/09/2014 a 11/09/2015	466,60	491,60	511,60	1947	12/09/2015 a 11/09/2016	33,20%	40,33%	46,04%
31*	EMT	MT	381,07	08/04/2014 a 07/04/2015	465,20	490,20	510,20	1873	08/04/2015 a 07/04/2016	22,08%	28,64%	33,89%
32*	Nersul	MS	357,08	08/04/2014 a 07/04/2015	464,70	489,70	509,70	1874	08/04/2015 a 07/04/2016	30,14%	37,14%	42,74%
33*	Escelsa	ES	366,6	07/08/2014 a 06/08/2015	464,52	489,52	509,52	1928	07/08/2015 a 06/08/2016	26,71%	33,53%	38,99%
34*	Cenar	MA	419,41	28/08/2014 a 27/08/2015	464,35	489,35	509,35	1940	28/08/2015 a 27/08/2016	10,72%	16,68%	21,44%
35*	Eleoacre	AC	355,83	30/11/2014 a 29/11/2015	463,27	488,27	508,27	1988	30/11/2015 a 29/11/2016	30,19%	37,22%	42,84%
36*	ETO	TO	420,8	04/07/2014 a 03/07/2015	462,03	487,03	507,03	1919	04/07/2015 a 03/07/2016	9,80%	15,74%	20,49%
37*	CPFL Santa Cruz	SP	340,07	03/02/2014 a 02/02/2015	459,87	484,87	504,87	1870	02/02/2015 a 02/02/2016	35,23%	42,58%	48,46%
38*	INergia	SC	325,02	07/08/2014 a 06/08/2015	454,65	479,65	499,65	1929	07/08/2015 a 06/08/2016	39,88%	47,58%	53,73%
39*	CPFL Mococa	SP	327,62	03/02/2014 a 02/02/2015	453,59	478,59	498,59	1870	02/02/2015 a 02/02/2016	38,45%	46,08%	52,19%
40*	EDEVP	SP	355,34	10/05/2014 a 09/05/2015	451,60	476,60	496,60	1886	10/05/2015 a 09/05/2016	27,09%	34,13%	39,75%
41*	Caiuá-D	SP	338,04	10/05/2014 a 09/05/2015	447,36	472,36	492,36	1888	10/05/2015 a 09/05/2016	32,34%	39,73%	45,65%
42*	RGE	RS	350,69	19/06/2014 a 18/06/2015	446,80	471,80	491,80	1896	19/06/2015 a 18/06/2016	27,41%	34,53%	40,24%
43*	Ame	AM	320,81	01/11/2014 a 31/10/2015	445,31	470,31	490,31	1980	01/11/2015 a 31/10/2016	38,81%	46,60%	52,84%
44*	Celcse-DIS	SC	353,49	07/08/2014 a 06/08/2015	444,36	469,36	489,36	1927	07/08/2015 a 06/08/2016	25,71%	32,78%	38,44%
45*	Cepisa	PI	406,2	28/08/2014 a 27/08/2015	439,87	464,87	484,87	1949	09/09/2015 a 27/08/2016	8,29%	14,44%	19,37%
46*	Ceal	AL	397,87	28/08/2014 a 27/08/2015	439,11	464,11	484,11	1984	19/11/2015 a 27/08/2016	10,37%	16,65%	21,68%
47*	CEB-DIS	DF	302,75	26/08/2014 a 25/08/2015	436,76	461,76	481,76	1937	26/08/2015 a 25/08/2016	44,26%	52,52%	59,13%
48*	Eletr paulo	SP	281,17	04/07/2014 a 03/07/2015	436,11	461,11	481,11	1920	04/07/2015 a 03/07/2016	55,11%	64,00%	71,11%
49*	CNEE	SP	328,86	10/05/2014 a 09/05/2015	424,02	449,02	469,02	1889	10/05/2015 a 09/05/2016	28,94%	36,54%	42,62%
50*	CPFL Paulista	SP	316,86	08/04/2014 a 07/04/2015	419,64	444,64	464,64	1871	08/04/2015 a 07/04/2016	32,44%	40,33%	46,64%
51*	EPB	PB	367,87	28/08/2014 a 27/08/2015	418,17	443,17	463,17	1938	28/08/2015 a 27/08/2016	13,67%	20,47%	25,91%
52*	Cocelce	CE	359,22	22/04/2014 a 21/04/2015	417,96	442,96	462,96	1882	22/04/2015 a 21/04/2016	16,35%	23,31%	28,88%
53*	CPFL Sul Paulista	SP	302,72	03/02/2014 a 02/02/2015	415,33	440,33	460,33	1870	02/02/2015 a 02/02/2016	37,20%	45,46%	52,06%
54*	ESE	SE	344,79	22/04/2014 a 21/04/2015	409,35	434,35	454,35	1877	22/04/2015 a 21/04/2016	18,72%	25,98%	31,78%
55*	EBO	PB	289,8	04/02/2014 a 03/02/2015	407,03	432,03	452,03	1870	02/02/2015 a 03/02/2016	40,45%	49,08%	55,98%
56*	CPFL Leste Paulista	SP	290,37	03/02/2014 a 02/02/2015	406,95	431,95	451,95	1870	02/02/2015 a 02/02/2016	40,15%	48,76%	55,65%
57*	Bos Vista	RR	289,79	01/11/2014 a 31/10/2015	406,64	0,00	0,00	1979	01/11/2015 a 31/10/2016	40,32%	0,00%	0,00%
58*	Celpe	PE	350,58	29/04/2014 a 28/04/2015	395,24	420,24	440,24	1885	29/04/2015 a 28/04/2016	12,74%	19,87%	25,57%
59*	Coelba	BA	336,34	22/04/2014 a 21/04/2015	388,36	413,36	433,36	1878	22/04/2015 a 21/04/2016	15,47%	22,90%	28,85%
60*	CPFL Jaguarí	SP	238,38	03/02/2014 a 02/02/2015	376,56	401,56	421,56	1870	02/02/2015 a 03/02/2016	57,97%	68,45%	76,84%
61*	Covern	RR	342,5	22/04/2014 a 21/04/2015	375,90	400,90	420,90	1880	22/04/2015 a 21/04/2016	9,75%	17,05%	22,89%
62*	CERR (*)	RR	352,64	01/11/2014 a 31/10/2015	352,64	0,00	0,00	1814	01/11/2014 a 31/10/2015	0,00%	0,00%	0,00%
63*	CEA	AP	253,86	30/11/2013 a 29/11/2015	272,62	0,00	0,00	1989	30/11/2015 a 29/11/2016	7,39%	0,00%	0,00%

Fonte: ANEEL

Elaboração: DGSE/SEE/MME

- (\*) Res.Hom. Aneel 1981/2015 suspendeu o reajuste tarifário anual da Companhia Energética de Roraima - CERR e prorrogou a vigência das tarifas de aplicação constantes da Resolução Homologatória ANEEL 1.814, de 29.10.2014

Encargos	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
RGR	1,82%	1,55%	1,50%	1,40%	0,99%	0,86%	0,87%	0,98%	0,92%	0,52%	1,16%	1,04%	0,00%	0,00%	0,00%
CCC	4,96%	5,53%	3,71%	5,09%	5,14%	6,30%	3,67%	3,79%	2,97%	5,49%	5,70%	2,92%	0,00%	0,00%	0,00%
CFRH	0,28%	0,13%	0,18%	0,17%	0,08%	0,01%	0,01%	0,01%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%
TFSEE	0,22%	0,19%	0,20%	0,23%	0,26%	0,25%	0,27%	0,25%	0,21%	0,22%	0,22%	0,21%	0,18%	0,13%	0,11%
CDE	0,00%	0,00%	2,03%	2,47%	2,98%	3,31%	3,45%	3,27%	3,46%	3,25%	3,24%	3,46%	1,05%	1,46%	19,77%
PROINFA	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,56%	0,87%	1,12%	1,70%	1,89%	1,73%	2,00%	2,55%	2,32%	1,65%
P&D	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,55%	0,91%	0,92%	0,94%	1,09%	1,16%	1,14%	1,07%	0,97%	1,01%	0,84%
ESS	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,23%	0,10%	0,74%	1,28%	1,39%	1,59%	1,84%	2,34%	2,30%	2,22%
ONS	0,09%	0,01%	0,01%	0,01%	0,01%	0,005%	0,005%	0,004%	0,004%	0,004%	0,004%	0,004%	0,004%	0,004%	0,003%
<b>TOTAL ENCARGOS SETORIAIS</b>	<b>7,37%</b>	<b>7,41%</b>	<b>7,62%</b>	<b>9,37%</b>	<b>10,00%</b>	<b>12,43%</b>	<b>10,16%</b>	<b>11,10%</b>	<b>11,65%</b>	<b>13,91%</b>	<b>14,78%</b>	<b>12,55%</b>	<b>7,10%</b>	<b>7,25%</b>	<b>24,59%</b>
TRANSPORTE DE ITAIPU	0,56%	0,61%	0,59%	0,63%	0,66%	0,61%	0,58%	0,63%	0,61%	0,58%	0,55%	0,55%	0,22%	0,19%	0,17%
REDE BÁSICA CI	5,27%	6,71%	5,36%	5,51%	3,98%	0,78%	0,03%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%
REDE BÁSICA FORA DOS CONTRATOS INICIAIS	0,00%	0,00%	1,07%	2,02%	3,49%	5,58%	6,23%	6,49%	6,50%	6,74%	6,48%	6,80%	3,09%	3,68%	3,07%
CUST ITAIPU	0,00%	0,00%	0,06%	0,23%	0,26%	0,40%	0,49%	0,54%	0,50%	0,49%	0,46%	0,47%	0,49%	0,45%	0,37%
CONDIÇÃO	0,74%	1,17%	1,40%	1,41%	1,00%	0,81%	0,82%	0,54%	0,52%	0,51%	0,54%	0,54%	0,30%	0,28%	0,26%
CUSD	0,00%	0,00%	0,21%	0,26%	0,30%	0,49%	0,43%	0,48%	0,90%	0,46%	0,43%	0,43%	0,31%	0,23%	0,20%
<b>TOTAL ENCARGOS DE TRANSMISSÃO</b>	<b>6,56%</b>	<b>8,49%</b>	<b>8,70%</b>	<b>10,06%</b>	<b>9,69%</b>	<b>8,67%</b>	<b>8,59%</b>	<b>8,68%</b>	<b>9,03%</b>	<b>8,78%</b>	<b>8,46%</b>	<b>8,80%</b>	<b>4,41%</b>	<b>4,83%</b>	<b>4,07%</b>
<b>TOTAL DE ENCARGOS / RECEITA REQUERIDA</b>	<b>13,93%</b>	<b>15,90%</b>	<b>16,32%</b>	<b>19,43%</b>	<b>19,69%</b>	<b>21,09%</b>	<b>18,75%</b>	<b>19,78%</b>	<b>20,68%</b>	<b>22,69%</b>	<b>23,25%</b>	<b>21,35%</b>	<b>11,51%</b>	<b>12,08%</b>	<b>28,66%</b>

Fonte: Dados dos Reajustes/Revisões Tarifárias - ANEEL

Diante desse cenário, colocam-se em xeque as competências da ANEEL e os objetivos da atividade regulatória, cingida, na hipótese, ao estabelecimento de Audiência Pública, que, a nosso ver, não atingiu a finalidade de promover a participação popular na gestão da atividade administrativa, tampouco realizar, conforme inclusive destacado pelo próprio Diretor da Superintendência de Regulamentação Econômica, “*a análise de impacto regulatório, que avalia a conveniência e oportunidade da elaboração de ato normativo*”.

O processo regulatório, no caso, realizado em tempo recorde e sem o aprofundamento suficiente à discussão de um tema de tamanho impacto, objetivou apenas fazer cumprir decisão política e dar aparente legalidade à edição da Resolução Normativa nº. 612/2014.

#### 4.2.1.2. O loteamento político dos cargos de Diretoria e Conselho

O art. 5º da Lei nº 9.427/1996, dispõe que o quadro de diretores da ANEEL será composto por membros nomeados pelo Presidente da República, com mandatos fixos de 04 (quatro) anos cada, os quais serão indicados pelo Ministro de Estado de Minas e Energia e sabatinados pelo Senado Federal.

Como é cediço, é comum a utilização dos cargos públicos para loteamento político. Não é diferente no caso da diretoria das agências reguladoras, pois, em que pese o conhecimento técnico seja imprescindível ao exercício das suas atividades, são diversos os exemplos de indicação de diretores sem o devido envolvimento técnico com a atividade regulada.

A própria lei de criação da ANEEL, em seu art. 6º, a fim de evitar a captação da agência por agentes econômicos, previu fórmula de seleção que dificultou a escolha de profissionais com efetiva experiência em energia, o que acabou, de certa forma, privilegiando a indicação política para os cargos de direção.

Há que se reconhecer, contudo, que a ANEEL é uma das agências com maior especialização dos seus diretores. Não há, em seu quadro de diretores, ao menos atualmente, nenhum dirigente cuja experiência acadêmica e profissional não guarde relação com o setor, a qual possa ser questionada no presente estudo. É certo, contudo, que o conceito de experiência e a abrangência da área de atuação da agência reguladora tem se dado de forma bastante ampliativa, permitindo-se ao Poder Executivo indicar apenas aqueles que se mostrem mais alinhados ao Governo, por motivos estranhos à técnica, reduzindo-lhe a independência.

Ainda sobre o tema, se mostra importante destacar que a previsão de mandato de 04 (quatro) aos Diretores, permite ao Chefe do Poder Executivo contar, em determinado período, apenas nomeações suas no Conselho Diretor. Com mandatos maiores, garantir-se-ia a manutenção de dirigentes por período superior ao do mandato presidencial, evitando-se que a agência fique totalmente aparelhada pelas nomeações de um único Presidente<sup>132</sup>.

Pois bem. Embora o art. 29 da Lei nº 9.427/1996 tenha previsto regra que privilegia a alternância de mandatos<sup>133</sup>, que deveriam ser intercalados e não coincidentes com o do chefe do Poder Executivo, a ausência de vedação à recondução do dirigente acabou por ocasionar o enfraquecimento da regra, permitindo-se o emparelhamento político dos cargos.

É que a possibilidade de recondução representa incentivo para que o regulador afilie suas decisões nas preferências políticas do Poder Executivo, como forma de assegurar a sua manutenção no cargo.

---

<sup>132</sup>Há que se observar, contudo, que a admissão da reeleição presidencial dificulta a definição de um prazo suficientemente curto para garantir a alternância e suficientemente longo para impedir o aparelhamento.

<sup>133</sup>“Art. 29, da Lei 9.427/96. Na primeira gestão da autarquia, visando implementar a transição para o sistema de mandatos não coincidentes, o Diretor-Geral e dois Diretores serão nomeados pelo Presidente da República, por indicação do Ministério de Minas e Energia, e dois Diretores nomeados na forma do disposto no parágrafo único do art. 5o.

§ 1o O Diretor-Geral e os dois Diretores indicados pelo Ministério de Minas e Energia serão nomeados pelo período de três anos.

§ 2o Para as nomeações de que trata o parágrafo anterior não terá aplicação o disposto nos arts. 6o e 8o desta Lei.”

Na ANEEL, são vários os exemplos de recondução de diretores, ou vacância de cargos, ambas as hipóteses a permitir a maior interferência do poder político sobre a atividade regulatória.

Quanto à recondução, de um total de 18 (dezoito) dirigentes, foram 6 (seis) os diretores reconduzidos, colocando em xeque a relação de imparcialidade da diretoria com relação aos interesses dos respectivos chefes do Poder Executivo.

<b>Dirigente</b>	<b>Mandatos</b>	<b>Nomeação/Recondução</b>
José Mário Miranda Abdo	02/12/1997 a 01/12/2000 02/12/2000 a 01/12/2004	Decreto s/nº de 28.11.2000
Eduardo Henrique Ellery Filho	02/12/1997 a 02/11/2000 25/05/2001 a 24/05/2005	Decreto s/nº de 25.05.2001
Jaconias de Aguiar	19/12/1997 a 18/12/2000 29/12/2001 a 27/12/2005	Decreto s/nº de 29.12.2001
Edvaldo Alves de Santana	23/12/2005 a 22/12/2009 23/12/2009 a 22/12/2013	Decreto s/nº de 14.01.2009
André Pepitone da Nóbrega	16/08/2010 a 13/08/2014 14/08/2014 a 13/08/2018	Decreto s/nº de 14.08.2014
Romeu Donizete Rufino	13/08/2006 a 13/08/2010 14/08/2010 a 13/08/2014 14/08/2014 a 13/08/2018	Decretos s/nº de 14.08.2010 e 14.08.2014

Já no que concerne à vacância de cargos, conforme a pesquisa realizada por PATRÍCIA VALENTE<sup>134</sup>, até 2006, houve três períodos nos quais a diretoria esteve incompleta, tendo chegado a contar com apenas 03 (três) dos 05 (cinco) cargos de diretores preenchidos durante períodos que chegaram a exceder 05 (cinco) meses de vacância.

A ocupação prolongada de cargos da diretoria por dirigentes interinos fragiliza a autonomia decisória das agências, uma vez que os dirigentes interinos são indicados pelo Poder Executivo, sem submissão ao processo de aprovação pelo Senado Federal, e, por essa razão, não contam com as mesmas garantias asseguradas pela lei aos dirigentes legitimamente nomeados, podendo ser livremente substituídos na hipótese de atuarem em desacordo com a vontade política.

<sup>134</sup>VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessoa. *A qualidade da regulação estatal no Brasil: uma análise a partir de indicadores de qualidade*. 2015. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 126.

Assim, problemas como a coincidência dos mandatos, a vacância de cargos, preenchidos com a indicação de dirigentes interinos e a possibilidade de recondução de dirigentes, acabam por permitir a infiltração de interesses políticos na atuação da agência, comprometendo a sua imparcialidade.

#### **4.2.2. A captura do poder regulatório pelo controle**

Além da captura do poder regulatório pelo poder político, um grande desafio da regulação independente está no estabelecimento de limites ao controle externo, para prevenção da captura do poder regulatório, tema que remonta não apenas ao controle exercido pelo Poder Judiciário, como pela própria Administração Central e pelo Tribunal de Contas da União.

Pretende-se demonstrar que, em que pese o controle seja ferramenta imprescindível à limitação da arbitrariedade - já estando a muito superada a ideia de que a Administração Pública teria espaços insensíveis a qualquer controle -, seus contornos, hipóteses de cabimento e sua extensão precisam ser objeto de maior reflexão, evitando-se a captura do poder regulatório pelo controlador, apta a provocar instabilidade de regras e incongruência decisória.

##### **4.2.2.1. O Poder Judiciário**

Os limites do controle sobre atos administrativos, inclusive sobre a atividade regulatória, deram origem às teorias dos elementos do ato administrativo, da insindicabilidade do mérito administrativo e da discricionariedade administrativa – já elucidadas no capítulo antecedente - todas relacionadas à interpretação, em menor ou maior extensão, do Princípio da Legalidade.

Neste tópico, pretende-se demonstrar especificamente as consequências da indefinição dos limites de revisão do ato regulatório pelo Poder Judiciário para a estabilidade da regulamentação, e, ainda, para a sustentabilidade dos setores regulados, especialmente o setor elétrico.

A esse respeito, DANIEL WEI LANG WANG, JULIANA BONACORSI DE PALMA e DANIEL GAMA E COLOMBO realizaram o levantamento das decisões judiciais proferidas contra atos regulatórios praticados pelas principais agências, no ano

de 2009<sup>135</sup>.

A pesquisa teve como objetivo identificar a fundamentação utilizada pelo Poder Judiciário para revisar, ou não, ato regulatório praticado pelas agências. Os pesquisadores concluíram que, não obstante a tentativa de identificar as teorias utilizadas pelo Poder Judiciário para fundamentar o controle dos atos regulatórios, não foi possível apontar os critérios prevaletentes entre as teorias doutrinárias utilizadas:

Os dados sugerem, portanto, um cenário muito mais complexo acerca do controle da regulação pelo Judiciário, que predica a presença de critérios outros que vão além daqueles trabalhados em sede doutrinária. Assim tais teorias mostram-se na prática insuficientes para que o juiz delibere sobre a manutenção ou invalidação da atividade regulatória.<sup>136</sup>

Conforme os autores, a separação entre a análise de mérito e da legalidade do ato não se mostrou coerente, não servindo à finalidade de conferir previsibilidade à atividade jurisdicional.

De fato, o que se vê, é um cenário de completa judicialização da atividade regulatória, e de pouca congruência jurisprudencial sobre as hipóteses de cabimento do controle, o que prejudica sobremaneira o equilíbrio dos setores regulados e provoca enorme insegurança jurídica.

Em que pese o esforço e brilhantismo da investigação realizada, não se vislumbrou a apresentação de paradigmas que permitissem avaliar, concretamente, o risco decorrente do abuso de controle jurisdicional.

Por essa razão, foram apresentadas a seguir, exemplos práticos do que se entendeu, salvo melhor juízo, serem hipóteses de clara captura do poder regulatório pelo Poder Judiciário, a fim de demonstrar que, muito além da discussão teórica, o enfrentamento do tema, para a identificação, o mais objetiva quanto possível, do espaço reservado à decisão do regulador, se mostra imprescindível para a sobrevivência do modelo.

---

<sup>135</sup>WANG, Daniel Wei Liang; PALMA, Juliana Bonacorsi de; COLOMBO, Daniel Gama. Controle judicial dos atos regulatórios: uma análise da jurisprudência. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (Org.). *Direito econômico regulatório*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 311.

<sup>136</sup>Id. Ibid., p. 311.

#### **4.2.2.1.1. A abertura de agências**

Conforme é cediço, o setor elétrico brasileiro passou por acentuada modificação após a edição da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, objetivando-se aumentar a eficiência das atividades de distribuição e transmissão e introduzir mercado competitivo nas atividades de geração e comercialização de energia elétrica.

À ANEEL, criada pela Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, com atual redação dada pela Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, coube a regulação do serviço público de distribuição de energia elétrica, atribuindo-lhe competência para realização das revisões tarifárias periódicas.

Primando-se, assim, pela eficiência na prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica, a ANEEL alterou a forma de precificação da tarifa. A metodologia de fixação tarifária, até então realizada com base no custo do serviço, deu lugar ao mecanismo de regulação por incentivo, pelo qual, ao invés de fixar-se o valor da tarifa com base no custo total apurado, acrescido de uma taxa de retorno sobre investimentos, passou-se ao estabelecimento de uma tarifa ótima, fixada com base em critérios de gestão eficiente dos recursos.

Isso se deu em virtude da evidente constatação de que o modelo de tarifação pelo custo não promovia nenhum incentivo para o gerenciamento dos custos operacionais, haja vista que toda redução ou aumento de custos identificada pelo regulador, implicava uma consequente queda ou acréscimo no valor da tarifa, mantendo-se engessada a taxa de retorno do investimento do concessionário.

Assim, adotou-se no Brasil o sistema de regulação por incentivos, em que são estabelecidos, individualmente para cada distribuidor, os níveis de custos operacionais eficientes.

Assim, a tarifa de energia é calculada com base em dois componentes: a “parcela A”, que inclui os custos não gerenciáveis pela distribuidora - entre eles os encargos e impostos, custos de transmissão e o custo da energia adquirida; e a “parcela B”, que contém os custos gerenciáveis pela distribuidora - os custos de uso do sistema de distribuição e a remuneração da concessionária.

Assim, os reajustes tarifários definidos nos contratos de concessão das distribuidoras são feitos de modo a repassar integralmente aos consumidores os custos da parcela A cada ano, no aniversário do contrato de concessão da distribuidora. Já os custos

da parcela B são corrigidos anualmente pelo IGP-M e, de quatro em quatro anos, aproximadamente, são realizadas as revisões tarifárias, quando é definido um novo valor para a remuneração da distribuidora, com base em critérios de eficiência.

Dessa forma, a tarifa é calculada com base em custos tidos como razoáveis pelo regulador, para atuação eficaz na área de concessão. Tais custos são calculados com base numa ficção jurídica, denominada “Empresa de Referência”.

Na metodologia da Empresa de Referência, simula-se uma empresa responsável pela prestação do serviço público na mesma área de concessão e obrigada aos mesmos termos contratuais, em condições de eficiência produtiva.

A partir dos valores de custos operacionais considerados eficientes pelo regulador na gestão desse concorrente fictício a quem se atribui a denominação Empresa de Referência, é que são fixados os custos operacionais do real concessionário.

O concessionário, assim, deverá “competir” com o ideal regulatório, tendo como objetivo se aproximar dos custos operacionais eficientes estabelecidos pelo regulador, ou mesmo superá-los, hipóteses nas quais receberão melhor remuneração do capital investido, haja vista que a economia de custos renderá melhor resultado financeiro, sem impacto no valor da tarifa.

Vale destacar que a metodologia de regulação por incentivo mediante a criação da Empresa de Referência, conforme esclarecido pelo próprio regulador, “não procura realizar uma “reengenharia” dos processos e atividades que compõem a “empresa real”, que possui a concessão para determinada área geográfica. A metodologia é não invasiva no sentido de que o regulador não realiza qualquer tipo de ingerência sobre a forma como a empresa real é administrada. Essa é uma responsabilidade exclusiva da concessionária. O regulador centra sua atenção nos resultados da gestão, em termos da qualidade percebida pelos clientes, e o enfoque procura incentivar um comportamento que leve à eficiência na prestação do serviço, o que inclui os custos operacionais eficientes”<sup>137</sup>.

Feitos esses esclarecimentos, fica claro que a estrutura desenhada pela agência reguladora para a prestação do serviço pela Empresa de Referência não possui força vinculante e não constitui obrigação do concessionário.

---

<sup>137</sup>Nota Técnica nº166/2006 – SRE/ANEEL, de 19/05/2006.

Não obstante, ajuizou o Ministério Público Federal, ação civil pública<sup>138</sup> em face de uma Concessionária do serviço de distribuição de energia elétrica no Estado de São Paulo, objetivando obriga-la a realizar a adequação do serviço de atendimento presencial ao consumidor, aos padrões supostamente estabelecidos pela ANEEL à Empresa de Referência, considerada na Nota Técnica nº 097/2003 – SER/ANEEL, para cálculo da primeira revisão tarifária, em 2003.

O Ministério Público, partindo do pressuposto de que os custos operacionais previstos no modelo regulatório da Empresa de Referência seriam determinantes à fixação da tarifa e, portanto, deveriam ter efeito vinculante, requereu a abertura de 106 (cento e seis) postos de atendimento presencial aos usuários do serviço.

Desconsiderando-se os critérios técnicos e a autonomia regulatória da autarquia federal, foi julgada parcialmente procedente a ação civil pública, para, atribuindo-se caráter vinculante à Empresa de Referência prevista na Nota Técnica nº 097/2003 – SER/ANEEL, condenar a concessionária à adequação de sua estrutura de atendimento ao número de 124 postos de atendimento lá previstos, no prazo de 90 (noventa) dias, fixando-se multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) na hipótese de descumprimento.

Em sede de embargos de declaração, em razão da publicação de nova Nota Técnica de n.º 184/2007–SRE/ANEEL, que dizia respeito aos resultados provisórios da segunda revisão tarifária, ocorrida em 2007 - na qual se estimou para a Empresa de Referência, custos operacionais para 75 (setenta e cinco) postos de atendimento -, foi modificado o comando da sentença, reduzindo-se de 124 para 75 o número de postos a serem implementados.

Essa sentença foi objeto de apelações tanto por parte da ANEEL como por parte da Concessionária, demonstrando-se que o critério de revisão tarifária pelo modelo Empresa de Referência não visa determinar a estrutura fixa necessária ao cumprimento das metas regulatórias, sendo inadmissível a invasão da competência regulatória realizada pelo Poder Judiciário, especialmente por conter comando rígido, que antes mesmo do seu trânsito em julgado, já havia sido superado.

---

<sup>138</sup>Ação Civil Pública nº 2005.61.00.901778-0 (0901778-18.2005.403.6100), que tramitou perante a 23ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo, proposta pelo Ministério Público Federal em face da Eletropaulo Metropolitana Eletricidade De São Paulo S.A. e da Aneel – Agência Nacional de Energia Elétrica.

O recurso de apelação interposto pela Concessionária foi parcialmente provido apenas para afastar a condenação ao pagamento de honorários de sucumbência. Mantiveram-se, contudo, as conclusões da sentença, no que concerne à atribuição de caráter vinculante à Empresa de Referência e à condenação da Concessionária ao pagamento de danos morais coletivos, a ser destinado ao Fundo a que se refere a Lei n.º 7.347/85.

Com efeito, foram desconsiderados os argumentos da Concessionária, especialmente o caráter cambiante e flexível da regulação, eis que a própria Nota Técnica 184/2007 foi substituída pela de nº 201/2009, que continha os resultados definitivos daquela segunda revisão tarifária.

Com efeito, foram esses os termos do Acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

Desta forma, concluindo-se que a referida NT 97/2003 previu como indispensável para o serviço público de qualidade mínima a instalação dos 124 postos de atendimento, considerados na composição de seus custos e elaboração da revisão tarifária de 2003 (quantidade que foi, posteriormente, reduzida para 75 pela Nota Técnica SRE-ANEEL nº184/2007, já considerada na sentença), resta superada toda a tese da ré Eletropaulo no sentido de que as demais estruturas de atendimento ao consumidor (call centers, agentes credenciados, "Programa Mais Eletropaulo" etc.) seriam suficientes para a prestação de um serviço público de qualidade.

De fato, se estas outras estruturas da Eletropaulo devem servir como parâmetro para o estabelecimento da qualidade do serviço público no que tange à obrigação da concessionária em manter adequado e qualificado atendimento ao consumidor/usuário, deveriam ser objeto de expressa regulação e menção na nota técnica da ANEEL que autoriza as revisões tarifárias da concessionária, o que não se verifica.

A conclusão a que se chega decorre de mera interpretação do teor e natureza das regras da Nota Técnica da ANEEL para composição do preço a ser pago pelos usuários do serviço público de energia elétrica, por isso não havendo que se falar em qualquer afronta aos termos da legislação específica reguladora dos serviços públicos concedidos, nem em uma suposta violação a princípios da proporcionalidade, razoabilidade ou usurpação das competências regulatórias e fiscalizatórias da ANEEL, e, nem mesmo, em quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, já que os custos com a instalação dos referidos escritórios de atendimento já compõem o preço calculado pela ANEEL na referida Nota Técnica.

Pois bem. Sobreveio a Resolução Normativa ANEEL nº 414, de 9 de setembro de 2010, que regulamentou o atendimento presencial a ser prestado por todas as concessionárias aos usuários do serviço público de distribuição de energia elétrica, verificando-se o conflito do comando judicial com o que determinado pelo órgão regulador.

Destaque-se que ao longo do processo já havia sido noticiado que o órgão regulador havia submetido à audiência e consulta públicas, o texto de normatização a respeito da matéria, que já indicava o conflito com o pretendido pelo Ministério Público e acolhido pelo Poder Judiciário.

Opostos embargos de declaração em face do Acórdão, foram providos apenas para reconhecer a necessidade de observância, a partir de então, da nova Resolução editada pela ANEEL, mantendo-se, contudo, o comando judicial para manutenção de 75 (setenta e cinco) postos de atendimento presencial – inclusive com a indicação precisa das suas localidades.

Determinou-se que, na hipótese da novel resolução apresentar conteúdo contraditório ao comando judicial, fosse ajuizada nova ação judicial com vistas a rediscutir a adequação da estrutura de atendimento prevista na sentença. Confira-se:

Quanto ao fato novo noticiado pela Eletropaulo a fls. 2224/2367, qual seja, a edição, pela ANEEL, da nova Resolução nº 414/2010, de 15.09.2010 (alterada pelas Res. nº 416 e 419 de 2010), que revogou a anterior Res. ANEEL nº 456/2000 (sob cuja égide foi feita a revisão tarifária que constituiu objeto do julgamento pela sentença e pelo acórdão ora embargado, autorizada pela Nota Técnica ANEEL nº 97/2003, depois substituída pela NT nº 184/2007), importa observar que a presente ação civil pública tem por objeto a revisão tarifária do ano de 2003 e a obrigação da concessionária em instalar postos de atendimento nos termos da noção de "empresa de referência" considerada pela ANEEL para autorizar tal revisão, noção esta que foi considerada pelo julgado ora embargado como de caráter vinculante para a concessionária, nos termos da legislação e da normatização das concessões do serviço público do setor elétrico vigentes à época desta revisão tarifária, tal como restou decidido por esta C. 3ª Turma, inclusive, no Agravo nº 0042291-15.2008.4.03.0000/SP (em que se assentou a possibilidade da exigência do cumprimento provisório da sentença pela Eletropaulo, quanto a esta obrigação), de forma que se deve deixar consignado que a referida nova normatização agora editada pela ANEEL (Res. 414/2010) somente tem incidência para regular as relações jurídicas a partir de sua edição, de forma alguma modificando os fundamentos do acórdão ora embargado que se referem e se restringem ao período precedente, não sendo caso de se reexaminar a lide diante desta nova norma nestes embargos declaratórios por se tratar de uma nova questão jurídica a regular o período superveniente que deve ser objeto de eventual questionamento

em ação própria, a fim de que se observem os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

I - A nova Resolução ANEEL nº 414/2010 não afasta os fundamentos do acórdão porque o julgamento se deu ante a revisão tarifária especificamente autorizada nas Notas Técnicas ANEEL nº 97/2003 e 184/2007, não havendo notícia de que tenha havido qualquer alteração destas em virtude daquela nova resolução ou mesmo da sugestão de nova metodologia constante da Nota Técnica nº 265/2010-SRF/ANEEL, de 25.8.2010, e ainda, como ressaltado pelo Ministério Público Federal, não houve comprovação de que suas disposições contrariam o quanto determinado no acórdão ora embargado no que diz respeito à quantidade de postos de atendimento aos consumidores que deviam ser instalados sob a égide daquela normatização anterior.

II - Anote-se apenas que, se pela nova Resolução houve alguma diminuição ou substancial modificação da exigência de quantidade de postos de atendimento ao consumidor, de modo a afetar as relações com a concessão objeto da presente ação, a razoável conclusão é de que os postos que foram (ou já deviam ter sido) instalados pela Eletropaulo por força do julgado nesta ação civil pública por certo deverão seguir a nova normatização editada, ajustando-se a esta, ante o natural desenvolvimento da atividade pública exercida, sendo o provimento exarado nesta ação civil pública adstrito à matéria julgada neste feito, mas isso é questão que, como já frisado, somente deve ser objeto de questionamento e deliberação em eventual ação própria.

A Concessionária então interpôs recurso especial, alegando violação à lei federal, em especial, Lei nº 8.987/95, Lei nº 9.427/96, e Decreto 2.335/97, bem como interpôs recurso extraordinário, sob o fundamento de afronta aos arts. 5º, caput, II, XXII, LIV, 37, caput, XXI, e 175, caput, III da Constituição Federal.

Ambos os recursos não foram admitidos no juízo de admissibilidade prévio, dando azo a interposição de agravos contra despachos denegatórios, que ainda aguardam julgamento.

No presente caso, são cristalinos e incontroversos os contornos do litígio e, no nosso entendimento, a captura das mais mezinhas competências do órgão regulador pelo Poder Judiciário. A Concessionária possuía postos de atendimento presencial em quantidade inferior àqueles previstos hipoteticamente para a chamada Empresa de Referência - ER, tendo o Ministério Público promovido a demanda com o objetivo de atribuir à estrutura dessa ER efeitos vinculantes, condenando-se a Concessionária a abrir os postos supostamente faltantes. Isso decorreu de uma equivocada compreensão, por parte do Ministério Público, encampada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, da opção do legislador de remuneração do serviço pelo preço, em especial da Empresa de Referência,

estruturada pela ANEEL unicamente para fins de cálculo do coeficiente de eficiência na metodologia de revisão tarifária, configurando uma dentre as muitas estruturas possíveis organização.

E, sob a equivocada premissa de fazer cumprir o que determinado pelo órgão regulador – em que pese a própria ANEEL tenha se colocado contrária à exigência, tendo assistido a Concessionária em sua defesa – o Poder Judiciário acabou por se sobrepor às próprias regulamentações supervenientes da matéria, impondo a manutenção de número rígido de postos de atendimento, em que pese o próprio órgão regulador, durante o curso da lide, tenha emitido novas notas técnicas alterando os padrões da Empresa de Referência aplicáveis para futuras revisões tarifárias, bem como regulamentado o tema da estrutura de atendimento ao usuário de modo diverso ao contido no comando judicial.

A discussão aqui posta cinge-se, pois, em verificar se o Poder Judiciário pode exigir do concessionário o cumprimento de medidas não estabelecidas pelo agente regulador, tomando por base documentos técnicos elaborados para fins de revisão tarifária – sem atentar para a opção do regulador de utilizar o mecanismo de regulação por incentivos, na forma acima demonstrada -, onerando-se a concessionária com obrigações não previstas no contrato de concessão, tampouco na regulamentação pertinente, que, portanto, ferem o equilíbrio econômico-financeiro da concessão, e, em última análise, usurpam a competência e autonomia do órgão regulador.

#### **4.2.2.1.2. O GSF (Déficit de Geração Hídrica)**

Em um sistema de predominância hidroelétrica, o risco hidrológico se apresenta como fator de extrema relevância para a estruturação do modelo de gestão do parque gerador, de modo a garantir certo grau de confiabilidade na oferta de energia, permitindo-se atender a demanda, mesmo em condições hidrológicas adversas.

Assim, para o gerenciamento do risco hidrológico nacional, mostrou-se imperiosa a estratégia de máxima diversificação da matriz energética, definindo-se de forma conservadora o valor da garantia física das usinas hidroelétricas, mediante a limitação das suas expectativas de geração em patamares confortavelmente abaixo das potências instaladas.

Não obstante, a necessidade de otimização dos recursos naturais, associada ao fato de várias usinas hidroelétricas e reservatórios situarem-se em sequência em bacias

hidrográficas, levou o sistema brasileiro a ser estruturado com base na complementariedade hidrotérmica, institucionalizada pela lei n.º 5.899 de 5 de julho de 1973, posteriormente revogada pela Lei n.º 9.648/98, mediante a criação do Sistema Integrado Nacional – SIN, que objetiva a integração do parque gerador de forma a garantir o melhor aproveitamento dos recursos.

Atualmente, no Sistema Integrado Nacional – SIN, o gerenciamento da produção de energia elétrica é de competência do Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS, criado pela Lei 9.648/98, regulamentada pelo Decreto n.º 2.655/98 e operacionalizado pelas Resoluções ANEEL n.º 351/1998 e 25/1999.

Ao ONS cabe coordenar a operação integrada com vistas à otimização do sistema, considerando a disponibilidade e o estoque de água nos reservatórios de cada parque gerador, os custos operacionais envolvidos, a perspectiva de atendimento futuro, dentre diversos outros fatores de natureza técnica.

Dessa forma, a gestão do risco hidrológico é manifestada pelos despachos do ONS, executados com vistas à adoção da melhor estratégia intertemporal para uso dos recursos energéticos disponíveis, de modo mais eficiente e ao menor custo possível.

Diante disso e considerando que os agentes hidroelétricos integrantes do SIN estão subordinados aos despachos do ONS e, portanto, não possuem autonomia de geração, foi instituído também pelo Decreto n.º 2.655/98, o Mecanismo de Realocação de Energia – MRE, para o compartilhamento dos riscos hidrológicos de forma isonômica.

O MRE é o instrumento de compartilhamento do risco da otimização dos recursos hidrológicos, mediante a compensação de custos de operação e manutenção elevados, bem como a contraprestação pelo uso de recursos hídricos dos agentes despachados acima dos seus níveis de energia assegurada.

Não obstante, o MRE garante, ainda, que cada usina hidroelétrica receberá, a cada período de comercialização, energia proporcional à sua garantia física (expectativa de geração) frente ao volume total de energia produzida, independentemente da sua própria geração.

Dessa forma, se os geradores participantes do MRE, em conjunto, produzirem energia em volume superior à garantia física do sistema, cada usina integrante do mecanismo receberá volume proporcional à sua própria energia assegurada, bem assim

participará proporcionalmente do excedente (energia secundária), que poderá ser comercializado.

De outro lado, quando a meta de geração não é alcançada, obrigando-se a aquisição de energia no MCP - Mercado de Curto Prazo, os custos do *déficit* de geração são compartilhados pelos integrantes do MRE, por meio da exigência de valores relativos ao GSF.

Denomina-se “Fator de Ajuste do MRE”, ou simplesmente “GSF (*Generation Scaling Factor*)” o indicador de energia elétrica gerada pelas hidroelétricas integrantes do MRE - Mecanismo de Realocação de Energia, calculado em relação à garantia física das usinas.

Assim, se, como em 2012<sup>139</sup>, o GSF médio anual for de 1,08, o MRE será superavitário em 8% (oito por cento) de energia gerada, a qual será realocada proporcionalmente à garantia física de cada usina participante do SIN, para fazer frente aos contratos de compra e venda de energia celebrados, com percentual excedente para comercialização.

Por outro lado, se o GSF médio anual for de 0,99, como em 2013, ou de 0,91, como em 2014, O MRE será deficitário em, respectivamente, 1% (um por cento) e 9% (nove por cento), *déficit* que será igualmente suportado, de forma proporcional às garantias físicas individuais, por todas as usinas hidroelétricas integrantes do SIN.

Pois bem. Diante do cenário deficitário verificado nos anos de 2013 e 2014, em 23 de abril de 2015, a Santo Antônio Energia S/A ajuizou ação ordinária<sup>140</sup>, com pedido de antecipação de tutela, em face da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e da União Federal, objetivando limitar a aplicação do Fator GSF ao percentual máximo de 5%.

Em 04 de maio de 2014, o Juízo de origem negou a tutela antecipatória requerida, destacando-se o risco de “grave lesão à ordem e à economia pública a decisão que adentra na seara técnica de regulação do mercado de energia elétrica”. Confira-se:

O cerne da questão a ser decidida neste momento processual, nada obstante a presente cognição sumária e a complexidade notória da matéria sub judice, é se houve o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de forma a alterar as condições editalícias para, assim, limitar judicialmente a redução máxima da Garantia Física da UHE Santo

---

<sup>139</sup>Nota Técnica 038/2015 – SRG – SEM/ ANEEL, de 19/05/2015, pág. 4.

<sup>140</sup>Ação n.º 0023776-24.2015.4.01.3400, em trâmite perante a 1ª Vara Federal Cível do Distrito Federal.

Antônio em 5% (cinco por cento).

(....)

Nesse ponto, conforme já assinalado pelo STJ e que será reproduzido abaixo, causa grave lesão à ordem e à economia pública a decisão que adentra na seara técnica de regulação do mercado de energia elétrica.

Em que pesem os relevantes fundamentos expostos na exordial, pesa ainda contra a autora, para fins de antecipação dos efeitos da tutela:

i) o fato do deferimento de referido pleito necessariamente adentrar na seara técnica de regulação do mercado de energia elétrica;

ii) a complexidade notória da matéria a exigir uma análise exauriente por ocasião da prolação de sentença;

iii) o fato de a autora não ter-se desincumbido de demonstrar cabalmente que a ANEEL encontra-se equivocada na aplicação de sua metodologia ora vergastada;

iv) a notável relevância do princípio da presunção de legalidade e legitimidade dos atos administrativos – cuja presunção iuris tantum não fora desconstituída pela parte autora-, os quais são, na espécie, seguidos por todo o sistema de produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica do País;

v) o fato da aplicação do percentual de risco de 5% fixado no artigo 2º da Resolução n. 01/2004 não se estender às usinas hidrelétricas, quando tomadas em separado, como requer a autora, o que permite inferir que referido percentual não se aplica como limitador para a aplicação do denominado Fator GSF na garantia física da Usina Hidrelétrica Santo Antonio, mas sim como o risco hidrológico máximo assumido pelas usinas hidrelétricas no âmbito do MRE.

vi) o fato do risco hidrológico ser regulado pelos artigos 20 e seguintes do Decreto nº 2.655/98 e não por referida Resolução recém mencionada;

e

vi) a vinculação ao edital do Leilão 05/2007-ANEEL e ao Contrato de Concessão 001/2008-MME-UHE Santo Antonio, não só pela ANEEL quanto pela própria autora (...)

Em outro giro, impõe-se, ainda, destacar os relevantes fundamentos externados pelo STJ no Agravo Regimental interposto no bojo da Suspensão de Liminar e Sentença (SLS) nº 1.911, cuja ementa/acórdão assim consignaram:

‘AgRg na PET na SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA Nº 1.911 – DF (2014/0181336-1)

(...)

III - Recentemente a Corte Especial – no julgamento da Suspensão de Segurança n. 2727/DF, tratando de matéria semelhante, onde a concessionária Santo Antônio Energia S/A obteve liminar no Tribunal a quo para suspender as obrigações decorrentes do descumprimento do cronograma das obras da usina – reconheceu que causa grave lesão à ordem e à economia pública a decisão que adentra na seara técnica de regulação do mercado de energia elétrica.

IV - A modificação artificial das "regras do jogo" para eximir-se a hidrelétrica das obrigações decorrentes da ineficiência na geração de

energia, em detrimento de todo o sistema, traz insegurança jurídica e administrativa, com graves reflexos para o setor, podendo onerar terceiros e a própria sociedade com eventuais repasses decorrentes dos custos da performance a menor da agravante. Diante de tais consequências tem-se de rigor a manutenção da suspensão agravada, diante do risco de lesão à ordem e à economia públicas.’

(...)

Por fim, no tocante ao periculum in mora, há na espécie, na verdade, o perigo do dano reverso, pois o deferimento do pleito formulado em antecipação dos efeitos da tutela tem o condão de suprimir as garantias objetivadas pelo Mecanismo de Realocação de Energia (MRE), senão vejamos. Se este Juízo determinasse a “redução máxima da Garantia Física da UHE Santo Antônio em 5% e contabilização por meio do Mecanismo Auxiliar de Cálculo dos valores referentes aos ajustes na Garantia Física da UHE Santo Antônio que superarem 5%, até o julgamento final do mérito da ação” (fl. 60), é de rigor que referida redução da garantia física da autora impõe um ônus àqueles que esperam que a autora cumpra com a garantia física disposta tanto no edital quanto no contrato de concessão. Isso porque o deferimento da tutela antecipada importa o afastamento da regra disposta no item 3.5 do contrato de concessão

(...)

Assim, a redução da garantia física, nos termos em que pleiteado, importa na redução dos riscos hidrológicos, de forma que os riscos hidrológicos superiores a 5% seriam assumidos pelos consumidores de energia ou a referida alocação às demais usinas hidrelétricas também integrantes no MRE, conforme sustentado pela ANEEL às fls. 606-verso/617.

Inconformada com o *decisum*, na data de 06 de maio de 2015, a Santo Antônio Energia S/A interpôs agravo de instrumento<sup>141</sup>, ao qual foi deferida a antecipação da tutela recursal, nos seguintes termos:

Com efeito, a despeito do grau de complexidade da matéria debatida nos autos de origem, a pretensão recursal deduzida nestes autos possui natureza eminentemente cautelar, de forma a permitir a limitação do Fator GSF no percentual de 5% (cinco por cento), com a contabilização do montante que exceder esse percentual por meio do Mecanismo Auxiliar de Cálculo dos valores referentes aos ajustes na Garantia Física da UHE Santo Antônio, evitando-se, assim, a noticiada perda de vultosos valores, no montante de R\$ 156.880.924,36 (cento e cinquenta e seis milhões, oitocentos e oitenta mil, novecentos e vinte e quatro reais), já na próxima liquidação da Câmara Comercializadora de Energia Elétrica (CCEE), prevista para o dia de amanhã (07 de maio de 2015).

Registre-se, por oportuno, que a pretensão deduzida pela suplicante, perante o juízo monocrático e reiterada nestes autos, tem suporte na

<sup>141</sup> Agravo de instrumento n.º 0023052-32.2015.4.01.0000, distribuído à 5ª (Quinta) Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª (Primeira) Região, sob a relatoria do Des. Federal Souza Prudente.

suposta onerosidade excessiva do contrato celebrado entre as partes, decorrentes de atos supervenientes, extraordinários, inevitáveis e de consequências incalculáveis, sem a correspondente adoção, pelo poder concedente, das medidas necessárias, com vistas à manutenção das condições em que se amparou a proposta por ela apresentada.

Nesse sentido, merecem destaque as conclusões a que chegou o colendo Tribunal de Contas da União – TCU, nos autos do TC 13.099/2014-0, que trata de fiscalização do setor elétrico, in verbis:

‘(...)

50. O TCU, muito antes da ocorrência da atual crise hídrica, apontou a existência de indícios no sentido de que a capacidade de geração de energia elétrica configura-se insuficiente, em termos estruturais, para garantir a segurança energética do país.

51. Diversas fiscalizações evidenciaram problemas que impactaram negativamente na oferta de energia e na eficiência do consumo, quais sejam:

51.1. falhas no planejamento da expansão da capacidade de geração;

51.2. superavaliação da garantia física das usinas geradoras;

(...)

51.8. perda significativa de receitas e capacidade de investimento das concessionárias de geração, principalmente estatais, que renovaram concessões nos termos da MP 579/2012;’

Como visto, o suporte fático em que se ampara a pretensão veiculada pela recorrente já fora reconhecido pela Corte de Contas, a demonstrar, em princípio, a plausibilidade das suas alegações, que, aliada ao periculum in mora acima apontado, autoriza a concessão da medida postulada.

Com estas considerações, defiro o pedido de antecipação da tutela recursal formulado na inicial, para determinar à Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, “envio imediato de comando específico para a Câmara Comercializadora de Energia Elétrica para limitar a aplicação do Fator GSF sobre a UHE Santo Antônio, considerando a redução máxima da Garantia Física da UHE Santo Antônio em 5%, e contabilização por meio do Mecanismo Auxiliar de Cálculo dos valores referentes os ajustes na Garantia Física da UHE Santo Antônio que superarem 5%”, até o pronunciamento definitivo da Turma julgadora.

Seguindo-se o precedente positivo obtido pelo UHE Santo Antônio, outros agentes do setor ingressaram com demandas judiciais<sup>142</sup>, nas quais igualmente obtiveram decisões favoráveis à limitação do Fator GSF.

<sup>142</sup>(i) Ação de Rito Ordinário nº 0045492-10.2015.4.01.3400, ajuizada por Pirapora Energia S.A. em face da ANEEL e União Federal, em trâmite na 5ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal; (ii) Ação de Rito Ordinário nº 0037346-77.2015.4.01.3400, ajuizada por Hidrelétrica Rossi Ltda. e outros em face da ANEEL e da União Federal, em trâmite na 17ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal; (iii) Ação de Rito Ordinário nº 36564-70.2015.4.01.3400, ajuizada por Pedra Furada Energia S.A. (PF ENERGIA) e

Com isso, como já se antevia, gerou-se enorme desequilíbrio ao MRE - Mecanismo de Realocação de Energia, pois, em decorrência da desoneração de alguns agentes mediante a obtenção de tutelas judiciais de urgência, os impactos financeiros decorrentes da necessidade de compra de energia no MCP, conforme a lógica do sistema integrado, foram impostos aos demais agentes integrantes do SIN, não contemplados por tutelas jurisdicionais individuais.

Por consequência, diversas usinas hidroelétricas impetraram mandados de segurança, dentre os quais a Hidroelétrica Rodeio Bonito, caso exposto para fins de exemplificação<sup>143</sup>, contra o Presidente do Conselho de Administração da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE e contra a ANEEL, objetivando a concessão da segurança para determinar que a autoridade coatora se abstinhasse de realizar cobranças do valor adicional do Fator GSF em decorrência da desoneração de outros agentes, ocasionada pela obtenção de decisões judiciais favoráveis.

No caso em análise, foi concedida a liminar pleiteada, sob o fundamento de que os impactos financeiros das decisões judiciais deveriam ser suportados pelos credores do MCP. Inconformada, a CCEE requereu a reconsideração do *decisum*, o que foi negado pelo Poder Judiciário, mantendo-se incólume a liminar deferida, sob os seguintes fundamentos:

“(…) Como se nota, os dispositivos normativos citados dispõem claramente e sem margem a dúvida de que o ônus do não pagamento causado por decisão judicial deve ser suportado pelo Agente do Mercado credores em qualquer hipótese, sendo eles os credores/fornecedores do MCP, não os devedores do MRE. O art. 10, 1º, II, que a impetrada alega ter aplicado, estabelece a regra geral e inequívoca de se cobrar dos credores afetados, na proporção da respectiva energia comercializada. O 2º apenas estabelece que caso não seja possível individualizar os credores afetados pela decisão judicial, o ônus será repartido entre todos os credores. A manifestação de um dos agentes do MCP trazida nas informações, fls. 306/308, bem exemplifica as duas hipóteses: a aplicação do 2º leva à "alocação dos efeitos da decisão judicial aos credores na liquidação do MCP"; a aplicação do 1º, II, leva à alocação "unicamente

---

outras em face da União Federal e da ANEEL, em trâmite na 17ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal; (iv) Ação de Rito Ordinário nº 49402-45.2015.4.01.3400, ajuizada por Aratú Geração S.A e outras em face da ANEEL e da União Federal, em trâmite na 22ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal; (v) Ação de Rito Ordinário nº 0013805-78.2016.4.01.3400, ajuizado por Galheiros Geração de Energia Elétrica S.A e outro em face da ANEEL e da CCEE, em trâmite na 20ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal; (vi) Ação de Rito Ordinário nº 0058300-47.2015.4.01.3400, ajuizada por Maria Piana Geração de Energia S.A. em face da CCEE e ANEEL, em trâmite na 2ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal.

<sup>143</sup>Mandado de Segurança n.º 0013866-64.2015.4.03.6100, em trâmite perante a 19ª Vara Federal Cível de São Paulo, Tribunal Regional Federal da Terceira Região, impetrado por Rodeio Bonito Hidroelétrica Ltda., em face do Presidente do Conselho de Administração da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, e da União Federal.

aos agentes do mercado que mantém contrato de energia elétrica junto à beneficiária da decisão judicial.

Assim, conforme as normas setoriais incidentes, se é sabido quais os credores individualmente afetados pela exoneração do crédito, a eles cabe arcar com o ônus; se não é sabido, arcam todos.

Absolutamente nada na norma impõe que se cobre dos codevedores, sendo claramente inovador o entendimento aplicado pela impetrada. Referida manifestação de fls. 306/308 é mais um indicio disso, pois refere a uma consulta aos agentes do mercado sobre como proceder com o ônus econômico das decisões judiciais em tela. Ora, se sua postura decorre da norma, esta teria sido aplicada de plano, dispensando qualquer consulta. Consultou-se por intenção de aplicar entendimento diverso do previamente estabelecido em normativos.

Na mesma esteira se infere da teoria das obrigações em geral: se uma obrigação não é paga, quer assume os ônus do inadimplemento é o credor, pouco importa se esse não pagamento decorre de simples inadimplemento ou de decisão judicial, não há diferença ontológica, (...). Se há uma decisão judicial que exonera a obrigação de um dos condôminos por razões objetivas do pagamento da conta de água conjunta, quem amarga o prejuízo é a Cia. de Água, que não poderá cobrar o valor de nenhum dos condôminos, que nada têm a ver com a causa da decisão judicial.

Se a causa da decisão for álea administrativa, ou a Cia. de Água incorpora o prejuízo ou busca a responsabilização civil do Ente Estatal imputável.

Trazendo o raciocínio para o caso concreto, ou os credores do MCP absorvem o prejuízo ou buscam a responsabilização do Estado, imputado como causador da situação pelas decisões judiciais em tela.

(...)

Extrapolando para o caso dos autos, a cobrança dos agentes do MRE pelos valores não pagos por outros agentes do MRE somente seria possível caso estes assim concordassem em deliberação legítima. Posto isso, por qualquer ângulo que se analise a questão, é incabível repassar o ônus econômico de uma decisão judicial relativa a um crédito a qualquer um que não tenha sido parte do processo e nele responsabilizado, salvo a seu credor, ao terceiro causador do inadimplemento, sempre assegurado o devido processo legal, ou a quem assuma esta responsabilidade espontaneamente.”

Foram interpostos agravos de instrumento em face dessa decisão pela ANEEL<sup>144</sup> e pela CCEE<sup>145</sup>, aos quais foi negada a atribuição de efeito suspensivo, aguardando-se o pronunciamento do Colegiado.

Nesse cenário, em que foram diretamente alteradas as regras do jogo pelo Poder Judiciário, o mercado de energia elétrica passou por grave instabilidade, com diversas

---

<sup>144</sup>0019197-91.2015.4.03.0000, TRF3.

<sup>145</sup>017456-16.2015.4.03.0000, TRF3.

decisões judiciais interferindo diretamente no gerenciamento do risco hidrológico e, em última análise, no equilíbrio do setor, tendo ocasionado a paralisia do mercado elétrico brasileiro, em grave ameaça à viabilidade regulatória.

Em meio à crise estabelecida, a Diretoria da ANEEL aprovou a abertura de Audiência Pública<sup>146</sup> com o objetivo de promover a discussão conceitual do Fator GSF, a fim de obter subsídios com vistas ao aprimoramento dos instrumentos para a repactuação do risco de deslocamento da geração hidrelétrica participante do Mecanismo de Realocação de Energia – MRE, especialmente para o debate das seguintes questões:

a) Existe dispositivo legal ou contratual que estabeleça limitação à responsabilidade dos agentes geradores hidrelétricos de suportar o risco hidrológico sistêmico? Em não havendo tais dispositivos, faz sentido estabelecer um limite de exposição ao risco hidrológico no futuro? Qual seria esse limite?

- As áreas técnicas entendem que não há dispositivo legal ou regulamentar que estabeleça limitação ao risco hidrológico e que tampouco faria sentido inserir essa limitação aos contratos vigentes, dados os mecanismos de gestão disponíveis aos geradores e o respeito as condições pactuadas na alocação desse risco entre consumidores e geradores. (Seção III.2 da Nota Técnica nº 038/2015-SRG-SRM/ANEEL).

b) Os agentes de geração dispõem de instrumentos comerciais para gerir ou mitigar o risco hidrológico sistêmico? Qual o custo de oportunidade associado aos instrumentos de gestão do risco?

- As áreas técnicas entendem que o agente dispõe de alternativas de mitigação de risco, tais como definição de preços, prazos e quantidades vendidas. Essas alternativas representam uma escolha sob risco, de modo que se houver custo, ele é decorrente de uma postura de agressividade ou aversão ao risco, ou seja, eventual perda ou ganho de uma decisão é manifestação do binômio risco-retorno. (Seção III.2 da Nota Técnica nº 038/2015-SRG-SRM/ANEEL).

c) Faz sentido separar o risco hidrológico das demais decisões comerciais dos agentes de geração, como a sazonalização da garantia física ou a não consideração de perdas de transmissão, por exemplo?

- As áreas técnicas entendem que essa separação não faz sentido, tendo em vista que a gestão do risco pelo agente envolve diversas ferramentas, como diversificação de fontes, escolha de modalidades contratuais, contrapartes, preços, prazos e quantidades de venda. (Seção III.2 da Nota Técnica nº 038/2015-SRG-SRM/ANEEL).

d) Qual deveria ser a fórmula de cálculo do impacto econômico do risco hidrológico sistêmico sobre os geradores hidrelétricos?

- Segundo as áreas técnicas, não haveria uma fórmula capaz de aferição o impacto isolado do risco hidrológico, tendo em vista que a

---

<sup>146</sup>Audiência Pública ANEEL n.º 32/2015.

manifestação do ônus decorrente de uma conjuntura hidrológica desfavorável só se dá caso a estratégia comercial do agente seja levada em consideração. Como cada agente possui sua estratégia, o efeito do cenário hidrológico desfavorável só pode ser aferido caso a caso. (Seção III.2 da Nota Técnica nº 038/2015-SRG-SRM/ANEEL).

Ainda durante o curso da Audiência Pública ANEEL n.º 32/2015, considerando que as inúmeras liminares concedidas pelo Poder Judiciário, em pouco tempo, inviabilizaram as operações do MCP, o Governo Federal publicou, na data de 18 de agosto de 2015, a Medida Provisória - MP 688/2015, posteriormente convertida na Lei 13.203/2015, autorizando a repactuação do risco hidrológico suportado pelos geradores hidráulicos integrantes do MRE.

Nesse cenário, em 14 de dezembro de 2015, como resultado da aludida Audiência Pública, foi publicada a Resolução Normativa ANEEL n.º 684/2015, atendendo ao disposto na Lei n.º 13.203/2015, com vistas a solucionar o problema do aumento do impacto financeiro decorrente do risco hidrológico.

A referida resolução estabeleceu mecanismos diferenciados para que a repactuação ocorra, de acordo com o ambiente em que a energia for vendida.

No Ambiente de Contratação Regulada (ACR), a repactuação do risco hidrológico se deu mediante pagamento de prêmio de risco pelo gerador, a ser pago à Conta Centralizadora dos Recursos de Bandeiras Tarifárias – CCRBT e, conseqüentemente, transferido ao preço da energia. Foram estabelecidas três classes de produtos, com estipulação de prêmios distintos, a depender da manutenção ou não do interesse em participar do rateio da energia secundária.

Já para o Ambiente de Contratação Livre (ACL), a repactuação se deu pela compra de proteção ao risco hidrológico pelo gerador hidrelétrico, por meio de pagamento de prêmio de risco equivalente à assunção dos direitos e obrigações vinculados à capacidade existente de energia de reserva.

Diante disso, foram celebrados acordos individuais, prevendo-se o montante de energia a ser repactuado, e o prazo de postergação de pagamento do prêmio de risco para compensação do resultado de 2015, as penalidades, a condição resolutiva em caso de inadimplência e o pagamento dos débitos das hidroelétricas em até seis liquidações consecutivas, a partir de janeiro de 2016, com a quitação de, no mínimo, um sexto do valor total apurado a cada parcela, aplicando-se juros de 1% ao mês, proporcional à data de

pagamento, e correção pelo IGP- M, desde a liquidação de janeiro até a quitação integral do débito.

Todos os geradores que aderiram ao acordo e que tinham débitos suspensos por liminares deferidas pelo Poder Judiciário, tiveram que abrir mão das ações judiciais, as quais foram extintas sem resolução do mérito.

Trata-se de excelente exemplo dos riscos e prejuízos oriundos da interferência do Poder Judiciário na seara técnica do órgão regulador, a qual pode, como se viu, desestruturar todo um sistema de gerenciamento e custeio do risco hidrológico e ocasionar até mesmo a paralisia do mercado elétrico brasileiro.

Não se está a defender a impossibilidade de apreciação, pelo Poder Judiciário, de toda e qualquer lesão ou ameaça a direito, princípio constitucional balizador do Estado Democrático de Direito. O que se está a defender é, simplesmente, a necessidade de respeito e observância ao rigor técnico que deve prevalecer na atuação do regulador, evitando-se que questões de extrema complexidade e que configuram o cerne da atuação regulatória, sejam reduzidas a análises superficiais realizadas por Magistrados sem conhecimento técnico suficiente à exata compreensão da dimensão e da gravidade das consequências decorrentes da instabilidade ocasionada pelo desequilíbrio de um determinado setor regulado, especialmente um setor que administra uma das mais basilares necessidades infraestruturais de uma sociedade, como o é o fornecimento de energia elétrica.

#### **4.2.2.2. O Tribunal de Contas da União**

A competência do Tribunal de Contas da União (TCU) é delimitada pelo artigo 71, da Constituição Federal de 1988, de cujo rol de atividades se destaca, para a finalidade do presente estudo, os seguintes incisos:

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público (...)

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II; (...)

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

No que concerne à regulação dos serviços públicos, entende o Tribunal de Contas da União que, por força do inciso IV do art. 71, da Constituição Federal, especialmente após a Emenda Constitucional n.º 19/1998<sup>147</sup>, lhe caberia não apenas a fiscalização da correta gestão dos recursos públicos, mas também “*verificar, no caso das agências, se os resultados obtidos estão de acordo com os objetivos desses órgãos, conforme estabelecidos em lei. Tal verificação compreende examinar o cumprimento de sua missão reguladora e fiscalizadora, segundo os aspectos da economicidade, eficiência e eficácia. (...) e não existem restrições a que tais manifestações versem acerca da atividade finalística das agências.*”<sup>148</sup>

Tal interpretação do texto constitucional, conforme o entendimento do Tribunal de Contas da União, encontraria respaldo na dimensão "operacional" das inspeções e auditorias previstas no aludido inciso IV do art. 71 da Constituição Federal: “*A avaliação de desempenho das agências reguladoras é respaldada pela atribuição constante do art. 71, IV, de o TCU realizar auditoria de natureza operacional.*”

Assim, a partir de tal interpretação e do art. 3º da sua Lei Orgânica (Lei nº 8.443, de 16 de junho de 1992), o TCU emitiu a Instrução Normativa nº 27, de 7 de dezembro de 1998, que dispõe sobre a fiscalização dos processos de desestatização, atribuindo-se plenos poderes para revisão do mérito regulatório.

Trata-se de questão complexa, de extrema sensibilidade, que necessita ser vista com certa reticência e maior profundidade. Se, de um lado, a fiscalização contribui para garantir a aderência entre a atividade regulatória e as finalidades legais, especialmente a modicidade, universalidade e continuidade da prestação de serviços públicos - sendo certo que as contribuições do TCU apresentam-se, em sua maioria, pertinentes e benéficas ao aprimoramento da atividade regulatória -, de outro, defender-se a inexistência de restrições ao exercício do controle da atividade finalística das agências reguladoras é o mesmo que

---

<sup>147</sup>A Emenda Constitucional n.º 19/1998, em seu art. 3º, acrescentou o princípio da eficiência ao art. 37, da Constituição Federal.

<sup>148</sup>Tribunal de Contas da União, relatório de auditoria operacional TC 012.693/2009-9, in JORGE, José. Agências Reguladoras e o controle dos seus atos pelo Tribunal de Contas. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 259, p. 351, jan./abr. 2012.

transferir o poder regulatório para o órgão de controle, transformando-o numa espécie de instância recursal.

Sobre o tema, vale observar o que sustentado por Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara<sup>149</sup>:

A ampliação das atribuições do TCU não pode ser vista como a transformação desse órgão numa esfera revisora das decisões da Administração Pública em geral, inclusive as de caráter regulatório. Embora seja inegável reconhecer uma ampliação das competências do TCU a partir da Constituição de 1988, especialmente no que diz respeito à introdução do exame da economicidade, efetividade e eficiência da atuação administrativa e da fiscalização operacional, essas prerrogativas não implicam poder de intervenção, muito menos o de reforma e análise de legalidade das decisões que extrapolem a atuação financeira (em sentido amplo) da entidade.

Matéria regulatória decidida pela entidade não integra o objeto do exame de legalidade a ser exercido por esse órgão de controle. Sua fiscalização quanto à conformidade está circunscrita à atuação financeira (em sentido amplo); não lhe cabendo avaliar e revisar toda e qualquer decisão administrativa tomada pela entidade. Não foi essa a função constitucionalmente prevista para os Tribunais de Contas.

O Tribunal de Contas não tem o poder de revisão nos casos em que a discussão envolva questão puramente regulatória, isto é, trate da aplicação de normas legais e regulamentares que digam respeito à estrita regulação setorial. Decisão típica da atuação regulatória de organismos reguladores não pode se submeter ao crivo e revisão da autoridade controladora de contas públicas, pois isso extrapolaria suas atribuições constitucionais.

Veja-se, a seguir, claro exemplo de imersão, pelo Tribunal de Contas da União, sobre o mérito da atividade regulatória, tomando para si análise técnica que, a nosso ver, deve se apresentar exclusivamente dentro da margem de atuação e discricionariedade do órgão regulador.

#### **4.2.2.2.1. Auditoria operacional TC-011.223/2014-6**

Ainda dentre as repercussões da Medida Provisória n.º 579/2012, na data de 02 de maio de 2014, foi iniciada, pelo Tribunal de Contas da União, auditoria de natureza operacional, precedida pela Audiência Pública intitulada "Os impactos da MP 579/2012: A

---

<sup>149</sup>SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O Tribunal de Contas da União e a regulação. In: FIGUEIREDO, Marcelo (Coord.). *Novos rumos para o direito público: estudos em homenagem à Professora Lúcia Valle Figueiredo*. Belo Horizonte, Fórum, 2012. p. 67-68.

utilização da CDE e a perda de sustentabilidade do setor elétrico brasileiro", realizada para verificação do impacto da referida Medida Provisória, convertida na Lei nº 12.783/2013, na Conta de Desenvolvimento Energético - CDE e no Sistema Elétrico Brasileiro.

Concluída a auditoria, nos termos do item 145 das Normas de Auditoria do Tribunal de Contas da União (NAT), aprovadas pela Portaria-TCU nº 280/2010, a versão preliminar do relatório foi enviada ao Ministério de Minas e Energia (MME), à ANNEL, à CCEE e à Centrais Elétricas Brasileiras S.A (Eletrobras), para apresentação “*de informações adicionais que eventualmente pudessem existir, bem como eventuais argumentos cuja finalidade fosse a de reformar a análise empreendida na presente fiscalização, em relação às constatações efetuadas*”<sup>150</sup>.

Entendeu o TCU que as manifestações apresentadas pela ANEEL e pelo MME não contestaram satisfatoriamente os números e as conclusões apresentados pela equipe de auditoria, julgando-se, na data de 1º de outubro de 2014, conforme acórdão nº 2565/2014, pelo acolhimento do relatório, o qual concluiu que:

Questões conjunturais – como despacho pleno das usinas térmicas, não realização do leilão A-1 e exposição involuntária das distribuidoras – geraram custos extraordinários que ultrapassaram os ganhos obtidos em 2013.

(...)

No que tange aos custos da CDE, no biênio 2013 e 2014 (projeção), estima-se que, para sustentar as mudanças advindas da MP nº 579/2012, foram gastos, em 2013, R\$ 25 bilhões e, em 2014, serão gastos R\$ 36 bilhões, o que totaliza R\$ 61 bilhões. Entretanto, a MP nº 579/2012 conseguiu reduzir na estrutura tarifária apenas R\$ 16,8 bilhões ao ano.

Constatou-se que o MME cancelou o leilão de energia existente, em 28/11/2012, por meio da Portaria MME nº 599/2012, previamente à assinatura dos contratos de renovação das concessões, que ocorreu em 4/12/2012, portanto, antes de saber o real montante de energia disponível em cotas oriundas da MP nº 579/2012.

Para dar cobertura à exposição involuntária das distribuidoras, foram feitas duas operações de crédito firmadas com treze bancos e a CCEE, que será cobrado na tarifa a partir de 2015.

A sustentabilidade do setor elétrico está em risco, uma vez que há iminente insolvência das distribuidoras de energia elétrica, em face da ausência de oferta de energia nos leilões de energia existente, o que obriga as distribuidoras a recorrerem ao mercado de curto prazo mensalmente.

---

<sup>150</sup>Fls. 27 do acórdão.

Essa exposição involuntária recorrente fere um dos pilares do modelo do setor elétrico: que todos os agentes, livres e cativos, estejam 100% contratados, conforme arts. 2º e 3º do Decreto nº 5.163/2004.

**Há um desequilíbrio flagrante no sistema, assim como falha de mercado, o que enseja atuação do ente regulador, nos termos do art. 3º, inciso IX, da Lei nº 9.427/1996, que atribui à Aneel a competência de zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes do setor de energia elétrica.**

(...)

O Volume de Recursos Fiscalizados (VRF) alcançou o montante de R\$ 61 bilhões, decorrente dos impactos financeiros ocasionados pela MP nº 579/2012.

**Entre os benefícios de controle estimados desta fiscalização, pode-se mencionar o incremento da economia, eficiência, eficácia e efetividade do SEB, mediante a expedição de determinações e recomendações.**

Registra-se que esses benefícios são considerados qualitativos e coadunam-se com os itens 56.5 (melhorar a qualidade dos serviços públicos prestados), 56.8 (aumentar a eficiência na estrutura, em procedimentos ou no exercício de competências e atribuições) e 56.9 (melhorar a gestão administrativa/melhorias na organização, na forma de atuação) do anexo da Portaria Segecex nº 10/2012.

Da fundamentação do Acórdão, destacam-se as seguintes conclusões:

**Os acontecimentos que envolveram a implementação da MP nº 579/2012 revelam que o novo modelo não foi precedido de um planejamento adequado, que contemplasse eventuais cenários desfavoráveis e as medidas necessárias para enfrentá-los.**

**Não há evidências de que tenha sido considerada a possibilidade de estímulo do consumo de energia, pela redução das tarifas, justamente quando muito se questionava a sustentabilidade do sistema, pelo atraso da entrada em operação de unidades de geração e transmissão.**

**Resta claro também que não foi prevista a hipótese de adesão só parcial das concessionárias, ante a patente letargia dos entes governamentais envolvidos em adotar ações efetivas para garantir a contratação de 100% da energia pelas distribuidoras, circunstância que permitiu o crescimento descomunal dos custos decorrentes.**

Mesmo admitindo que a falta de chuvas teve significativa parcela de responsabilidade no agravamento do quadro, não se pode atribuir somente ao fator hidrológico o caos que se instalou no setor elétrico.

**Diante dos fatos aqui relatados, pode-se concluir que a Medida Provisória nº 579/2012 foi implementada de forma precipitada, sem que fossem avaliados os efeitos da conjuntura na redução pretendida. Decerto, o caminho natural do final das concessões, ao longo de 2015**

**até 2017, se respeitado, poderia promover a incorporação paulatina dos ganhos das concessões vincendas, sem trazer tamanhos transtornos ao sistema.**

**Merece registro também o número excessivo de normas editadas após a Medida Provisória nº 579/2012, que promoveram modificações relevantes no sistema, trouxe instabilidade jurídica ao setor e gerou um ambiente de incertezas passíveis de afugentar investimentos futuros.**

Como exemplo, pode-se citar a Resolução nº CNPE nº 3/2013, que alterou as regras de rateio do Encargo de Serviços do Sistema por Segurança Energética (ESS\_SE) para cobertura de parte dos custos de acionamento de termelétricas por segurança energética e o Decreto nº 8.221/2014, que atribuiu à CCEE a incumbência de financiar o novo encargo, intitulado Conta ACR, para cobrir os custos da exposição involuntária e o Custo Variável Unitário das termelétricas contratadas na modalidade por disponibilidade.

A propósito, o rateio estabelecido pela Resolução CNPE nº 3/2013 deflagrou o ajuizamento de 56 ações judiciais, por geradoras e comercializadoras, as quais obtiveram liminares a seu favor, sendo duas suspensas em favor da União. Em razão disso, nos termos apurados pela equipe de fiscalização, do valor pago de ESS\_SE, da ordem de R\$ 2,7 bilhões, há R\$ 872 milhões represados, que podem vir a ser recontabilizados entre os agentes.

**São evidentes as falhas de governança, materializadas na conclusão da unidade técnica de que para o biênio 2014/2015 todo o efeito da Medida Provisória nº 579/2012 já estará eliminado, porquanto as tarifas residenciais e industriais, ao final do período, atingirão valores superiores aos vigentes em 2012.**

Nada obstante tal constatação, por si só, já causar perplexidade, mais preocupante é verificar que os valores assumidos pela CDE para fazer frente às medidas implementadas pela MP nº 579/2012 atingirão o montante de R\$ 61 bilhões. Embutido em tal monta estão duas operações de crédito que totalizaram R\$ 17,8 bilhões, porém, entre 2015 e 2017, o consumidor pagará R\$ 26,59 bilhões, já que R\$ 8,79 bilhões referem-se aos custos bancários de juros.

Assim, em que pese todo o esforço para reduzir estruturalmente R\$ 16,8 bilhões ao ano na tarifa, os gastos, em 2013, foram de R\$ 25 bilhões. Em 2014, o valor estimado situa-se no patamar de R\$ 36 bilhões. Há expectativa de efeitos semelhantes nos anos vindouros, ao passo que o efeito tarifário da medida provisória estará extinto ao final de 2015, como já mencionei acima.

(...) Por fim, considero oportuno encaminhar determinação à SefidEnergia [órgão técnico do TCU] para que realize, no exercício de 2015, **auditoria operacional nos entes governamentais do setor elétrico com o intuito de verificar os efeitos nos investimentos das concessionárias dos problemas estruturais no setor elétrico**, relacionados à **desorganização das empresas, descompasso na entrada de operação de empreendimentos de geração e transmissão e de aspectos relacionados à segurança energética**, evidenciados em recentes fiscalizações do Tribunal.

Com essas considerações, Voto por que este Colegiado adote o Acórdão que ora submeto à sua apreciação.

E, diante do acolhimento do relatório apresentado pela área técnica do Tribunal de Contas da União e, nos termos da fundamentação do Ministro Relator José Jorge, os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, decidiram à unanimidade:

a) realizar audiência do Sr. Edson Lobão, Ministro de Minas e Energia, com fundamento no inciso II do art. 43 da Lei nº 8.443/1992 e no inciso IV do art. 250 do Regimento Interno do TCU, a fim de que **apresente**, no prazo de quinze dias, contados a partir da ciência do ofício de comunicação da audiência, **suas razões de justificativa em relação ao cancelamento do leilão de energia existente, em 28/11/2012, por meio da Portaria MME nº 599/2012, previamente à assinatura dos contratos de renovação das concessões, que ocorreu em 4/12/2012, portanto, antes de saber o real montante de energia disponível em cotas oriundas da MP nº 579/2012**, o que feriu o art. 3º da Lei nº 10.848/2004, c/c os arts. 2º e 3º do Decreto 5.164/2004.

b) Determinar ao MME, com fulcro no art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU (RITCU), que no prazo de 60 dias comprove a regularização de:

b.1) descumprimento do art. 4º da Portaria Interministerial nº 580/MME/MF, de 1º/11/2012, tendo em vista que os valores parcelados das indenizações das concessionárias que renovaram as concessões não estão sendo honrados no prazo estabelecido, considerando que em 2014 o compromisso era de pagar R\$ 5,3 bilhões de indenizações e somente R\$ 3,1 bilhões foi autorizado;

b.2) atrasos sistêmicos nos compromissos da CDE, o caixa da Eletrobras, gestora do encargo, está constantemente deficitário, pois os repasses do Tesouro não seguem a realização das despesas. Há um atraso geral de todas as rubricas, tendo alcançado a cifra de R\$ 7,7 bilhões pendentes de pagamento, em julho de 2014, sendo a rubrica CCC a mais afetada. Há atrasos que remontam há um ano para os fornecedores de combustíveis para os sistemas isolados, BR Distribuidora/Cigás/Petrobras, o que pode gerar colapso de abastecimento da região Norte.

c) **Recomendar à Aneel**, com fulcro no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU (RITCU), que, nos termos do inciso IX, do art. 3º, da Lei nº 9.427/1996, por ser responsável por zelar e acompanhar as práticas de mercado dos agentes do setor de energia, **atue no sentido de mitigar a recorrente exposição involuntária das distribuidoras, a exemplo de sua atuação pós MP nº 579/2012 acerca da sazonalização das usinas cotistas, pois essa exposição fere um dos pilares do modelo do setor elétrico, que é 100% contratação de todos os agentes**, conforme arts. 2º e 3º do Decreto nº 5.163/2004.

Sem pretender realizar qualquer juízo de valor sobre as conclusões do Acórdão proferido pelo Tribunal de Contas da União - até porque, a nosso ver, refletem com exatidão as críticas já apresentadas no presente estudo sobre a edição da Medida Provisória n.º 579/2012 -, trata-se de inegável exemplo da ingerência, pelo órgão de controle externo contábil, financeiro e orçamentário, sobre o mérito da atividade regulatória.

E não é só. Há uma série de outras auditorias operacionais nas quais o Tribunal de Contas da União proferiu análise de mérito sobre a atividade regulatória, desde em matéria de concessões de geração<sup>151</sup> e transmissão<sup>152</sup>, implementação de matriz energética<sup>153</sup>; critérios estabelecidos para inclusão nos programas sociais para universalização do serviço<sup>154</sup>, regulação das perdas elétricas<sup>155</sup>, até o aprimoramento da metodologia e das fórmulas adotadas pela ANEEL para revisões e reajustes tarifários<sup>156</sup>, dentre outros.

Ressalta-se que não se está a questionar a possibilidade do Tribunal de Contas da União apresentar contribuições sobre o mérito da atividade regulatória. Tal papel é, inclusive, imprescindível para o aprimoramento do diálogo do setor. Contudo, deverá ser desenvolvido em conformidade com o processo regulatório, preferencialmente mediante contribuições às Audiências Públicas promovidas pela ANEEL – cenário adequado e isonômico de participação no processo decisório - e não via julgamentos de auditorias operacionais, com o proferimento de comandos de mérito sobre a atividade regulatória, que se sobrepõem às decisões do órgão regulador, gerando instabilidade e insegurança regulatória.

Com a devida vênia, não se vislumbra do texto constitucional, especialmente do termo "operacional", a interpretação dada pelo Tribunal de Contas da União, associando-o às métricas de resultado, desempenho e eficiência. “Operacional” remete muito mais à ideia de método, de procedimento, do que à ideia de finalidade.

Tal interpretação não se coaduna com o sistema regulatório, especialmente com a autonomia imprescindível ao bom funcionamento das agências reguladoras, apresentando-se como uma insuperável contradição no modelo regulatório atualmente vigente. Nesse

---

<sup>151</sup>Acórdão TCU 373/2011 e 3.155/2010.

<sup>152</sup>Acórdão TCU 188/2011; 964/2011; e 1.140/2011.

<sup>153</sup>Acórdão TCU n.º 2.164/2008.

<sup>154</sup>Acórdão TCU 371/2011 e 1.103/2008.

<sup>155</sup>Acórdão TCU 2.211/2008.

<sup>156</sup>Acórdãos TCU 2.542/2008; 2.210/2008; e 2.544/2008.

sentido, são as lições de Marçal Justen Filho, a quem: “não caberá ao Tribunal de Contas investigar o conteúdo das decisões regulatórias emitidas pela agência.”<sup>157</sup>

LUÍS ROBERTO BARROSO adverte que: “nada, rigorosamente nada, no texto constitucional o autoriza a investigar o mérito das decisões administrativas de uma autarquia, menos ainda de uma autarquia com as características especiais de uma agência reguladora.”<sup>158</sup>

Como já visto, é fundamental ao modelo de regulação independente o afastamento do viés político das decisões e a alta especialização dos reguladores, tendo em vista o objetivo de conferir segurança e estabilidade aos mercados regulados e, ao mesmo tempo, permitir o diálogo e o equilíbrio entre os diversos interesses públicos relacionados.

Diante dessa colocação, importa destacar o viés altamente político da nomeação dos Ministros do Tribunal de Contas da União, designados à razão de 2/3 pelo Congresso Nacional e 1/3 pelo presidente da República, na forma do art. 71, incisos IV e VII, da Constituição Federal.

Essa permeabilidade política certamente pode comprometer a estabilidade do setor e desestimular a manutenção de um ambiente equilibrado, propício aos investimentos e à consecução dos interesses sociais.

Do ponto de vista técnico, a constituição de equipes de auditores altamente especializadas com a finalidade de avaliar o mérito das decisões proferidas por cada uma das agências reguladoras – única forma de se atribuir utilidade à realização de tais auditorias – mostra-se como uma sobreposição institucional que representa desperdício de recursos públicos, ocasiona conflito de competências e gera imprevisibilidade da regulação.

Mais uma vez, mostra-se imprescindível a reafirmação do modelo regulatório adotado, ou a sua reformulação, se o caso, definindo-se de forma segura os limites e a abrangência do papel das agências reguladoras, com vistas a sanar a instabilidade regulatória que inegavelmente se apresenta.

---

<sup>157</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*, cit., p. 589.

<sup>158</sup>BARROSO, Luis Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 229, p. 296, jul./set. 2002.

#### 4.2.2.3. As Comissões Parlamentares

Além dos controles externos acima referidos, as agências ainda prestam contas e esclarecimentos ao Poder Legislativo, através das Comissões Parlamentares do Senado e da Câmara Federal.

Há, em princípio, forte aceitação do controle parlamentar pela doutrina, especialmente diante do amadurecimento da ideia da necessidade de *accountability*, como forma de garantia da boa administração.

Por essa linha de raciocínio, o fortalecimento efetivo dos mecanismos de prestação de contas seria uma das condições para o melhoramento da qualidade institucional das novas democracias. E, segundo FIGUEIREDO, “*analistas políticos parecem ter chegado a um consenso sobre as deficiências dos mecanismos de accountability horizontal nos sistemas presidencialistas da América Latina*”<sup>159</sup>, destacando-se o controle parlamentar como alternativa que melhor atende o ideal democrático.

A importância do controle parlamentar, na visão de ADILSON ABREU DALLARI, decorreria do fato de que “*só o Legislativo tem uma visão de conjunto, que permite cotejar o acerto ou desacerto da decisão técnica em um determinado setor, com as aspirações da coletividade e diante de um cenário mais amplo, que é o interesse nacional*”<sup>160</sup>.

Tais Comissões assumem, assim, um papel essencial no modelo de administração gerencial, por pretender assegurar o atendimento aos interesses dos representados, especialmente sob a constatação de que as casas legislativas são, em princípio, mais sensíveis à pressão popular e aos organismos de representação da sociedade civil.

Contudo, é imprescindível que se dê a adequada reflexão sobre o tema, especialmente porque as Comissões Parlamentares são compostas de forma proporcional ao espaço dos partidos políticos no Congresso Federal ou na respectiva Casa<sup>161</sup>, com membros indicados pelos líderes partidários. Obviamente, isso significa que a bancada política de apoio ao Poder Executivo tende a sustentar a maioria dos membros das

---

<sup>159</sup>FIGUEIREDO, Argelina Cheibub. Instituições e política no controle do Executivo. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 44, n. 4, p. 689, 2001.

<sup>160</sup>DALLARI, Adilson Abreu. Controle político das agências reguladoras. *Interesse Público*, Porto Alegre, v. 18, p. 18, mar. 2003.

<sup>161</sup>Art. 58, §3º, da Constituição Federal.

Comissões, em consonância com a maioria que dispõe no plenário. E, como já adverte Dallari:

O grande perigo no tocante à eficácia da atuação das agências reguladoras está na sua captura pelos setores por elas controlados. Com o decorrer do tempo, a burocracia e o assessoramento técnico das agências vão se familiarizando com as empresas controladas. Há sempre um risco de promiscuidade entre estas e os dirigentes das agências, risco esse que a legislação procura minimizar. No legislativo, esse risco é bem menor, não só pela presença das minorias, o que assegura o caráter democrático, mas também pela temporariedade dos mandatos dos parlamentares e da alternância destes com as diversas comissões permanentes. Enfim, parece ser bem mais difícil a captura de uma comissão parlamentar por determinado setor ou grupo empresarial.<sup>162</sup>

#### **4.2.2.4. A supervisão Ministerial**

A supervisão ministerial dos órgãos e entidades da Administração Federal fundamenta-se no art. 87, parágrafo único, I, da Carta Magna. Está igualmente prevista no Decreto-lei n.º 200/67, art. 19 e seguintes, e, especialmente sobre a Administração Indireta, encontra respaldo em seu art. 26.

Como já abordado, no modelo tradicional de organização da Administração Pública, refletido no Decreto-lei n.º 200/67, há uma estrutura piramidal e hierarquizada, no qual o poder de decisão se encontra centralizado no Chefe do Poder Executivo, descentralizando-se apenas os atos de execução dos comandos.

Por essa razão, nesse modelo, os órgãos e entidades da Administração Pública, ainda que indireta, ficam sujeitos ao controle e tutela do Poder Central, gozando de certo grau de autonomia, porém limitada pela competência da Administração Direta para revisão dos seus atos, visando assegurar:

I - A realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade; II - A harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade; III - A eficiência administrativa; e IV - A autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade.

O referido Decreto-Lei, contudo, editado em plena ditadura militar, não se apresenta como a única disciplina legal apta a determinar a forma de organização da

---

<sup>162</sup>DALLARI, Adilson Abreu. op. cit., p. 20.

Administração Pública Federal. Como qualquer outra norma de caráter infraconstitucional, há de ser interpretado em conformidade com o sistema normativo em vigor.

Nesse sentido, vale destacar a posição de Marçal Justen Filho, quem ensina que “*é usual que se examine, indevidamente, o Dec-lei n.º 200 tal como fosse a solução final e imutável da esquematização do poder estatal no Brasil. Isso envolve equívocos significativos e acarreta problemas cujas manifestações são inevitáveis*”<sup>163</sup>.

Tendo sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988 com status de lei federal ordinária, o Decreto-Lei n.º 200/67 está sujeito aos princípios gerais da temporalidade e da especialidade, possível, portanto, de revogação, exceção ou complementação pela edição de lei posterior, devendo sempre ser interpretado à luz dos preceitos constitucionais e em conformidade com o arcabouço legislativo aplicável.

Pois bem. Como é cediço, a forma tradicional de organização da Administração Pública deu lugar ao que se denomina de Administração Pluricêntrica, conceito já explorado nesse estudo, que remete à ideia da manutenção de centros de poder decisório, independentes e autônomos, altamente especializados. Tal conceito foi adotado no modelo regulatório brasileiro, com as reformas legislativas da década de 1990, com o objetivo precípuo de promover a sustentabilidade e estabilidade dos setores regulados, mediante o justo equilíbrio entre os interesses públicos subjacentes.

Nesse cenário, se faz imperioso refletir a respeito dos limites da supervisão ministerial sobre a atividade regulatória exercida pelas agências reguladoras e suas consequências para a viabilidade do modelo adotado. Seria, de fato, a previsão do art. 26 do Decreto-lei n.º 200/67 suficiente a lhe conferir legitimidade? E em qual medida a supervisão ministerial seria compatível com o modelo regulatório adotado, especificamente no setor de energia elétrica, a partir da edição da Lei 9.427/96?

Especificamente em relação às autarquias, Marçal Justen Filho adverte que a sua lei de criação poderá prever um regime jurídico próprio e específico, mesmo que contrário ao que previsto no Decreto-Lei 200/67. Isso porque:

toda disciplina do Dec-lei n.º 200, que não tenha sido incorporada constitucionalmente, pode ser modificada por lei federal posterior. Logo, sua organização, as competências a ela atribuídas, os processos de controle, a intensidade e a extensão dos vínculos entre a autarquia e a

---

<sup>163</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. Novos sujeitos da administração pública: consórcios públicos criados pela Lei Federal n.º 11.107, cit., p. 681.

Administração Direta – tudo isso deverá ser determinado para o caso concreto pela lei instituidora.<sup>164</sup>

Ademais, tratando-se de expressão sem conceito jurídico definido, a previsão da possibilidade de supervisão ministerial, de caráter constitucional<sup>165</sup>, por si só, não permite extrair os contornos e limites do seu exercício, não tendo o condão de impingir às agências reguladoras a possibilidade de ingerência e revisão ministerial no exercício das suas competências.

Como visto, as agências reguladoras possuem como núcleo essencial de distinção do modelo tradicional de Administração Pública dita piramidal, justamente, a característica da sua independência. *“Independência esta que, tecnicamente, é melhor caracterizada como uma ‘autonomia reforçada’ em relação à que possuem os demais aparatos da Administração Indireta, havendo a insurgência de uma Administração Pública Pluricêntrica ou Multiorganizativa.”*<sup>166</sup>, conforme já abordado alhures.

E, a justificativa para a adoção de um modelo de regulação autônoma está justamente na necessidade de se conferir maior segurança jurídica às relações estabelecidas entre o Estado, o capital investidor e a sociedade, no equilíbrio de interesses que compõem a intrincada cadeia envolvida no custeio e na adequada prestação de serviços públicos.

Como já abordado, a adoção do modelo de regulação independente partiu da constatação de que, conferindo-se autonomia e equidistância ao agente regulador, poder-se-ia oferecer um ambiente seguro e atrativo ao investimento privado, o que obviamente depende da garantia de manutenção dos setores essenciais de infraestrutura imunes às variações de curto e médio prazo na arena política<sup>167</sup>.

---

<sup>164</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. Novos sujeitos da administração pública: consórcios públicos criados pela Lei Federal n.º 11.107, cit., p. 682.

<sup>165</sup>Art. 87, parágrafo único, I, da Constituição Federal de 1988.

<sup>166</sup>ARAGÃO, Alexandre Santos de. Supervisão ministerial das agências reguladoras: limites, possibilidades e o Parecer AGU n.º AC – 051, cit., p. 238.

<sup>167</sup>Vale esclarecer que não se trata da negação da necessidade de apoio e, principalmente, de reconhecimento de que a política faz parte do debate regulatório. Entretanto, como destaca Patrícia Rodrigues Pessôa Valente: “O componente político que caracteriza a regulação não pode ter a força de alterar o que lhe é essencial, a capacidade de idealizar e implementar políticas regulatórias que atendam às diretrizes mestras do setor definidas pelas políticas públicas setoriais e Constituição Federal. E, para atingir esses objetivos, os agentes reguladores assumem empreitadas e compromissos mais duradouros que os mandatos dos chefes dos executivos” (*Análise de impacto regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 46).

Não por outra razão, a lei de criação da Agência Nacional de Energia Elétrica, já havia lhe garantido não apenas autonomia financeira e administrativa, como já visto, mas também autonomia funcional, justamente para assegurar que a sua atuação se dê de forma técnica, independente, e equidistante<sup>168</sup>.

A supervisão ministerial – de natureza eminentemente política - portanto, coloca em xeque a própria concepção do modelo regulatório adotado, pois, caso se defenda a sua inafastabilidade ou a sua absolutez, hão de ser enfrentados questionamentos mais profundos relacionados à compatibilidade das agências reguladoras com o sistema jurídico brasileiro.

Como é cediço, é comum defender-se a possibilidade de intervenção ministerial sobre as agências reguladoras para apontar-lhes as diretrizes das políticas públicas definidas pelo Governo<sup>169</sup>, e, até mesmo, para revisão dos atos praticados em desacordo

---

<sup>168</sup>Arts. 1º a 3º, do Anexo I do Decreto n.º 2.335, de 1997.

<sup>169</sup>BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Ed., 2014. p. 173-174; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 470; FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003. p. 141. FIGUEIREDO, Marcelo. *As agências reguladoras: o Estado Democrático de Direito no Brasil e sua atividade Normativa*. São Paulo: Malheiros Ed., 2005. p. 174, dentre outros.

Para Marçal Justen Filho, a competência normativa das agências – de forma distinta àquela atribuída às agências reguladoras norte-americanas – não as permite inovar na ordem jurídica. O ato legislativo, para o doutrinador, deve disciplinar extensamente a matéria, não podendo limitar-se ao estabelecimento de um padrão geral. JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*, cit., p. 525.

Thiago Marrara sustenta que “Os poderes das agências reguladoras não estão de per se vinculados ao poder normativo ministerial. De fato, a tarefa que revele caráter primordialmente técnico não se poderia sujeitar, de modo algum, a qualquer influência ministerial, restando aí plena independência das agências reguladoras ou, melhor dizendo, plena independência dos agentes técnicos, pois nem mesmo a agência ou terceiros podem direcioná-los ou influenciá-los sob pena de infringir os princípios da moralidade e da impessoalidade na Administração Pública. Igualmente, todas as atividades não normativas, sejam de caráter técnico, administrativo concreto, quase jurisdicional, hermenêutico, estatístico, científico ou operacional, não estão a nosso ver, sujeitas a qualquer interferências ministeriais. Entretanto, não poderá a agência ignorar as diretrizes ministeriais em decisões que envolvam a tal parcialidade e iniciativa que impregnam a função administrativa, notadamente quando a referida função se exerça por atos normativos ou, ainda que não normativa, haja espaço, vagueza e imprecisão substancial no preceito legal que norteia as atividades.” MARRARA, Thiago. A legalidade na relação entre Ministério e agências reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 396.

BINENBOJM destaca: “(...) a submissão dos órgãos reguladores às políticas públicas traçadas pela Administração Central é uma forma de controle pelo Poder Executivo que se encontra prevista nas próprias leis instituidoras das agências. A competência dos Ministérios para, nos termos do art. 87, parágrafo único, inciso I, da Constituição, exercerem ‘a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal’ tem na lei o seu fundamento e o seu limite. É desejável assim, que o desenho dos marcos legais da relação entre o governo e agências seja equilibrado, de modo a preservar uma base de autonomia para os reguladores sem isolá-los completamente das diretrizes gerais ditadas pelos governos democraticamente eleitos. Ademais, não seria incompatível com o regime de autonomia que a lei contivesse previsão de recursos hierárquicos impróprios das decisões das agências à Chefia do Executivo, em situações excepcionais e de grande relevância social. Esta seria uma forma legalizada de comunicação

com as referidas políticas<sup>170</sup>, a qual, contudo, não se encontra exatamente delimitada.

Nesse contexto, se mostra pertinente abordar o tema da ingerência manifestada pelo Ministério de Minas e Energia sobre os leilões de energia elétrica realizados pela ANEEL, a fim de demonstrar, em exemplo atual e de clareza ímpar, sem prejuízo de diversas outras manifestações de caráter técnico realizadas pelo MME<sup>171</sup>, o risco inerente à ausência de delimitações precisas entre a seara técnica e as diretrizes políticas emanadas da atuação ministerial.

#### 4.2.2.4.1. Os leilões de energia

Os leilões de compra e venda de energia elétrica são processos licitatórios realizados no âmbito do Ambiente de Contratação Regulada (ACR), coordenado pela CCEE, visando, especialmente, a contratação da demanda de energia elétrica pelas Concessionárias de Distribuição.

Os leilões são divididos de acordo com o tipo de empreendimento: se novo ou existente. Os chamados leilões de energia existente são aqueles destinados a atender as distribuidoras já no ano subsequente ao da contratação (denominados Leilões A-1), enquanto os leilões de energia nova destinam-se à contratação de energia proveniente de usinas em projeto ou em construção, que poderão fornecer energia em 3 (A-3) ou 5 (A-5) anos a partir da contratação.

Os contratos resultantes dos leilões podem ser de duas modalidades diferentes: por quantidade ou por disponibilidade. Os contratos por quantidade preveem o fornecimento de

---

entre regulação e política pública governamental.” BINENBOJM, Gustavo. *Temas de direito administrativo e constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 110.

Para Cavalcanti, o exercício de um poder regulador por entes autônomos encontra maiores dificuldades no Brasil onde o poder regulamentar está adstrito ao papel de mero instrumento de aplicação da lei. CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 219, p. 255, jan./mar. 2000.

<sup>170</sup>Em que pese, a nosso ver, seja incompatível a coexistência da supervisão ministerial com o grau de autonomia imprescindível ao exercício da tarefa regulatória. Lembre-se que inexistente relação de hierarquia entre a agência reguladora e o Ministério, mas sim mera relação de tutela, a qual, ainda assim, é reduzida e somente poderá ser exercida nos exatos limites expressos em lei (mera fixação de políticas gerais, cujo descumprimento ensejaria a revisão judicial do ato regulatório por afronta ao princípio da legalidade). Filia-se a esse entendimento BARROSO, Luís Roberto. Natureza jurídica e funções das agências reguladoras de serviços públicos. Limites de fiscalização a ser desempenhada pelo Tribunal de Contas do Estado. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 25, p. 76-77, 1999; e MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Natureza jurídica, competência normativa e limites de atuação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 215, p. 71-83, 1999.

<sup>171</sup>À exemplo da Portaria MME 861/2010, que definiu a metodologia para revisão das garantias físicas das Usinas integrantes do SIN.

um montante fixo de energia a um determinado preço, cujo limite máximo é fixado no certame, com riscos minimizados pelo Mecanismo de Realocação de Energia (MRE), conforme expusemos no item 4.2.2.1.2.

Os contratos por disponibilidade, por sua vez, são destinados à contratação especialmente de usinas termelétricas, e preveem uma remuneração fixa ao agente gerador, independente do que for efetivamente gerado. Nesses contratos, a parcela fixa é destinada à cobertura dos custos fixos para a disponibilização da usina ao sistema, que pode ou não ser despachada por conta das condições hidrológicas do sistema interligado. Quando despachadas, há a incidência de custos variáveis relativos ao uso do combustível, que serão repassados ao custo da energia. O objetivo dos contratos por disponibilidade é garantir a segurança do sistema hidrotérmico.

Como é cediço, para o bom funcionamento do modelo regulatório, o Poder Concedente deve deter apenas a prerrogativa de definição de diretrizes estratégicas e de planejamento de longo prazo do setor, reservando-se ampla margem de decisão ao agente regulador, que deverá manter-se equidistante dos interesses públicos envolvidos, inclusive o interesse político, a fim de garantir a identificação, a justa ponderação e a melhor decisão com vistas exclusivamente ao funcionamento mais preciso e eficiente do setor regulado<sup>172</sup>.

Nesse sentido, não pareceu caminhar a reforma do setor elétrico, promovida pela Lei n.º 10.848/2004, que transferiu ao Ministério de Minas e Energia o poder de outorga, a contratação, a normatização e a fiscalização técnico-financeira dos contratos.

Não por outra razão, na regulamentação da referida lei, a competência para elaborar o plano de outorgas, definir diretrizes para os procedimentos licitatórios, promover as licitações e celebrar os contratos destinados à contratação de concessionários de serviço público para geração, transmissão e distribuição de energia elétrica foi delegada à ANEEL pelo Decreto n.º 4.970/2004, justamente em razão da seara técnica envolvida nessas operações.

Contudo, em que pese a delegação, o Ministério de Minas e Energia tem frequentemente avocado tal competência, para definir não apenas as regras gerais e principiológicas do jogo, mas sim, no que concerne aos leilões de energia, para determinar a quantidade de energia necessária, os critérios para participação dos certames, a

---

<sup>172</sup>SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro, cit., p. 249-274.

oportunidade para realização e o cancelamento de procedimentos licitatórios, o preço da energia, a modalidade do contrato, dentre outros fatores que, ao que parece, demandam equidistância e técnica precípua do órgão regulador, especialmente para evitar que o manejo político dessas competências acabem por colocar em risco a sustentabilidade do sistema.

É certo que a fronteira entre política pública e regulamentação, muitas vezes, não fica tão clara, de forma que a elaboração dos planos de outorga e a definição das diretrizes da licitação podem conter tanto elementos de decisão política<sup>173</sup>, como técnicos.

Contudo, especialmente no que concerne aos leilões de energia existente (ou seja, que já foram objeto de outorga, isto é, não demandam novos investimentos na matriz energética), a manipulação política dos critérios para habilitação, bem como do preço da energia e da conveniência e oportunidade para realização dos certames, mostram-se como ferramentas hábeis a permitir a ingerência política em critérios estritamente técnicos.

Como já abordado, e atendo-se ao recente exemplo de crise energética, é cediço que o cancelamento do leilão de energia existente, por meio da Portaria MME nº 599/2012, previamente à celebração dos contratos de renovação das concessões de geração oriundos da Medida Provisória nº 579/2012, contribuiu fortemente para a exposição involuntária das Concessionárias de Distribuição ao Mercado de Curto Prazo e para a crise energética estabelecida nos anos que se seguiram à edição da aludida Portaria.

Trata-se de demonstração clara do desequilíbrio provocado ao setor pela exposição da atividade regulatória à ingerência política. É imprescindível que se faça uma profunda reflexão a respeito da necessidade de assegurar a previsibilidade, transparência e quantificação dos impactos das mudanças regulatórias, o que somente poderá ser garantido pela realização de estudos técnicos pelo órgão regulador competente, mediante avaliação de impacto, objetivando a identificação da melhor alternativa em longo prazo, que componha os riscos regulatórios - e não busque somente viabilizar a consecução de pretensões políticas, necessariamente imediatistas.

---

<sup>173</sup>Especialmente quando relacionados ao fomento da participação de determinadas fontes de energia na matriz energética, ou à concessão de novos potenciais hidráulicos.

#### **4.2.2.4.2. Portaria MME 176/2016**

Ainda no que concerne aos traços da postura centralizadora da Administração Pública, conforme o modelo tradicional de organização administrativa, de cultura ainda enraizada no Poder Executivo, importante se faz mencionar a recente Portaria n.º 176/2016, editada pelo Ministério de Minas e Energia a pretexto de regulamentar art. 4º da Lei n.º 13.203/2015 - que dispunha sobre a possibilidade de prorrogação dos contratos de concessão no caso de atraso do início das operações -, que avocou para si a competência da ANEEL para decidir sobre a aplicação de punições às concessionárias de geração, nessas hipóteses de atraso na construção dos empreendimentos.

Mesmo diante da revogação do art. 4º da Lei 13.203/2015 pela Medida Provisória n.º 735/2016, de 23 de junho de 2016, a referida Portaria permanece vigente, uma vez que previu a criação de Comissão Permanente do Ministério, não apenas para decidir sobre a possibilidade de prorrogação dos contratos com atraso no início das operações, mas para julgar a existência ou não de excludente de responsabilidade, transferindo-lhe, em última análise, a discricionariedade sobre as penalidades a serem impostas em virtude do descumprimento contratual.

Trata-se, contudo, de competência típica do órgão regulador, o qual deverá manter a máxima equidistância dos interesses em jogo para decidir, com base em critérios técnicos, sobre a existência de responsabilidade do empreendedor pelos atrasos, o seu grau de culpa e a penalidade aplicável, sob pena de se permitir que interesses alheios ao melhor desenvolvimento do setor possam contaminar a decisão.

Há, no Brasil, peculiaridade relevante: sendo a maioria desses empreendimentos em construção explorados com ampla participação da Eletrobrás, sociedade de economia mista e capital aberto, controlada pelo Governo Federal, a transferência da competência para aplicação das penalidades ao Ministério de Minas e Energia, acaba por colocar o Governo Federal na posição de juiz das suas próprias penalidades, o que, certamente, cria uma zona nebulosa sobre os interesses prevalecentes na hipótese.

Lembre-se que a autonomia do órgão regulador visa justamente criar mecanismos de proteção do mercado regulado para atender, em última análise, aos objetivos máximos da regulação dos serviços públicos: modicidade, universalidade e continuidade na prestação de serviços públicos. Ao permitir-se que o próprio empreendedor analise seu grau de responsabilidade pelos atrasos na construção dos empreendimentos do setor,

fixando por si a penalidade que entende fazer jus, cria-se um perigoso favorecimento ao domínio de um ambiente deveras arbitrário, certamente incompatível com o modelo regulatório que se pretendeu aplicar na concepção do sistema.

Como é cediço, os atrasos na construção dos empreendimentos de geração e transmissão de energia elétrica geraram prejuízos de aproximadamente 8 bilhões de reais até o ano de 2012<sup>174</sup>. Tais prejuízos, quando não ressarcidos pelos responsáveis, acabam sendo repassados à tarifa de energia elétrica, como única medida apta a garantir a sustentabilidade do setor, comprometendo, assim, a eficiência do modelo.

#### **4.2.3. A indefinição institucional da ANEEL**

Como mencionado acima, as reformas do setor elétrico e seus desdobramentos deixaram algumas indefinições institucionais decorrentes da redução das competências da Agência Nacional de Energia Elétrica, mediante o fortalecimento do papel do Poder Concedente nas atividades relacionadas à aprovação de estudos e projetos de geração; à preparação e realização de leilões de licitação de energia, à tomada de decisões relacionadas às regras de despacho de usinas e ao uso dos sistemas de transmissão.

Em um modelo ideal de Estado Regulador, caberia ao Poder Concedente apenas a missão de definir a política pública de longo prazo para o setor, enquanto aos entes reguladores autônomos caberia o encargo da implementação das diretrizes estratégicas<sup>175</sup>, bem como a gestão do setor regulado conforme os aspectos técnicos de observância obrigatória para a garantia do melhor equilíbrio entre os interesses privatistas do investidor e a essencialidade do serviço público.

No setor elétrico, contudo, diversas competências regulatórias ficaram a cargo do Poder Concedente, haja vista que, sob o argumento de contribuir para redefinir o papel da ANEEL e do ONS e esclarecer as competências do Poder Concedente<sup>176</sup>, a Lei n.º

---

<sup>174</sup>“Verificou-se a ocorrência de atrasos sistêmicos na entrada em operação relacionada às outorgas de geração e de transmissão efetuadas entre 2005 e 2012, motivados por falhas de planejamento, de implementação das políticas setoriais e de regulação e fiscalização do setor elétrico. Além da elevação dos riscos para a segurança do abastecimento, o custo estimado em função de onze casos de atrasos e de descompassos entre a conclusão de obras interdependentes foi de aproximadamente R\$ 8 bilhões” (Acórdão TC 013.099/2014-0, pág. 28).

<sup>175</sup>BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 251.

<sup>176</sup>Conforme a exposição de motivos da MP n.º 144/2003.

10.848/2004<sup>177</sup>, em seu art. 9º, alterou o art. 3º da Lei 9.427/1996 para atribuir ao Poder Concedente (representado pelo Ministério de Minas e Energia) a competência de elaborar o plano de outorgas, definir diretrizes para os procedimentos licitatórios, promover as licitações e celebrar os contratos destinados à contratação de concessionários de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica, gerando instabilidade de regras.

Pelo Decreto n.º 4.970/2004, algumas competências foram objeto de delegação, pelo Poder Concedente, à Agência Nacional de Energia Elétrica, justamente em razão do domínio técnico necessário para sua realização. Contudo, trouxeram amplo reflexo na concepção do modelo, visto que a agência permanece sob a influência do Ministério, que poderá avocá-las a qualquer tempo.

E não é só. Desde o advento da reforma setorial, o Ministério de Minas e Energia passou a dividir procedimentos administrativos rotineiros, de cunho tipicamente regulatório, gerando a fragmentação do processo decisório e enorme vulnerabilidade da atuação regulatória voltada à definição de questões de relevância para o setor.

Decisões que deveriam ser tomadas após amplo debate, permitindo-se a negociação entre os agentes e a ponderação dos riscos, no âmbito do processo regulatório, acabam sendo definidas de forma surpreendente, mediante edição de Medidas Provisórias, ou Portarias, que retiram a segurança jurídica imprescindível ao tratamento de investimentos multibilionários sobre serviços essenciais, que impactam sobremaneira a toda a população.

Assim, como se vê, a reforma do setor elétrico e seus desdobramentos<sup>178</sup> prejudicaram a definição institucional do papel ocupado pelo agente regulador, comprometendo-se sobrejamente a sua autonomia<sup>179</sup> e, conseqüentemente, a previsibilidade e sustentabilidade do setor.

Estabilidade regulatória, credibilidade do modelo e garantia da defesa dos interesses do setor, são imprescindíveis ao funcionamento do modelo.

---

<sup>177</sup>Conversão da Medida Provisória nº 144, de 11 de dezembro de 2003, o que revela a ausência de discussão ampla, nem mesmo no ambiente legislativo, sobre o projeto do novo marco regulatório.

<sup>178</sup>Lei n.º 10.847/2004, seguida da Lei n.º 10.848/2004 e dos Decretos n.º 4.970/2004 e n.º 5.163/04.

<sup>179</sup>Sobre o tema, ver: PRADO, Mariana Mota. The challenges and risks of creating independent regulatory agencies: a cautionary tale from Brazil. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 41, n. 2, p. 446-447, Mar. 2008.

Indefinição institucional, insegurança jurídica e fragmentação decisória, mostraram-se como uma receita infalível ao aumento de custo para os administrados e à ineficácia funcional do modelo regulatório.

### 4.3. Elementos processuais

A regulação é a atividade pela qual o Estado normatiza e regulamenta o exercício de uma atividade econômica, objetivando corrigir falhas de mercado e assimetrias informacionais, com vistas a garantir o seu adequado funcionamento, de forma independente e equidistante de todos os interesses envolvidos<sup>180</sup>.

O ato regulatório, portanto, assume função que extrapola a noção tradicional de concretização de um comando abstrato previsto em lei, para atribuir maior margem de discricionariedade à Administração Pública.

Com isso, não há vinculação direta entre o comando legal e o ato regulatório, prevendo a lei, apenas, a finalidade a ser alcançada, cujo grau de atendimento e a forma de alcance ficarão a critério do órgão regulador, desde que respeitada a razoabilidade, proporcionalidade e imparcialidade das decisões.

Como já mencionado, tal atividade, por fugir à noção tradicional de poderes da Administração Pública, conferindo-se poder excepcional às autoridades reguladoras, há que ser aparelhada de especialíssimos conhecimentos técnicos e afastada da Administração Central, evitando-se a contaminação da sua imparcialidade.

Mas não é só. Para a garantia da sua imparcialidade, e inclusive para a legitimação das suas decisões, é imprescindível o estabelecimento de uma arena<sup>181</sup> democrática, onde todos os interesses e opiniões possam ser ouvidos e considerados no processo decisório – inclusive o interesse político. Como bem observou Canotilho, “a exigência de um procedimento juridicamente adequado para o desenvolvimento da atividade administrativa considera-se como dimensão insubstituível da administração do Estado de direito democrático”.<sup>182</sup>

---

<sup>180</sup>Conforme nos ensina Vitor Rhein Schirato in *A deterioração do sistema regulatório brasileiro*, cit., p. 259.

<sup>181</sup>CASSESE, Sabino. *Las bases del derecho administrativo*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1994.

<sup>182</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 318. E ainda: “O meio mais simples e básico de melhorar a transparência e a responsabilização das agências é exigir que os reguladores fundamentem suas decisões. Isto porque a exigência de tal fundamentação ativa um número de outros mecanismos para controlar o critério regulador, tais como o exame judicial, a

Diante disso, emerge a constatação de que a atividade regulatória há que ser desenvolvida seguindo-se o Devido Processo Legal, mediante rito procedimental que deverá prever mecanismos que garantam transparência e acessibilidade a todos os interessados, que desejem exercer o direito de manifestação e obter a justa ponderação dos seus interesses.

Nesse sentido, destaca-se:

toda e qualquer ampliação da autonomia decisória das agências tem de ser acompanhada da submissão das suas decisões a um processo de formação da vontade que impeça a prevalência de preferências subjetivas ou produza a redução dos instrumentos de limitação do poder consagrados na tripartição de poderes. Isso significa, antes e acima de tudo, reconhecer que a participação dos particulares nos processos administrativos não configura mera formalidade, destituída de utilidade prática. É inafastável a vedação a decisões produzidas no âmbito puramente interno da agência ou a ela transmitidas por autoridades políticas externas, cuja formalização seja precedida de um arremedo de processo. Se a participação de terceiros no procedimento for destituída de qualquer efeito prático, estará infringindo o postulado do devido processo administrativo.<sup>183</sup>

Com isso, deveres como o da publicidade, da uniformização do rito, da devida motivação e fundamentação das decisões, da segurança jurídica, da razoabilidade e proporcionalidade e da vedação ao comportamento contraditório, tomam especial relevância no processo<sup>184</sup> regulatório.

---

participação e a deliberação públicas, o exame pelos pares, a análise de políticas para justificar prioridades regulatórias, e assim por diante”. (MAJONE, Giandomenico. Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e consequências da mudança no modo de governança, cit., p. 77). Analisando o exercício do poder estatal, Odete Medauar (MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*, cit., p. 70) afirma que “a imperatividade característica do poder, para não ser unilateral e opressiva, deve encontrar expressão em termos de paridade e imparcialidade, no processo pré-constituído. Daí a importância dos momentos de formação da decisão como legitimação do poder em concreto, pois os dados do problema que emergem no processo permitem saber se a solução é correta ou aceitável e se o poder foi exercido de acordo com as finalidades para as quais foi atribuído”. No mesmo sentido, para Moreira, é possível “a atenuação do déficit democrático, através de um procedimento no qual haveria a participação pública” (MOREIRA, Egon Bockmann. Pode-se legitimar a agência pelo procedimento? *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 2, n. 5, p. 167, jan./mar. 2004), Ver também Monteiro (MONTEIRO, Vera. As leis de procedimento administrativo: uma leitura operacional do princípio constitucional da eficiência. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Orgs.). *As leis de processo administrativo*. São Paulo: Malheiros Ed.; SBDP, 2006. p. 359).

<sup>183</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Agências reguladoras e democracia: existe um déficit democrático na “regulação independente”? In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 327.

<sup>184</sup> A noção de “processo” adotada na presente dissertação remete à prática de atos sucessivos, correlacionados e predeterminados, que configurem um procedimento padrão a ser seguido e respeitado, com vistas a garantir a efetivação de direitos e o atingimento de determinadas finalidades. Portanto, para o presente estudo, os termos “processo” e “procedimento” possuem significado equânime, fugindo ao objeto de estudo proposto adentrarmos em discussões doutrinárias a respeito da abrangência dos termos.

Em perfeita consonância com o que acima exposto, o rito processual regulatório atualmente adotado pela ANEEL foi estabelecido na Norma Organizacional ANEEL n.º 001, aprovada pela Resolução n.º 273/2007, com redação alterada pelas Resoluções n.º 290/2007; 311/2008; 335/2009 e 483/2012 e aplicação supletiva da Lei de Processos Administrativos no âmbito da Administração Pública Federal (Lei n.º 9.784/1990).

Em seu art. 5º, a Norma Organizacional ANEEL n.º 001 estabelece que os processos administrativos deverão observar os critérios listados em seus incisos, dos quais se destacam, justamente:

- I - atuação conforme a lei, a jurisprudência administrativa em vigor e a doutrina; (...)
- IV - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em lei;
- V - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;
- VI - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;
- VII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos interessados;
- VIII - clareza e transparência das decisões de modo a propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos interessados.

E, ainda, prevê o art. 9º Norma Organizacional ANEEL n.º 001 que, no processo regulatório, quaisquer interessados terão assegurados os seguintes direitos:

- I - ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações;
- II - ter ciência da tramitação dos procedimentos administrativos, ter vista dos autos, obter cópia de documentos aí contidos e conhecer as decisões proferidas;
- III - formular alegações e apresentar documentos, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente; e
- IV - ser notificado para formular suas alegações antes de decisão de que possa decorrer gravame à sua situação.

Contudo, em que pese a preocupação do regulador com o estabelecimento e observância das garantias processuais, ao analisar-se o processo decisório adotado pela ANEEL, ainda identificam-se lacunas procedimentais e decisões proferidas, a nosso ver, sem o adequado apego ao processo regulatório.

Pretende-se, assim, neste tópico, enumerar elementos processuais cuja inobservância compromete o adequado funcionamento do modelo regulatório, os quais precisam ser revisitados para o aperfeiçoamento da atividade regulatória da ANEEL. É o que se passa a expor.

#### **4.3.1. O ato regulatório autista**

Na concepção tradicional de Administração Pública, o ato administrativo ocupa posição central, que pressupõe a Administração como detentora da unilateralidade para impor a concretização da vontade da lei.

A autoridade pública não se vê obrigada a considerar os interesses envolvidos nas consequências do ato, cujos contornos são alheios às necessidades sociais. É o que Floriano de Azevedo Marques Neto<sup>185</sup> convencionou chamar de ato administrativo autista.

Completamente autônomo em face ao ambiente em que se insere, o ato administrativo autista é aquele adstrito apenas à sua conformidade com os pressupostos formais relacionados à sua concretização.

Conforme esse entendimento, a adequada motivação restaria alcançada pela simples indicação dos pressupostos fáticos e a sua subsunção ao fundamento jurídico destacado.

A ponderação dos interesses públicos não se apresentaria como condição de validade do ato, sendo a mera declaração do agente público presumidamente suficiente à sua edição. Até porque, na visão clássica, não haveria que se falar em “interesses públicos”, como uma pluralidade de diferentes interesses igualmente tutelados, a ser objeto de mediação para o seu justo equilíbrio, mas sim em um único interesse público supremo, universal e absoluto, manifestado pela vontade da lei<sup>186</sup> e antagonista à vontade particular, a qual se sobrepõe.

Nessa concepção, a sociedade é vista como sujeito passivo do ato, não lhe cabendo participar e contribuir para a sua edição. O ato autista se basta pela autoridade. A discordância é superada pela imperatividade e coercibilidade do ato. Assim, à sociedade,

---

<sup>185</sup> MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Orgs.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

<sup>186</sup>Em sentido lato, englobando os atos normativos da Administração Central.

caberia tão somente o controle posterior à concretização do ato, limitado à legalidade formal – nunca do mérito, socorrendo-se do recurso hierárquico ou da tutela jurisdicional.

Esse modelo tradicional do ato, foi desafiado pela complexidade das relações sociais modernas, acabando por criar um ambiente em que a imperatividade dos atos administrativos cedeu lugar para uma maior processualização.

O eixo da atividade administrativa se deslocou do ato, unilateral por excelência, para o processo, multilateral por definição, ocasionando a mudança no perfil normativo e no papel da lei. No modelo autista, a lei deve conter todos os contornos necessários à edição do ato administrativo, enquanto na visão moderna, a lei deverá fixar apenas competências, limites e regras de agir.

O processo, portanto, materializar-se-ia como uma série de elementos formadores do convencimento, para o proferimento de decisão, cuja fundamentação deverá ser realizada justamente com base na ponderação desses elementos.

Assim, a processualidade retira do ato o conflito chave em torno da legalidade estrita, e passa a se apresentar como um conflito bastante multifacetado, com destaque para o papel mediador da Administração Pública na composição de interesses, permitindo o controle tanto do procedimento, quanto da qualidade da decisão regulatória.

A herança do pensamento clássico, contudo, - que tem o Direito Administrativo como proveniente de “*um direito vindo para dar conformidade democrática a instrumentos instituídos em período anterior, marcado pela afirmação do poder absoluto, incontido*”<sup>187</sup>, apoiado na contraposição do binômio autoridade-liberdade, e que acabou por tornar a Administração Pública “*não serviente e dependente dos indivíduos, mas, ao contrário, muitas vezes indiferente e sempre prevalecente sobre aqueles*”<sup>188</sup>-, torna por vezes confusa a identificação do papel moderno do Estado e deveras nebulosa a identificação da forma adequada de manejo da autoridade.

Traços desse pensamento clássico, com enfoque na estrutura da Administração, na imperatividade da decisão administrativa e na supremacia do interesse público, acaba por

---

<sup>187</sup>MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A bipolaridade do direito administrativo e a sua superação. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (Orgs.). *Contratos públicos e direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Ed., 2015. p. 2.

<sup>188</sup>Id. Ibid.

ocasionar, por vezes, a ineficiência no iter processual, manejado não para o exercício da função, mas para imposição da autoridade.

#### 4.3.2. O processo administrativo burocrático

Ainda que o modelo de administração burocrática já tenha a muito dado lugar à noção de administração gerencial, mais precisamente desde a edição da Emenda Constitucional n.º 19, de 1998, ainda há evidentes traços da cultura burocrática na Administração Pública.

O processo administrativo instituído com a finalidade de promover a participação democrática no processo decisório, privilegiando-se a eficiência da Administração Pública e o controle de resultado – ao invés do meio -, tem cedido novamente às mesmas desvirtuações que contaminaram o aparato burocrático do Estado.

Lembre-se que, originalmente concebida por WEBER<sup>189</sup>, a noção de administração burocrática objetivava também a eficácia de exercício da atividade administrativa, pela qual se entendia ser possível alcançar tecnicamente o máximo de rendimento, em virtude da precisão, continuidade, disciplina, rigor e confiabilidade decorrente da aplicação imparcial da norma.

O modelo weberiano, contudo, acabou por se tornar inadequado, haja vista que o exacerbado foco no processo, em detrimento dos resultados, ocasionou o deslocamento do objetivo da atividade administrativa e o surgimento de uma lógica própria ensimesmada de isolamento frente às necessidades sociais. O meio passou a se tornar muito mais relevante do que a finalidade, e a atuação do funcionário público passou a se voltar muito mais ao seu próprio resguardo, do que ao alcance de resultados.

São esses os nefastos traços da cultura burocrática que ainda podem ser identificados no processo regulatório da ANEEL. Instituído com a melhor das intenções e de fato imprescindível para a garantia de um processo decisório imparcial, participativo e equidistante, o processo regulatório não pode se tornar uma finalidade em si mesmo, realizado exclusivamente para legitimar a prática de atos administrativos predeterminados.

---

<sup>189</sup>WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Brasília: Ed. UnB, 2003. v. 1, e Fundamentos da organização burocrática: uma construção do tipo ideal. In: CAMPOS, Edmundo. (Org.) *Sociologia da burocracia*. Rio de Janeiro: Zahar: 1966.

A título de exemplo, destaca-se novamente o processo de regulamentação do Decreto n.º 8.221/2014, já mencionado nessa dissertação ao tratarmos da captura do poder regulatório pelo poder político, agora abordado sob outro enfoque.

Como já mencionado, o referido Decreto atribuiu à CCEE - Câmara de Comercialização de Energia a incumbência de administrar os recursos da intitulada Conta-ACR (Conta no Ambiente de Contratação Regulada), destinada a contratar operações de crédito com vistas a cobrir os custos da exposição involuntária das Distribuidoras no Mercado de Curto Prazo, e, assim, postergar para 2015 o aumento da tarifa de energia.

Para a regulamentação de tema de excepcional relevância para o setor, a ANEEL convocou a Audiência Pública n. 007/2014/ANEEL, objetivando “*obter subsídios para o aprimoramento da proposta referente à cobertura dos custos de exposição involuntária e do despacho termoelétrico dos contratos por disponibilidade das concessionárias de distribuição via repasses da Conta de Desenvolvimento Energético - CDE e da CONTA-ACR*”.

A Audiência Pública em questão foi convocada em 03 de abril de 2014, apenas 48 (quarenta e oito horas) após a edição do Decreto, com prazo de contribuição iniciando-se no dia imediatamente seguinte (04 de abril de 2014), e encerrando-se no dia 14 de abril de 2014, tempo nitidamente insuficiente para a coleta de subsídios e para a adequada análise do tema.

Note-se, inclusive, que não foi realizada a Análise de Impacto Regulatório da minuta de Resolução, em que pese a Audiência Pública em questão tenha sido realizada já sob a vigência da Norma de Organização ANEEL n.º 40, de 12 de março de 2013, que a tornou obrigatória.

Sob o fundamento da urgência do tema e sob o argumentando de que a avaliação de alternativas para a cobertura dos custos de exposição involuntária configuraria justamente o objeto da audiência pública, a Diretoria da ANEEL entendeu por bem afastar a realização prévia da análise de impacto regulatório.

Contudo, o que verificou da realização da aludida audiência não foi uma análise conjunta do cenário, tampouco o estudo das propostas apresentadas para identificação da melhor forma de contorna-lo.

Apenas um dia após o encerramento do prazo para apresentação das contribuições, foram rejeitadas todas as contribuições que se entendeu serem voltadas ao

questionamento da legalidade ou do escopo do Decreto n.º 8.221/2014, mantendo-se em sua integralidade a proposta original de financiamento bancário da dívida, para postergação do reajuste tarifário.

De acordo com a ANEEL, a agência não teria competência para discutir a viabilidade e até mesmo a legalidade do Decreto n.º 8.221/2014, cabendo-lhe tão somente dar-lhe cumprimento.

Sem se pretender, nesse momento, retornar-se à discussão da legalidade do aludido Decreto, o que se pretende destacar é simplesmente o inegável desvirtuamento do instituto da Audiência Pública, utilizada no caso não para a sua finalidade de promover a participação e justa ponderação dos interessados, para a tomada de decisão equidistante dos interesses envolvidos, voltada ao melhor atendimento das necessidades do setor, mas sim apenas para legitimar a prática de ato administrativo previamente determinado.

#### **4.3.3. A insegurança jurídica da motivação *pro forma***

O desvirtuamento do processo regulatório, mediante a realização de atos voltados exclusivamente ao atendimento de exigência legal e não para o efetivo alcance das finalidades que determinaram a concepção do modelo, traz provavelmente o maior dos prejuízos ao sistema regulatório, que é a perda da sua confiabilidade.

Assim como a condução do processo, a motivação da decisão regulatória há que ser realizada atenta aos deveres de independência, equidistância, imparcialidade, razoabilidade, e tecnicidade, sempre voltada ao desenvolvimento equilibrado e eficiente do setor, o que pressupõe seja realizada de forma extenuante, demonstrando-se a devida ponderação de todos os argumentos apresentados pelas partes interessadas e, especialmente, em que medida e por qual razão os diversos interesses públicos manifestados deverão ser relativizados para comporem-se nos termos da solução apresentada pelo regulador.

A obrigatoriedade da motivação se revela como o meio mais adequado à realização do controle de atos discricionários, especialmente os regulatórios, que, como defendido, possuem ampla margem decisória e plena independência. Assim, somente por meio da adequada motivação, será possível aferir a legalidade do ato regulatório, consubstanciada no atendimento dos princípios da finalidade, da proporcionalidade, da

razoabilidade, e da moralidade administrativa, possibilitando-se diferenciar dos atos de mero arbítrio.

O que se vê, contudo, como exposto no item antecedente, é que a realidade acabou por trasmudar a natureza do processo regulatório, especialmente quando há a captura do poder, de forma que as decisões, ao invés de buscarem a concretização dos direitos fundamentais e a legitimação da atividade regulatória, passam a se mostrar meros instrumentais a serem operados com a finalidade de atender a requisito procedimental.

A motivação, nessas hipóteses, passa ao largo da justa ponderação dos interesses envolvidos, rejeitando-os de plano, em manifestações nitidamente contaminadas por interesses alheios ao bom desenvolvimento do setor. É o que se optou chamar, nesse tópico, de motivação *pro forma*.

Nessas hipóteses, a preocupação do regulador, ao proferir a decisão, deixa de ser o funcionamento eficiente do setor regulado, passando a focar-se no cumprimento da forma exigida em lei, meramente para legitimar o exercício do poder regulamentar.

Ao praticarem-se atos decisórios sem que sejam efetivamente ponderados os interesses e especialmente analisados todos os impactos de uma determinada escolha, tem-se um grave comprometimento da segurança jurídica necessária ao bom funcionamento do sistema.

A ausência de segurança jurídica ocasiona o aumento do risco da atividade, afastando, assim, investimentos de alto vulto, como os são aqueles imprescindíveis ao custeio e desenvolvimento dos setores de infraestrutura, levando à deterioração do modelo.

#### **4.3.4. A ausência de vinculação do regulador aos seus próprios precedentes**

Ainda que a observância da jurisprudência administrativa esteja prevista já no inciso I, do art. 5º da Norma Organizacional ANEEL n.º 001, havendo, inclusive, norma específica a respeito da criação de Súmulas da ANEEL (Norma organizacional n.º 023, aprovada pela Portaria n.º 224/2006), não se vê, no âmbito do processo decisório da agência reguladora, manifestações concretas de autolimitação administrativa em razão dos seus próprios precedentes.

A bem da verdade, não se verifica, no âmbito da ANEEL, com exceção da previsão de criação de entendimentos sumulados acima mencionada<sup>190</sup>, nem mesmo a existência de banco de dados devidamente organizado para formação e divulgação de uma jurisprudência administrativa, decorrente de julgamentos precedentes realizados de forma uníssona e reiterada.

Dessa forma, não se vislumbra nenhuma vinculação, ou ao menos nenhuma forma de controle dessa vinculação, entre as decisões de conhecimento ou de mérito, proferidas pela Diretoria da ANEEL, e os casos anteriormente julgados. Atualmente, para conhecimento das decisões anteriormente proferidas, há que ser realizada consulta processual caso a caso, o que demandaria conhecimento prévio do precedente pelo interessado<sup>191</sup>, o que certamente não se mostra uma ferramenta eficiente de divulgação da jurisprudência administrativa.

Assim, a pesquisa realizada permite concluir que a ANEEL não tem produzido jurisprudência administrativa, na acepção mais estrita do termo, ou seja, julgados reiterados e pacificados, que autolimitem sua atividade e que permitam aos interessados obter certo grau de segurança e previsibilidade sobre a atividade regulatória.

Como é cediço, a teoria das autolimitações administrativas veda à Administração Pública a adoção de posturas contraditórias, com vistas a garantir relação de conformidade entre os posicionamentos e os seus precedentes. Sobre o tema, destacamos a doutrina de ALEXANDRE SANTOS DO ARAGÃO<sup>192</sup>:

De fato, a moderna dogmática administrativista é tranquila em afirmar que, mesmo nos espaços de relativa liberdade de apreciação conferidos pelo Legislador, a Administração, ao exercê-la, não pode fazê-lo arbitrária, incoerente ou inequanimemente. Portanto, ao exercer os poderes conferidos por lei, a Administração autovincula-se, o que levou à construção da Teoria das Autolimitações Administrativas.

---

<sup>190</sup>Passados 10 anos desde a edição da Norma organizacional n.º 023, somente foram editados 17 verbetes à Súmula da ANEEL.

<sup>191</sup>Vale observar que, desde maio de 2015, foi disponibilizada ferramenta virtual que permite a realização da consulta processual via acesso ao site: AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL. Disponível em: <<http://sicnet2.aneel.gov.br/sicnetweb/pesquisa.asp>>. Contudo, ainda que se permita a consulta não apenas por número, mas também por tema, os critérios de busca não se relacionam ao conteúdo do ato, mas sim ao tipo de processo administrativo, às partes envolvidas, dentre outros aspectos de identificação processual, que não se mostram suficientes à análise da jurisprudência administrativa. Trata-se, contudo, de importante passo no sentido de aperfeiçoamento do banco de dados da agência e da sua publicidade, imprescindíveis para o alcance do modelo ideal, ainda distante.

<sup>192</sup>ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. *REDAE*: revista eletrônica de direito administrativo econômico, Salvador, n. 14, p. 2, maio/jun. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-14-MAIO-2008-ALEXANDRE%20ARAGAO.pdf>>.

A Teoria das Autolimitações Administrativas constitui, na verdade, um conjunto de instrumentos diversos, mas complementares, que visam a assegurar a razoabilidade, a coerência e a isonomia no tratamento conferido pela Administração Pública aos cidadãos, em uma expressão do Estado Democrático de Direito e do devido processo legal substancial, que vedam as iniquidades estatais. Nesse sentido, segundo JOHANN-CHRISTIAN PIELOW, as autolimitações ou autovinculações administrativas remetem ‘ao fenômeno da solidificação e concentração das atividades administrativas anteriores, com vistas ao prejudicamento em posteriores decisões da Administração’.

(...)

Em função do "dever de coerência no decidir", "o julgador deve investigar e pesquisar casos da mesma índole, antes apreciados. Trata-se de imperativo lógico (a disparidade corrói a confiabilidade do sistema) e principiológico (a segurança jurídica não convive com a leviandade nas decisões). Em suma, as decisões administrativas devem guardar um mínimo de coerência, não se admitindo, por isso, tratamento diferenciado para hipóteses idênticas ou muito assemelhadas."

Em atenção ao dever de autolimitação, há, inclusive, previsão no art. 27, VI, da Norma Organizacional ANEEL n.º 01, que obriga a fundamentação do ato administrativo que deixe de adotar jurisprudência ou entendimento anteriormente firmado pela agência, com as razões da sua discrepância.

Contudo, diante da ausência da adequada jurisprudência administrativa, o referido artigo possui eficácia e aplicabilidade reduzida, não se prestando a garantir a autolimitação da agência.

Para o adequado desenvolvimento da atividade regulatória e imbuída dos princípios da boa-fé e da igualdade, é imprescindível que a ANEEL crie mecanismos aptos a dar a adequada publicidade às suas decisões, permitindo-se a consulta e o controle sobre os precedentes, para assim, garantir maior segurança jurídica aos administrados.

#### **4.4. Elementos materiais**

Finalmente, optou-se por classificar como “elementos materiais” aqueles relacionados ao mérito da atividade regulatória, ou seja, as dificuldades encontradas para o alcance da boa regulação, ainda que sejam respeitados os elementos orgânicos e processuais apontados nos tópicos antecedentes.

#### 4.4.1. A qualidade da decisão regulatória

O modelo regulatório é fundamentado precipuamente na constatação de que somente um órgão técnico altamente especializado poderia garantir a qualidade da decisão regulatória, mediante o proferimento de decisões confiáveis, transparentes, ponderadas e previsíveis, que permitam a atração dos investimentos combinada a uma eficiente alocação de recursos para a efetivação de interesses públicos.

A criação de uma agência reguladora independente do governo e daqueles que ela regula pode fornecer maior confiança de que as decisões serão justas e imparciais. Isso pode ser justificado quando as decisões da agência reguladora têm consequências significativas financeiras e de mercado, devendo ser independente do processo político para reduzir o risco regulatório dos investimentos.<sup>193</sup>

A melhoria da qualidade da regulação, e especialmente a responsabilidade sobre a atividade regulatória – tema que melhor se abordará adiante – tem sido objeto de destaque no cenário internacional, com reflexos sobre a regulação brasileira, especialmente após o Relatório sobre a Reforma Regulatória do Brasil, apresentado pela OCDE no ano de 2007, que apontou, mesmo após uma década de adoção do modelo, a ausência de “*transparência, participação social e eficiência econômica, com responsabilidades explícitas em nível político e administrativo*”, e de “*organismos autônomos dentro do ambiente político a fim de prover confiança e transparência para o setor privado e para a sociedade civil (...), para assegurar que os brasileiros tenham a capacidade e a competência técnica de realizar suas funções sem serem contestados*”<sup>194</sup>, como fatores críticos à boa regulação no Brasil.

Conforme a OCDE, a qualidade da decisão regulatória ultrapassa a simples noção de eficiência econômica, devendo levar em consideração aspectos referentes ao procedimento de elaboração da regulação e à efetividade da norma, reforçando a ideia de credibilidade da regulação.

As recomendações destacadas pela OCDE, como *standards* mínimos da qualidade da atividade regulatória, conforme a “Recomendação sobre Política Regulatória e Governança”, de 22 de março de 2012, são:

<sup>193</sup> ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. *Recomendação do Conselho sobre Política Regulatória e Governança*, 2012. p. 28. Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf>>.

<sup>194</sup> ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. *Relatório sobre a Reforma Regulatória do Brasil*, 2007. Disponível em: <<http://www.regulacao.gov.br/acompanhe-o-pro-reg/livros/brasil-fortalecendo-a-governanca-para-o-crescimento.pdf/view>>. p. 9 e ss.

- (i) Assumir o compromisso com uma política explícita de qualidade regulatória, que deve ter objetivos claros e estruturas que assegurem que, se a regulação for usada, os benefícios econômicos, sociais e ambientais justifiquem os custos, os efeitos distributivos sejam considerados e os benefícios líquidos maximizados.
- (ii) Respeitar os princípios de um governo aberto, incluindo transparência e participação no processo regulatório para garantir que a regulação sirva ao interesse público e para que seja informado das necessidades legítimas dos interessados e das partes afetadas pela regulação.
- (iii) Estabelecer mecanismos e instituições para supervisionar ativamente os procedimentos da política regulatória e seus objetivos, apoiar e implementar a política regulatória, e, assim, promover a qualidade regulatória.
- (iv) Integrar a Avaliação do Impacto Regulatório (AIR) desde os estágios iniciais do processo de políticas para a formulação de novas propostas de regulação. Identificar claramente os objetivos da política, e avaliar se a regulação é necessária e como ela pode ser mais efetiva e eficiente na consecução desses objetivos. Considerar outros meios de regulação e identificar os *trade offs* das diferentes abordagens analisadas para escolher a melhor alternativa.
- (v) Conduzir programas sistemáticos de revisão do estoque regulatório em relação a objetivos que sejam claramente definidos pela política, incluindo considerações de custos e benefícios, para assegurar que as regulações estejam atualizadas, seus custos justificados, efetivos e consistentes, e almejem os objetivos pretendidos.
- (vi) Publicar regularmente relatórios sobre o desempenho da política regulatória, dos programas de reforma, bem como das autoridades públicas responsáveis pela aplicação das regulações. Esses relatórios devem incluir informações sobre como instrumentos regulatórios, tais como a Análise de Impacto Regulatório (AIR), práticas de consulta pública e revisões de regulações existentes funcionam na prática.
- (vii) Desenvolver uma política consistente capaz de abranger o papel e as funções das agências reguladoras, a fim de proporcionar maior confiança de que as decisões regulatórias sejam tomadas de maneira objetiva, imparcial e consistente, sem conflito de interesse ou influência indevida.
- (viii) Assegurar a efetividade dos sistemas de revisão da legalidade e imparcialidade processual das regulações, bem como das decisões tomadas pelos órgãos competentes na aplicação de sanções regulatórias. Garantir que os cidadãos e as empresas tenham acesso a estes sistemas de revisão a um custo razoável e recebam as decisões tempestivamente.
- (ix) Aplicar a avaliação de riscos, gestão de riscos e estratégias de comunicação de risco para a concepção e implementação das regulações para garantir que a regulação seja direcionada e efetiva. Os reguladores devem avaliar os efeitos da regulação e devem elaborar estratégias para implementação responsiva e enforcement.
- (x) Promover sempre que necessário a coerência regulatória através de mecanismos de coordenação entre os níveis supranacional, nacional e subnacional do governo. Identificar questões regulatórias transversais em

todos os níveis do governo, para promover a coerência entre as abordagens regulatórias e evitar a duplicação ou conflito de normas.

(xi) Fomentar o desenvolvimento da capacidade de gestão e desempenho regulatório nos níveis subnacionais de governo.

(xii) Considerar no desenvolvimento de medidas regulatórias, todos os padrões internacionais relevantes e as estruturas de cooperação na mesma área e, quando apropriado, seus possíveis efeitos sobre as partes que estejam fora da sua jurisdição.

Das recomendações acima destacadas, se faz oportuno ressaltar apenas a cautela necessária ao estabelecimento de mecanismos e instituições de supervisão (item iii) num sistema regulatório carente de amadurecimento, em que a autonomia do regulador frente à Administração Central ainda caminha a passos lentos, com frequentes episódios de captura do poder regulatório pelo poder político ou pelo controle, questão apontada como um dos maiores óbices ao estabelecimento de um sistema regulatório confiável, transparente e coordenado.

Não se está a sustentar, obviamente, que as agências reguladoras deveriam permanecer alheias ao controle, mas simplesmente reafirmar, como já sustentado no tópico 3.3.3., que o controle da atividade regulatória deverá ser finalístico, voltado ao alcance de resultados, ou, quando de meio, somente poderá ser exercido no bojo do processo regulatório conduzido pela agência, o qual deverá ser necessariamente participativo.

Não obstante, nota-se que as diretrizes para a mensuração da qualidade da decisão regulatória perpassam justamente sobre os pontos de destaque apresentados no presente estudo, cujo aprimoramento se mostra imprescindível para a eficiência regulatória.

Neste tópico, contudo, pretende-se destacar a necessidade de aferição da qualidade da decisão regulatória sob aspectos técnicos, especialmente no que concerne a capacitação dos agentes reguladores para o manejo das ferramentas de governança, como a agenda regulatória (que garante a previsibilidade e transparência) e a análise de impacto regulatório (que permite a aferição da proporcionalidade, eficiência e utilidade da regulação), ferramenta obrigatória prevista na Norma Organizacional da ANEEL de n.º 40/13, mas cuja utilização ainda se mostra muito incipiente.

No que concerne ao quadro de funcionários da ANEEL, embora tenham sido realizados concursos para o preenchimento dos cargos autorizados pela Lei n.º 10.871/04,

não há liberação, pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, da nomeação de servidores para as vagas, em virtude de cortes orçamentários.

Veja-se que mesmo duas décadas após a constituição da ANEEL e mais de uma década após a autorização legislativa para a criação de cargos, a agência ainda sofre com a ausência de pessoal suficiente para o desempenho das suas funções, sendo o quantitativo de pessoal apontado como uma das principais razões para o não cumprimento da agenda regulatória.

De nada adianta a instituição de ferramentas de governança objetivando a melhora da qualidade regulatória, se as ferramentas não forem adequadamente e permanentemente utilizadas.

Como é cediço, a agenda regulatória contribui para um diálogo mais aberto e claro com o administrado sobre a estratégia de atuação do regulador, mediante o apontamento de quais serão as ações em voga para o próximo biênio, refletindo na demonstração da capacidade da Agência de planejar seu processo decisório, antecipando e premeditando, assim, quais serão as prioridades setoriais.

Desde a primeira agenda regulatória, a ANEEL implementou menos da metade das atividades propostas. Em 2010, apenas 08 (oito) das 17 (dezessete) medidas foram implementadas<sup>195</sup>; em 2012-2013, o cumprimento foi de 17 (dezessete) das 64 (sessenta e quatro) medidas propostas<sup>196</sup>; em 2013-2014, apenas 09 (nove) das 70 (setenta) medidas foram implementadas<sup>197</sup>; em 2014-2015, apenas 03 (três) das 68 (sessenta e oito) propostas foram concluídas<sup>198</sup>; e, para o biênio 2015-2016, dos 49 (quarenta e nove) temas

---

<sup>195</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Relatório da Agenda Regulatória Indicativa da SRD do ano de 2010*. Disponível em: <[http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/Relatorio\\_Agenda\\_Regulatoria\\_Indicativa\\_SRD\\_2010.pdf](http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/Relatorio_Agenda_Regulatoria_Indicativa_SRD_2010.pdf)>. Acesso em: 17 ago. 2016.

<sup>196</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Anexo I – Relatório da Agenda Regulatória Indicativa da ANEEL do biênio 2012-2013*. Disponível em: <[http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/Relatorio\\_da\\_Agenda\\_2012\\_2013.pdf](http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/Relatorio_da_Agenda_2012_2013.pdf)>. Acesso em: 17 ago. 2016.

<sup>197</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Anexo I – Relatório da Agenda Regulatória Indicativa da ANEEL do biênio 2013-2014*. Disponível em: <[http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/Anexo\\_I\\_Acompanhamento\\_AR\\_2013\\_2014.pdf](http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/Anexo_I_Acompanhamento_AR_2013_2014.pdf)>. Acesso em: 17 ago. 2016.

<sup>198</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Anexo I – Relatório da Agenda Regulatória Indicativa da ANEEL do biênio 2014-2015*. Disponível em: <[http://www2.aneel.gov.br/arquivos/PDF/Anexo\\_I\\_Acompanhamento\\_AR\\_2014-2015.pdf](http://www2.aneel.gov.br/arquivos/PDF/Anexo_I_Acompanhamento_AR_2014-2015.pdf)>. Acesso em: 17 ago. 2016.

contemplados, reduzidos para 41 (quarenta e um) após revisão da agenda, até o momento da elaboração desse estudo, apenas 11 (onze) haviam sido concluídas<sup>199</sup>.

Com relação às análises de impacto regulatório (AIR) processadas pela ANEEL, da pesquisa realizada desde a adoção desse instrumento, é possível identificar apenas 17 (dezesete) Resoluções editadas após a Norma Organizacional n.º 40/13, que foram precedidas de uma AIR. Contudo, de qualquer forma, as AIRs promovidas apresentam nenhuma ou pouca efetividade.

É que as AIRs realizadas pela ANEEL são utilizadas como um instrumento auxiliar para justificação da proposta de Resolução levada à Audiência Pública, elaboradas de forma estática, pela própria unidade técnica proponente, sem o estabelecimento de um procedimento dinâmico e participativo de tomada de decisão. Os interessados usualmente só são chamados a participar quando a minuta da Resolução já está desenhada, após abertura de Audiência Pública, o que faz com que a AIR se torne apenas mais um procedimento burocrático a ser cumprido, do que efetivamente um instrumento de governança.

Assim, em se tratando de governança regulatória, a ANEEL apresenta ferramentas para promoção da transparência e da participação social, contudo, a sua utilização precisa ser aprimorada com vistas ao efetivo alcance da acessibilidade; da equidade no tratamento dos interesses envolvidos; da estabilidade das regras de curto e longo prazo, temas imprescindíveis ao alcance da boa qualidade da atividade regulatória.

#### **4.4.2. Multipolaridade de interesses em composição e o déficit democrático**

Como já abordado no item 4.3, a atividade regulatória foge à noção tradicional de poderes da Administração Pública, concedendo-se ampla margem de discricionariedade ao agente regulador, para que possa, de forma técnica e imparcial, e sempre privilegiando a sustentabilidade do setor regulado, compor os interesses e as liberdades subjacentes.

Contudo, justamente por fugir aos poderes típicos da Administração Pública e exercer atividade normativa que não se adequa ao modelo tradicional de processo

---

<sup>199</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Agenda Regulatória 2015/2016*. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=703&idPerfil=3>>. Acesso em: 17 ago. 2016.

legislativo, muito já se questionou a respeito da legitimação para o exercício da atividade regulatória.

Para fins de desenvolvimento da presente dissertação, a legitimidade do exercício do poder normativo regulatório pelas agências foi adotada como premissa, uma vez que, *data maxima venia* ao entendimento paradigmático de brilhantes e honrosos estudiosos, na nossa visão, a realidade empírica já há muito verificada é suficiente a embasar tal conclusão, e, diante desse cenário, não nos parece possível ou mesmo útil negá-la.

Diante do inegável déficit democrático decorrente do exercício do poder regulamentar pelas agências, a participação popular no processo decisório toma grau de relevância ímpar, não apenas porque a racionalização do modelo advém da necessidade de composição dos múltiplos interesses envolvidos, mas também porque a sua legitimidade não é derivada de processos eletivos, mas da consecução das suas finalidades.

Dessa forma, torna-se imprescindível o estabelecimento de um ambiente favorável à participação popular, onde todos os interesses e opiniões possam ser ouvidos e considerados no processo decisório, o que, ao mesmo tempo em que contribui para a redução do déficit democrático verificado entre o agente regulador e o regulado, confere transparência e, por consequência, maior credibilidade à atividade regulatória.

Essa credibilidade da atividade regulatória é o que confere legitimidade substantiva das agências reguladoras, conforme sustentado por MAJONE<sup>200</sup>, a qual depende da capacidade do regulador se afirmar como a forma mais apropriada para o exercício das funções a ele confiadas, diante da sua capacidade de se manter imparcial, proteger interesses difusos, e realizar a interferência mínima no mercado.

Mostra-se, portanto, ser de extrema relevância a correção do déficit democrático para a legitimação do exercício da atividade regulatória, o que somente poderá ser alcançado mediante o estabelecimento de um processo decisório profundamente inclusivo, apto a transmitir credibilidade ao regulador.

Defende-se, portanto, a existência de “um processo administrativo participativo como uma forma de democratizar as democracias participativas”<sup>201</sup>.

---

<sup>200</sup>MAJONE, Giandomenico. Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e consequências da mudança no modo de governança, cit., p. 78.

<sup>201</sup>BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 78.

Contudo, não se pretende sustentar a necessidade de condução de procedimentos administrativos que possibilitem participação ao maior número possível dos administrados, quase como uma tentativa de regresso ao sistema da democracia participativa<sup>202</sup>, mas sim garantir que todos os aspectos e interesses afetados pela decisão regulatória sejam ponderados, de forma transparente, previamente à tomada de decisão.

A efetividade de uma medida regulatória supostamente acatada de forma unânime pela totalidade dos administrados seria irrefutável, contudo, a hipótese é deveras utópica e certamente inviável, até porque, agregar o maior número de participantes num processo essencialmente complexo seria uma tarefa bastante arriscada e possivelmente ineficaz, como aponta PATRÍCIA BAPTISTA<sup>203</sup>:

Na verdade, os cidadãos, individualmente considerados, esbarram em alguns obstáculos que dificultam a sua participação ativa nos procedimentos decisórios da Administração Pública. Em regra, falta ao homem comum uma compreensão integral dos problemas decorrentes da vida em sociedade e, em consequência disso, ele não se sente estimulado para participar da discussão e da solução de tais problemas. Além do mais, há, por parte dos cidadãos, um certo egoísmo inato, que os deixa geralmente preocupados apenas com a realização de seus próprios interesses individuais, somente se sentindo impelidos a participar quando alguns desses interesses são atingidos. E, finalmente, não se pode desprezar o empecilho que representam os custos da participação administrativa, em termos de tempo, de recursos financeiros e de disposição para buscar informações. Todos esses fatores conjugados, em suma, minam a possibilidade de uma efetiva participação dos indivíduos na vida administrativa.<sup>204</sup>

O que se defende, na realidade, é a necessidade de que todos os interesses sociais se vejam devidamente representados na arena regulatória, oportunizando-se a participação efetiva. Certamente, em havendo seriedade no processo decisório e confiança na imparcialidade das instituições, a multipolaridade de interesses em composição buscará se fazer suficientemente representada, devendo ser ponderada com vistas a permitir o perfeito equilíbrio do setor.

---

<sup>202</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, cit., p. 78.

<sup>203</sup> BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 162-163.

<sup>204</sup> Nesse mesmo sentido foram as conclusões da pesquisa empírica realizada por Paulo Todescan Lessa MATTOS. Segundo este autor, após analisar as consultas e audiências públicas realizadas pela ANATEL entre 1997 e 2000, é possível observar o baixo grau de participação dos segmentos da sociedade civil estranhos às empresas prestadoras de serviços de telecomunicações. (cf. MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Agências reguladoras e democracia: participação pública e legitimidade*. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros Ed., 2002. p. 182-230.

#### **4.4.3. A (des) organização social**

Talvez reflexo de um sistema regulatório altamente deteriorado, bem como do desgaste dos modelos políticos tradicionais, não se vê, ao menos no setor elétrico, iniciativas sociais voltadas à formação e capacitação de associações ou de outras entidades de representação, aptas a expor as demandas sociais, prevenir impactos aos usuários, pressionar a responsabilização dos agentes, ou atuar, de forma contributiva, no processo regulatório.

Ao mesmo tempo em que se almeja a efetiva ponderação dos seus interesses, a sociedade não se vê adequadamente representada nos modelos políticos atuais, tampouco se organiza de forma coordenada, constatando-se apenas o surgimento de movimentos relativamente espontâneos, desorganizados, nos quais a população, ao mesmo tempo em que rejeita a participação política, se mobiliza de forma difusa em torno de causas específicas, valendo-se, sobretudo, do uso das redes sociais.

Especificamente no processo regulatório da ANEEL, há fortes organizações formadas por investidores, pela indústria, ou pelo setor financeiro, além de órgãos governamentais atuantes na defesa do interesse político, porém, no que concerne aos usuários e aos seus diferentes interesses – a depender da região, histórico de consumo, classe social, entre outros fatores – não se identifica nenhuma forma de organização social efetivamente apta a defender os interesses da população, com o grau de tecnicidade necessário para a efetiva contribuição com o processo decisório.

Evidentemente, um país com desigualdades extremas em recursos políticos comporta uma probabilidade muito alta de ostentar desigualdades extremas na ponderação dos seus interesses.

Sem dúvida, sem um forte envolvimento social – o que somente se alcançará mediante o estabelecimento lento de uma cultura participativa – não há modelo institucional que assegure total imparcialidade e completa ponderação dos interesses envolvidos num processo regulatório.

#### **4.4.4. O descrédito das instituições e o desinteresse da população**

Mencionou-se acima a importância da participação popular no processo regulatório, cenário que em nada se identifica com a atual conjuntura do setor elétrico. É verdade que há alguma participação social no processo regulatório, contudo, as

contribuições que se destacam com mínima possibilidade de contribuição para o debate são aquelas apresentadas por especialistas contratados pelos investidores do setor, diretamente ou por intermédio de associações, pelo setor industrial ou pelo setor financeiro.

O usuário comum, exposto ao regime de tarifa, responsável pela sustentabilidade do sistema, não possui interesse na participação no processo, seja pela falta de recursos técnicos e financeiros, seja pelo descrédito nas instituições.

Por tudo o que se abordou neste capítulo, o sistema regulatório do setor de energia não tem tido a capacidade de imprimir credibilidade, transmitindo o sentimento de inutilidade dos esforços, o que, somado ao nível de recursos necessários para transposição das barreiras da tecnicidade, acaba por ocasionar o desinteresse da população.

Dessa forma, seja pela crescente complexidade das novas relações jurídicas, seja pela necessidade de modernização da mediação de conflitos sociais, há, mais do que nunca, a necessidade de revisitação dos instrumentos de participação democrática, com a finalidade de tornar o processo regulatório mais inclusivo, simples, didático e tecnológico. Mais do que isso, é importante que se dê ampla divulgação, de forma educativa, das propostas e problemas a serem enfrentados pela regulação do setor, inclusive divulgando-se as soluções adotadas e as razões para a sua escolha, buscando recuperar a credibilidade do modelo.

Somente assim, fomentar-se-á o crescimento de uma cultura participativa e devidamente organizada, para dar voz adequada aos interesses sociais na arena regulatória.

#### **4.4.5. As barreiras da tecnicidade e da assimetria informacional**

É bem verdade que a tecnicidade envolvida na regulação do setor elétrico, aliada ao baixo nível de escolaridade e de cultura democrática da população, representa barreira até mesmo mais relevante à participação popular no processo regulatório, do que o baixo nível de governança regulatória da ANEEL, decorrente da necessidade de aprimoramento dos seus procedimentos.

O equilíbrio do setor de energia elétrica é extremamente complexo, demandando vultosos investimentos e ocasionando fortes impactos em todos os setores sociais, na economia e no meio ambiente. Não obstante, é fortemente dependente de fatores da

natureza, demandando a adoção de respostas rápidas a problemas não absolutamente previsíveis.

Os mecanismos previstos para redução dos riscos envolvidos no setor envolvem o profundo conhecimento das ciências tanto exatas, quanto sociais, exigindo um alto grau de especialidade do operador, o que dificulta o efetivo acesso à informação e a compreensão desses mecanismos pela população leiga.

De outro lado, não há qualquer esforço do agente regulador para simplificar e tornar didática a compreensão, ao menos superficial, dos problemas postos à sua apreciação e especialmente dos riscos e impactos envolvidos para o usuário final. A assimetria informacional da população sobre o funcionamento dos setores regulados prejudica fortemente qualquer tentativa de participação popular no processo regulatório.

Com isso, a representação dos interesses da população e a suas ponderações acerca dos impactos e riscos da decisão regulatória fica prejudicada, e eventualmente poderão não ser suficientemente considerados pelo regulador.

De outro lado, há a assimetria de informações também entre a agência reguladora e os *players* do mercado, o que impacta a qualidade regulatória, se considerada a necessidade de justa ponderação de todos os interesses envolvidos.

Com efeito, o regulador, naturalmente, terá déficit de informação sobre a atividade regulada, em comparação ao efetivo prestador do serviço. Poderá, certamente, aproximar-se ao máximo do volume de informações e conhecimentos necessários à exata compreensão do setor, contudo, apenas o prestador terá acesso total e irrestrito à completa visualização do mercado no qual atua, no que concerne ao seu espaço de gestão.

No setor elétrico brasileiro, tradicionalmente regulado pelo sistema de tarifação pelo custo de serviço, conceito já exposto neste capítulo<sup>205</sup> - cujo desconhecimento de informações relacionadas à gestão dos recursos impedia o efetivo controle de eficiência – buscou-se adotar mecanismo de tarifação pelo preço, no qual o reajuste tarifário se dá segundo a evolução dos preços, descontada a expectativa de ganhos de eficiência. Tal mecanismo pretendeu reduzir os impactos da assimetria informacional sobre a qualidade da regulação, não sendo suficiente, contudo, para suprir-lhe a deficiência.

---

<sup>205</sup>Ver item 4.2.2.1.1.

De qualquer forma, não há como negar que a assimetria de informação, em que pese esteja longe de representar o maior risco de captura no cenário brasileiro, dificulta o exercício da atividade regulatória e impede a agência de realizar, de forma extenuante, a justa ponderação de todos os aspectos necessários ao proferimento de decisões equilibradas.

#### 4.4.6. O déficit de responsividade

A preocupação com as condições necessárias ao surgimento e à estabilidade do sistema regulatório já foi objeto de diversos estudos no campo da teoria da regulação. O que se pretende com a presente pesquisa, seguindo-se movimentos mais recentes, foi migrar o debate para o campo da qualidade da atividade regulatória, a qual, para ser bem desenvolvida, necessita ser eficiente, responsiva e, para tanto, responsável.

Intimamente ligada à ideia de democracia, a atividade regulatória impescinde do preenchimento dos elementos tipos como indispensáveis para o adequado ambiente democrático, o qual, segundo ROBERT DAHL, mede-se pela responsividade do Governo, ou seja, pela capacidade do Governo atender às preferencias de seus cidadãos em igualdade de condições:

Gostaria de reservar o termo democracia para um sistema político que tenha, como uma de suas características, a contínua responsividade do governo às preferencias de seus cidadãos considerados politicamente iguais<sup>206</sup>.

Não há como garantir-se a responsividade da atividade regulatória se não se estabelecerem mecanismos próprios e eficientes para que o cidadão possa participar da definição das políticas regulatórias, e avaliar o alcance dos seus resultados.

A responsividade passa, portanto, necessariamente, pela transparência do processo decisório, sendo indispensável a “existência de procedimentos que obriguem os órgãos burocráticos a disponibilizarem informações sobre suas ações e resultados”<sup>207</sup>.

---

<sup>206</sup>DAHL, Robert A. *Poliarquia: participação e oposição*. Tradução Celso Mauro Paciornik. São Paulo: EDUSP, 1997. p. 25.

<sup>207</sup>PÓ, Marcos Vinícius. *A accountability no modelo regulatório brasileiro: gênese e definições (os casos da ANATEL e da ANS)*. 2004. Dissertação (Mestrado em Administração de Empresas) - Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2004. p. 24.

De fato, sendo o processo de tomada de decisão transparente, torna-se possível aferir-se a métrica da responsividade e, conseqüentemente, permite-se a responsabilização do regulador.

De outro lado, na estrutura atual do setor de energia, a indefinição institucional da ANEEL impede uma responsabilização<sup>208</sup> mais ampla do agente regulador sobre a qualidade da atividade regulatória exercida, especialmente no que concerne ao grau de responsividade às demandas sociais e interesses equacionados no processo decisório.

Apenas assegurando-se a responsabilização do regulador, contudo, será possível garantir certa independência nas relações com o poder político, e assim, garantir-se maior grau de responsividade às demandas setoriais.

Nota-se, portanto, uma relação de interdependência entre o grau de responsividade do regulador e de responsabilidade sobre a atividade regulatória. Obviamente, quanto mais responsabilidade for conferida ao regulador, maior preocupação haverá na responsividade das políticas regulatórias.

---

<sup>208</sup>Sobre a possibilidade de responsabilização dos agentes reguladores: VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessoa. *Análise de impacto regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado*, cit., p. 121-136.

## 5. CONCLUSÃO

A criação de agências reguladoras independentes foi fruto de uma profunda mudança na relação do Estado com a sociedade, especialmente com a ordem econômica, advinda da moderna superação do modelo piramidal, burocrático e autoritário de Estado, fundamentado na supremacia do interesse público sobre os interesses privados.

De fato, a forma de intervenção do Estado sobre setores relevantes ou essenciais, prevaemente até os anos 1990, era fundada numa visão patrimonialista das utilidades públicas, o que ocasionava ampla permeabilidade política sobre as decisões setoriais, e, conseqüentemente, a instabilidade regulatória e a inviabilidade da ação privada nesses setores, comprometendo sobremaneira a eficiência na prestação de serviços públicos.

A regulação, em que pese necessariamente envolva a persecução de interesses gerais, externos aos setores regulados, deverá ser realizada de forma sustentável e equilibrada, objetivando, em primeiro lugar, a viabilidade do setor. Assim, cabe à atividade regulatória a mediação entre os diferentes interesses privados e as metas e objetivos de interesse público (universalização, redução de desigualdades, modicidade de preços e tarifas), tudo isso de forma a garantir o melhor desenvolvimento do sistema, o que não se mostra tarefa fácil.

Para tanto, é imprescindível que haja uma clara separação entre a autoridade reguladora e a Administração Central, sob pena de permitir-se a captura do poder regulatório pelo poder político, comprometendo-se o equilíbrio do setor.

A indefinição dessas fronteiras pode ocasionar graves crises no setor regulado, como de fato ocorreu no setor de energia elétrica, nos casos da edição da Medida Provisória n. 579/2012 e do Decreto n.º 8.221/2014, abordados na presente dissertação.

Não obstante, é primordial que se assegure às agências não apenas os meios e recursos necessários para atuar de forma eficiente (tecnicidade; autonomia gerencial, financeira e orçamentária), sobre os quais se discorreu no desenvolvimento da presente dissertação, como também lhes garanta a sua real independência, a ser exercida com ampla liberdade - sem a possibilidade de avocação de competências ou de controle hierárquico -, restringida apenas pela observância do Devido Processo Legal, para o proferimento de

decisões confiáveis, transparentes, ponderadas, responsivas e previsíveis, controláveis sob o crivo da legalidade e da eficiência.

Conforme o nosso entendimento, a liberdade conferida às agências reguladoras, muito ao contrário de retirar-lhes a possibilidade de controle, incentivando a adoção de posturas arbitrárias, significa dotá-las de considerável responsabilidade pela qualidade das suas decisões, que deverão representar nada menos que a melhor solução no caso concreto, mediante justificativas válidas e coerentes.

Não obstante, o respeito ao Devido Processo Legal, mediante a adoção de procedimento inclusivo, transparente, previsível e motivado, destaca o papel mediador da Administração Pública na composição de interesses, permitindo o controle tanto do procedimento, quanto da qualidade da decisão regulatória.

Aliás, conforme a OCDE, a qualidade da decisão regulatória ultrapassa a simples noção de eficiência econômica, devendo levar em consideração aspectos referentes ao procedimento de elaboração da regulação e à efetividade da norma, reforçando a ideia de credibilidade da regulação e a sua função mediadora.

O que se tem, contudo, é que a realidade acabou por trasmudar a natureza do processo regulatório, especialmente quando há a captura do poder, de forma que os atos regulatórios, ao invés de buscarem a concretização dos direitos fundamentais e a legitimação da atividade regulatória, passam a se mostrar meros instrumentais a serem operados com a finalidade de atender a requisito procedimental, meramente burocrático.

A pesquisa realizada permite concluir que a ANEEL não tem produzido jurisprudência administrativa, na acepção mais estrita do termo, ou seja, julgados reiterados e pacificados, que autolimitem sua atividade e que permitam aos interessados obter certo grau de segurança e previsibilidade sobre a atividade regulatória.

Pois bem. Para além da intervenção direta do Poder Central na decisão regulatória, o contingenciamento de verbas - que inviabilizam contratações e investimentos em especialização e tecnologia - e a possibilidade de recondução dos dirigentes, ou de designação de dirigentes interinos, são algumas das ameaças à boa governança regulatória.

Veja-se que mesmo duas décadas após a constituição da ANEEL e mais de uma década após a autorização legislativa para a criação de cargos, a agência ainda sofre com a ausência de pessoal suficiente para o desempenho das suas funções, sendo o quantitativo

de pessoal apontado como uma das principais razões para o não cumprimento da agenda regulatória.

Não obstante, pretendeu-se demonstrar ainda, os prejuízos inerentes à captura do poder regulatório pelo controlador, apta a provocar instabilidade de regras e incongruência decisória.

Em que pese o controle seja ferramenta imprescindível à limitação da arbitrariedade - já estando a muito superada a ideia de que a Administração Pública teria espaços infensivos a qualquer controle -, entendemos que os seus contornos, hipóteses de cabimento e a sua extensão precisam ser objeto de maior reflexão.

De fato, conforme o estudo dos casos tratados no capítulo 4, são inegáveis os riscos da ingerência do Poder Judiciário<sup>209</sup> e do Tribunal de Contas sobre o mérito da decisão técnica, este último conforme interpretação deveras ampliada da dimensão "operacional" das inspeções e auditorias previstas no aludido inciso IV do art. 71 da Constituição Federal.

Vê-se que os limites do controle representam questão de extrema complexidade e sensibilidade, que necessita ser vista com certa reticência e maior profundidade. Se, de um lado, o controle contribui para garantir a aderência entre a atividade regulatória e as finalidades legais, especialmente a modicidade, universalidade e continuidade da prestação de serviços públicos, de outro, defender-se a inexistência de restrições ao seu exercício é o mesmo que transferir o poder regulatório para os órgãos de controle, transformando-os numa espécie de instância recursal – a qual não detém conhecimento técnico suficiente para a real compreensão dos diversos fatores envolvidos e interesses afetados pela decisão regulatória.

Pois bem. Ainda no que concerne aos desvios relacionados ao controle, destacamos casos relacionados à edição, pelo Ministério de Minas e Energia, das Portarias n.º 599/2012 e 176/2016. A primeira delas concernente aos leilões de energia existente, demonstrando-se a manipulação política dos critérios para habilitação, bem como do preço da energia e da conveniência e oportunidade para realização dos certames. Já a segunda,

---

<sup>209</sup>Foram analisados exemplos nos quais o Poder Judiciário atribuiu efeito vinculante ao conceito de “Empresa de Referência”, obrigando a concessionária a adequar sua estrutura em coincidência com o ideal regulatório; e também nos quais decisões judiciais determinaram a redistribuição do “Fator GSF”, impactando sobremaneira o gerenciamento e custeio do risco hidrológico, conforme detalhadamente demonstrado nos tópicos 4.2.2.1.1 e 4.2.2.1.2.

pela qual o Ministério avocou para si a competência da ANEEL para decidir sobre a aplicação de punições às concessionárias de geração (as quais contam com ampla participação da Eletrobrás), nas hipóteses de atraso na construção dos empreendimentos, onerando-se a tarifa.

Diante dos exemplos colacionados, buscamos demonstrar que a autonomia do regulador frente à Administração Central ainda caminha a passos lentos, com frequentes episódios de captura do poder regulatório pelo poder político ou pelo controle, questão apontada como um dos maiores óbices ao estabelecimento de um sistema regulatório confiável, transparente e coordenado.

Em resumo, concluímos que ainda são consideráveis os resquícios da visão tradicional da Administração Pública no direito regulatório brasileiro. De certo, não se obteve o necessário amadurecimento e fortalecimento da noção de regulação independente, que rapidamente passou a sofrer graves transmutações, afastando-se das bases teóricas que justificaram e legitimaram a criação das agências reguladoras.

Por tudo isso, o sistema regulatório do setor de energia não tem tido a capacidade de imprimir credibilidade, transmitindo o sentimento de inutilidade dos esforços, o que, somado ao nível de recursos necessários para transposição das barreiras da tecnicidade, acaba por ocasionar a deterioração do modelo.

Parece imprescindível migrar o debate da teoria da regulação para o campo da qualidade da atividade regulatória, a qual, como vimos, distancia-se a passos largos das bases teóricas do modelo.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL. Disponível em: <<http://sicnet2.aneel.gov.br/sicnetweb/pesquisa.asp>>.

\_\_\_\_\_. *Agenda Regulatória 2015/2016*. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=703&idPerfil=3>>. Acesso em: 17 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. *Anexo I – Relatório da Agenda Regulatória Indicativa da ANEEL do biênio 2012-2013*. Disponível em: <[http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/Relatorio\\_da\\_Agenda\\_2012\\_2013.pdf](http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/Relatorio_da_Agenda_2012_2013.pdf)>. Acesso em: 17 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. *Anexo I – Relatório da Agenda Regulatória Indicativa da ANEEL do biênio 2013-2014*. Disponível em: <[http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/Anexo\\_I\\_Acompanhamento\\_AR\\_2013\\_2014.pdf](http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/Anexo_I_Acompanhamento_AR_2013_2014.pdf)>. Acesso em: 17 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. *Anexo I – Relatório da Agenda Regulatória Indicativa da ANEEL do biênio 2014-2015*. Disponível em: <[http://www2.aneel.gov.br/arquivos/PDF/Anexo\\_I\\_Acompanhamento\\_AR\\_2014-2015.pdf](http://www2.aneel.gov.br/arquivos/PDF/Anexo_I_Acompanhamento_AR_2014-2015.pdf)>. Acesso em: 17 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. *Relatório da Agenda Regulatória Indicativa da SRD do ano de 2010*. Disponível em: <[http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/Relatorio\\_Agenda\\_Regulatoria\\_Indicativa\\_SRD\\_2010.pdf](http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/Relatorio_Agenda_Regulatoria_Indicativa_SRD_2010.pdf)>. Acesso em: 17 ago. 2016.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Administração pública pluricêntrica. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 54, 2001.

\_\_\_\_\_. As agências reguladoras independentes e a separação de poderes – uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 90, n. 786, p. 11-56, abr. 2001.

\_\_\_\_\_. Atividades privadas regulamentadas. ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

\_\_\_\_\_. O princípio da eficiência. *BDA: boletim de direito administrativo*, São Paulo, v. 21, n. 3, p. 319-323, mar. 2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regulação da economia: conceito e características contemporâneas. *Revista de Direito de Energia*, IBDE, ano 1, n. 2, p. 198-199, out. 2004.

\_\_\_\_\_. Supervisão ministerial das agências reguladoras: limites, possibilidades e o Parecer AGU n.º AC – 051. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 245, p. 237-262, maio/ago. 2007.

\_\_\_\_\_. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. *REDAE: revista eletrônica de direito administrativo econômico*, Salvador, n. 14, maio/jun. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-14-MAIO-2008-ALEXANDRE%20ARAGAO.pdf>>.

\_\_\_\_\_. (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de derecho público econômico (Modelo de Estado, gestion pública, regulacion econômica)*. Granada: Comares, 1999.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS DISTRIBUIDORAS DE ENERGIA ELÉTRICA – ABRADÉE. *Tarifas de energia*. Disponível em: <<http://www.abradee.com.br/setor-de-distribuicao/tarifas-de-energia/tarifas-de-energia>>.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Ed., 2004.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Ed., 2006.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Ed., 2014.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 229, p. 285-311, jul./set. 2002.

\_\_\_\_\_. Natureza jurídica e funções das agências reguladoras de serviços públicos. Limites de fiscalização a ser desempenhada pelo Tribunal de Contas do Estado. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 25, p. 76-81, 1999.

BINENBOJM, Gustavo. *Temas de direito administrativo e constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. (Coord.). *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Las ideologías y el poder en crisis*. Traductor: Juana Bigozzi. Barcelona: Ariel, 1988.

BREYER, Stephen. *Regulation and its reform*. 6. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1994.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAIRNCROSS, Frances. *The death of distance*. Boston: Harvard Business School Press, 1997.

CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA – CCEE. *Bancos e CCEE assinam contrato para financiamento às distribuidoras de energia*. 18/08/2014. Disponível em: <[https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages\\_publico/noticias-opiniao/noticias/noticialeitura?contentid=CCEE\\_292422&\\_afLoop=142500121172575#%40%3Fcontentid%3DCCEE\\_292422%26\\_afLoop%3D142500121172575%26\\_adf.ctrl-state%3D14ar26m59j\\_31](https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/noticias-opiniao/noticias/noticialeitura?contentid=CCEE_292422&_afLoop=142500121172575#%40%3Fcontentid%3DCCEE_292422%26_afLoop%3D142500121172575%26_adf.ctrl-state%3D14ar26m59j_31)>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. rev. e ampl. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Agências reguladoras e poder normativo*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CASSESE, Sabino. *Le base del diritto amministrativo*. 6. ed. Milano: Ed. Garzanti, 2000.

\_\_\_\_\_. *Las bases del derecho administrativo*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1994.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. *A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 219, p. 253-270, jan./mar. 2000.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. 2.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno (L'État post-moderne)*. Tradução da 3. ed. francesa para o português por Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. (Coleção Fórum Brasil-França de Direito Público I).

CONTI, José Maurício. *A autonomia financeira do Poder Judiciário no Brasil*. 2005. Tese (Livre Docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

CORTES no orçamento podem deixar Aneel, a agência da energia, sem luz. *Veja.com*, 23 maio 2016 Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/economia/cortes-no-orcamento-podem-deixar-aneel-a-agencia-da-energia-sem-luz/>>.

CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.

DAHL, Robert A. *Poliarquia: participação e oposição*. Tradução Celso Mauro Paciornik. São Paulo: EDUSP, 1997.

DALLARI, Adílson Abreu. Controle político das agências reguladoras. *Interesse Público*, Porto Alegre, v. 18, mar. 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

\_\_\_\_\_. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

\_\_\_\_\_. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. 3. éd. Paris: De Boccard, 1928. t. 2.

DURAN MARTINEZ, Augusto. *Neoconstitucionalismo y derecho administrativo*. Buenos Aires: La Ley, 2012.

EDLEY, Christopher F. *Administrative law: rethinking judicial control of bureaucracy*. London: Yale University Press, 1990.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, n. 35, p. 143-158, dez. 2000.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub. Instituições e política no controle do Executivo. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 44, n. 4, 2001.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.

FIGUEIREDO, Marcelo. *As agências reguladoras: o Estado Democrático de Direito no Brasil e sua atividade Normativa*. São Paulo: Malheiros Ed., 2005.

FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros Ed., 2014.

GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo. *Revolución Francesa y administración contemporânea*. 4. ed. Madrid: Civitas, 1998.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1990.

\_\_\_\_\_. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2002.

\_\_\_\_\_. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Ed., 2003. (Coleção Temas de Direito Administrativo).

JÈZE, Gatson. *Principios generales del derecho administrativo*. Traducción de Juan N. San Millán Alamagro. Buenos Aires: De Palma, 1949. v. 2.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Restrições regulatórias à concorrência*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

JORGE, José. Agências Reguladoras e o controle dos seus atos pelo Tribunal de Contas. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 259, p. 309-412, jan./abr. 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. Agências reguladoras e democracia: existe um déficit democrático na “regulação independente”? In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. Novos sujeitos da administração pública: consórcios públicos criados pela Lei Federal n.º 11.107. In: OSÓRIO, Fabio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coords.). *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UnB, 1980.

MAJONE, Giandomenico. Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e consequências da mudança no modo de governança. Tradução de René Loncan. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate europeu*. São Paulo: Ed. Singular, Núcleo Direito e Democracia/CEBRAP, 2006.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

\_\_\_\_\_. *Agências reguladoras: instrumentos do fortalecimento do Estado*. São Paulo: Associação Brasileira de Agências de Regulação – ABAR, 2003. Disponível em: <<http://www.aris.sc.gov.br/download/c2l0ZV9iaWJsaW9fZG93bjsxNTsaXZYby1hZ2VuY2lhcy1yZWd1bGFkb3Jhcy1pbmN0cnVtZW50b3MtZG8tZm9ydGFsZWVudG8tZG8tZXN0YWVWvLWFiYXlucGRm>>. Acesso em: 10 set. 2016.

\_\_\_\_\_. A bipolaridade do direito administrativo e a sua superação. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (Orgs.). *Contratos públicos e direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Ed., 2015.

\_\_\_\_\_. Os grandes desafios do controle da administração pública. In: MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

\_\_\_\_\_. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, jan. 2003.

\_\_\_\_\_. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. *REDAE: revista eletrônica de direito administrativo econômico*, Salvador, n. 4, nov./dez. 2005 – jan. 2006. Disponível em: <[http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-4-NOVEMBRO-2005-FLORIANO\\_AZEVEDO.pdf](http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-4-NOVEMBRO-2005-FLORIANO_AZEVEDO.pdf)>.

\_\_\_\_\_. A nova regulamentação dos serviços públicos. *REDAE: revista eletrônica de direito administrativo econômico*, Salvador, n. 1, fev./abr. 2005.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Orgs.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros Ed., 2002.

\_\_\_\_\_; LEITE, Fábio Barbalho. Peculiaridades do contrato de arrendamento portuário. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 231, p. 269-295, jan./mar. 2003.

MARRARA, Thiago A legalidade na relação entre Ministério e agências reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Agências reguladoras e democracia: participação pública e legitimidade. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros Ed., 2002.

\_\_\_\_\_. Regulação econômica e democracia: contexto e perspectivas na compreensão das agências de regulação no Brasil. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Regulação, direito e democracia*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002.

\_\_\_\_\_. (Coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate europeu*. São Paulo: Ed. Singular, Núcleo Direito e Democracia/CEBRAP, 2006.

\_\_\_\_\_. (Coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Ed. 34, 2004.

MEDAUAR, Odete. A figura da concessão. In: MEDAUAR, Odete (Coord.). *Concessão de serviço público*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre princípio da eficiência. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 31, p. 47-55, 2000.

MONTEIRO, Vera. As leis de procedimento administrativo: uma leitura operacional do princípio constitucional da eficiência. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Orgs.). *As leis de processo administrativo*. São Paulo: Malheiros Ed.; SBDP, 2006.

MORAND, Charles-Albert. *La légalité: um príncipe à géometrie variable*, Genebra, Helbing & Lichtenhan, 1992.

MOREIRA, Vital. *Administração autônoma e associações públicas*. Coimbra: Coimbra Ed., 1997.

\_\_\_\_\_. Agências reguladoras independentes em xeque no Brasil. In: MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. *A mão visível: mercado e regulação*. Coimbra: Amedina, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Apontamentos sobre a reforma administrativa. EC 19, de 4 de julho de 1998*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. Natureza jurídica, competência normativa e limites de atuação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 215, p. 71-83, 1999.

\_\_\_\_\_. A regulação sob a perspectiva da nova hermenêutica. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Eletrônico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 12, nov./2007 / jan. 2008.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. *Recomendação do Conselho sobre Política Regulatória e Governança*, 2012. Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf>>.

\_\_\_\_\_. *Relatório sobre a Reforma Regulatória do Brasil*, 2007. Disponível em: <<http://www.regulacao.gov.br/acompanhe-o-pro-reg/livros/brasil-fortalecendo-a-governanca-para-o-crescimento.pdf/view>>.

PÓ, Marcos Vinícius. *A accountability no modelo regulatório brasileiro: gênese e definições (os casos da ANATEL e da ANS)*. 2004. Dissertação (Mestrado em Administração de Empresas) - Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2004.

POR FALTA de orçamento, Aneel suspende canais de atendimento. *Exame.com*, 6 maio 2016. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/por-falta-de-orcamento-aneel-suspende-canais-de-atendimento/>>.

POSNER, Richard A. Teorias da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Ed. 34, 2004.

PRADO, Mariana Mota. The challenges and risks of creating independent regulatory agencies: a cautionary tale from Brazil. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 41, n. 2, Mar. 2008.

PRIGOGINE, Ilya. *La fins de certitudes*. Paris: Editions Odile Jacob, 1996.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 249-274, out./dez. 2013.

\_\_\_\_\_. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SERVICE Public et Communauté Européenne: entre l'Intérêt Général et le Marché (Actes du Colloque de Strasbourg 17-19 Octobre 1996, sous la direction de Robert Kovar et de Denys Somon, Paris: La Documentation Française, 1997. 2 v.

STONE, Geoffrey R.; SEIDMAN, Robert H.; SUNSTEIN, Cass R.; TUSHNET, Mark. V. *Constitutional law*. 2. ed. Boston: Little, Brown & Company, 1991.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros Ed., 2000.

\_\_\_\_\_; CÂMARA, Jacintho Arruda. O Tribunal de Contas da União e a regulação. In: FIGUEIREDO, Marcelo (Coord.). *Novos rumos para o direito público: estudos em homenagem à Professora Lúcia Valle Figueiredo*. Belo Horizonte, Fórum, 2012.

SUNSTEIN, Cass R. O constitucionalismo após o New Deal. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Ed. 34, 2004.

VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessôa. *Análise de impacto regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

\_\_\_\_\_. *A qualidade da regulação estatal no Brasil: uma análise a partir de indicadores de qualidade*. 2015. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

VICKERS, J.; JAY, J. Regulatory reform: an appraisal. In: MAJONE, Giandomenico (Ed.). *Deregulation or re-regulation? Regulatory reform in Europe and the United States*. New York: St. Martin's Press, 1988.

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

WALD, Arnoldo. O direito das privatizações. In: WALD, Arnoldo. *Direito das concessões*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. (Série Grandes Pareceristas, v. 3).

\_\_\_\_\_. O princípio fundamental da segurança jurídica. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do; VELLOSO, Carlos (Coords.). *Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: LEX, 2005.

\_\_\_\_\_; MORAES, Luiza Rangel de. Agências reguladoras. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 141, p. 143-171, jan./mar. 1999.

WANG, Daniel Wei Liang; PALMA, Juliana Bonacorsi de; COLOMBO, Daniel Gama. Controle judicial dos atos regulatórios: uma análise da jurisprudência. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (Org.). *Direito econômico regulatório*. São Paulo: Saraiva, 2010.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Brasília: Ed. UnB, 2003. v. 1.

\_\_\_\_\_. Fundamentos da organização burocrática: uma construção do tipo ideal. In: CAMPOS, Edmundo. (Org.) *Sociologia da burocracia*. Rio de Janeiro: Zahar: 1966.