

1 2 9 0



UNIVERSIDADE D  
COIMBRA

Marina Martins Maneschy

# DA GESTÃO E REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS NO BRASIL E O SETOR DA ENERGIA ELÉTRICA

Dissertação no âmbito do Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Políticas com menção em Direito Administrativo orientada pelo Professor Doutor Pedro António Pimenta Costa Gonçalves e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Julho de 2019



FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE  
**COIMBRA**

**DA GESTÃO E REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS NO BRASIL E  
O SETOR DA ENERGIA ELÉTRICA**

**MANAGEMENT AND REGULATION OF PUBLIC SERVICES IN BRAZIL  
AND THE ELECTRIC POWER SECTOR**

**MARINA MARTINS MANESCHY**

Dissertação apresentada no âmbito do 2º  
Ciclo de Estudos em Direito (conducente  
ao grau de mestre) da Faculdade de  
Direito da Universidade de Coimbra.

Área de Especialização: Mestrado  
Científico em Ciências Jurídico-Políticas  
com menção em Direito Administrativo.

Orientador: Professor Doutor Pedro  
Costa Gonçalves.

**COIMBRA  
2019**

Aos brasileiros que lutam pelo desenvolvimento do País.

## AGRADECIMENTOS

Como que numa oração ao tempo, alguns dias eu pedia para que ele passasse depressa, e noutros que o fim não chegasse. Agora, parece que fechei os olhos e quase dois anos passaram, ao mesmo tempo, dois anos que pareceram ser alguns mais: tantas pessoas conhecidas, experiências vividas, conhecimentos e aprendizados adquiridos. “Que pode acontecer (...) se o tempo não passar?” É ele que nos permite (re)conhecer e aprender.

Àqueles que estão comigo apesar de qualquer distância física. Meus pais, minhas irmãs e meus avós, parafraseando Chico Buarque, vocês sempre serão o meu amor, serão a minha paz.

Na academia, não poderia deixar de agradecer aos meus professores que tanto me inspiraram e continuarão a inspirar. Em especial ao meu orientador, Professor Doutor Pedro Gonçalves, por me fazer conhecer o Direito Administrativo de outra perspectiva (que ainda mais me intriga e instiga) desde as suas aulas no primeiro ano do mestrado.

Enfim, aos amigos – de longe e de perto – que me entenderam nesse período e alegraram meus dias. “A vida é a arte do encontro, embora haja tanto desencontro pela vida”. Os encontros, portanto, não são por acaso, e esta vida vale a pena porque compartilho com vocês.

“(...) Céu de estrela sem destino  
De beleza sem razão  
Tome conta do destino, Xangô  
Da beleza e da razão (...)”.  
(Caetano Veloso e Gilberto Gil)

## RESUMO

Sabe-se que o Estado tem responsabilidade para com diversas atividades perante os seus cidadãos. Algumas delas são intituladas como serviços públicos. Em que pese tal nomenclatura não ser mais empregada em alguns países do globo e sofra variações conceituais, ao fim e ao cabo, há atividades que são de responsabilidade do ente estatal, cabendo a ele prestá-las, o que não implica no silogismo, contudo, de que a prestação deva ser de forma direta. Há, destarte, meios indiretos de gestão dos serviços públicos, sendo assim, alguns desses serão apresentados utilizando o direito brasileiro como fundamento. Diante das mudanças, de caráter político e econômico primordialmente, ocorridas no mundo com a globalização, foi inevitável que não apenas os Estados como um todo tenham passado por transformações (a começar pela transição do modelos de Estado liberal para social), mas também as Administrações Públicas. Com isso, neste mundo complexo, as obrigações sociais para com os cidadãos persistem, e um novo modelo de Estado vem surgindo (em processos não concomitantes pelo mundo), com o desafio de conciliar a efetivação de direitos garantidos – muitas das vezes em âmbito constitucional – com o paradigma hegemônico do capitalismo e da globalização. Esse modelo tem sido chamado de Estado Regulador, caracterizado, eminentemente, como se pode perceber a partir do desempenho da atividade regulatória. Para realizar o que se propõe foram feitas pesquisas bibliográficas, de normas e documentos, e ainda, com o objetivo de exemplificar e perceber melhor na prática como se dá a atividade regulatória, será analisada uma entidade reguladora independente do Estado brasileiro, incumbida de regular o setor da energia elétrica, e ao fim, deprender certos pontos e apresentar novas questões.

**Palavras-chave:** Serviços públicos. Gestão. Regulação. Setor de energia elétrica.

## ABSTRACT

It is known that the State has responsibility for many activities vis-à-vis its citizens. Some of them are titled as public services. Although such nomenclature is no longer used in some countries of the globe and undergoes a few conceptual variations, after all, there are activities that are responsibility of the state entity, and it is up to them to provide them, which does not imply in the syllogism however, that the benefit must be directly. There are, therefore, indirect ways of managing public services, and thus, some of these will be presented using Brazilian law as foundation. In the face of the fundamental political and economic changes that have taken place in the world with globalization, it is inevitable that not only the states as a whole have undergone transformations (beginning with the transition from liberal to social state models) but also the Public Administrations, in this complex world, social obligations towards citizens persist, and a new state model has emerged (in non-concomitant processes around the world), with the challenge of reconciling the realization of the guaranteed rights – often in the constitutional sphere – with the hegemonic paradigm of capitalism and globalization. This model has been called the Regulatory State, characterized, as it can be perceived from the performance of the regulatory activity. In order to carry out what has been proposed, bibliographical researches, norms and documents have been carried out. In order to better exemplify and perceive in practice how this activity takes place, a regulatory entity independent of the Brazilian State, in charge of regulating the electric power sector, will be analyzed, and finally, to grasp certain points and present new questions.

**Keywords:** Public Services. Management. Regulation. Electric power sector.

## **ABREVIATURAS E SIGLAS**

ACL – Ambiente de Contratação Livre

ACR – Ambiente de Contratação Regulada

ANA – Agência Nacional das Águas

ANATEL – Agência Nacional das Telecomunicações

ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica

ANTT – Agência Nacional dos Transportes Terrestres

CCEE – Câmara de Comercialização de Energia Elétrica

CFB – Constituição Federal do Brasil

Cfr. – conforme

CMSE – Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico

CNPE – Conselho Nacional de Política Energética

CRP – Constituição da República Portuguesa

EPE – Empresa de Pesquisa Energética

EUA – Estados Unidos da América

IASC – Índice ANEEL de Satisfação do Consumidor

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

*Ib. - ibidem*

*Id. - idem*

MME – Ministério de Minas e Energia

OMC – Organização Mundial do Comércio

ONG – Organização Não Governamental

ONS – Operador Nacional do Sistema Elétrico

*Op. Cit. – opus citatum*

OS – Organização Social

OSCIP – Organização da Sociedade Civil de Interesse Público

p. – página

PND – Plano Nacional de Desestatização

PPP – Parcerias público-privadas

SIN – Sistema Integrado Nacional

SRD – Superintendência de Regulação dos Serviços de Distribuição

SRG – Superintendência de Regulação dos Serviços de Geração

SRT – Superintendência de Regulação dos Serviços de Transmissão  
Ss – seguintes

<b>ÍNDICE</b>	
<b>RESUMO</b> .....	5
<b>ABSTRACT</b> .....	6
<b>ABREVIATURAS E SIGLAS</b> .....	7
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>1 DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL: OS SERVIÇOS PÚBLICOS E SUAS TRANSFORMAÇÕES</b> .....	13
<b>1.1 O Estado regulador</b> .....	16
<b>1.2 A compreensão inicial, da Escola de Serviços públicos de Bordeaux e de Maurice Hauriou</b> .....	19
<b>1.3 Noções conceituais acerca dos serviços públicos</b> .....	21
<b>1.4 Serviços públicos no Brasil: a Constituição Federal de 1988 como marco normativo</b> 25	
<b>2 PÚBLICO X PRIVADO E A GESTÃO E REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS</b> 36	
<b>2.4 Estado e Administração Pública</b> .....	37
<b>2.5 Gestão direta dos serviços públicos</b> .....	40
<b>2.6 Gestão indireta: transferências e privatizações</b> .....	42
2.6.1 Permissão e autorização .....	48
2.6.2 Concessão.....	49
2.6.3 Parcerias público-privadas .....	54
2.6.4 Empresas estatais .....	57
<b>2.7 Regulação de serviços públicos</b> .....	63
<b>3 A ENERGIA ELÉTRICA ENQUANTO SERVIÇO PÚBLICO NO BRASIL</b> .....	74
<b>3.4 Notas introdutórias</b> .....	78
<b>3.5 Cadeia produtiva da energia elétrica</b> .....	81
<b>3.6 Regulação do setor</b> .....	85
<b>3.7 Análise da prestação do serviço e conclusões</b> .....	88
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	98
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	101
<b>LISTA DE NORMAS, LEGISLAÇÕES E DOCUMENTOS CITADOS</b> .....	107

## INTRODUÇÃO

Perceber que o Direito não está sozinho na seara das ciências sociais é fundamental para uma compreensão fidedigna. Na área do direito administrativo, especificamente, é imperioso que se atente às transformações políticas e econômicas, principalmente. Entretanto, não deixar paixões prevalecerem sobre a análise jurídica consiste em um – grande – desafio. Afinal, tais transformações influenciam diretamente na Administração Pública e no desempenho das suas atividades.

Os serviços públicos, portanto, como atividades a serem desempenhadas por um desdobramento do Poder Executivo acabam por sofrer diretamente as consequências das mudanças inerentes à sociedade globalizada que se tem constituído há algumas décadas.

Tendo isso em consideração, não surpreende ver processos como o da privatização, e do desuso da gestão direta dos serviços públicos. Ainda que sejam estes de responsabilidade estatal, isto não significa, contudo, que o Estado deva prestá-los de forma direta. O que ocorre em razão, inclusive, da imensa diversidade de serviços públicos que têm surgido, decorrentes das necessidades dos cidadãos que passaram a ser, desde a promulgação de cartas constitucionais, obrigações dos estados em provê-las.

Como se verá, tal modelo provedor, ainda que necessário para reerguer muitos países após terem sido devastados por duas guerras de proporções mundiais, não foi possível de ser sustentado por muito tempo, forçando-os a buscar outra solução.

Relativamente, portanto, aos serviços públicos, a despeito de a utilização de meios de gestão indireta não ter sido novidade com a ascensão do capitalismo enquanto modelo dominante, tendo em vista que já era ela utilizada antes desta disputa ideológica que dividiu o mundo, inegavelmente esta forma de gestão passou a ser mais amplamente empregada, devido às imperatividade de políticas liberalizantes e privatizadoras. Do mesmo modo se passou a ver a atuação dos privados no desempenho de atividades públicas uma solução em face à enorme gama de necessidades a serem satisfeitas, e de responsabilidade do Estado.

É então que perceber possuírem as sociedades uma necessidade em serem congregantes é essencial para se compreender esse novo modelo de Estado que vem se desdobrando como “evolução” do Estado social, sem deixar totalmente de lado o Estado liberal.

Tal modelo de Estado não assim o deixa de ser. Ele continua com funções que já tinha antes, não se vê – e aqui se adianta – algo de revolucionário, do ponto de vista político

ou jurídico. O Estado continua a desempenhar as funções de gestão e fiscalização, e nos outros poderes, a função judicante e legiferante. Mas, inegavelmente, há uma nova roupagem na atuação do Estado no âmbito da administração pública, a qual aqui mais se interessa e deterá.

É impensável, por exemplo, – apesar de real – que cidadãos sejam desprotegidos e desamparados, a depender de caridades. Por outro lado, também não se mostra viável um ente público tão forte a ponto de ser um segurador universal. O Estado não existe para fazer caridades, mas para efetivar justiça social, combater desigualdades e ser o principal promotor do desenvolvimento, o que se faz com políticas públicas capazes efetivar direitos, prover as necessidades e incluir as pessoas no meio social.

Com esses objetivos a serem efetivados surge no Estado regulador uma esperança. Uma esperança em ter aprendido com os erros dos modelos passados, uma esperança em superar desafios novos que são postos a cada dia, e outros nem tão novos assim. Por óbvio que as realidades distintas dos países acabam por impedir que uma “fórmula” possa ser aplicável a todos e que faça dar certo. Conforme se disse no início, são inúmeros os fatores e áreas de estudo distintas que devem ser considerados nas ciências sociais, e que ainda mudam a cada momento.

É portanto, que são vários os desafios encontrados no exercício da atividade administrativa e por consequência na gestão e regulação dos serviços públicos. Quando se trata de países como o Brasil em que, para além das dimensões territoriais, possui diversas outras dificuldades, as atividades a serem desempenhadas pelas entidades reguladoras devem ter como premissa não apenas a prestação do serviço com qualidade, mas outrossim, devem considerar que as medidas por elas tomadas geram impactos e devem ser postas em prática com base em estudos, na criação e implementação de políticas públicas.

A despeito dos destinatários finais dos serviços públicos serem os cidadãos e, portanto, a atividade regulatória também possuir esse fim último de satisfação das necessidades daqueles, não cabe mais nessa conjuntura acreditar e deixar todas as funções a cargo único e exclusivo do ente público, sendo os cidadãos meros espectadores da atividade estatal e “receptores” de direitos e serviços. É necessário que haja uma participação mais ativa dos cidadãos na *res* pública, na atividade administrativa, e outrossim, dos outros Poderes, aos quais cabe também a função de fiscalizar.

Em todo esse contexto, percebe-se que desde a escolha do meio de gestão e do instituto para prestação dos serviços à atividade regulatória a ser desenvolvida pelas entidades competentes para tanto consistem em desafios para a Administração. No entanto, há que se considerar que o desenvolvimento das ciências e tecnologias deve ser aqui utilizados com o escopo de analisar as necessidades e a realidade social, e a partir de estudos prévios fazer tais escolhas e elaborar políticas de regulação efetivas e que, em última instância, acarretem na melhoria da prestação dos serviços, num alcance tanto quantitativo quanto qualitativo. Afinal essa é a função primordial dos serviços públicos, desde a sua “criação” enquanto instituto jurídico.

A partir disso e nesse contexto, as agências reguladoras são entidades – normalmente de caráter independente, como acontece no Brasil – instituídas única e exclusivamente com o fim de desenvolver a regulação de atividades, sejam essas exercidas por organizações públicas e/ou privadas, e que acabam muitas vezes se desdobrando em serviços públicos. Este é o caso, no Brasil, de agências que regulam as telecomunicações, os transportes terrestres, a energia elétrica. Esta última será objeto de análise específica no último capítulo.

Diante da variedade de serviços públicos, dos modos de gestão e ainda, da regulação que não deve seguir um manual padrão para todos os serviços, mas sim, respeitar as individualidades e tecnicidades de cada um, é imprescindível que haja entidades reguladoras em separado, capazes de despender estudos e trabalhos específicos e focados na área/atividade. Este é, por exemplo o objetivo da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, a primeira agência reguladora criada no Brasil.

A função da entidade, que conta com pouco mais de vinte anos de criação, como se pode imaginar sem muito esforço, possui enormes desafios que serão abordados no decorrer do trabalho.

Desta feita, a partir destas notas introdutórias, apresenta-se o presente trabalho que busca (em que pese a necessidade de serem levadas em consideração temas e matérias afetos, em razão de estarem eles imiscuídos, nomeadamente a política e economia) estabelecer uma explanação que se atrele eminentemente à juridicidade a respeito das temáticas propostas, de modo a chegar a algumas conclusões, mas também, a novos questionamentos.

## 1 DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL: OS SERVIÇOS PÚBLICOS E SUAS TRANSFORMAÇÕES

Tratar sobre serviços públicos deve provocar a reflexão acerca do surgimento e da necessidade destes. De que forma se dava a estruturação inicial de tais serviços, quais seriam os serviços públicos à época do seu “surgimento”, como surgiram? São questões que se apresentam a partir do momento que se iniciam os estudos a respeito do tema.

Todavia, mais do que isso, se perceberá que foram os serviços públicos, e desde aqui constata-se a sua extrema relevância, o ponto de partida para a guinada do sistema jurídico no fim do século XIX, a partir da intervenção do Estado na economia<sup>1</sup>.

Estes serviços, portanto, surgiram a partir das necessidades, facilmente identificáveis, dos seres humanos, como acesso à água, saneamento, energia elétrica – e ainda mais recentemente, saúde, educação. Necessidades essas e as maneiras como se dão as prestações dos diversos serviços públicos que se têm atualmente nem sempre assim foram. De modo que é possível perceber desde já, que não somente os serviços públicos em si, mas também a forma como esses são prestados, e se modificam no decorrer do tempo de acordo com as mudanças sociais, políticas, econômicas e até culturais, que ocorrem diuturnamente.

É nesse sentido que Alexandre Aragão<sup>2</sup> ensina que os serviços religiosos à época da Idade Média e ginásios e banhos públicos na antiga Atenas eram considerados “serviços essenciais” e diferentemente do que ocorre hoje, a educação e saneamento, dentre tantos outros que ainda vêm surgindo e gerando a discussão sobre a responsabilidade da prestação.

A questão se dá, inclusive, em decorrência dos momentos históricos pelos quais já se passou e as experiências que os modelos de Estado exerceram sobre a estruturação da teorização e dos conceitos dos serviços públicos, quais sejam o liberal e o providência (também conhecido como Estado Social). Perceber, portanto, o contexto, seja histórico, social, econômico, é essencial para análises jurídicas. No presente trabalho por óbvio que tais fatores serão levados em consideração, todavia não se aterá a longas explanações históricas.

A prestação de serviços públicos, como o próprio nome já diz, implica em uma prestação de serviço por parte do Estado, o que não significa, necessariamente, por sua vez,

---

<sup>1</sup> ZEGARRA, Diego Valdivia. Del Servicio Público a los servicios de interés general: la evolución del *service public* en el sistema jurídico. In: *Círculo de Derecho Administrativo*. Número 12. 2012, p. 13.

<sup>2</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense. 2013, p. 2.

que essa prestação será feita diretamente por ele. Isto é, a responsabilidade em prestá-lo é do Estado, podendo este delegar determinada função a um terceiro, que pode ser, tanto interno quanto externo à Administração Pública, isto é, tanto um ente público quanto uma organização de natureza privada.

O que importa destacar neste momento inicial é a ideia da transição pela qual os estados ainda passam do modelo de Estado Social para o Estado Regulador, e as implicações que isso traz nas mais diversas searas, até mesmo nos serviços públicos, seja nas formas de gestão ou de prestação deles.

A configuração que os países vêm tomando atualmente, fruto da crise do Estado providência, ocorre graças à percepção de que os estados se encontravam sobrecarregados de responsabilidades na prestação de serviços, que eles não tinham como dar conta face à demanda diversa e crescente, diante das mais variadas necessidades dos cidadãos. Tal situação acabava gerando uma prestação deficiente, prejudicando principalmente aqueles mais vulneráveis que não teriam condições de pagar por um serviço privado, o que, por sua vez, acabava por reforçar ainda mais as desigualdades<sup>3</sup>.

De todo modo, é necessário analisar a questão com olhar crítico a fim de, também, não romantizar e idealizar a delegação da prestação dos serviços aos privados, de modo que resulte em conclusões de senso comum que não enriquecem o debate, e conseqüentemente não ensejem o aprimoramento da prestação dos serviços de modo a não assegurar os direitos aos quais os cidadãos fazem jus.

Voltando um pouco mais atrás, enquanto no modelo de Estado liberal, que vigorou por algum tempo entre os séculos XIX e XX, o Estado se abstinha das prestações e os serviços eram direito de quem por eles poderia pagar, acreditava-se (ou melhor, era conveniente – para uma classe dominante – acreditar) que o desenvolvimento seria algo natural, consequência do mercado, o que, todavia, não aconteceu, como se sabe.

Logo, em decorrência disso, no período pós-guerras mundiais, emergiram os estados sociais, e a figura estatal passou a ser muito mais forte e presente. Exercendo um

---

<sup>3</sup> Perceba-se que isso não é exclusividade do modelo de Estado Social de décadas passadas, mas que ocorreu no Estado liberal, e até hoje, nomeadamente nos países periféricos, pois quando a prestação da atividade exige uma contraprestação, esta pode não ser condizente com a capacidade econômica-financeira de parte da população, o que acaba por reforçar desigualdades sociais e marginalização. Diante disso que se fazem necessárias políticas no sentido de garantir a universalização desses serviços de modo acessível a todos.

papel de protagonista neste contexto, as constituições<sup>4</sup> dos Estados Democráticos vieram trazendo um extenso rol de direitos a serem providos pelo ente público, aqueles que não tratam, nas palavras de Fernando Facury Scaff<sup>5</sup>, “(...) apenas de direitos da pessoa contra o estado, mas do homem inserido no sistema de produção econômico”. Ocorre que, logo os estados se viram sobrecarregados e incapazes de prestar com qualidade todos aqueles serviços com os quais se comprometeram, sendo necessário de tal modo que fossem buscadas soluções para o provimento dos direitos sociais (muitos dos quais têm a sua prestação desdobrada em serviços públicos) aos cidadãos.

Aliás, foi nesse contexto, de necessidade de uma solução intermediária, no fim do século XIX, que o uso da figura da concessão<sup>6</sup> foi ampliado, quando passou a ser utilizada pelo Estado a fim de substituí-lo, nomeadamente,

(...) na nova *administração de infra-estrutura* (construção de caminhos de ferro, de redes de abastecimento de água, de iluminação pública e de comunicações) e na *exploração dos serviços prestados* com base nessa infra-estrutura (prestação de serviços públicos ferroviários, de abastecimento de água, de iluminação pública, telégrafos e telefones): nascia a *concessão (de obras e) de serviços públicos* e iniciava-se a época dourada das ‘grandes concessões’<sup>7</sup>.

Cumprе ressaltar, ainda que com esse aumento do protagonismo dos estados, eles passaram a assumir não somente a prestação dos serviços, passando a desempenhar atividades econômicas. Tudo isso acaba por gerar limites cada vez menos definidos entre o setor público e o privado, de modo que há inúmeros serviços públicos desempenhados por agentes privados, e por outro lado, atividades econômicas desenvolvidas pelo Estado, sendo isso uma importante marca da sociedade contemporânea e das mudanças ocorridas no Direito Administrativo, desde a sua “criação”.

---

<sup>4</sup> Interessante notar a respeito das cartas constitucionais é a questão da temporalidade de tais documentos, os quais são de suma importância para os estados contemporâneos. Acerca do tema, consultar TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; GUIMARÃES FILHO, Gilberto. Tempo e Direito: reflexões sobre a temporalização da Constituição a partir de Paul Ricouer e François Ost. In: Revista Culturas Jurídicas, Vol. 1, Núm. 1, 2014.

<sup>5</sup> Scaff, Fernando Facury. Equilíbrio orçamentário, sustentabilidade financeira e justiça intergeracional. In: Boletim de Ciências Econômicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVII Tomo III, 2014, p. 3182.

<sup>6</sup> O assunto será mais abordado no capítulo seguinte, mas para mais ensinamentos a respeito consultar, no Brasil: JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003. E em Portugal: GONÇALVES, Pedro. A Concessão de Serviços Públicos. Uma aplicação da técnica concessória. Coimbra: Almedina, 1999.

<sup>7</sup> GONÇALVES, Pedro. A Concessão de Serviços Públicos. Uma aplicação da técnica concessória. Coimbra: Almedina, 1999, p. 48.

Tal interação e limites entre os setores público e privado se dão não apenas no que diz respeito às contratações e/ou à prestação de serviços e exploração de atividades econômicas, mas outrossim, por exemplo em relação aos convênios e/ou parcerias<sup>8</sup>.

Pois, conforme já se afirmou anteriormente, com a crise do Estado social, o ente público passou a delegar as atividades, gerando vários desdobramentos a partir de então. Algumas questões que merecem ser levantadas desde já: com as delegações, ou também chamadas privatizações (expressão essa utilizada de forma genérica), o poder público não perde a titularidade do serviço (tampouco a responsabilidade pela qualidade do serviço prestado pelo particular); a partir dessa “nova” maneira de gestão, ao estado serão atribuídas novas funções, como a gestão dos contratos e a regulação (em sentido amplo) dos serviços, pois, como dito, a responsabilidade continua sendo dele.

As questões supramencionadas serão discutidas no decorrer do estudo, não com a intenção de encontrar respostas incontestáveis e absolutas, mas de fomentar a discussão e até mesmo provocar novas.

## 1.1 O Estado regulador

Experimentados os ônus e os bônus da era liberal e da era da providência, e com as mudanças e evoluções que são inerentes à sociedade, vive-se hoje o que se tem chamado de Estado regulador. A seu modo, em cada fase, há sempre uma intervenção do Estado na economia, até mesmo porque, como afirma Massimo Severo Giannini<sup>9</sup>,

(...) lo Stato, e prima di esso gli ordenamenti generali che avevano caratteristiche giuridiche diverse dallo Stato, hanno sempre disciplinato fatti attinenti all'economia, assumendo ciò come una delle loro attribuzioni fondamentali. [e ainda] (...) da quando si ha testimonianza della costituzione di ordenamenti generali, si constata che essi sempre si sono occupati di regolare materie attinenti all'economia del loro tempo.

Deve-se notar que hoje, com a configuração do mundo globalizado<sup>10</sup>, a posição dos Estados vem mudando, assim como as suas funções. De modo que a necessidade

---

<sup>8</sup> A exemplo do que fora dito, têm-se, no Brasil as chamadas Organizações Sociais – OS; Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP; Organizações não governamentais – ONGs, além das entidades integrantes do chamado sistema S. Todas essas integram o chamado terceiro setor.

<sup>9</sup> GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto Pubblico dell'Economia*. Ed. Il Mulino. 1995, p. 20.

<sup>10</sup> Merece destaque a afirmação de Manuel Castells citado por Alexandre Santos de Aragão a respeito da globalização, que segundo ele é “(...) ao mesmo tempo, dinamismo produtivo, inclusão dos criadores de valor e marginalização social, exclusão dos que carecem de interesse como produtores ou consumidores a partir da

de intervenção se dá de maneira distinta daquelas que ocorreram nos outros momentos analisados. Isto porque, conforme já exposto anteriormente, várias são as mudanças, desde o surgimento de diversas necessidades dos cidadãos à emergência de um mercado cada vez mais liberalizado, em que os estados não disputam mais territórios, mas sim mercados.

Tanto é real a disputa por mercados que a regulação, tanto do mercado interno, quanto do mercado internacional é algo cada vez mais presente, de modo que, instituições como a Organização Mundial do Comércio – OMC desenvolvem instrumentos a fim de liberalizar e regular os diversos setores do mercado, inclusive o das contratações públicas<sup>11</sup>, e conseqüentemente fomentar e proporcionar uma maior segurança ao comércio internacional e à circulação de bens e serviços.

Desse modo, a intervenção dos Estados nas economias é necessária – não de hoje -, todavia, deve ser adequada ao momento e contexto vividos, e atualmente tem se dado por meio, fundamentalmente, da regulação<sup>12</sup>. Interessante é perceber que ao mesmo tempo que essa regulação além dos Estados começa a existir, ela se torna também em limites às fronteiras das intervenções nacionais<sup>13</sup>, constituindo isso mais uma expressão do mundo globalizado.

Tais limites podem ser de natureza econômica, política e até cultural, e se hoje, o modelo de Estado regulador que vem sendo colocado em prática (já) tem seus defeitos, dando azo a diversas críticas, não se pode esquecer que ele é fruto da experiência frustrada,

---

perspectiva da produtividade, competitividade e lucro, que constituem critério fundamental para mercados desregulados e economias privatizadas”. CASTELLS, Manuel *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos Serviços Públicos. 3.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense. 2013, p. 47. Também a respeito do conceito de globalização, Boaventura de Sousa Santos afirma que “Uma revisão dos estudos sobre os processos de globalização mostra-nos que estamos perante um fenômeno multifacetado com dimensões econômicas, sociais, políticas, culturais, religiosas e jurídicas interligadas de modo complexo”. SANTOS, Boaventura de Sousa. Os processos da globalização. In: A Globalização e as Ciências Sociais. Coord.: Boaventura de Sousa Santos. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 26.

<sup>11</sup> O Acordo sobre contratações públicas – ACP (ou em inglês Government Agreement Procurement) constitui um acordo plurilateral - isto é, de adesão voluntária dos estados -, da OMC, que tem como um dos objetivos principais liberalizar o setor das contratações públicas, que é excepcionado pelo GATT – Acordo geral de tarifas e comércio, em razão da expressividade dessas nas economias dos países, nomeadamente dos em desenvolvimento.

<sup>12</sup> Nesse sentido explica Jacques Chevallier, “(...) la complexité croissante des circuits économiques, les mutations technologiques, la sophistication des produits financiers, la mondialisation des échanges, mais aussi la pression croissante de pouvoirs économiques dont la puissance se renforce du fait de la mondialisation, imposent l’intervention de l’état afin de fixer certaines règles du jeu, faire prévaloir certaines disciplines, protéger certains intérêts; l’État reste présent dans l’économie, mais de manière plus distancée, en tant que superviseur, dont la présence est indispensable pour assurer le maintien des grands équilibres et créer les conditions propices à son développement”. CHEVALLIER, Jacques. L’État post-moderne. 4.<sup>a</sup> ed. Paris: LGDJ. 2014, p. 59.

<sup>13</sup> Uma vez que surgem limites supranacionais, como é o caso da própria OMC, ou no âmbito Comunitário, da União Europeia.

nomeadamente, do Estado Social que se comprometeu em prover além das suas capacidades, e por sua vez, se originou a partir da decadência do Estado Liberal que, ao contrário, não se comprometia em prover o básico, deixando a cargo da iniciativa privada e das instituições de caridade.

Levanta-se então a questão se o Estado regulador se propõe a ser um meio termo, entre o Estado liberal e o Estado providência. De qualquer modo, inegável é que a Administração sofreu diversas mutações, tendo sido forçada a mudar até mesmo as suas atividades administrativas e tornar o seu desempenho adequado às novas demandas e facetas sociais, o que não significa, todavia, que o Estado deixou de ser o prestador dos serviços ou de ser por eles responsável.

Isto porque, enquanto no Estado Liberal, havia uma clara separação entre o público e o privado, com o paradigma de que o setor privado não teria importância nem deveria, no contexto político, desempenhar um papel ativo no âmbito da coisa pública, atualmente, na pós-modernidade – e inserido no mundo globalizado, além de os limites entre público e privado estarem cada vez menos demarcados, este é “convocado” a participar da vida pública, que é de interesse, e portanto deve ser de responsabilidade, de todos!

Essa nova configuração que está se pondo tem se assemelhado ao que acontece desde o início dos serviços públicos no modelo de países anglo-saxões, nomeadamente Reino Unido e Estados Unidos, onde a noção de serviço público se deu e ainda se dá de forma diferente dos países de origem francesa. Através das *public utilities*, há, ainda que de forma subsidiária, uma atuação do estado na “prestação” do serviço, a qual é feita por meio da regulação, isto porque, como afirma Eva Desdentado Daroca<sup>14</sup>, “(...) el orden espontáneo del mercado, no es siempre eficaz ni permite satisfacer los intereses públicos”. E o escopo dos interesses privados, em grande parte dos casos, não coincidem com os interesses públicos, motivo pelo qual se mostra fundamental a intervenção estatal em determinados casos, a fim de que – quando necessário – seja satisfeito o interesse público por meio da atividade privada, e se atente a preceitos como a concorrência, a finalidade de, também, prover ou manter a saúde do mercado.

Note-se ainda que, e por fim, independentemente do modelo adotado, seja do direito francês ou anglo-saxão, percebe-se que os estados, diante de tantas transformações, possuem

---

<sup>14</sup> DAROCA, Eva Desdentado. Crisis de identidade del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes. Valencia: Tirant lo Blanch. 1999, p. 48.

uma posição cada vez menos verticalizada, é o que se tem chamado de configuração em rede<sup>15</sup>, de modo que cabe às Administrações Públicas se adaptarem e criarem mecanismos mais adequados à satisfação das necessidades dos cidadãos.

É por isso que, na verdade, o Estado regulador mais consiste numa decorrência da nova configuração da ordem e do mercado global (em que as economias dos estados passaram a ser dependentes entre si), consequência da globalização, e portanto, uma consequência natural, do que algo que se tentou implementar, enquanto um meio termo a partir dos modelos já vividos.

## **1.2 A compreensão inicial, da Escola de Serviços públicos de Bordeaux e de Maurice Hauriou**

Inaugurando a noção acerca dos serviços públicos, no século XX, Léon Duguit, também conhecido como fundador da Escola do Serviço Público ou Escola de Bordeaux, entendia os serviços a partir de uma perspectiva sociológica, até carecendo o seu entendimento de juridicidade. Isto pois, para ele o serviço público seria algo real, uma constatação, sendo

(...) toda atividade cujo cumprimento deve ser assegurado, regulado e controlado pelos governantes, por ser indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social e de tal natureza que não pode ser integralmente cumprido senão com a intervenção da força governante.<sup>16</sup>

Ademais, para o reconhecido autor, o serviço público constitui o verdadeiro fundamento da sua teoria de Estado<sup>17</sup>, e mais do que isso, deveria ser o verdadeiro fundamento do Direito Público, pois, para ele a ideia de soberania, que seria derivada do

---

<sup>15</sup> Acerca do tema, consultar SILVA, Suzana Tavares da. Um novo Direito administrativo? Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra. 2010. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos Serviços Públicos. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 50/51. E, para além de Estado, tratando sobre a sociedade em rede: CASTELLS, Manuel. A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. A Sociedade em rede. Volume I. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2007.

<sup>16</sup> DUGUIT, Léon. Traité de droit constitutionnel *apud* GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico): direito administrativo e constitucional / coord. Vidal Serrano Nunes Jr. [et al.] - São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 11.

<sup>17</sup> A esse respeito, ficou conhecida uma célebre frase: “le service public est le fondement et la limit du pouvoir gouvernemental. Et par la même ma théorie de l’Etat se trouve achevée”. DUGUIT, Léon. Traité de droit constitutionnel *apud* PISIER-KOUCHNER, Evelyne. Le service public dans la théorie de l’État de Léon Duguit. Paris: Librairie Generale de Droit et Jurisprudence. 1972, p. 17.

despotismo, não poderia ser a base do poder do Estado<sup>18</sup>, e propõe justamente que a soberania seja substituída pelo serviço público, já que o Estado seria, de fato, um conjunto de serviços públicos que, por sua vez, seriam geridos pelos governantes.

Já Gastón Jèze, a despeito de fazer parte da mesma escola de Duguit e ser seu discípulo, possuía algumas ideias distintas. Tendo aquele se distanciado da noção sociológica de Duguit e partido em busca de uma concepção mais jurídica, tanto o é que, para ele, o diferencial dos serviços públicos consiste no fato de estes serem atividades prestadas, de forma direta ou indireta pelo Estado, sendo sujeitas a um “(...) regime jurídico de Direito Público”<sup>19</sup>, e em decorrência de tal regime específico, teria o Estado a possibilidade de realizar alterações unilateralmente.

Para além disso, segundo o autor<sup>20</sup>, a questão da essencialidade não representa um fator distintivo em razão de haver serviços essenciais que, também ou somente, são prestados por privados.

Em divergência à Escola de Serviço público, não só do ponto de vista jurídico, mas também ideológico, Maurice Hauriou compreendia, contrariamente a Duguit, que os serviços públicos seriam sujeitos ao poder público, além de consistirem uma forma de autolimitar o *puissance publique*<sup>21</sup>.

Para ele, serviço público poderia ser definido como:

(...) une organisation publique de pouvoirs, de compétences et de moeurs assumant la fonction de rendre au public, d'une façon régulière et continue, un service déterminé dans un pensé de police, au sens élevé du mot.<sup>22</sup>

Com sua posição ideológica liberal, o poder de polícia ao qual Hauriou se refere seria, segundo Alexandre Aragão<sup>23</sup>, decorrente da diferenciação que ele faz entre as atividades econômicas de natureza privada e os serviços públicos, defendendo não ser possível admitir que qualquer atividade pudesse ser considerada serviço público do ponto de

---

<sup>18</sup> ZEGARRA, Diego Valdivia. Del Servicio Público a los servicios de interés general: la evolución del *service public* en el sistema jurídico. In: *Círculo de Derecho Administrativo*. Número 12. 2012, p. 18.

<sup>19</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense. 2013, p. 84.

<sup>20</sup> DUGUIT, Léon *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense. 2013, p. 84.

<sup>21</sup> HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Administratif et Droit Public*. 12.<sup>a</sup> .ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey. 1933, p. XIV.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 64.

<sup>23</sup> *Op.cit.*, p. 90.

vista formal, pela simples atribuição àquela do funcionamento com base no regime de direito público.

Em Hauriou, portanto, até mesmo em decorrência da sua postura ideológica, se percebia a possibilidade da participação de entidades privadas na coisa pública<sup>24</sup>. Contudo, à sua época a linha entre o público e o privado ainda era mais firme e perceptível, ao contrário do que ocorre atualmente.

Em suma, percebe-se ser a postura de Hauriou bem distinta das de Duguit e Jèze. A semelhança, pois, entre as teorias é o ponto de partida. Explica-se: se atualmente as teorias acerca dos serviços públicos partem e giram em torno da legislação, seja do país ou – no caso da União Europeia – da Comunidade, à época dos estudiosos aqui brevemente explanados, suas teorias partiram basicamente de estudos, provavelmente decorrentes de casos, como o Arrêt Blanco<sup>25</sup>.

### **1.3 Noções conceituais acerca dos serviços públicos**

Há, clara e indiscutivelmente, uma impossibilidade de desenvolver um conceito de serviço público que possa ser aplicado a vários países. Isto, pois, cada estado, de acordo com sua estrutura e as condições, sejam elas políticas, econômicas e até culturais, tem uma concepção – ainda que não seja prevista expressamente no ordenamento – do que vem a ser serviço público.

A concepção de serviços públicos indica, contudo, a ideia de prestação, isto é, implica na premissa de que há uma atividade a ser prestada, seja diretamente pelo Estado ou por aquele(s) que fazem as suas vezes. Em que pese a prestação, quando delegada a privados, ter um viés diferente, não se pode esquecer o seu fim último, qual seja a satisfação de um interesse público<sup>26</sup>, ou também, como alguns autores defendem, que seja uma atividade que tenha como fim atender a dignidade da pessoa humana de determinados indivíduos.

---

<sup>24</sup> Temática esta que será objeto de estudo do capítulo seguinte.

<sup>25</sup> O Acórdão Blanco é marco não apenas dos estudos sobre serviços públicos, mas do próprio Direito Administrativo. Foi nele, julgado em 1873 pelo Tribunal de Conflitos francês, que foi reconhecido que o Estado deveria ser responsável civilmente por um dano cometido por um funcionário que exercia uma atividade de serviço público. Ademais, foi reconhecido também que deveria ser aplicado um regime próprio de responsabilidade, que não fosse o Código Civil.

<sup>26</sup> Ensina Rogério Soares que “Das três funções do Estado a única livre é a de legislar”. SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. Interesse público, legalidade e mérito. Coimbra: Dissertação de Doutorado, 1955, p. 100. É por este motivo que a atividade administrativa deve atender não apenas às leis, mas às normas (conjunto de normas em sentido estrito e aos princípios), levando em consideração dentre outros o interesse público. Para

A partir daqui já é possível alcançar algumas conclusões acerca do conceito de serviço público. A primeira é que são atividades com o fito de atender a necessidades, e essa consiste no seu aspecto material ou objetivo; além disso, o aspecto subjetivo se revela pelo prestador, seja o estado ou o privado que aja em seu nome; infere-se, outrossim, são atividades prestadas à coletividade, por isso chamadas de interesse geral. Além disso, é importante ressaltar que o regime jurídico dos serviços públicos é algo que não pode ser generalizado, até mesmo em decorrência da variedade de atividades e formas de prestação, por exemplo. Por esse motivo, a despeito de haver autores advogando que seja aplicado o regime de direito público<sup>27</sup>, entende-se também que esses mereçam um regime peculiar.

Destaca-se, entretanto, que tais aspectos são dependentes entre si e não podem ser, apenas eles, utilizados para definir e conceituar os serviços públicos. Como adverte Marçal Justen Filho<sup>28</sup>, a respeito da dependência do último aspecto aos demais que para a aplicação do regime de direito público são necessários alguns requisitos. Ademais, afirma o autor que “Todo serviço público está sujeito ao regime de direito público, mas nem toda atividade (estatal ou privada) é um serviço público”.<sup>29</sup>

O setor público e o setor privado funcionam – inegavelmente – cada qual com uma lógica diferente, com objetivos diferentes, e – ainda – têm, ao menos em tese, perspectivas de mercado diferentes. De modo que, mesmo que seja uma entidade privada a prestar determinado serviço, ela deve ter como base algumas premissas do setor público.

Deve-se compreender que o Estado acaba, no caso dos serviços públicos, por ser o maior responsável pela prestação, ainda que ele não seja o prestador direto, e mais, não detenha a titularidade exclusiva do serviço.

A respeito dessa questão da titularidade que é, também, um tanto quanto delicada em razão de não haver limites claros das atividades que vão ser de titularidade do Estado e as que não serão, adverte-se que os serviços públicos são em regra, de titularidade do Estado.

---

o mesmo Autor, o interesse público da administração é o que ele chama de interesse público secundário, sendo que o primário “(...) é um interesse sentido pelo legislador com inteira liberdade e por ele deixado indeterminado como um padrão maleável de avaliação doutros interesses, o segundo é um interesse típico, individualizado abstractamente pelo legislador como elemento de integração do interesse primário”. Ibidem, p. 107-108. Além disso, convém notar que o Autor ainda faz relação entre o interesse público – secundário – com a boa administração. Para ele, a administração deve ser exercida no sentido de serem alcançados fins determinados, por meios que os satisfaçam, traduzindo-se numa “ótima administração”. Ibidem, p. 189

<sup>27</sup> Na doutrina brasileira Celso Antônio Bandeira de Mello advoga neste sentido.

<sup>28</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 20/21.

<sup>29</sup> Ibid., p. 21.

O que não significa, por outro lado, que se uma atividade é de titularidade pública ela será serviço público.

Essa questão parece ser mais intrincada notadamente em países que adotaram a teoria francesa, pois, nos países que aderiram ao conceito das *public utilities*, como os Estados Unidos – EUA, atribuiu-se a titularidade ao setor privado<sup>30</sup>, com a instituição dos ‘monopólios privados regulados’, isto é, o desempenho das atividades era de incumbência do setor privado, no entanto, sujeito à regulação pública, na Europa a titularidade ficou a cargo do Estado, e conceituada de ‘tarefas de serviço público’.

Observa-se que a partir daí a intervenção do Estado já era algo presente, o que só foi intensificado após as grandes guerras, já que os estados para se reestruturarem tiveram que fazer investimentos no setor da infraestrutura.

Até o momento utilizou-se apenas a expressão serviços públicos, de forma genérica. Aliás, tal nomenclatura foi adotada no título do trabalho. Ocorre que, nesse mundo tão complexo, em que se vive, não poderiam os serviços públicos, tema que já nasceu polêmico, não levantar questões controversas e ter diferentes acepções. Por este motivo, faz-se necessário trazer algumas breves explicações antes de tratar especificamente o conceito brasileiro.

Em que pese a complexidade, atualmente a existência de diplomas normativos que determinem o que vem a ser e a forma a serem desenvolvidos e prestados os serviços acaba por facilitar de algum modo o estudo. No Brasil, por exemplo, como se verá mais adiante, a própria Constituição Federal trata sobre, porém com diferentes acepções, (e há disciplina por meio de normas infraconstitucionais). Na Europa, há uma configuração que veio sendo delineada desde a criação da União Europeia, com aspectos novos para alguns países, como a determinação de liberalização do setor público, implicando em uma maior concorrência e, conseqüentemente, uma nova forma de organização administrativa e econômica.

De todo modo, uma semelhança que se nota independentemente do contexto, é a presença e – até pode-se dizer – o fortalecimento da regulação, seja nesses países com as origens no direito francês, seja nos países das *public utilities*, onde a regulação já era algo fortemente presente.

---

<sup>30</sup> GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador. In: MOREIRA, Vital. (org.) Estudos de Regulação Pública. Coimbra: Coimbra Editora. 2004, p. 176-177.

Os serviços, tais como energia elétrica, telecomunicações, transportes, dentre outros que vêm surgindo na sociedade globalizada, têm uma aparência cada vez menos de serviços públicos. Primeiramente porque são prestados, em grande parte dos países, por pessoas jurídicas de direito privado, – apesar de, quando de titularidade do Estado, o serem a partir de um processo administrativo que delega a prestação da atividade – sendo a relação entre prestadora de serviço e usuários regulada não pelo direito público, mas sim por um direito de natureza eminentemente privada.

Todavia, o fato de determinadas atividades serem desenvolvidas por particulares não as fazem – quando o são – menos serviços públicos, em que pese a determinação deste conceito tornar-se progressivamente mais complexa diante do contexto globalizado e liberalizado que vem se (im)pondo cada vez mais incisivamente.

Diante disso, se desde o início da sistematização do estudo do assunto, na Escola do Serviço público de Bordeaux, liderada nomeadamente por Léon Duguit e também por Gastón Jèze, a conceituação trazida por eles já era objeto de celeuma, atualmente, com a configuração da sociedade da tecnologia e da informação tal tarefa parece ser ainda mais delicada<sup>31</sup>, implicando na vivência, que se estende até os dias de hoje, da segunda crise do serviço público<sup>32</sup>.

O que se deve destacar em relação aos serviços públicos, contudo, é algo comum dentre alguns diferentes autores, bem determinado por Marcello Caetano<sup>33</sup>: geralmente ser um serviço administrativo, e são, “(...) fundamentalmente destinado[s] à prestação de utilidades concretas aos indivíduos”<sup>34</sup>; e que eles tencionam, a despeito de serem necessidades da coletividade, satisfazer direitos que são individualmente necessários<sup>35</sup>.

---

<sup>31</sup> A unanimidade a respeito dos serviços públicos é no que diz respeito à dificuldade da sua conceituação. Nesse sentido, ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, p. 73; CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*, Tomo II. Atualização de Diogo Freitas do Amaral. 10ª. ed. Coimbra: Almedina. 2010, p. 1067, onde afirma ser o conceito ambíguo.

<sup>32</sup> Pedro Gonçalves, *A concessão de Serviços Públicos*, p.27, ensina que são as duas graves crises que o serviço público viveu, primeiramente a que limitou-se ao direito francês, quando se passou a utilizar, nos serviços públicos – nomeadamente na gestão, instrumentos de direito privado, o que na prática implicou na ruptura da relação entre serviços públicos e direito público. A segunda crise, que o autor à época entendia ainda se estar vivendo, assim como hoje, é relativa à institucionalidade ou materialidade do conceito. Isto pois este, passou a ser aplicado “(...) (pelo menos também) às actividades administrativas económicas e empresariais ligadas à administração de prestações (...)”.

<sup>33</sup> CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*, Tomo II. Atualização de Diogo Freitas do Amaral. 10ª. ed. Coimbra: Almedina. 2010, p. 1067.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 1067.

<sup>35</sup> No mesmo sentido entende MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Serviço Público e sua feição constitucional no Brasil*. In: *Direito do Estado. Novos rumos*. Coord: Paulo Modesto; Oscar Mendonça. Tomo 2. São Paulo: Max Limonad. 2001, p. 23.

Note-se que Marcello Caetano utiliza a expressão serviço administrativo ao invés de serviço público, aquela que, para Diogo Freitas do Amaral<sup>36</sup>, não parece ser adequada, nomeadamente no Direito Português, em razão de a Constituição da República Portuguesa – CRP, utilizar no seu artigo 257º serviços públicos e não serviço administrativo.

A fim de facilitar o estudo, será adotado a partir de agora o entendimento de que serviço público é um conceito relacionado às atividades desempenhadas pela Administração Pública, ou melhor, como elucida Freitas do Amaral<sup>37</sup>, “(...) levam a cabo as tarefas de *preparação e execução* das decisões dos órgãos das pessoas colectivas”.<sup>38</sup> De modo que se vislumbra, portanto, a relevância das tarefas e da discussão para o Direito Administrativo.

#### **1.4 Serviços públicos no Brasil: a Constituição Federal de 1988 como marco normativo**

Em que pese, em decorrência das mudanças que o Direito Administrativo tem passado nas últimas décadas, e o princípio da legalidade ter sofrido um certo relativismo, há, na atividade da Administração Pública um dever de observância a tal princípio, o qual é consagrado na Constituição Federal do Brasil – CFB como princípio constitucional administrativo, previsto no seu artigo 37, *caput*, juntamente com os princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Tais mudanças, contudo, de forma alguma significam que o princípio da legalidade não deve ser mais levado em consideração ou algo do tipo, isto pois, é importante que se destaque, tal princípio representa até mesmo uma forma de proteção dos cidadãos<sup>39</sup>. Ocorre que, como ensina mestre italiano<sup>40</sup>, dentre as transformações que o Direito Administrativo vem passando, uma delas é justamente o que ele chama de crise de vinculação desse ramo do direito à lei.

---

<sup>36</sup> AMARAL, Diogo Freitas do. Curso de Direito Administrativo. Volume I. 4ª.ed. Coimbra: Almedina. 2015, p. 654. A respeito dos motivos pelos quais o Autor discorda de Marcelo Caetano vide páginas 617 a 620 da mesma obra.

<sup>37</sup> Ibidem, p. 655.

<sup>38</sup> As pessoas coletivas, explica o autor, podem ser tanto de direito público ou de direito privado. Sobre as pessoas coletivas públicas, consultar AMARAL, Diogo Freitas do. Curso de Direito Administrativo. Volume I. 4ª.ed. Coimbra: Almedina. 2015, p. 615 e ss.

<sup>39</sup> Como afirma Sabino Cassese: “La ley cumple un primer papel de protección de los ciudadanos frente a la Administración”. CASSESE, Sabino. Crisis y transformaciones del Derecho Administrativo. In: Revista de Documentación Administrativa (1958-2005). Números 250-251. 1998. p.216 Disponível em: <https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=5479&path%5B%5D=5533> . Acesso em 21 de fevereiro de 2019.

<sup>40</sup> Ibid., p. 221.

Cumpra estabelecer, portanto, que em tempos de constitucionalismo – ou até mesmo neoconstitucionalismo – a lei perde um tanto quanto a sua força em detrimento dos princípios. Interessante é notar que o princípio da legalidade se traduzia na Administração Pública através da noção de que ela só poderia atuar conforme previsto em lei, ao contrário dos particulares, por exemplo, que podem agir conforme a máxima do “que não é proibido é permitido”.

Atualmente, a ideia que se tem acerca do princípio da legalidade não é (ou não deve ser) esta tão engessada que acaba por obstar a discricionariedade do gestor, devendo este atuar, sim, conforme as exigências das leis e tendo por base tais previsões, bem como levando em consideração o conjunto de princípios e buscando atingir da melhor forma o interesse público e o bem estar coletivo.

A despeito desta crise do princípio da legalidade, o marco normativo dos serviços públicos no Brasil é a Constituição Federal. Ter um instrumento normativo que trate sobre determinado instrumento ou instituto jurídico parece ser um facilitador da prática e da aplicação destes. Contudo, no caso do Brasil, apesar de haver a previsão constitucional a respeito não há uma sincronia e uma concordância acerca do conceito no próprio texto, sendo utilizada a expressão diversas vezes em diferentes sentidos.

A “instabilidade” conceitual, todavia, não modifica o imperativo de ser utilizada a Lei Maior como marco normativo do assunto, o que, acabou acarretando à doutrina a responsabilidade pela sistematização.

Vale ressaltar que a Constituição de 1988 surgiu rompendo com um paradigma autoritário e ditatorial, e veio refletindo a necessidade de cooperação da população, e dos setores – público e privado, por isso ela é denominada compromissória<sup>41</sup>, e ainda, veio em um momento de transição, após anos de estatismo, inaugurando, no País recém saído de um período ditatorial, a tendência neoliberal de liberalização e privatização.

É nesse sentido que é possível perceber no seu texto, a dicotomia entre público e privado, ou, ao mesmo tempo que ela é uma constituição dirigente, com normas

---

<sup>41</sup> Sobre essa característica, que a lei fundamental brasileira possui, José Joaquim Gomes Canotilho leciona que em sociedades plurais e complexas, como as portuguesa e brasileira, “(...) a constituição é sempre um produto do ‘pacto’ entre forças políticas e sociais. (...) Basta referir o compromisso entre o princípio liberal e o princípio socialista, o compromisso entre uma visão personalista-individual dos direitos, liberdades e garantias e uma perspectiva dialéctico-social dos direitos económicos, sociais e culturais (...) a conciliação da apropriação colectiva de meios de produção com o princípio da liberdade de iniciativa económica privada”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina. 2000, p. 218/219.

programáticas<sup>42</sup>, com inúmeras responsabilidades do Estado perante os seus cidadãos (implicando numa forte intervenção estatal), ela possui normas que incentivam a livre iniciativa privada. Ou seja, é uma carta que busca congrega tanto interesses do setor público quanto do privado.

Observe-se, contudo, que o grande problema que se apresenta a partir disso é a questão, já comentada, de estarem – na realidade prática – estes setores cada vez mais interligados entre si, havendo cada vez menos limites claros e bem delimitados entre eles.

Além do que já fora exposto e, ainda que não seja o foco principal o trabalho, analisar os serviços públicos no Brasil implica na necessidade de se perceber que o contexto vivido é um tanto diferente do experimentado pelos países da Europa. Simplesmente porque o passado colonial brasileiro implicou, durante muito tempo, na invisibilidade, quase que completa, das necessidades básicas dos que lá habitavam<sup>43</sup>, e, como já dito, os serviços públicos nascem justamente das necessidades dos seres humanos.

Ou seja, pode-se afirmar que os serviços públicos no Brasil “nasceram” tarde, e ainda, na República com a tendência da época, o liberalismo, foram implantados de maneira a privilegiar as oligarquias, e não visando satisfazer necessidades coletivas. Posteriormente, iniciou um movimento de estatização que perdurou até o fim da ditadura militar, já nos anos 80 do século XX, quando, ao contrário dos países europeus, os estados latino-americanos passavam por reformas, mas não tão discutidas, que, além de estarem superando os regimes ditatoriais, estavam tendo que se adequar à nova ordem mundial imposta pela globalização.

A partir desta breve síntese histórica e contextual que se procederá a uma análise sintética sobre os serviços públicos no Brasil.

O ponto de partida para a análise dos serviços públicos no Brasil deve ser a CFB de 1988. Essa que, como uma verdadeira lei maior dirigente, atribui ao Estado brasileiro, em

---

<sup>42</sup> Assim como a Constituição da República Portuguesa – CRP, de 1976, a qual, segundo o mestre José Joaquim Gomes Canotilho, assim o é “classificada” pois é, “(...) uma lei fundamental não reduzida a um simples *instrumento de governo*, ou seja, um texto constitucional limitado à individualização dos órgãos e à definição de competências e procedimentos da ação dos poderes públicos. A ideia de ‘programa’ associava-se ao *carácter dirigente* da Constituição. A Constituição comandaria a ação do Estado e imporia aos órgãos competentes a realização das metas programáticas nela estabelecidas”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina. 2000, p. 217.

<sup>43</sup> Tanto foi real a demora na implementação de infraestruturas no País que Alexandre Aragão, afirma que foi apenas com ida de Dom João VI que se passou a pensar sobre, e mais, “A nobreza portuguesa, não suportando o odor e a insalubridade do Rio de Janeiro, pressionou o Rei para que tomasse providências. O Rei, sem recursos para financiar as infraestruturas, apelou para os traficantes de escravos, que possuíam recursos, mas nenhum *status*, o que o Rei tinha de sobra para conceder-lhes (títulos de nobreza, recepções nos palácios etc.)”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.57

diversos dispositivos, a responsabilidade – em enorme medida – pelo bem-estar da coletividade.

São inúmeros os direitos previstos pela Lei Maior brasileira, vinculando o Estado a prestação deles. Tal prestação, contudo, nem sempre implica numa prestação gratuita, apesar de que não deve ser também, por outro lado, inacessível à parte da população. A prestação do serviço deve ser de caráter universal, de maneira que todos devem ter acesso e possam por ela, em determinados casos, pagar por isso. O que se sabe que, no caso do Brasil (assim como em muitos países em desenvolvimento, nomeadamente) não ocorre, deixando grande parcela da população desprovida de direitos que são assegurados constitucionalmente.

Visto o motivo de ser a Constituição Federal brasileira o marco, passa-se a uma análise mais detalhada sobre como são os serviços públicos nela previstos. Analisar, todavia, todos os dispositivos da CF que tratam sobre serviço público não seria interessante, dada a extensa previsão e em sentidos diversos do termo. Por este motivo, serão apresentados os sentidos em que o termo é previsto, e se atentará mais, cujo é o objeto do trabalho, ao modo como tais serviços podem ser prestados segundo a carta constitucional brasileira.

Importa destacar, contudo, tal escolha não implicar na afirmação de que o conceito de serviços públicos se resume a isso, isto é, à titularidade do Estado, até porque, como já demonstrado, ao longo do que já fora apresentado, a determinação de um conceito fechado do instituto, e ainda, que seja aplicada universalmente ou ao menos a vários países é impossível, existindo, contudo, algumas noções que foram tratadas, que podem ser comuns. Nesse sentido, explica Marçal Justen Filho<sup>44</sup>

É fato que o serviço público é de titularidade do Estado, que o presta diretamente ou por meio da atuação de particulares. Mas não é possível afirmar que todo e qualquer serviço prestado pelo Estado seja público. Nem é correto (ao menos, perante o Direito brasileiro) afirmar que o serviço se qualifica como público *porque* de titularidade do Estado. Ao contrário, o serviço é de titularidade do Estado *por ser* público. Portanto, atribuição da titularidade de um serviço ao Estado é decorrência de seu reconhecimento como serviço público. Sob o prisma lógico jurídico (ainda que não necessariamente sob o prisma jurídico positivo), o serviço é público *antes* de ser estatal.

É então que se infere que para uma determinada atividade ser tida como serviço público não é necessário que seja ela apenas de titularidade do estado, e, mais do que isso,

---

<sup>44</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética. 2003, p. 21.

dizer que uma atividade é de titularidade do estado não significa que apenas ele poderá prestá-la, e de forma direta. Ele pode, sim prestá-la, por meio de monopólio, mas também tem a faculdade de delegar a sua prestação para privados, também em monopólio ou de forma competitiva, deve-se perceber que o serviço, antes de ser estatal, é público<sup>45</sup>.

A partir dessas explicações, serão tratadas algumas questões acerca, notadamente, dos serviços públicos no Brasil, levando em consideração que o País ainda está passando por um processo consistente de privatizações<sup>46</sup> e de delegação de atividades ao setor privado, e ainda, como já dito, que o marco normativo-teórico do assunto é a Constituição Federal de 1988.

Para facilitar a compreensão acerca dos serviços públicos no Brasil se partirá de, e serão adotados, alguns ensinamentos de Eros Roberto Grau<sup>47</sup> sobre o tema. A primeira premissa utilizada será a distinção feita pelo Autor entre dois conceitos trazidos pela Constituição de 1988, quais sejam: atividade econômica e serviços públicos. A distinção consiste, na verdade, em uma abrangência do segundo conceito pelo primeiro, isto porque, os serviços públicos seriam uma espécie do gênero atividade econômica<sup>48</sup>. Mais ainda, existe atividade econômica enquanto gênero e enquanto espécie, ou seja, em sentido amplo, *lato sensu*, e atividade econômica em sentido estrito, *strictu sensu*.

---

<sup>45</sup> Ibid., p. 39 e 21.

<sup>46</sup> Destaca-se, todavia, que sem entrar no mérito – ainda – sobre os benefícios e malefícios da privatização, de todo modo, é um processo que deve ser feito levando em consideração preceitos como o interesse público, a justiça social, o desenvolvimento, a livre iniciativa e a concorrência, e não apenas como uma política do governo (como do atual brasileiro) para ver-se livre de funções que são suas, se não enquanto prestador, mas sim como fiscalizador e regulador, e buscando – apenas – satisfazer interesses específicos de grupos econômicos.

<sup>47</sup> GRAU, Eros Roberto. Constituição e Serviço Público. In: Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros. 2003, p. 250-251.

<sup>48</sup> É pertinente desenvolver um pouco mais a ideia do autor para melhor compreensão, segundo ele, “(...) a prestação de *serviço público* está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí por que *serviço público* é um tipo de atividade econômica”. Ibid., p. 250. Havendo também a atividade econômica em sentido estrito, ou seja, em espécie, sendo aquelas de titularidade da livre iniciativa.

Destaca-se que a titularidade da atividade econômica em sentido amplo é do setor privado<sup>49</sup>, havendo entretanto, a possibilidade<sup>50</sup> de o Estado desempenhar em casos específicos, podendo-se falar, portanto, neste caso, em uma aplicação do princípio da subsidiariedade. O mesmo princípio já não pode ser aplicado, todavia, no caso da atividade econômica em sentido estrito, ou seja, como serviço público. Isto porque a titularidade das atividades econômicas em sentido estrito, ou seja, dos serviços públicos, é via de regra do estado.

Voltando especificamente aos serviços públicos, informa-se que mesmo a Constituição Federal de 1988 sendo, incontestavelmente, o marco jurídico-normativo no Brasil sobre o assunto, já se advertiu da sua imprecisão acerca de um conceito, havendo por parte da doutrina uma tentativa de estabelecê-lo. A exemplo disso, Celso Antônio Bandeira de Mello, iminente administrativista brasileiro determina que consistiriam em

toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público...<sup>51</sup>

---

<sup>49</sup> O artigo 170 da Constituição Federal assim prevê: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”. É interessante trazer uma conclusão do Autor acerca da interpretação deste dispositivo à luz do seu entendimento sobre atividade econômica enquanto gênero e espécie, mais especificamente quanto à expressão ordem econômica, constante no *caput*, a qual pressuporia atividade econômica como gênero, de modo que estaria o Estado compelido a atuar, inclusive na prestação de serviços públicos, aos princípios previstos nos incisos.

<sup>50</sup> Segundo a Lei Maior, tais possibilidades são as previstas no artigo 173, *caput* (“Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”) e artigo 21, XXIII (“explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições: a) toda atividade nuclear em território nacional somente será admitida para fins pacíficos e mediante aprovação do Congresso Nacional; b) sob regime de permissão, são autorizadas a comercialização e a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais; c) sob regime de permissão, são autorizadas a produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas; d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa (...).”).

<sup>51</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio *apud* JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 20.

Tal conceito não traz aqui novidades e se desdobra no que já fora explicado algumas páginas atrás, e, percebe-se, não é um conceito normativo baseado na Constituição.

Contudo, é possível extrair algumas conclusões importantes da Lei Maior brasileira. A primeira delas é que, até mesmo com base naquele abarcamento apresentado por Eros Grau, nem todo serviço será uma atividade estatal, a exemplo das atividades legislativas e judicantes, que são estatais, mas não serviço público.

Relativamente às duas atividades estatais acima citadas, cumpre fazer uma observação, pois, são elas representação dos três poderes do estado, como adverte Justen Filho<sup>52</sup>, a soberania do estado, a proteção da república e que o poder seja exercido democraticamente. É inquestionável, contudo, que as atividades tidas como serviço público são administrativas, mas não por isso, todas as atividades do Executivo assim o serão classificadas.

Em relação à diferenciação entre atividade econômica em sentido restrito e serviços públicos, a compreensão fica mais clara com um exemplo. Serviços como fabricação de fumo, que não é essencial, não pode ser considerado serviço público. Ou seja, aparece aqui mais um critério, que assim como os demais não é único, mas que deve ser levado em consideração para a classificação de determinada atividade como serviço público conforme o ordenamento jurídico brasileiro, que é a essencialidade, preceito esse que reflete na necessidade de o serviço dever ser essencial à satisfação da dignidade da pessoa humana<sup>53</sup> e ser de interesse geral.

Há então, três categorias de serviços públicos conforme a interpretação da Constituição Federal, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>54</sup>, são elas: 1) “serviços de prestação obrigatória e exclusiva do Estado”, são os previstos no artigo 21, X, CF<sup>55</sup>; 2) “serviços de prestação obrigatória do Estado e em que é também obrigatório outorgar em

---

<sup>52</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 22.

<sup>53</sup> Possuem esse entendimento, por exemplo, Marçal Justen Filho, *Ibid.*, p. 30, (onde afirma que satisfazer uma “necessidade essencial (...) [indica] um vínculo de instrumentalidade direta e imediata entre a atividade e a dignidade humana”) e GRAU, Eros Roberto. Constituição e serviço público. In: *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros. 2003, p. 258/259.

<sup>54</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Serviço público e sua feição constitucional no Brasil. In: *Direito do Estado novos rumos*. Paulo Modesto e Oscar Mendonça (Coord.). Tomo 2. São Paulo: Max Limonad. 2001, p. 32/33.

<sup>55</sup> “Art. 21. Compete à União: (...) X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional (...)”.

concessão a terceiros”, são os serviços de rádio e televisão, previstos no artigo 21, XII, “a”<sup>56</sup>; e 3) “serviços que o Estado é obrigado a promover, mas não obrigado a prestar, caso em que deverá dá-los em concessão a terceiros”, aqui incluem-se os da hipótese anterior e acrescentem-se ainda os serviços de saúde, educação, previdência e assistência social.

Os demais serviços, portanto, como adverte Bandeira de Mello, podem ser prestados tanto diretamente pelo Estado, quanto por privado, através de delegação (sempre por meio de concessão, autorização ou permissão).

Relativamente ao conceito apresentado por Bandeira de Mello, todavia, há de se destacar que, para ele, é requisito dos serviços públicos a aplicação de um regime jurídico de direito público, pois em sendo o desempenho da atividade feito em nome do Estado, esse deve ser o regime aplicável.

A posição daquele Autor, todavia, é exceção na doutrina pátria, e se na clássica concepção de serviço público, assim o era e, portanto, havia a necessidade de se fazerem presentes três requisitos para que a atividade assim o fosse considerada, aqueles seriam: 1- quanto à materialidade, devendo ser uma atividade de interesse geral; 2 – quanto à subjetividade, devendo ser prestado pelo Estado; e 3 – que fosse submetido ao regime jurídico especial de direito público, a atual concepção de serviço público que guarde semelhanças com a anterior, possui, entretanto, algumas mudanças – não sendo excluídos delas os serviços públicos no Brasil – nomeadamente em relação aos dois últimos requisitos, tendo em vista que o primeiro, ainda que as necessidades mudem, permanece.

No que tange ao segundo, percebe-se que a mudança ocorreu no que diz respeito à titularidade, isto é, é necessário que o serviço seja de titularidade do Estado, mas não que seja ele o prestador. E já em relação ao terceiro, diante de todas as mudanças pelas quais o mundo passou e ainda passa, não caberia mais que o regime o fosse exclusivamente de direito público, até mesmo em razão de entidades privadas prestarem os serviços. Há então, o que se chama de regime misto<sup>57</sup>, que acaba por ser um regime peculiar, por não ser exclusivamente de direito público nem de direito privado, inclusive em decorrência da variedade de atividades, que acabam por exigir normas diferenciadas.

---

<sup>56</sup> Ou seja, é o Estado obrigado a delegar, também, a prestação de tais atividades, em decorrência do princípio da complementariedade previsto no artigo 223 da CF, a fim de que os meios de comunicação não fiquem apenas nas mãos do Estado.

<sup>57</sup> SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público "à brasileira"?. In: Revista de Direito Administrativo. Out/Dez. 2002, p. 47. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/45915/45101>.

Sendo a CF marco sobre o assunto no ordenamento jurídico brasileiro e com a impossibilidade, por óbvio, de haver nela a previsão e regulamentação completa, há alguns diplomas que tratam sobre a matéria, oriundos de mandamento constitucional.<sup>58</sup> Destaca-se notadamente a Lei nº 8987/1995, que trata sobre a concessão e permissão dos serviços públicos.

Além desta, há também a Lei das Parcerias público-privadas, nº 11.079/2004, que consistem em nada mais do que uma espécie de concessão, de modo então que, os serviços públicos podem ser prestados por meio delas. E mais recentemente, tem-se a Lei nº 13.460/2017 que trata sobre “participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública”.

Interessante notar que este último diploma faz uma remissão, logo em seu artigo 1º, §2º, II, ao Código de defesa do consumidor (Lei nº 8.078/1990), prevendo que o disposto naquele não retira a aplicação dessa, quando configurada relação de consumo, de modo que se conclui haver a possibilidade de fato, na prática, de usuário de serviço público ser considerado consumidor.

Por fim, cumpre ressaltar que há alguns princípios relacionados ao estudo dos serviços públicos. Tais como continuidade, universalidade, igualdade, mutabilidade. Mais do que perceber os desdobramentos de tais preceitos, deve-se ater à questão de que os serviços públicos, enquanto atividades com todos os aspectos já vistos até agora, de responsabilidade do estado – ainda que ele não as desempenhe diretamente como já se viu – devem atender aos princípios da Administração Pública. Portanto, optou-se por não fazer uma explanação a respeito deles<sup>59</sup>.

É então que se conclui ser a definição de serviço público diferente nos países, motivo pelo qual não seria possível apresentar uma comum a todos, e ainda, são elas decorrentes da sua história, cultura, ordenamento jurídico. No Brasil, é a Constituição o

---

<sup>58</sup> Tal mandamento está contido no artigo 175, como se vê: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado”.

<sup>59</sup> Alguns outros princípios são considerados como relativos à matéria, tais como o da adaptabilidade, da modicidade das tarifas, do controle, etc. Entretanto, para mais informações a respeito, consultar BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Serviço público e sua feição constitucional no Brasil. In: Direito do Estado novos rumos. Paulo Modesto e Oscar Mendonça (Coord.). Tomo 2. São Paulo: Max Limonad. 2001, p. 28/29; Marçal Justen Filho, Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 30/31.

marco normativo, com todas as suas normas programáticas, que buscam conciliar os setores público e privado, tendo em consideração os fundamentos e objetivos da República<sup>60</sup>, e a sua missão de desenvolver uma sociedade menos desigual e igualitária.

Apresentar, portanto, depois de todo o exposto um conceito de serviço público e quais seriam estes – ainda que fosse somente no Direito brasileiro – seria até mesmo irresponsabilidade acadêmica, tendo em vista as constantes mudanças, não apenas nas necessidades, mas também nas formas de sistematização e estruturação da satisfação delas.

Por todo o exposto até aqui entende-se, ao contrário de alguns autores, como o reputado Gaspar Ariño Ortiz<sup>61</sup>, não ser acertado defender a “morte do serviço público”. Há, incontestavelmente, inúmeras mudanças no instituto, tanto no que se pode falar em âmbito global, como nos países em particular. Mas tais mudanças são inerentes a uma sociedade humana que sofre transformações permanentemente, sendo necessário que os instrumentos e ordenamentos as acompanhem e busque soluções para o fim de satisfação das necessidades.

No âmbito do Direito Comunitário, por exemplo, fortes mudanças ocorreram com o fortalecimento do bloco, quando a liberalização do comércio, inclusivamente do setor público, além de outros preceitos como a ampliação e fortalecimento da concorrência e o combate dos monopólios, passaram a ser bandeiras da política econômica e então muitos dos serviços foram transferidos aos privados.

Isto pois, tais medidas são tidas como fundamentais para uma melhor prestação dos serviços (sejam eles públicos ou não, além do que os monopólios se mostram nocivos até quando são públicos), tanto no que diz respeito a critérios como eficiência, impessoalidade, transparência, quanto, até mesmo no que se tem falado e desenvolvido bastante nesses países em relação à democratização de tais serviços.

---

<sup>60</sup> Estão esses previstos nos artigos 1º e 3º, respectivamente, a seguir transcritos: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (...) Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

<sup>61</sup> ORTIZ, Gaspar Ariño. Principios de Derecho Público Económico. Granada: Comares. 1999, p. 550. Para o autor, o ciclo do serviço público terminou, depois de ele ter sido um “(...) instrumento de progresso, y también de socialización, especialmente em los Estados pobres a los que permitió mejorar la situación de todos”.

Tendo em mente a finalidade última dos serviços públicos e essa necessidade de democratização desses que o presente trabalho se embasará. Afinal, pensar em desenvolvimento e democracia exige que sejam levados em consideração os preceitos acima citados.

## 2 PÚBLICO X PRIVADO E A GESTÃO E REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Existe no senso comum, principalmente em tempos de grande polarização política como os que o Brasil vem atravessando, uma constante “competição ideológica” entre público e privado. Ocorre que o que se pretende demonstrar aqui é justamente a necessidade de superação desta competição entre público e privado na administração pública, e ainda, dos “estereótipos” de que o público é ineficiente, e o privado sinônimo de eficiência; de que o público é sempre mais barato pelo simples fato de os privados funcionarem sob a ótica de maximização dos lucros.

Há, claramente, a necessidade de adequação de ambos setores à nova ordem mundial e à nova forma como as sociedades se organizam, se modificam e, mais do que isso, deve-se perceber a existência de interdependência entre os setores e o dever de atuação em conjunto para que as necessidades dos cidadãos sejam satisfeitas.

Obviamente que cada um possui objetivos distintos e não se pode querer, por exemplo, que uma sociedade empresária atue única e exclusivamente com o objetivo de satisfazer interesse público, pois este escopo é do Estado<sup>62</sup>. Por outro lado, não é mais possível acreditar e esperar que o Estado, diante de todo esse contexto contemporâneo e com diversas demandas sociais seja capaz de satisfazer todas elas com atuação direta.

É patente, portanto, que sejam superadas as opiniões ideológicas e se busque um modelo de prestação de serviços que seja adequado à nova ordem mundial, globalizada, informatizada e – cada vez mais exigente. E para isso, não é possível um estado totalmente provedor. Acredita-se, dessa forma, ser a partir desse ponto que se deve pensar na atuação do Estado no momento atual, o que não implica, todavia, em uma completa transferência das atividades estatais e nem na abstenção estatal, pois, como já visto, os serviços públicos consistem em atividades de responsabilidade estatal.

É nesse contexto, inclusive, que se insere a competência regulatória do Estado, que será abordada neste e no capítulo seguinte.

---

<sup>62</sup> O que não significa que um ente privado não possa, na sua atuação satisfazer interesses públicos, seja como consequência própria da sua atividade, quando a ele delegada a função de atuar neste sentido, ou ainda, quando seja compelido a atuar de tal forma em decorrência de medidas determinadas pelo Estado, por meio, por exemplo, da atividade regulatória.

## 2.4 Estado e Administração Pública

Conceitos como Estado, Administração Pública, governo são comumente confundidos e utilizados como sinônimos. Nada imperdoável em se tratando, na verdade, de conceitos que, ao fim e ao cabo, dizem respeito a assuntos que interessam a todos. O Estado, a Administração Pública e o Governo devem ser de todos e para todos. Ao menos em regimes democráticos assim o deve ser.

Ainda que haja diferenças nos modelos econômicos, e seja isto um ponto determinante na atuação dos Estados, deve-se lembrar que desde a origem do estado, na sua concepção lá do pacto social dos contratualistas, a sua função e o seu objetivo foi justamente oferecer às pessoas uma mínima segurança e organização<sup>63</sup>. Assim elas foram “convencidas” a abrirem mão de certos direitos a fim de um bem maior.

Muito se passou até chegar ao que se tem hoje. Bastante se discute acerca da função do Estado, acerca das reformas da Administração Pública e de como ela deve atuar nesse novo contexto globalizado. A única conclusão que parece inconteste é a inexistência de uma resposta absoluta, de uma fórmula que resolva todos – os tantos – problemas.

De fato, hoje se vive em um mundo predominantemente capitalista que, se por um lado já experimentou o ideal liberal, que rejeita o escopo de redução de desigualdades<sup>64</sup>, por outro também já experimentou o inchaço do Estado e a sua incapacidade de ser um garantidor e segurador universal. Fato é que o modelo neoliberal<sup>65</sup>, com a sua exploração a qualquer custo é um tanto quanto pernicioso para as sociedades, nomeadamente para os mais vulneráveis, e acaba por reforçar e atenuar cada vez mais as desigualdades sociais, estigmatizando e marginalizando grupos sociais. E destaca-se que não devem os estados se

---

<sup>63</sup> Ensina Rogério Soares que “Seja essa adequação teleológica [do Estado] destinada a dar satisfação ao desejo de poder de um tirano, ou a realizar a felicidade temporal dos súbditos, ela é, de qualquer modo, a marca ineliminável do Estado, se, expressa ou implicitamente, vem a afirmar-se como o elemento aglutinador da vida de um povo”. SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. Administração pública, Direito administrativo e sujeito privado. In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. XXXVII. Coimbra: Coimbra Editora, 1962, p. 5-6.

<sup>64</sup> AVELÃS NUNES, José António. Neoliberalismo, Capitalismo e Democracia. In: Boletim de Ciências Económicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Volume XLVI, 2003. Coimbra: Editora da Universidade de Coimbra, p. 34. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316.2/24862>.

<sup>65</sup> Coadunando com a temática aqui brevemente abordada ensina Avelãs Nunes, Ibidem, p. 35 “(...) o neoliberalismo exclui da esfera da responsabilidade do estado as questões atinentes à justiça social, negando, por isso, toda a legitimidade das políticas de redistribuição do rendimento, orientadas para o objectivo de reduzir as desigualdades de riqueza e de rendimento, na busca de mais equidade, de mais justiça social, de mais igualdade efectiva entre as pessoas”.

curvarem a tais interesses econômicos em detrimento, literalmente, de opressão de direitos que tanto levaram para serem adquiridos.

Enquanto se disputam louros para e com as suas ideologias<sup>66</sup> e o mundo se polariza, a necessidade de o Estado continuar a cumprir o seu papel – e aqui entende-se ser este o de garantir e oferecer aos cidadãos meios de satisfação de suas necessidades básicas que são hoje convertidos em direitos sociais e fundamentais – persiste e não pode ser ignorada.

Ainda que o modelo hegemônico<sup>67</sup> exija atitudes liberalizantes e privatizadoras, com objetivos claros de obter o máximo lucro daqueles que detêm o poder econômico, cabe sim ao Estado atuar de modo a buscar e aplicar políticas que busquem o desenvolvimento e a justiça social. As experiências com a Segunda Guerra Mundial – que parecem não ter sido suficientes tendo em vista se estar repetindo os mesmos erros em alguns países como o Brasil – mostram que as democracias morrem, muitas vezes, democraticamente, demonstrando e comprovando que os direitos por mais conquistados que sejam devem ser sempre vigiados.

É interessante perceber a relação feita entre a “política da globalização neoliberal”<sup>68</sup> e as democracias, ou melhor, o enfraquecimento delas. Ou seja, o problema democrático que isso gera. O enfraquecimento do Estado, ou a diminuição dele, com a abertura de espaço para a regulação do mercado, que satisfazem única e exclusivamente os interesses do capital financeiro, como defendem os liberais, acaba por gerar um problema democrático, à medida que a figura do Estado tende a ser cada vez menos presente, deixando de haver uma correspondência entre os candidatos eleitos e as políticas, atitudes por eles votadas e adotadas<sup>6970</sup>.

---

<sup>66</sup> Entende-se coerente o posicionamento de Carlos Almada *apud* Daniel M. Nallar, o qual ensina que ‘lo que importa no es el grado de intervención del Estado, sino las formas y los medios’. Afinal, é através das formas e meios de intervenção a serem adotados pelo Estado que devem ser atingidos seus fins e ser atendido o bem comum. ALMADA, Carlos *apud* NALLAR, Daniel M. El Estado Regulador y El nuevo mercado del servicio público. Análisis jurídico sobre la privatización, regulación y los entes regulatórios. Buenos Aires: Depalma, 1999, p. 6.

<sup>67</sup> Termo utilizado em referência a Boaventura de Sousa Santos, *cfr.*, SANTOS, Boaventura de Sousa. Os processos da globalização. In: A Globalização e as Ciências Sociais. Coord.: Boaventura de Sousa Santos. 2ª. ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 27.

<sup>68</sup> AVELÃS NUNES, José António. Neoliberalismo, Capitalismo e Democracia. In: Boletim de Ciências Económicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Volume XLVI, 2003. Coimbra: Editora da Universidade de Coimbra, p. 53. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316.2/24862>.

<sup>69</sup> Nesse sentido são indispensáveis as lições de Avelãs Nunes a respeito, *ibidem*, p. 53.

<sup>70</sup> Destaca-se que críticas ao modelo neoliberal são necessárias, o que não implica, contudo, ser contra os mercados. Estes possuem um importante papel no processo de desenvolvimento, como afirma Amartya Sen, o que, segundo o Autor “(...) não colide com o papel do apoio social, da regulação pública, ou do poder estatal quando podem enriquecer – mais do que empobrecer – as vidas humanas”. SEN, Amartya. O desenvolvimento como liberdade. Lisboa: Gradiva, 2003, p. 23.

É forçoso que se perceba que o desenvolvimento que alguns países já alcançaram, o progresso nas tecnologias e tantos outros avanços devem ser utilizados com o escopo de diminuir desigualdades – e não continuar a promovê-las – e fomentar a justiça social. Nesse sentido e para além disso, devem os decisores políticos – e têm motivos para –, como afirma Amartya Sen, se interessar pelos valores da justiça social<sup>71</sup>.

Estes apontamentos aqui brevemente trazidos contribuem para se acreditar que a atuação do Estado deve ser pautada antes na satisfação das necessidades dos cidadãos do que em disputas políticas e ideológicas, a fim e por fim de se alcançar uma sociedade pautada na justiça social e no desenvolvimento sustentável. Isto pois, não se deve olvidar que o Estado, enquanto instituição, possui um escopo final, comum às diversas concepções<sup>72</sup> acerca do tema, que pode ser simplificarmente resumido no alcance do bem comum através de um meio cujo uma vez constituído, possam os seus integrantes realizar os seus fins individuais<sup>73</sup>.

A partir disso e considerando que a Administração Pública surge no bojo de um dos poderes do Estado, deve a sua atuação ser pautada nesses preceitos, ou ainda, como ensina Vieira de Andrade<sup>74</sup>, que esta

(...) implica a existência necessária de fins públicos, isto é, visa diretamente a satisfação daquelas necessidades colectivas que sejam qualificadas como interesses públicos por referência ao entendimento, em cada época, do que é indispensável ou adequado à realização das finalidades últimas da comunidade política.

Notadamente no tempos que se vive, de tantas e intensas mudanças, as figuras do Estado e da Administração Pública mudaram, e busca-se que seja esta cada vez mais democrática, colaborativa e que tenha a participação dos privados, inclusive na prestação das atividades de interesse público, como os serviços públicos.

---

<sup>71</sup> Ensina o autor que há dois motivos, um direto, por “(...) a justiça ser um conceito central para a determinação de metas e objetivos de política pública e também para decidir quais os instrumentos adequados para realizar os fins propostos”. Há também um motivo de ordem indireta, que se relaciona com o fato “(...) de todas as políticas públicas dependerem do modo como, na sociedade, se comportam os indivíduos e os grupos”. SEN, Amartya. O desenvolvimento como liberdade. Lisboa: Gradiva, 2003, p. 280-281.

<sup>72</sup> Para uma compreensão melhor do assunto de forma didática, consultar DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria geral do Estado. 30ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 107 e ss.

<sup>73</sup> Ibidem, p. 112.

<sup>74</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Lições de Direito Administrativo. 5.ªed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, p. 13.

É então que, ainda que seja possível a prestação de serviços de forma direta pela Administração, a gestão indireta tem sido amplamente utilizada por meio de diversas espécies. Algumas dessas serão objeto de análise deste capítulo.

Vive-se então uma busca por um equilíbrio? Acredita-se que esse seria o dever ser, é, pois, a necessidade dos novos tempos. Dos Estados e, portanto, das Administrações Públicas.

## 2.5 Gestão direta dos serviços públicos

Ainda que cada vez menos adotados pelos Estados, a gestão direta dos serviços públicos por eles próprios não deixa de ser uma possibilidade. A supremacia da gestão indireta, feita, portanto, através dos privados é certamente um caminho sem volta, devido a todo o contexto político e econômico de soberania do regime capitalista, em que a liberalização é cada vez mais incentivada e intensificada.

Afirma-se o exposto acima em razão de ter sido a gestão direta um acontecimento que ocorreu na época da Primeira Guerra Mundial, quando, como explica Souvirón Morenilla<sup>75</sup>, os serviços públicos deixaram de ser prestados pelos concessionários, voltando a serem oferecidos pela Administração<sup>76</sup>, e não apenas esses, mas também no que diz respeito ao setor empresarial, os Estados passaram a desenvolver uma atuação mais presente.

Embora haja alguns movimentos em certos países para voltar à gestão direta, que tem sido chamado de reinternalização<sup>77</sup>, não há como negar que as forças econômicas hegemônicas indicam não ser esta a tendência mundial. Deve-se utilizar, contudo, tais casos e experiências para analisar os motivos que têm levado a esta tendência, bem como as reflexões que se poderão extrair dessa volta à gestão direta.

---

<sup>75</sup> MORENILLA, José María Souvirón. La actividad de la administración y el servicio publico. Granada: Comares. 1999, p. 52.

<sup>76</sup> Ibid, p. 52, nota de rodapé 94, ainda explica que tais municipalizações e nacionalizações ocorreram no primeiro terço do século XX. Na Itália, por exemplo, houve em 1903 a lei de municipalização de serviços públicos; na Espanha houve uma Instrução para contratação de serviços provinciais e municipais, que mais tarde, em 1924, resultou no Estatuto Municipal. E por fim, até mesmo em países anglo-saxões esse movimento foi identificado, quando entre 1919 e 1925, por exemplo, foram criadas no Reino Unido a *Port of London Authority*, *Electricity Comission*.

<sup>77</sup> Acerca do tema, consultar estudo do Transnational Institute, intitulado *Reclaiming Public Services: How cities and ciitzens are turning back privatisation*. Disponível em: <https://www.tni.org/en/publication/reclaiming-public-services>. KISHIMOTO, Satoko; PETITJEAN, Olivier. *Reclaiming Public Services: How cities and ciitzens are turning back privatisation*. Transnational Institute. 2017.

Não obstante esse movimento de delegação de prestações, ainda perduram em alguns países serviços que são prestados diretamente pelo Estado. No caso brasileiro, há previsão constitucional<sup>78</sup> de prestação direta de serviços como a educação e saúde, a despeito de os dois serviços não serem de titularidade exclusiva do Estado<sup>79</sup>, havendo, portanto, privados que também os prestam em concorrência.

Há controvérsias, contudo, no que diz respeito à prestação dos serviços por autarquias e fundações. Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>80</sup> defende que deve ser abrangido no termo gestão direta tanto a prestação desenvolvida pela Administração Pública direta (formada pelos órgãos, quais sejam as secretarias – a nível municipal e estadual, e os ministérios – a nível federal, sendo que, todos esses que não possuem personalidade jurídica própria), quanto pela Administração indireta, incluídas aqui as fundações públicas, e outrossim, as empresas públicas e sociedades de economia mista.

Por outro lado, Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>81</sup> entende, e nesse sentido aqui se advoga (nomeadamente quando se diz respeito às empresas públicas e sociedades de economia mista que, apesar de integrarem – de fato – a Administração Pública, possuem personalidade jurídica de direito privado como se verá melhor mais à frente), que quando se delega a prestação de uma atividade a entes de direito privado ou a entidades administrativas autárquicas<sup>82</sup> de direito público há uma prestação indireta.

Tencionou-se aqui apresentar algumas ideias mais gerais acerca da gestão direta, tendo em vista que esta, no contexto em que se vive, não tem sido muito utilizada. Diante disso se passará então ao estudo da gestão indireta.

---

<sup>78</sup> Artigo 21, XI e XII, que têm como redação: Art. 21. Compete à União: (...) XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão (...)."

<sup>79</sup> Aqui percebido em sentido amplo, tendo em vista serem tais serviços de competência dos três entes federados, ou seja, dos municípios, estados e União, conforme o artigo 30, VI e VII da Constituição Federal de 1988.

<sup>80</sup> DI PIETRO, Mari Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 31ª. ed. Versão *e-book*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 187.

<sup>81</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16ª. ed. Versão *e-book*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 573.

<sup>82</sup> As autarquias são entidades que possuem personalidade jurídica própria, de direito público, integrantes da Administração indireta, que são criadas através de lei específica, e têm por escopo "(...) desempenhar funções que, despidas de caráter econômico, sejam próprias e típicas do Estado". O Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários são alguns exemplos de autarquias. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 32ª.ed. Versão *e-book*. São Paulo: Atlas, 2018, p.560.

## 2.6 Gestão indireta: transferências e privatizações

Conforme já visto, diante da impossibilidade dos Estados prestarem todas as atividades necessárias à dignidade da pessoa humana, esses passaram a transferir a gestão de algumas delas. Isto, contudo, não é um diferencial dos Estados contemporâneos apesar de a discussão a respeito ser até hoje atual e, mesmo que na configuração inicial os Estados tivessem uma atuação forte e centralizada, como afirma Juan Alfonso Santamaría Pastor<sup>83</sup>, “(...) el poder público (...) se há acostumbrado tanto a realizar sus objetivos mediante mandatos unilaterales, que se le hace muy difícil admitir uma forma de actuación sustancialmente distinta”. Faz algum tempo – desde o Estado liberal -, contudo, que essa forma de atuação do poder público está sendo “forçada” a mudar. Não parece mais viável que o Estado, e consequentemente a Administração Pública, sejam um poder unilateral que apenas ordena o que e como as coisas devem ser feitas. Tal modelo é incompatível, inclusive, com o modelo de Estado Democrático.

A noção de que serviço público pode consistir uma atividade econômica, proposta por Eros Grau para o Direito brasileiro – apresentada no capítulo anterior, não é, contudo, algo singular. Desde o século XIX, como explica Souvirón Morenilla<sup>84</sup>, os Estados desenvolvem os serviços públicos enquanto atividade econômica, em contraponto aos denominados serviços de assistenciais ou sociais<sup>85</sup>, o que, segundo o autor, acaba por propiciar ao serviço público uma perspectiva e alcance diferentes.

Diante da impossibilidade dos Estados serem capazes de prestar os serviços públicos de forma direta, buscou-se desde o princípio dessas prestações<sup>86</sup> meios de delegar a terceiros, surgindo então o que vem a ser hoje conhecido como gestão indireta ou prestação descentralizada dos serviços públicos.

---

<sup>83</sup> PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Principios de Derecho Administrativo*. Vol. II. 3. ed. Madri: Centro de Estudios Ramón Areces. 2002, p. 186.

<sup>84</sup> MORENILLA, José María Souvirón. *La actividad de la administración y el servicio público*. Granada: Comares. 1999, p. 49. Ou ainda, anteriormente ao século XIX, o mesmo autor afirma que em Roma, na Grécia e já a partir da Idade Moderna, o estado já exercia atividades por razões fiscais, de segurança ou tradição, cita como exemplo as manufaturas de Sèvres e Gobelinos, as salinas de Torreveja e fábrica de porcelana do Retiro. (p. 53, nota de rodapé 95).

<sup>85</sup> Segundo Fernando Garrido Falla, são “(...) aquellos que garantizan el derecho del administrado a la conservación de la vida y la salud y al desarrollo de su personalidad: beneficencia, sanidad y educación”. FALLA, Fernando Garrido. *El concepto de servicio público em Derecho Español*. In: *Revista de Administración Pública*. N. 135. Septiembre-diciembre 1994.

<sup>86</sup> OTERO, Paulo. *Coordenadas jurídicas da privatização da Administração pública*. In: *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. STVDIA IVRIDICA 60. Coimbra: Coimbra Editora. 2001, p. 32 e ss.

Note-se que cada país, de acordo com a sua estrutura e demais aspectos pertinentes, estabelece o seu modelo de descentralização e prestação dos serviços públicos. No caso brasileiro, que será ao qual se deterá, a previsão normativa segue sendo, majoritariamente, a prevista pela CFB, em que pese haver legislações infraconstitucionais a respeito.

Pois bem, a prestação indireta no ordenamento jurídico brasileiro pode ser feita por outorga ou delegação. Aquela se dá quando a transferência for a entidades da Administração indireta e que possuam personalidade jurídica de direito público, logo não se mostra necessária a realização de um processo licitatório para a transferência da prestação. Ademais, nesses casos se transfere tanto a gestão do serviço quanto a titularidade, que, em se tratando de ser uma transferência na própria Administração Pública é feita mediante lei.

Já a delegação consiste na transferência através de ato ou contrato administrativo, nas modalidades permissão, autorização ou concessão. No caso de ser feita por meio de contrato administrativo, esse deve ser – em regra – precedido de adjudicação, ou como se chama no Brasil, de um processo licitatório.

Destaque-se que no Brasil há serviços que são atribuição da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Deve-se, portanto, ao analisar cada serviço perceber primeiramente de qual ente é a responsabilidade de prestação.

No contexto de Estados Democráticos de Direito, não basta mais, apenas a legalidade como garantia de validade da atuação do Estado, nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>87</sup>, a juridicidade deve ser compreendida como gênero, da qual a legalidade é espécie, isso decorre da noção muito mais complexa do direito que se tem hoje com a concepção de Estados Democráticos.

Diante de tantas mudanças o Direito Administrativo perde o seu caráter autoritário (poder de polícia como ponto identificador da sua atuação assim deixa de o ser) e passa a ser, consoante estabelece o mesmo Autor, um Direito Público das relações introvertidas e extrovertidas da Administração Pública<sup>88</sup>.

Mesmo que tenha havido essa transformação, a figura do Estado não desaparece, e, inobstante as diversas mudanças nas suas funções, ainda persiste a ideia da confiança no ente público. Ou seja, o Estado passa por transformações, mas continua possuindo

---

<sup>87</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações nos serviços públicos. In: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Nº 1, fevereiro/março/abril de 2005, p. 6. Disponível em: <https://direitoepoliticaeconomica.files.wordpress.com/2012/02/redae-1-fevereiro-2005-diogo-neto.pdf>.

<sup>88</sup> Ibid., p. 7.

responsabilidades para com os seus cidadãos, e os serviços públicos são um exemplo disso. Quer dizer, ainda que a privatização seja vista por muitos como uma grande vilã, é necessário que seja desmistificada e percebida como uma consequência das transformações que o mundo tem passado nos últimos séculos, e por outro lado, estudada para ser implementada, com a cautela que exige.

Isto porque, conforme explica Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>89</sup>,

(...) a chamada onda universal de privatização não implica diretamente no câmbio de um **regime público** para um **regime privado** de prestações, como se poderia supor, porém, ao revés, paralelamente com o reconhecimento das vantagens da **privatização da execução**, a comunidade de juristas parece estar cada vez mais convencida de que o Estado realmente **deve ser forte e atuante**, como ocorre com essas renascidas funções de regulação – tanto as que recaem sobre as tradicionais atividades de serviços públicos como sobre as que passaram a incidir sobre as novas atividades consideradas de suficiente **interesse geral** para que se as sujeitem ao regime público.

Acredita-se, portanto, que a privatização deve ser vista a partir da perspectiva da atuação da Administração, com a sua nova roupagem, menos autoritária e mais consensual, de forma que o setor privado seja percebido como um parceiro<sup>90</sup> e participante da coisa pública (e não enquanto antagonista), a fim de alcançar a satisfação das necessidades e o bem-estar da coletividade. Essa interação se faz necessária, inclusive, para o alcance do desenvolvimento dos países e não é algo surgido há pouco, pelo contrário, desde o início da noção de serviço público a prestação de determinadas atividades por privados – mesmo na França estatista<sup>91</sup> – era não apenas uma possibilidade, mas uma realidade.

Por tratar em privatização, cabe fazer aqui um breve esclarecimento acerca do termo, tão utilizado – quiçá até mais em outros ramos como na política e economia – , no meio jurídico. Como se sabe, os países anglo-saxões têm uma raiz jurídica diferente dos países da Europa continental, que acabou por influenciar em diversos setores da atuação estatal e, por óbvio, na atuação administrativa, logo, nos serviços públicos. Então, ainda que a história desses países seja diferente e os tenha levado a resultados diversos dos demais

---

<sup>89</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações nos serviços públicos. In: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Nº 1, fevereiro/março/abril de 2005, p. 12. Disponível em: <https://direitoepoliticaeconomica.files.wordpress.com/2012/02/redae-1-fevereiro-2005-diogo-neto.pdf>.

<sup>90</sup> Também do ponto de vista comercial, pois não se pode ter uma visão utópica de um parceiro que não possui interesses comerciais.

<sup>91</sup> Em referência a Jacques Chevallier em CHEVALLIER, Jacques. Public Administration in Statist France. In: Public Administration Review. Jan/feb 1996, Vol. 56, Nº 1.

países, no último século a hegemonia do modelo capitalista contribuiu enormemente para que muitos aspectos já postos em prática nesses países passassem a ser também nos demais, acontecendo um movimento inverso ao da estatização, ocorrido no fim das guerras mundiais.

O movimento inverso à estatização é conhecido, como se pode esperar, como desestatização e consiste justamente no fato de retirar do Estado funções que eram a ele atribuídas. Villela Souto<sup>92</sup> ensina que a desestatização é gênero, do qual a privatização, a permissão e as concessões são espécies.

É interessante perceber que, consoante já visto desde o primeiro capítulo, esses processos acontecem em momentos diferentes nos países. Explica-se. Enquanto que no Brasil, nas décadas de 60 e 70 do século XX se vivia intensamente as estatizações, o que teve como algumas causas, ainda durante a Segunda Guerra Mundial, a necessidade de fortalecimento da segurança nacional e, posteriormente, até em decorrência do regime militar que o País sofreu, alguns países europeus já experimentavam os resultados da crise do Estado Social<sup>93</sup>, e em outros, nos das *public utilities*, as privatizações já eram uma realidade, pois este é um fenômeno, ao contrário do que comumente se imagina, não originário do liberalismo, mas anterior a esse<sup>94</sup>.

Fato é que a discussão da temática tem há certo tempo tomado amplitude<sup>9596</sup> e, ainda que se chegue à conclusão de que o processo não ocorreu concomitantemente nos países, em decorrência de causas distintas<sup>97</sup>, e alçado resultados diversos, é imperioso que se estabeleça

---

<sup>92</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. Desestatização – Privatização, Concessões e Terceirizações. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 54.

<sup>93</sup> MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián. Sentido y formas de la privatización de la Administración Pública. In: Os Caminhos da Privatização da Administração Pública. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. STVDIA IVRIDICA 60. Coimbra: Coimbra Editora. 2001, p. 23.

<sup>94</sup> OTERO, Paulo. Coordenadas jurídicas da privatização da Administração Pública. In: Os Caminhos da Privatização da Administração Pública. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. STVDIA IVRIDICA 60. Coimbra: Coimbra Editora. 2001, p. 31-32.

<sup>95</sup> Quiçá em decorrência do aumento das atribuições dos estados a fim de satisfazer as necessidades de interesse geral e/ou por razões políticas e econômicas, nomeadamente em razão de se estar vivendo de maneira geral uma grande polarização.

<sup>96</sup> Amplitude esta que sofreu influência da ascensão do neoliberalismo e acabou também por influenciar governos, como se vê: “Ao longo das últimas décadas do século passado o neo-liberalismo, que ganhara consistência e expressão com a difusão das obras de Friederich von Hayeck (*sic*) e o crescente prestígio dos economistas da escola de Chicago, liderados por Milton Friedmann, acabou por influenciar poderosamente as políticas econômicas e sociais dos Estados Unidos e da Inglaterra, respectivamente nos governos Reagan e Thatcher. É claramente perceptível, por igual, a influência do liberalismo, pelo favorecimento da concorrência e do mercado, em normas fundamentais que, desde o Tratado de Roma, presidem as relações entre os países membros da União Européia”. COUTO E SILVA, Almiro do. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público “à brasileira?”. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 230. Out./Dez. 2002, p. 48.

<sup>97</sup> Acerca das causas e resultados de alguns países consultar SOUTO, Marcos Juruena Villela, op. cit., p. 47-49.

não propriamente um conceito, mas uma noção do que ela veio a ser e dos resultados, ao menos, almejados.

É então, a despeito de não ser o enfoque do trabalho analisá-la, que a privatização possui algumas diferentes acepções. Há, por exemplo, quem entenda que o fato de a Administração Pública utilizar técnicas e procedimentos de direito privado<sup>98</sup> seja uma espécie de privatização. Mas aqui será adotado o entendimento de privatização organizatória ou formal<sup>99</sup>, quando não há transferência de titularidade da atividade ao privado e privatização material<sup>100</sup>, quando ocorre a transferência de titularidade.

Ambas noções têm em comum a causa principal e resultados esperados. Enquanto que aquela está relacionada com o inchaço do Estado e a crise do Estado social, os resultados almejados são, principalmente, desafogar o Poder Público, diminuir o gasto e conseqüentemente o déficit público. Ademais, aquelas velhas premissas de que a gestão pública é burocrática e não tão eficiente quanto a privada também acabaram por contribuir com esse movimento.

Mas por óbvio, além disso, é inegável que a lógica e o sistema de privatizações estão inseridos no modelo capitalista, afinal, se fortaleceram – inclusive, após o fim da guerra fria, com o “colapso do estatismo”<sup>101</sup>. E nesse sentido, é interessante perceber que as sociedades capitalistas, a despeito das suas peculiaridades, estão inseridas em um mercado mundial e, portanto, para que tenham relações comerciais necessitam se adequar às normas do mercado.

Estas normas de mercado, em decorrência da necessidade de serem aplicadas ao maior número de personagens/entes, não são criadas pelos próprios estados, fortalecendo aquela ideia de estados em rede e da necessidade de uma atuação diferenciada do Estado, de modo que ele deve intervir de modo mais indireto, ao passo que deve atuar negociando com

---

<sup>98</sup> MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián. Sentido y formas de privatización de la Administración Pública. In: Os Caminhos da Privatização da Administração Pública. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. STVDIA IVRIDICA 60. Coimbra: Coimbra Editora. 2001, p. 20.

<sup>99</sup> GONÇALVES, Pedro. A Concessão de Serviços Públicos (uma aplicação da técnica concessória). Coimbra: Almedina, 1999, p. 8 e ss.

<sup>100</sup> Ibidem.

<sup>101</sup> A expressão é utilizada por Manuel Castells, (A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. A Sociedade em rede. Volume I. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2007, p.16) e para ele, o estatismo consiste no “(...) sistema alternativo de organização social presente no nosso período histórico (...)”, o qual, segundo ele, não teria colapsado em alguns países como, Vietnã, Coreia do Norte, Cuba, e o caso da China, que se transformou, na verdade “(...) num capitalismo liderado pelo Estado (...)”, se aproximando até mais do modelo capitalista. Em todos estes, contudo, há pontos controversos do ponto de vista social e político.

o mercado, não perdendo a noção de que aquele é, em última instância, o garantidor dos direitos da população.

Ainda que as discussões acerca da privatização sempre girem muito em torno de questões políticas, sensata é a opinião de Martín-Retortillo<sup>102</sup> a respeito, no sentido de que não deve ser encarado tal fenômeno como solução para todos os problemas, devendo ser utilizada quando a sua gestão seja mais eficaz e com custos menores. Isto pois, a análise e a escolha pela privatização de determinada atividade devem sempre levar em consideração primeiramente a asseguuração dos interesses coletivos, e para isso, segue ensinando: devem ser atendidos os princípios da universalidade e da igualdade em qualquer caso, seja a atividade prestada por público ou privado, já que, ao fim ao cabo, a responsabilidade segue sendo pública.

Diante disso, é possível perceber que há diversas práticas que podem ser, portanto, consideradas como privatizadoras.

A concessão, por exemplo, consiste na delegação de atividades fim do Estado, motivo pelo qual, os serviços públicos muitas vezes são objeto desta modalidade. Já as permissões consistem em uma espécie de delegação, que ao contrário da concessão – e essa é a distinção principal entre elas – é formalizada através de ato administrativo. Há ainda diversos outros modos – direto ou indiretos, transferindo ou não a titularidade – de o Estado gerir os serviços, alguns deles serão abordados a seguir.

No Brasil, considerando que o processo ocorreu de forma mais intensa a partir da promulgação da Carta Constitucional de 1988 e, sendo ela compromissória, percebe-se que o legislador constituinte buscou um meio termo entre o Estado liberal e o Estado providência, intentando promover uma liberalização do mercado e conseqüentemente incentivando a privatização, mas ainda atribuído de incontáveis direitos sociais.

Contudo, conforme já se destacou outrora, há a necessidade de atuação do Estado no setor de prestação de serviços públicos. O que se deve considerar, é a existência, outrossim, de atividades que podem vir a ser prestadas pela iniciativa privada, por serem tidas como atividades econômicas<sup>103</sup>, nas lições e Marcos Juruena Villela Souto<sup>104</sup>,

---

<sup>102</sup> MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián. Sentido y formas de privatización de la Administración Pública. In: Os Caminhos da Privatização da Administração Pública. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. STVDIA IVRIDICA 60. Coimbra: Coimbra Editora. 2001, p. 24.

<sup>103</sup> É o caso, por exemplo, das telecomunicações, da energia elétrica.

<sup>104</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. Desestatização – Privatização, Concessões e Terceirizações. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 49.

Cumpra, pois, que se faça a retirada do Estado de setores que ocupa sem amparo na Constituição. A presença estatal em setores que não se refiram a imperativos de segurança nacional, relevante interesse coletivo ou prestação de serviços públicos deve cessar, ainda que o seu desempenho seja eficiente e rentável. Afinal, não é o lucro que está em jogo mas um limite constitucional traçado para a atuação interventiva estatal. O desrespeito a esses limites é a negação do próprio Estado de Direito.

Percebe-se então que a Constituição não é o parâmetro, no caso do Brasil, a ser utilizado apenas na asseveração de direitos e estabelecer premissas para a gestão dos serviços públicos, mas também no que diz respeito aos limites da atuação estatal.

### 2.6.1 Permissão e autorização

A permissão consiste numa modalidade de delegação de prestação de serviços públicos prevista inicialmente pela Constituição Federal, nos artigos 21, XI e XII e 175, e infraconstitucionalmente na Lei nº 8987/95. Este diploma apesar de conter no seu preâmbulo que disporá sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos dedica a esta última poucos dispositivos, insuficientes para estabelecer um regime a respeito, sendo aplicável, em verdade, o regime das concessões, essa que, como se verá, apresenta expressividade consideravelmente maior não apenas na legislação, mas também na realidade prática da prestação dos serviços públicos. Sobre as permissões, portanto, se apresentará mais uma breve noção teórica e conceitual.

Em sendo o regime das concessões e permissões estabelecido pelo mesmo diploma legal, a respeito, então, da modalidade ora em análise, o que se deve destacar são os pontos distintos do regime das concessões, os quais são, desse modo, aplicáveis apenas às permissões. É assim que, na permissão existe a possibilidade de a transferência da atividade ser feita a pessoa física; ainda que para o presente trabalho não desperte interesse, mas não há previsão de permissão para obras públicas<sup>105</sup>; não há obrigatoriamente que se realizar um processo licitatório na modalidade concorrência<sup>106</sup> anteriormente ao contrato, este que é tido como um contrato de adesão<sup>107</sup>, não havendo previsão a respeito do seu prazo, que à primeira

---

<sup>105</sup> O que, então, em decorrência do princípio da legalidade acarreta na vedação de tal modalidade para a realização de obras.

<sup>106</sup> Deve ser utilizado, então, os parâmetros de valores previstos no artigo 23 da Lei nº 8666/93, conhecida também como lei de licitações.

<sup>107</sup> Na verdade, a permissão em si, passou a ser vista após a CF de 1988 como um contrato de adesão, e não um ato administrativo.

visita pode ser, portanto, indeterminado, bem como são precários e passíveis de revogação unilateralmente.

Já no que diz respeito à autorização, que não é sequer prevista na Lei nº 8.987/95, esta é utilizada para serviços de baixa complexidade, como exemplifica Odete Medauar, “(...) de regra sem remuneração por tarifas; é o caso da autorização para conservação de praças, jardins ou canteiros de avenidas, em troca da afixação de placa com o nome da empresa”<sup>108</sup>. Ademais, diante da relativa simplicidade da delegação ela deve ser formalizada mediante um ato administrativo, conforme a discricionariedade do gestor e deve ser de natureza precária.

Como se pode ver a partir da breve análise das duas espécies de delegação, não há grandes temas surgidos a partir delas, ficando para a espécie restante, isto é, a concessão, as questões mais interessantes e de maior complexidade. Ainda que não se pretenda esgotar o tema das concessões, passará ao estudo de alguns pontos a seu respeito a partir do tópico a seguir.

#### 2.6.2 Concessão

Das formas de gestão indireta dos serviços públicos, a concessão – dada a sua relevância – será que mais se alongará a respeito. Isto pois, tal modalidade de gestão indireta, foi adotada por vários países, cada qual guardando as suas peculiaridades. É então que se infere desde já terem as concessões desenvolvido – e ainda desenvolverem um papel de extremo destaque na prestação dos serviços públicos.

É importante ressaltar, todavia, que a concessão aqui referida, por óbvio é a dos serviços públicos e se está explicando isto em razão de ser a concessão gênero, do qual há espécies. Para além disso, a concessão de serviços públicos é uma espécie de concessão administrativa<sup>109</sup>, já que se está tratando de relações de Direito Administrativo.

Note-se ser essa uma importante forma de gestão dos serviços públicos, que, a despeito de ser utilizada há tempo considerável, e já ter passado pela “(...) sua fase dourada essencialmente centrada na segunda metade do século XIX e nas primeiras décadas do século

---

<sup>108</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 20ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 392.

<sup>109</sup> Eis que todas as vezes que se utilizar apenas concessão entenda-se estar se referindo à concessão administrativa enquanto gênero, não se confundindo com a modalidade de concessão administrativa prevista na Lei nº 11.079/2004.

XX”<sup>110</sup>, passa por um processo constante de transformações e aprimoramentos, de acordo com as necessidades de cada país.

Perceba-se por exemplo o caso brasileiro das Parcerias Público-Privadas – PPP<sup>112</sup>, modalidade surgida no modelo das *public utilities*, mas que quando levada ao Brasil foi incorporada ao ordenamento jurídico pátrio por meio de espécies de concessão.

Destaque-se desde já ser o diferencial do modelo concessional a transferência não da titularidade sobre o serviço, que continua sob o poder estatal, mas da gestão, da prestação do serviço<sup>113</sup>. Tal configuração implica na necessidade e responsabilidade do Estado em relação ao serviço, não constituindo, entretanto, em uma desoneração desse em relação aos seus usuários.

Como afirma Souvirón Morenilla<sup>114</sup>,

En la fase que se extiende desde mediados del siglo XIX hasta principios del XX, servicio público y concesión van a ser, em todo caso, elementos indisolubles. De ahí que esta fase haya podido ser calificada como del Estado de los servicios públicos com contratista interpuesto.

Pode-se afirmar, na verdade, que até os dias de hoje, tratar sobre serviços públicos exige que se fale também em concessões. Em que pese ser um instituto que despontou há certo tempo, até hoje é utilizado de maneira acentuada pelos estados.

É fácil, entretanto, se chegar a simples (ou como afirma Marçal Justen Filho<sup>115</sup>, incompleta) inferência de que a concessão seria um instituto que conciliaria os interesses privados com os públicos, em razão de, ao mesmo tempo que através dela seria possível o alcance de um interesse público por meio de uma atividade, a qual seria desempenhada por um ente privado, atuando conforme os ditames da livre iniciativa, mediante o pagamento de

---

<sup>110</sup> Essa “fase dourada” corresponde, como visto no capítulo anterior, ao período em que o liberalismo ascendeu e se manteve em alta, o que não se manteve no período pós-guerras, quando os estados passaram a assumir responsabilidades demasiadas

<sup>111</sup> GONÇALVES, Pedro. A concessão de serviços públicos (uma aplicação da técnica concessória). Coimbra: Almedina, 1999, p. 7.

<sup>112</sup> A respeito dessa modalidade será dedicado um subtópico específico.

<sup>113</sup> É nesse sentido é a doutrina desde antigamente, como se vê: “Pelo acto da concessão, a administração investe o concessionário nos poderes e nos encargos de *fazer funcionar* o serviço público – e essa natureza permanece tão fundamental na concessão, que, findo o prazo dela, a sua exploração se vê transferida para a administração que a assume nas condições em que a assumiria se desde que o serviço creado ela se atribuir logo a sua gestão própria”. MAGALHÃES COLLAÇO, João Maria de. Concessões de serviços públicos: sua natureza jurídica. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1914, p. 72.

<sup>114</sup> MORENILLA, José María Souvirón. La actividad de la administración y el servicio público. Granada: Comares. 1999, p. 52.

<sup>115</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003, p.12.

uma contraprestação, fosse subsidiada diretamente pelo Estado, por meio de tarifas ou taxas pagas pelos usuários, ou ambos.

De fato, é possível afirmar que podem sair tanto o ente público quanto o privado beneficiados com a concessão – ainda que o real beneficiário deva ser o povo e não dever ser esse o cerne da concessão – mas no que a consiste, a essência da concessão está no fato de alargar a esfera jurídica de um sujeito, em decorrência da integração a ele de um direito originariamente pertencente à Administração e por isso se diz que as concessões têm como característica a constitutividade<sup>116</sup>. Esta que pode ser tanto de um bem, ou melhor, em relação ao direito de usufruir um bem público, quanto à possibilidade de desenvolver uma atividade de natureza pública<sup>117</sup>.

A partir dessas informações iniciais e gerais a respeito do instituto, é possível já inferir ser a concessão um instrumento através do qual a Administração não perde a titularidade do bem ou da atividade a ser concedido, o que se põe “à disposição” do concessionário é a utilização ou gestão. Além e em razão disso que se pode concluir ser possível através da utilização dela realizar uma repartição de responsabilidades<sup>118119</sup>, ou se ter nela uma espécie de cooperação, nos casos em que há a concessão a um ente privado.

Relativa e especificamente aos serviços públicos, é interessante perceber que há casos em que há a concessão da gestão e/ou exploração do serviço, mas há também – por parte do concessionário – a utilização de infraestruturas (em alguns casos que são chamadas de redes) públicas. É o caso, por exemplo do sistema ferroviário (tanto no Brasil quanto em Portugal), na grande maioria dos casos a prestação dos serviços é feita por empresas concessionárias, que utilizam a rede cuja propriedade é pública. Por haver essa “interdependência” entre o público e o privado afirma-se ser a concessão uma modalidade de gestão colaborativa<sup>120</sup>.

---

<sup>116</sup> GONÇALVES, Pedro. A Concessão de Serviços Públicos (uma aplicação da técnica concessória). Coimbra: Almedina, 1999, p. 54 e ss e 61.

<sup>117</sup> Ibidem, p. 85.

<sup>118</sup> O que é possível em razão de ser a concessão de serviços públicos uma espécie de concessão administrativa de “natureza *constitutiva e translativa*”, cfr., GONÇALVES, Pedro, ibidem, p. 117.

<sup>119</sup> Este constitui, inclusive, o principal objetivo das Parcerias público-privadas que são uma modalidade da técnica concessória, como se verá a seguir.

<sup>120</sup> Destaque-se que essa percepção de cooperação entre os setores público e privado por meio das concessões era predominante no conceito de concessão clássico. Não que hoje tal modo de gestão não o seja, mas com a possibilidade de haver concessão apenas entre entidades de direito público (quando ocorre, por exemplo, a empresas públicas), ou ainda, que o poder concedente seja de direito privado, tal entendimento deve ser relativizado. A respeito dessa questão consultar GONÇALVES, Pedro, ibidem, p. 105/106.

A responsabilidade pelos serviços públicos a que se tem referido durante o trabalho é um fato e, no que toca às concessões é interessante perceber que por mais que ela seja um produto do Estado liberal e uma figura do liberalismo, através dela foi possível “manter” um Estado social, em razão do controle que ele consegue e deve desempenhar sobre o concessionário em relação à prestação do serviço<sup>121</sup>.

Mesmo que se tenha um pouco dessa lógica do Estado social, é inviável econômica e financeiramente que o ente público arque com todos os custos de implementação e prestação do serviço. Por esse motivo, resta aos usuários que cumpram com uma contraprestação ao utilizar que, obviamente, varia de acordo com o serviço prestado, podendo variar também com as possibilidades econômicas do usuário<sup>122</sup>, é através desta contraprestação que se dá, predominantemente, a remuneração do serviço prestado<sup>123</sup>.

À luz do ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, da Lei nº 8987/95, a concessão de serviço público consiste na

(...) delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado (...).

A importância do texto legal se dá em razão de ser a legalidade justamente um pressuposto da concessão. Em se tratando do direito de exploração e/ou gestão de uma atividade, de titularidade estatal a ser transferida, deve haver uma previsão legal<sup>124</sup> e a devida regulamentação de como deve ser realizada, ainda que em muitos pontos não seja ela suficiente e tenha alguns “defeitos “lógicos”<sup>125</sup>.

A partir do texto legal transcrito é possível extrair que deve haver, portanto, um poder concedente, que será o Estado (e aqui compreendido como ente, ou seja, União,

---

<sup>121</sup> GONÇALVES, Pedro. *Ibidem*, p. 103.

<sup>122</sup> No Brasil, nos serviços de energia elétrica e fornecimento de água, por exemplo, existe o que popularmente se chama de tarifa baixa renda, para que pessoas hipossuficientes economicamente tenham descontos nas suas faturas. A prática, pode ser considerada um exemplo de aplicação prática do princípio da igualdade, que deve ser levado em conta e utilizado na gestão dos serviços públicos, independentemente do modo de gestão adotado. Em Portugal, os serviços de transportes intercity, também são um exemplo, em que determinadas categorias possuem descontos na tarifa.

<sup>123</sup> Atualmente existem outras formas de remuneração dos concessionários, no caso das PPP patrocinadas, por exemplo, o Estado arca com parte dos custos, a publicidade também pode ser utilizada como fonte de geração de receitas para o concessionário.

<sup>124</sup> Que no caso do direito brasileiro já vem desde a CF.

<sup>125</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 54.

Estados, Municípios ou Distrito Federal); um processo licitatório na modalidade concorrência<sup>126</sup> a ser realizado anteriormente; podendo ser concedido tanto a uma pessoa jurídica quanto a um consórcio que será responsável por – note-se – prestar o serviço, que como já se frisou outras vezes, mantém sua titularidade com o ente, e ainda, por um tempo determinado, tendo que haver, portanto, temporalidade.

Como já se chegou a comentar outras vezes, a concessão representa um importante instituto através do qual é possível a sociedade civil, por meio de entes privados, participar do processo de desenvolvimento dos países, e acaba por ser reflexo das cartas constitucionais compromissórias, que buscaram em muito uma integração maior entre Estado e sociedade. Todavia, deve-se ressaltar que em razão de estar o privado desenvolvendo uma atividade de natureza pública, ele terá a liberdade e autonomia limitadas, tendo em vista que o fim último da atividade não é simplesmente a obtenção do máximo lucro, como poderia ser caso ele estivesse desempenhando a atividade por sua livre iniciativa.

Inclusive, ainda que classicamente o conceito de concessão dissesse respeito à transferência da atividade para que um privado prestasse por sua conta em risco, é importante que essa concepção, nomeadamente hoje, não deva ser entendida dessa forma em absoluto. Ou seja – e aqui se está tratando eminentemente dos riscos econômico-financeiros -, a remuneração do concessionário se daria por meio da exploração empresarial<sup>127</sup>. Ocorre que se por alguma razão há um desequilíbrio econômico financeiro do contrato, deve o poder concedente proceder de maneira a restabelecê-lo<sup>128129</sup>.

---

<sup>126</sup> A concorrência é considerada no Direito brasileiro a modalidade de certame para contratações públicas de altos valores, ou no caso de contratações internacionais, alienação de bens ou para contratos de concessão de usos, como a possibilidade de concessão de gestão de florestas para manejo sustentável, prevista na Lei nº 11.284/2006. Tal modalidade é prevista pela Lei nº 8.666/93, e segundo José dos Santos Carvalho Filho, é a que apresenta “(...) maior rigor formal e exige mais ampla divulgação”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 32ª. ed. *E-book*, 2018, p. 341.

<sup>127</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 335.

<sup>128</sup> Isto pois, como ensina Caio Tácito, “A imposição do risco não é, contudo, irrestrita”. E isso se dá em razão de “A álea *ordinária* fica[r] a inteiro cargo do concessionário, que não se pode eximir ao risco voluntariamente assumido. Na ocorrência, porém, de um ônus imprevisível, ou da atribuição unilateral de novos serviços, cumpre ao Estado absorver ou partilhar dessa álea *extraordinária*, não somente por um princípio de equidade, como pelo interesse público na manutenção do serviço, dependente da estabilidade financeira do concessionário”. TÁCITO, Caio. Temas de direito público (Estudos e Pareceres). Vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 200.

<sup>129</sup> Tal mandamento decorre do princípio da intangibilidade da relação econômico-financeira, o qual é inclusive previsto na Lei 8987/95, §4º do artigo 9º (“Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração”) e na Lei de licitações (nº 8.666/93), em seu artigo 65, II, d (Art. 65 Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: (...) II - por acordo das partes: (...) d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da

Diante dessa configuração das concessões (que em muito se vislumbrará também nas outras formas de prestação indireta) se percebe que há nesta relação o que autores chamam de relação trilateral, isto é, entre o Estado, o concessionário e a população (ou até o cidadão individual). Esta relação, percebe-se, tem como destinatário final do seu “produto”, o cidadão, a população, e não apenas isso, lembre-se que aquele tem o dever de participar não apenas dos processos de contratação pública, mas também da fiscalização destes, bem como da prestação dos serviços.

Destaca-se, contudo, que a fiscalização dos cidadãos, individualmente, não seria suficiente para no fim atender às necessidades e satisfazer os interesses. É nesse contexto que a regulação surge para, enquanto uma forma de intervenção do Estado na economia, garantir que sejam atendidas as necessidades da população de modo eficiente e com um custo acessível.

É então que a concessão, enquanto forma de privatização e de gestão indireta de serviços públicos, pode ser um importante instrumento a ser utilizado pelo poder público, como possibilidade de desoneração e a cumprir o escopo de satisfação de interesse público.

### 2.6.3 Parcerias público-privadas

Em que pese estarem em apartado das concessões, há no direito brasileiro (assim como no direito português, espanhol e outros países latinos) uma identificação entre o conceito das Parcerias público-privadas e as concessões, uma vez que, na verdade, aquelas se realizam através dessas. Não, por óbvio, através do conceito clássico da concessão, por meio do qual o privado é responsável pela prestação do serviço e a sua remuneração se dá por meio da contraprestação dos usuários, havendo, portanto, algumas diferenças.

Todavia, assim como a figura clássica da concessão, as PPP são caracterizadas pela atuação do privado numa obra pública ou prestação de serviço. Normalmente utilizada para obras e serviços de grande vulto, tanto que são previstos longos prazos, até mesmo para que seja possível a obtenção de um retorno financeiro.

---

administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual”), seja em decorrência de ato unilateral que altere o contrato ou por fatos alheios às vontades das partes, como previsto nos dispositivos transcritos.

Com origem no Reino Unido, houve uma “explosão” da sua utilização no fim do século XX, quando a “ideologia” das PPP foi levada para fora daquele país e adotada por outros, inclusive Portugal e Brasil. A sua larga utilização se deu em razão dos orçamentos restritos de muitos Estados, e a busca de parceiros privados para a criação e/ou manutenção de obras e infraestruturas públicas foi uma saída, em alguns lugares de maneira mais exitosa e em outros menos<sup>130</sup>.

Mas afinal, por meio deste tipo de contratação pública<sup>131</sup>, mesmo sem uma definição una do instituto, é possível realizar obras de infraestrutura, bem como prestação de serviços. É preciso destacar a respeito delas que os seus objetos são, majoritariamente, obras ou serviços de altos valores e implica em contratos de longa duração, o que acaba por envolver grandes riscos, tanto para o contratante quanto para o contratado. Ademais, em razão dessa longa duração e da vultuosidade do objeto contratual, esses contratos são caracterizados por uma “sofisticação”, pois, deve haver estudos, análises, capazes de fazer uma previsão, projeções, a respeito de determinados pontos, o que não significa, então, que o instrumento contratual deve ser capaz de prever todas as situações de vicissitudes e eventualidades, devendo funcionar mais como linhas gerais e regentes da relação.

Urge ressaltar que no Brasil há duas espécies de PPP, que por sua vez, são – como já dito no início – espécies de concessão. Ou seja, há a previsão legal<sup>132</sup> da concessão administrativa e da concessão patrocinada. Sendo que nesta o parceiro público arca com um valor adicionalmente às prestações pagas pelos usuários, e naquela a remuneração é feita

---

<sup>130</sup> Em Portugal, por exemplo, o instituto foi amplamente utilizado, tendo sido o percentual do PIB a elas destinado o mais alto da União Europeia (AZEVEDO, Sérgio. PPP e o custo de um Estado fraco. Toda a verdade sobre as parcerias público-privadas. Lisboa: Alethéia. 2014, p. 27). Contudo, há controvérsias acerca dos benefícios por ela trazidos, ainda que por meio delas se tenha conseguido ampliar consideravelmente o setor de infraestrutura do País os custos para o Estado não foram reduzidos. A respeito da experiência portuguesa, consultar AZEVEDO, Sérgio. *Ibidem*.

<sup>131</sup> O artigo 2º confere às PPP a natureza de contrato administrativo.

<sup>132</sup> A Lei nº 11.079/2004 é a que trata sobre as Parcerias público-privadas no âmbito da administração pública brasileira, sendo, portanto, aplicável a todos os entes da federação. O seu artigo 2º estabelece alguns conceitos fundamentais, quais são: “Art. 2º-Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. § 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. § 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. § 3º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”.

pelo próprio ente. Por consistirem em espécies de concessão, aplica-se a Lei nº 8.987/1995 no que a Lei nº 11.079/2004 for omissa.

Outro ponto essencial a ser destacado, que é um diferencial em relação às concessões clássicas, diz respeito à repartição dos riscos. Já se sabe que as PPP são, preponderantemente, utilizadas em contratos de altos valores e longos prazos<sup>133</sup>, por esse motivo são envolvidos altos riscos. Para além disso, o diploma não permite que sejam elas utilizadas apenas para uma “fase”, ou seja, elas devem ser utilizadas para a construção e operação de uma determinada obra e/ou prestação do serviço. Há aqui uma diferença, portanto, dos contratos de empreitada, em que o privado é contratado apenas para uma construção, por exemplo, ou ainda, na concessão clássica, em que já existe uma estrutura e o concessionário fica responsável pela operação, para a prestação do serviço.

Percebe-se, portanto, que essa repartição de riscos<sup>134</sup> consiste, na verdade, numa transferência de risco maior, em termos, para o privado. Pois, enquanto nas concessões clássicas a responsabilidade pelo equilíbrio do contrato é, em grande parte, responsabilidade da Administração, nas PPP são transferidos riscos de gestão para o privado, visto que ele ficará com todo o “processo”. O que, à primeira vista parece interessante, tendo em vista que a Administração sai de cena, contudo, pode gerar grandes prejuízos, caso os valores não sejam bem projetados<sup>135</sup> e no fim das contas, é o ente público que tem que arcar com gastos a mais.

Ao fim e ao cabo, as parcerias público privadas parecem ser uma modalidade de concessões mais sofisticada<sup>136</sup>, sendo uma relação na qual entram privados que devem ser

---

<sup>133</sup> A lei brasileira prevê que tais espécies contratuais são vedadas em instrumentos cujo valor seja inferior a dez milhões de reais, período inferior a cinco anos e “que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública”.

<sup>134</sup> Por óbvio há uma série de riscos envolvidos em uma relação contratual como essa, como por exemplo, além dos riscos inerentes ao próprio negócio, o risco político. Quando se fala em privado assumir risco, é importante ressaltar que privado. Nesse sentido, Floriano de Azevedo Marques Neto ensina que “quando falamos de financiamento do empreendimento em PPP temos que ter em vista três dimensões distintas: (i) a origem dos recursos necessários à implementação do empreendimento (**agente financiador**); (ii) a parte responsável por assumir o risco de financiar o projeto (**investidor**) e (iii) a origem de geração de receitas que serão utilizadas para remunerar o financiamento, a operação do empreendimento e o retorno do investidor (**fonte de remuneração**)”. Segue o autor ensinando que quem assume o risco, ou seja, a parte privada da PPP, a quem cabe obter o financiamento, implantar, operar e, quiçá, não lucrar como planejado é o investidor. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Reajuste e revisão nas Parcerias público-privadas revisitando o risco nos contratos de delegação. In: Parceria público-privada. Aspectos jurídicos relevantes. Coord.: Mariana Campos de Souza. São Paulo: Quartier Latin. 2008, p. 61

<sup>135</sup> Ou então, haja má-fé e corrupção e sejam os valores aumentados propositalmente.

<sup>136</sup> Floriano de Azevedo Marques Neto, *ibid.*, p. 67 e ss, explica por que advoga ser um contrato administrativo peculiar.

mais capacitados e especializados no desenvolvimento e gestão de uma determinada obra e serviço, com trabalhos de consultorias e, normalmente, financiamento de bancos. Percebe-se que é algo mais complexo do que as concessões tradicionais, que podem ser uma boa alternativa para a Administração.

Não devem ser elas, contudo, encaradas como algo de absolutamente novo e extraordinário. Podem representar uma boa ferramenta<sup>137</sup>. Entretanto, tendo em vista toda a amplitude do contrato (tanto em relação ao tempo quanto valores, atores envolvidos, etc), deve-se ter muita cautela com os riscos “extras”, dentre os quais a corrupção<sup>138</sup>.

#### 2.6.4 Empresas estatais

A escolha por tratar sobre concessões, PPP e empresas estatais (cujo é o gênero, do qual as empresas públicas e sociedades de economia mista são espécies, havendo ainda as subsidiárias) não se deu à toa. Destaca-se não estarem elas, doutrinariamente, inseridas em um mesmo “grupo” ou espécies de um único gênero, inclusive porque são coisas distintas, enquanto as concessões (e conseqüentemente as PPP) são meios para prestação de serviços, as empresas estatais são entidades, criadas com um determinado objetivo, dentre os quais pode ser a prestação de serviço público.

Ademais, nas duas primeiras modalidades a prestação fica a cargo de privados, para os quais é transferida a prestação. Já nas demais, por mais que sejam elas sociedades empresárias e de direito privado, ainda que em razão disso não possam gozar de privilégios em comparação aos demais agentes econômicos, devendo aliás, participar do mercado em pé de igualdade, elas são geridas por entes públicos.

A atuação do Estado enquanto “empresário” não deixa de ser uma intervenção na economia e, mesmo que já se tenha referido anteriormente à atividade de intervenção do Estado na economia, do modo genérico, é interessante trazer a lição de Fernando Facury

---

<sup>137</sup> Como consta no relatório da Comissão de PPP do Instituto de pesquisa sobre políticas públicas, é preciso perceber o que as PPP são capazes e não são de entregar. COMMISSION ON PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIPS, Institute for Public Policy Research (IPPR), Building better partnerships. The final Reporto of the Commission on Public Private Partnerships. Londres: IPPR, 2002, p. 16.

<sup>138</sup> Alude-se a esse principalmente em razão de se dever analisar, seja qual for o modelo de gestão a ser adotado, os interesses por trás da escolha, devendo ser os critérios determinantes para a escolha de determinado tipo, o qual irá satisfazer da melhor forma o interesse público, levando em consideração, o atendimento às necessidades dos usuários pelo melhor preço, e com o menor custo, caso necessário, para o ente.

Scaff<sup>139</sup>, no sentido de que a utilização da expressão intervenção se mostra temerária em razão de levar ao entendimento de que Estado e economia são coisas diversas, e que quando aquele, nessa intervém ele estaria agindo em um local que não lhe é próprio e, Estado e economia são, na realidade, sistemas imiscuídos e interdependentes, um não subsistiria sem o outro.

É nesse sentido e por esse motivo que se entende ser mais pertinente, então, a nomenclatura utilizada por Alexandre Aragão<sup>140</sup>, de atuação direta e atuação indireta<sup>141</sup>. Sendo a primeira relativa à atuação do estado enquanto agente econômico<sup>142</sup>, como é o caso aqui da sua atuação por meio de empresas públicas e sociedades de economia mista, e a atuação indireta coincidindo usualmente com a atividade de regulação dos agentes econômicos privados.

Postos primeiramente tais pontos, é importante ainda advertir que o fato de a gestão de um determinado serviço ser feita por uma empresa estatal e, destarte, com maior parte do capital público, não implica, todavia, que a gestão é direta, ainda que seja uma forma de atuação econômica direta por parte do Estado.

Nesse contexto de atuação de forma direta do Estado na economia é importante que se percebam as exigências que o mundo globalizado fez (e mesmo hoje faz) no desempenho dessas atividades. Não é porque se trata de empresas estatais que a atuação delas deve ser com uma visão centralizada. A atuação direta do Estado na economia, como agente econômico deve ocorrer como se fosse ele um ator privado, com as mesmas cobranças de eficiência, com eventual participação no comércio internacional, e no caso de prestação de serviços públicos, com atendimento às demandas e obediência às normas (em sentido amplo) como se fosse, por exemplo, um concessionário.

---

<sup>139</sup> SCAFF, Fernando Facury. Ensaio sobre o conteúdo jurídico do princípio da lucratividade. In: Revista de Direito Administrativo. Vol. 224, 2001, p. 334.

<sup>140</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Empresas estatais. O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. Rio de Janeiro: Forense. 2ª.ed. 2018, *e-book*, p. 28.

<sup>141</sup> Em que pese ter sido feita tal advertência, por ventura também será utilizada a expressão intervenção, por ser mais usual.

<sup>142</sup> Relativamente às atuações direta e indireta, cumpre fazer uma observação apontada por Marçal Justen Filho, que afirma que “(...) a intervenção estatal *indireta* é elevada à categoria de instrumento primordial de realização dos fins de interesse público no âmbito das atividades econômicas. Mais do que isso, a atuação direta do Estado é proscribida e somente pode ser admitida em situações de grande excepcionalidade”. JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. São Paulo: Dialética. 2002, p. 24.

Tal noção que se tem e exige atualmente, em decorrência da realidade que se vive, não é a mesma da época do surgimento destas empresas, ainda que, seu conceito previsto no ordenamento jurídico pátrio<sup>143</sup>, em 1967 (com alteração em 1969) permaneça em muito.

A fim de acompanhar as mudanças ocorridas, mesmo que um pouco tardiamente – quase vinte anos depois do mandamento constitucional -, em 2016 foi promulgada no Brasil a Lei nº 13.303, que trata sobre o regime jurídico das empresas estatais no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. O referido diploma, que é regulamentado pelo Decreto nº 8.945<sup>144</sup> do mesmo ano, traz logo no seu primeiro artigo<sup>145</sup> a previsão da sua abrangência, incluindo a prestação de serviços<sup>146</sup>.

O que é interessante e merece ser destacado no diploma são previsões como as relativas à transparência<sup>147</sup>, governança<sup>148</sup>, gestão de riscos<sup>149</sup>. São conceitos típicos, e que surgiram da gestão privada, e então passaram a ser incorporados na gestão pública, e por mais que já há certo tempo se tenha uma cobrança no sentido de, por exemplo, aumentar a transparência<sup>150</sup> da gestão pública, aos poucos e há pouco que esses vêm sendo incorporados no ordenamento jurídico.

---

<sup>143</sup> Segundo o Decreto-lei nº 200 de 1967, “Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se: (...) II - Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito. III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta.”. Atualmente há previsão conceitual na Lei nº 13.303/2016, segundo a qual: “Art. 3º Empresa pública é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios. Art. 4º Sociedade de economia mista é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta”.

<sup>144</sup> Este, contudo, é aplicável apenas no âmbito da União, conforme o seu artigo 1º.

<sup>145</sup> “Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos”.

<sup>146</sup> É curioso perceber que a previsão legislativa é apenas “serviços”, não havendo referência expressa a serviços públicos. Todavia, a interpretação que se faz é que a referência abrange os serviços públicos.

<sup>147</sup> Artigos 6º e 8º do diploma.

<sup>148</sup> Artigos 1º, §3º, §4º e §7º; 6º; 8º, III e VIII, dentre outras previsões.

<sup>149</sup> Artigos 6º, 9º e 18.

<sup>150</sup> O que já era possível de ser feito sem uma previsão expressa em decorrência da previsão do princípio da publicidade no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, onde ele foi consagrado como princípio constitucional administrativo.

Viu-se desde o primeiro capítulo que os serviços públicos são considerados espécies de atividades econômicas e, para além disso, que as atividades econômicas constituem uma forma de atuação do Estado na economia. Inobstante a titularidade da livre iniciativa ser da iniciativa privada, há setores em que o Estado tem de atuar, segundo a Lei Maior: são exatamente os serviços públicos e os monopólios públicos – esses últimos a fim de proteger interesses estratégicos do Estado.

Ainda que teoricamente a distinção entre serviços e monopólios públicos pareça de fácil identificação, na realidade fática nem sempre se mostra tão simples. A atividade aqui escolhida e a ser analisada no próximo capítulo parece um bom exemplo disso<sup>151</sup>, pois em que pese indubitavelmente o acesso à energia elétrica ser um direito das pessoas, de responsabilidade do Estado e, enfim, um serviço público, não deixa de ser um setor de natureza estratégica.

É então que os serviços públicos podem ser também prestados por empresas estatais, sejam elas empresas públicas ou sociedades de economia mista e, mesmo que nem o legislador nem a doutrina tenham se preocupado e esforçado no sentido de distinguir de forma mais precisa as empresas que desenvolvem atividade econômica de natureza privada e as prestadoras de serviço público<sup>152</sup>, não é possível que se ignore a existência dessa atuação por parte do Estado.

Tendo em vista a natureza de direito privado de tais entidades, a partir de inteligência do artigo 173, §1º, da CFB, devem obedecer a um regime da mesma natureza, isto é, de direito privado, em regra, com algumas derrogações de direito público, como é o caso do dever de licitar, ou seja, devem tais entidades sujeitarem-se à Lei das licitações. Para além disso, o citado dispositivo estabeleceu a criação de lei que dispusesse sobre o regime jurídico de tais entidades, essa que é justamente a Lei nº 13.303/2016. No entanto, a aplicação do direito privado se dará nos casos em que tais empresas atuem no sentido de exploração de atividade econômica. Ou seja, quando elas atuarem na prestação de serviços públicos o devem fazer à semelhança de concessionárias de serviço público<sup>153</sup>.

---

<sup>151</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Empresas estatais. O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. Rio de Janeiro: Forense. 2ª.ed. 2018, *e-book*, p. 48.

<sup>152</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, *e-book*, p. 605.

<sup>153</sup> Cfr. Di Pietro, a atuação deve ser de acordo com o artigo 175 da Constituição (e a Lei nº 8.987/95 – lei das concessões),”(...) especialmente no que diz respeito aos deveres perante os usuários, à política tarifária, à obrigação de manter serviço adequado, bem como a todos os princípios que regem a prestação de serviços públicos, como continuidade, isonomia, mutabilidade, dentre outros. (...) É o que ocorre [inclusive] com os

É então que a partir do que fora exposto é possível inferir que a atuação das empresas estatais nos casos de exploração de atividade econômica (artigo 173 da CFB) rege-se por normas de direito privado, sendo ele também que se aplica em casos de omissão. O mesmo já não ocorre quando as empresas estatais atuam no sentido de prestação de serviço público, pois, nesses casos se aplica o direito público<sup>154</sup> subsidiariamente.

Ainda que a doutrina e a jurisprudência tenham feito ultimamente essa distinção entre empresas estatais exploradoras de atividade econômica e prestadora de serviços públicos, a legislação não seguiu esses passos, a exemplo da Lei nº 13.303/2016 que não as diferencia, de modo que, mesmo que tenha incluído no seu artigo 1º a aplicação dela aos serviços, ela se destina maioritariamente às empresas que exploram a atividade econômica.

Independentemente, porém, do escopo da entidade a ser criada, a lei determina que deve haver como fim último o atendimento a um interesse público, que deve ser, outrossim, alinhado a objetivos de políticas públicas que ensejaram a criação da empresa. É então que em última análise, a despeito de as empresas estatais atuarem diretamente no mercado, mesmo assim, deve haver a consecução de um interesse público.

Enfim, terminando informações conceituais pertinentes ao tema, para sociedade de economia mista há a exigência de que o capital seja maioritariamente público, de modo e a fim de que seja o controle acionário exercido pelo Estado. Já para a empresa pública, o seu capital deve ser exclusivamente público, em relação à criação, ambas necessitam de uma lei (no âmbito do ente que a criará) autorizando (à qual irão se vincular). Ambas modalidades possuem personalidade jurídica de direito privado, por isso obedecem o direito de mesma natureza, todavia, há derrogações de direito público, tendo em vista que mesmo desempenhando uma atividade econômica elas têm como fim último a satisfação de interesse público.

---

serviços de energia elétrica, de competência da União (art. 21, XII, b, da Constituição), delegados a empresas estatais sob controle acionário dos Estados”. Ibidem, p. 606.

<sup>154</sup> “Quando, porém, o Estado fizer a gestão privada do serviço público, ainda que de natureza comercial ou industrial, aplicam-se, no silêncio da lei, os princípios de direito público, inerentes ao regime jurídico administrativo. Nem poderia ser diferente, já que alguns desses princípios são inseparáveis da noção de serviço público, tais como o da predominância do interesse público sobre o particular, o da igualdade de tratamento dos usuários, o da mutabilidade do regime jurídico, o da continuidade do serviço público e, como consequência, o das limitações ao direito de greve, o da obrigatoriedade de sua execução pelo Estado, ainda que por meio de concessionários e permissionários, daí resultando o direito do usuário à prestação do serviço”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, *e-book*, p. 607.

E em relação à constituição das empresas, exige-se que a sociedade de economia mista seja constituída na forma de sociedade anônima<sup>155</sup>, enquanto que as empresas públicas podem ser em qualquer das formas admitidas de constituição de sociedade empresárias admitidas no direito pátrio ou em outra forma criada na sua lei instituidora, no âmbito da União, ou apenas nas formas admitidas em lei, no caso dos demais entes.

Note-se que o modo e a espécie de gestão de serviços públicos é, em regra, uma faculdade e, portanto, produto da discricionariedade da Administração Pública e devem ser postos em prática graças à autonomia que lhe é garantida. Há de se considerar, todavia, que tal autonomia é limitada e oriunda da lei, não bastando apenas uma decisão do gestor, mas uma decisão pautada e fundamentada em diploma legal. Ademais, percebe-se ainda que a despeito e independentemente do modo de gestão escolhido pelo gestor, o fim último a ser alcançado deve ser sempre o mesmo, a satisfação do interesse público, o atendimento às necessidades coletivas dos cidadãos, afinal é esse o escopo da administração.

Para alcançar tais objetivos é necessário que a Administração atue, não apenas sob o comando do princípio da legalidade, mas leve em conta todo o conjunto de princípios administrativos, que tenha como preceitos, por exemplo, a eficiência e eficácia, a boa administração, a transparência – até para que a população possa exercer controle sobre as contratações<sup>156</sup> -, levando em consideração ainda o *value for Money, accountability*, dentre outros que não cabem aqui ser analisados detidamente.

Pretende-se, dessa forma, deixar claro que independentemente do modelo de gestão por trás da prestação do serviço público, nada disso pode servir como meio de o Estado se eximir da prestação de serviços que são de responsabilidade do poder público, e ainda, não existe uma espécie ou modelo de gestão perfeito que irá se adequar a qualquer serviço a ser prestado. Ao contrário, diante da variedade e das especificidades de cada atividade, e ainda, de cada país (e aqui ainda, se o serviço é local, estadual ou de âmbito federal) o melhor a ser feito é a análise de todos esses fatores para que se busque uma prestação que seja mais eficiente e benéfica para o caso em concreto.

---

<sup>155</sup> Por determinação do artigo 235 da Lei nº 6.404 de 1976, também conhecida como lei das sociedades por ações.

<sup>156</sup> Afinal, lembre-se que os meios de gestão indireta devem ser precedidos de alguma espécie de contratação pública, de que deve ser procedido de acordo com as previsões legais, por óbvio.

## 2.7 Regulação de serviços públicos

Ainda que no final do primeiro capítulo tenha se referido à morte dos serviços públicos, como alguns autores acreditam, o que vem acontecendo – e nesse momento do trabalho acredita-se já ser possível perceber isso – é a passagem do instituto por várias mudanças, advindas das transformações e consolidação do modelo econômico hegemônico. Nesse sentido, o serviço público, - com esta nomenclatura ou com outra que venha a ser adotada, mas com a noção de “(...) actividade de interesse geral que satisfaz necessidade básicas dos cidadãos”<sup>157</sup> -, deve levar em consideração na sua prestação, e atender, a normas (e aqui entenda-se em sentido *lato*, compreendendo normas em sentido estrito e princípios) de direito público, especificamente do Direito Administrativo, por óbvio.

E então percebe-se: ainda que haja uma aplicação de direito privado nas relações havidas nas prestações dos serviços públicos (como é o caso do direito do consumidor, por exemplo), e daí ter-se referido no capítulo inicial a um regime jurídico misto, há, pode-se dizer – uma forte influência do regime de direito público, por se tratar de um atividade que mesmo sendo prestada por privados, é de responsabilidade do Estado, cabendo ele exercer sobre ela a regulação.

A melhor compreensão do estudo dos modos de gestão dos serviços públicos perpassa, hoje, pelo estudo da regulação. Elas, pois, caminham juntas. Ou melhor, há tempos caminham juntas. Há certo tempo os países que seguiram a corrente francesa dos serviços públicos vêm adotando certas medidas mais comuns e já adotadas pelo modelo das *public utilities*. Nada de estranho ao que já se viu aqui até o momento. O mundo vem passando, por diversas causas, por mudanças que estão acarretando nesse “novo” modelo de prestação de serviços que tem exigido dos Estados mudanças nas suas políticas, gestão, e atuação de forma geral, de modo que a figura do Estado regulador vem surgindo após as experiências dos Estado liberal e social, e enquanto (co)responsável de uma sociedade complexa e plural<sup>158</sup>.

---

<sup>157</sup> GONÇALVES, Pedro. A Concessão de Serviços Públicos (uma aplicação da técnica concessória). Coimbra: Almedina, 1999, p. 33.

<sup>158</sup> Além dessas características da sociedade pós-moderna, Luiz S. Cabral Moncada afirma ser ela também fragmentária e “(...) dominada por lógicas diversificadas que se não encerram dentro de qualquer sistematização hierárquica e coerente”. Para ele, a regulação é justamente a ordem jurídica dessa sociedade, e “a resposta dada à pós-modernidade jurídica”. MONCADA, Luiz S. Cabral. O estado pós-moderno. Para um novo paradigma de compreensão das actuais relações entre o Estado, o Direito e a Sociedade Civil. Lisboa: Quid Juris, 2018, p. 160

Vistos, portanto, até agora a noção de serviços públicos e como ela tem mudado com o passar dos anos, sendo notoriamente um reflexo das mudanças sociais, políticas e econômicas, cabe por conseguinte, deter algo a respeito dessa atribuição do Estado que deve exercer com o mesmo empenho – eventualmente até maior – de que se fosse ele que estivesse a prestar as atividades, afinal, são elas a sua função-fim.

É a partir desta perspectiva, de não medir esforços e ter consciência de que continua se tratando de prestação de serviços, e em última instância de satisfação de necessidades, de direitos sociais, de interesses coletivos, do bem-estar geral, de dignidade da pessoa humana, que deve ser pautada a atividade regulatória estatal. Não cabe delegar prestação de atividades para simplesmente se livrar delas, mas sim de uma nova estratégia, de escolhas políticas, de discricionariedade administrativa, e enfim, de representatividade, afinal, Estado e povo são conceitos que não se dissociam<sup>159</sup>.

Ademais, as tantas garantias constituídas em diversas cartas constitucionais e demais diplomas trazem a ideia de Estado que se tem atualmente, aquela de que este deve se vincular ao Direito, e para além disso, como ensina Carlos Ari Sundfeld<sup>160</sup>, todas as funções do Estado devem ser realizadas na forma do Direito, inclusive, por óbvio, a função administrativa, e está a regulação inserida nesta.

Atualmente, a experiência do Estado Regulador ocorre graças ao que Vital Moreira<sup>161</sup> denomina “contra-revolução neoliberal” que, nos anos oitenta do século passado questionou o *status quo* do Estado na economia, incutindo no movimento de privatização, e consequentemente da “desregulação”, fenômeno que, ainda segundo o Autor, estaria mais relacionado com uma “nova filosofia reguladora”, que veio, no fim das contas contribuir para “(...) o contínuo aumento da regulação e do sector empresarial público, que se vinha manifestando desde a II Guerra Mundial”.<sup>162</sup> Isto porque, a regulação é uma importante forma de os Estados intervirem na economia, e determinar a sua atuação nesse domínio.

Imersos nesse contexto, os países viram a necessidade de estabelecer juridicamente regimes através dos quais o Estado passasse a exercer a atividade regulatória, e com o Brasil

---

<sup>159</sup> Nas lições de Carl Schmitt, “O conceito de Estado pressupõe o conceito do político. Estado é, segundo o uso da linguagem hodierna, o status político de um povo organizado numa unidade territorial”. E note-se que como explica o Autor isso não concerne o conceito de Estado, mas apenas uma primeira circunscrição. SCHMITT, Carl. O conceito do político. Lisboa: Edições 70. 2015, p. 41.

<sup>160</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. São Paulo: Malheiros. 5ª. ed. 2015, p. 37.

<sup>161</sup> MOREIRA, Vital. Auto-regulação profissional e Administração Pública. Coimbra: Almedina. 1997, p. 19.

<sup>162</sup> Ibidem, p. 20.

não foi diferente. Foi então que surgiram entidades públicas, denominadas de agências reguladoras, na natureza de autarquias de regime especial, que foram incumbidas de exercer a atividade regulatória – também – dos serviços públicos a serem prestados. Isto, pois, por mais que a desestatização seja um fato e perceba-se que a concorrência, por exemplo, é um fator capaz de contribuir significativamente para a melhoria da prestação dos serviços, no Brasil o mercado não é completamente livre ou autorregulado (ao contrário), possuindo o Estado competência e possibilidade para e de atuar sempre que perceba necessário, sendo possível ser feita por distintos meios, dentre os quais, através da atividade das agências reguladoras.

Afinal, lembre-se, ainda que o serviço prestado por privado seja, deve ele atender a princípios tais como o da universalidade, igualdade, continuidade, pois são eles, em essência, serviços públicos.

Em que pese a necessidade de serem atendidos tais princípios, dentre outros que venham a surgir, é importante notar que tal configuração acabou por transformar a figura do cidadão em consumidor, o que – e não causa surpresa nem é inevidente – é uma expressão do próprio liberalismo. A posição de colocar o consumidor em um pedestal – na teoria, pois na prática, lembre-se o consumidor é hipossuficiente e vulnerável e de fato está à mercê do mercado – , argumentando que cabe a ele a escolha é na verdade expressão deste modelo econômico<sup>163</sup>. Em face dessa problemática que se percebe a necessidade e pertinência da atividade regulatória por parte do Estado.

Diante da – mesmo que – breve explanação introdutória acerca da regulação, questiona-se se esta pode ser uma atividade estatal capaz de proporcionar ou ao menos buscar um equilíbrio, frente às forças hegemônicas neoliberais que se impõem nessa nova ordem globalizada. É uma questão que – infelizmente – não se tem a resposta, mas diante das circunstâncias que se está vivendo, prefere-se acreditar – de maneira otimista – que sim, não

---

<sup>163</sup> Neste sentido ensina Avelãs Nunes: “A soberania do consumidor é invocada também para ‘legitimar’ os resultados do funcionamento das economias de mercado livre no que toca à distribuição da riqueza e do rendimento. A sua ‘legitimação’ deriva da ideia de que eles são livremente queridos e assumidos por todos e por cada um, através da livre escolha individual”. AVELÃS NUNES, José António. Neoliberalismo, Capitalismo e Democracia. In: Boletim de Ciências Económicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Volume XLVI, 2003. Coimbra: Editora da Universidade de Coimbra, p. 41. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316.2/24862>.

como salvadora, mas este tipo de intervenção na economia pode ser um meio de se buscar o equilíbrio, inclusive porque esta é uma palavra chave para compreender a regulação<sup>164</sup>.

Pois, como já dito, a regulação é um fenômeno fruto das transformações dos modelos de estado que o mundo tem passado. Portanto, ainda que se atente – como se fará no presente – ao caso específico brasileiro, não é possível desconsiderar todo o contexto que o Estado Regulador surgiu<sup>165</sup> e ignorar o fato de ser isso que se vive atualmente não uma exclusividade de determinado país, mas sim decorrência de processos aos quais já se tem referido desde o capítulo anterior.

Diante dessa realidade político-econômica mundial, cabe ao Direito e às Administrações criar mecanismos que visem estabelecer políticas capazes de deter pressões políticas predatórias que buscam apenas a manutenção do poder dos maiores detentores do capital e da exploração dos mais vulneráveis que, em decorrência das mais diversas razões são postos nessa condição.

É por isso que se entende – e acredita – que o Estado, com seu papel institucional, no exercício das atividades dos seus poderes, deve atuar no sentido de conter as forças dos mercados, pautando sua atuação no sentido de promover a justiça social (designadamente no caso do Brasil, o artigo 3º da CFB traz os objetivos da República Federativa do Brasil, sendo um deles a construção de uma sociedade livre, justa e solidária) e não ser conivente com a perpetuação da exploração e da dominação dos detentores de capital, o que, conseqüentemente só acaba por reforçar e aumentar desigualdades econômicas e sociais.

---

<sup>164</sup> Vital Moreira ensina que um conceito operacional de regulação pode ser definido como: “o estabelecimento e a implementação de regras para a atividade econômica destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado, de acordo com determinados objetivos públicos”. MOREIRA, Vital. Auto-regulação profissional e administração pública. Coimbra: Almedina, 1997, p. 34.

<sup>165</sup> O surgimento das agências reguladoras remonta aos Estados Unidos, com a criação da Interstate Commerce Commission, em 1887, com a função de regulamentar os serviços de transporte ferroviários. SCHWARTZ, Bernard *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras e o Estado democrático de Direito. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília, n. 148 out./dez. 2000, p. 278. Um pouco antes disso, por volta de 1834, foram criados pelo Parlamento da Inglaterra (que acabaram por influenciar os Estados Unidos), entes dotados de autonomia, incumbidos de “(...) concretizar medidas previstas em lei e para decidir controvérsias resultantes desses textos; a cada lei que disciplinasse um assunto de relevo, criava-se um ente para aplicar a lei”. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As Agências Reguladoras. In: Revista Brasileira de Direito Público. Belo Horizonte. ano 2, n. 4, p. 187-219, jan./mar. 2004, p. 189. Foi, contudo, depois da I Guerra Mundial, e da crise de 1929, que as agências reguladoras se multiplicaram nos EUA, como ensina Vital Moreira, “(...) sobretudo como instrumento do *New Deal*, bem como os *offices* intervencionistas na França, e os numerosos organismos reguladores das economias fortemente dirigidas da Alemanha, da Itália e de Portugal”. MOREIRA, Vital. A auto-regulação profissional e administração pública. Coimbra: Almedina, 1997, p. 23-24.

E é nesse sentido que, apesar de ser o estado regulador fruto do (neo)liberalismo, é possível que a sua atuação se dê não de modo abstencionista como no Estado liberal, mas também não sendo sobrecarregado, e gerando um déficit, como no Estado social. O fato de se ter que lidar com a realidade fática econômica não implica que o Estado deve ser submisso e atender aos interesses do capital. Ao contrário deve ele não sucumbir e impor os seus limites<sup>166</sup> a fim de alcançar os seus objetivos.

No Brasil, ainda que a CF de 1988 tenha priorizado a privatização e a desestatização<sup>167</sup> - nomeadamente com o seu propósito de ser uma carta que buscou congrega os interesses das diversas classes – ela é, como já se referiu desde o início, uma carta constitucional que assegura inúmeros direitos sociais, o que implica na responsabilidade do Estado em satisfazê-los, gerando, por outro lado, problemas de ordem financeira. É então que o modelo do Estado regulador pode representar – e aparentemente tem-se acreditado nisso – uma solução para o problema.

A transferência para os privados da prestação de serviços públicos<sup>168</sup>, por exemplo, demonstra isso. Permanece – indubitavelmente – ao Estado, contudo, a responsabilidade pela prestação dos serviços e a satisfação das necessidades da população. Ora, é portanto, que ele

---

<sup>166</sup> “A ideia de um Estado mínimo e fraco é afastada pelas finalidades que têm de ser buscadas pelo ente político: não há como este garantir e concretizar os direitos previstos pelo ordenamento se não tiver força suficiente para enfrentar diversos interesses contrários ao interesse coletivo e público, principalmente quando essa atuação vai de encontro a diversos interesses, especificamente dos *players* do mercado. Um exemplo são as agências reguladoras, as quais têm como característica atuar de forma técnica e ausente de ingerências políticas e precisam tomar, por diversas vezes, decisões contrárias a diversos interesses econômicos de multinacionais e de empresas de “grande porte” e influência, cuja atuação pauta-se pelo custo/benefício, pela relação monetária entre a atitude, penalidade e lucros obtidos. Desta forma, entender a volta de um estado mínimo é defender a captura dos entes regulatórios pelos agentes econômicos privados”. DUARTE JÚNIOR, Ricardo. Agência Reguladora, Poder Normativo e Democracia Participativa. Curitiba: Juruá, 2014, p. 93. Ainda a respeito da função normativa das agências reguladoras, consultar GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As Agências Reguladoras. In: Revista Brasileira de Direito Público. Belo Horizonte. ano 2, n. 4, p. 187-219, jan./mar. 2004, p. 200 e ss; BARROSO, Luis Roberto. Constituição, Ordem econômica e Agências reguladoras. In: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. N. 1. Fev/mar/abril de 2005, p. 15 e 16. Na Itália, a regulação fica a cargo do que se denomina *autorità indipendente*, e relativamente à função normativa é interessante perceber a visão de Felice Giuffrè, no sentido de mudança (ou como define: “erosione della funzione normativa del Parlamento”) do poder legislativo, exercendo a atividade normativa da administração pública uma “contribuição” para tanto. GIUFFRÈ, Felice. Declino del Parlamento-Legislatore e crescita del potere d’inchiesta: la soluzione al problema della responsabilità dele *autorità indipendente*? In: *Le Autorità Indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*. Coord.: Silvano Labriola. Milão: Giuffrè, 1999, p.184.

<sup>167</sup> DUARTE JÚNIOR, Ricardo. *Ibidem*, p. 96.

<sup>168</sup> Como já se viu, as modalidades de gestão indireta são, na verdade a transferência da prestação das atividades. A concessão, por exemplo, é um modo de gestão que surgiu justamente em decorrência de os estados não terem dinheiro para arcar com a construção e operação dos serviços, e foi então criada a fim de que os próprios cidadãos remunerassem o ente privado a quem ficasse a cargo de desenvolver.

deve exercer uma atuação, ainda que indireta – por meio da regulação – a fim de assegurar isto.

No Brasil, em que pesem as características da CFB (às quais se referiu acima e anteriormente), a Lei nº 8.031 de 1990, intitulada Plano Nacional de Desestatização (PND) que foi revogada pela Lei nº 9.491/1997, representou um marco em relação à passagem do Estado social para o Estado regulador. Isto, pois, ainda que o Brasil tenha adotado, do ponto de vista econômico políticas neoliberais, a Lei Maior é uma carta eminentemente social e o Estado não poderia simplesmente se descomprometer com os direitos que ele próprio lá assegurou, cabendo a si, portanto, estabelecer meios (entenda-se políticas, e aqui entra, também, o papel do gestor público) de garantir a satisfação de tais direitos.

É por esses motivos, então que a regulação deve ser percebida como não apenas como conjunto de normas com o objetivo de regular o mercado, mas além disso deve a regulação também (des)estimulá-lo para que a sua atuação não seja em desconformidade com os objetivos e funções do estado, ou, como melhor determina Marçal Justen Filho<sup>169</sup>, a regulação vem a ser:

(...) 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 de 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.

É então possível perceber desde já que a regulação não pode ser reduzida simplesmente a um poder normativo, este que é apenas uma das suas “facetas”. Além disso, é preciso destacar que esta função do estado encontra guarida no artigo 174<sup>170</sup> da Constituição, o qual

---

<sup>169</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. São Paulo: Dialética. 2002, p. 40.

<sup>170</sup> “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. § 1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento. § 2º A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo. § 3º O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros. § 4º As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.”

inclusive já prevê que aquele, no exercício da atividade de regulação deve fiscalizar, incentivar e planejar.

Percebe-se, ainda, que é possível – por meio da regulação – estabelecer políticas, planejar e, de fato, criar meios e colocá-los em prática, a fim de cumprir aqueles já citados objetivos do República. É fundamental que se compreenda o poder/dever do ente público no “encaminhamento” das atividades dos privados, e outrossim, que estes devem, apesar da livre iniciativa, da concorrência, atuar de maneira benéfica para a sociedade, todavia, não o farão – pelo menos em regra – por causa e vontade próprias.

Diante da previsão constitucional e da necessidade de exercer tal atividade, o legislador criou a figura das agências reguladoras executivas, com o objetivo de exercer a atividade regulatória.

Tais agências são pessoas jurídicas de direito público, especializadas, vinculadas ao Poder Executivo<sup>171</sup>, entretanto, possuem autonomia para atuar com o escopo de, no exercício das suas atividades, fazer com que sejam satisfeitos o interesse e as necessidades coletivos. É então que elas podem, inclusive, tomar decisões contrárias ao governo caso sejam essas necessárias à satisfação do interesse coletivo.

Surge aqui, então o que à primeira vista é um problema que, contudo, já se adianta: não se adentrará. A atuação das agências reguladoras se dá, por óbvio, por meio de normas<sup>172</sup>, inclusive têm elas competência para criar regras. Todavia, como já dito, essas são integrantes do Poder Executivo e – à primeira vista – carecem de legitimidade democrática<sup>173</sup> para tanto. Há críticas também no que tange à própria constitucionalidade<sup>174</sup> da criação dessas entidades.

---

<sup>171</sup> Para compreender melhor o processo de criação destas autarquias em regime especial no direito brasileiro, consultar MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Agências Reguladoras e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas. 2002, p. 55 e ss.

<sup>172</sup> Por mandamento do princípio da legalidade, a atuação delas deve ser precedida e pautada em normas.

<sup>173</sup> Em virtude de não ser objetivo do presente adentrar nesta temática, a questão da legitimidade (ou melhor, da falta dela) das agências reguladoras para criar normas é superada com a possibilidade e necessidade da participação da população nos processos de criação das normas e na sua atuação com um todo. Para melhor compreensão do assunto: DUARTE JÚNIOR, Ricardo. *Agência Reguladora, Poder Normativo e Democracia Participativa*. Curitiba: Juruá, 2014. Para além desta discussão, relativamente à atribuição das agências reguladoras independentes e a separação dos poderes, consultar ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras e o Estado democrático de Direito. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 148 out./dez. 2000, p. 280 e ss.

<sup>174</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Celso Antônio Bandeira de Mello (*apud*) entendem serem inconstitucionais as agências reguladoras na forma de autarquias especiais, com exceção da Agência Nacional do Petróleo e da agência Nacional de Telecomunicações, em razão de haver previsão constitucional para criação de ambas (artigos 177, §2º, III e 21, X da CF). DUARTE JÚNIOR, Ricardo. *Op. Cit.*, p. 121.

O interessante perceber é que as agências são criadas com uma especialidade, isto é para tratar de uma área, setor específico. É então que há, a título de exemplos, a Agência Nacional de Energia Elétrica (que será melhor analisada no capítulo seguinte), a Agência Nacional das Águas – ANA, Agência Nacional das Telecomunicações – ANATEL, Agência Nacional dos Transportes Terrestres – ANTT. Todas essas em âmbito nacional e na esfera da União. Contudo, deve-se destacar a possibilidade de serem criadas também no âmbito dos estados, municípios e Distrito Federal entidades na mesma forma das criadas a nível federal.

Pode-se perceber, portanto, que no Brasil, em que pese ainda haver uma considerável atuação direta do estado na economia, já existem agências para regular atividades que constituem serviços públicos, como é o caso de algumas citadas acima e da própria ANEEL que será objeto de uma análise mais detalhada no capítulo a seguir. Ou seja, ainda que a política econômica brasileira seja consideravelmente protecionista<sup>175</sup> e centralizada, essa passagem para o estado regulador já tem acontecido há certo tempo, inclusive – e especialmente<sup>176</sup> – no âmbito dos serviços públicos.

A especialidade e a tecnicidade das agências constitui um ponto significativamente favorável para a prestação dos serviços. Uma vez que a atividade regulatória se dá, em grande medida, por meio de atos normativos, é necessário que se tenha conhecimento específico acerca do assunto a ser tratado, isto que, inclusive, não deve caber ao Poder Legislativo – mostrando-se aqui um argumento contrário à tese de que a função normativa das agências ofenderia o princípio da separação dos poderes. É necessário que o Poder Legislativo, antes da atividade normativa, estabeleça normas gerais e abstratas a respeito de determinado assunto, e portanto, não deve haver inovação no exercício da atividade normativa (seja por quem for exercida). Por isso se mostra muito mais interessante que tais entidades, que devem ter um corpo técnico, expeçam normas aptas a regular o setor do que o parlamento.

Diante da importância que já se percebeu terem os serviços públicos na sociedade e, mais ainda, diante das diversas novas possibilidades de gestão indireta, ou seja, de

---

<sup>175</sup> Ou era, até os governos anteriores, tendo em vista que esse até o momento só demonstrou ser adepto de liberalizações e abertura do mercado com o intuito de bajular países como os Estados Unidos e satisfazer interesses de classes econômicas dominantes, claramente não se importando com as necessidades dos cidadãos. Veja-se, contudo, que não se está a defender que o Estado seja de todo protecionista e contrário a liberalizações e à abertura do mercado pois, no contexto atual, tais políticas são muitas vezes necessárias para o desenvolvimento do país, mas devem ser adotadas com cautela e estudo, coisas que a atual gestão desconhece.

<sup>176</sup> Isto porque a regulação deve recair também aos setores em que o estado não é o titular mas também desempenha a atividade, de forma concorrente com o privado, como é o caso dos serviços de saúde e educação.

transferência para os privados (ou até mesmo no caso de gestão pelo próprio ente público), a regulação se mostra uma ferramenta necessária para se verem respeitados os princípios do serviço público e seus preceitos essenciais, tais como a universalidade, continuidade e eficiência<sup>177</sup>.

E por esses motivos se acredita que a atividade regulatória do estado não pode ser exercida no seu sentido restrito<sup>178</sup>. Tendo em vista até mesmo o contexto e local de origem da atividade regulatória, a sua conceituação acaba por ter um viés consideravelmente ideológico, a depender do autor. A partir disso, percebe-se que ela pode tanto seguir por um viés mais liberal, como também de uma reformulação do estado social, a qual acredita-se ser a mais adequada, nomeadamente para estados como o brasileiro, com tantas desigualdades socioeconômicas, e que sem uma atuação estatal firme torna o desenvolvimento algo ainda mais distante.

Destaca-se, todavia, que uma regulação forte não deve implicar em prejuízo à livre iniciativa privada, nem ao desenvolvimento do mercado, mas deve, por outro lado, restringir a autonomia dos privados, de modo a estimular ou desestimular determinadas práticas e atitudes, e por fim, voltar também a atividade privada para o interesse geral e bem comum, ao contrário do que se tinha, por exemplo, no modelo do Estado liberal, e até mesmo do estado providência, quando o estado assumia atividades demais e a autonomia de atuação dos privados era mais ampla<sup>179</sup>.

Até aqui já é possível inferir que não existe uma fórmula ou manual de gestão pública, ou ainda que seja “apenas” dos serviços públicos. A realidade que se põe atualmente exige que os estados e seus governos se adaptem às transformações, tendo como fim o atendimento das necessidades dos cidadãos.

Seja por meio de prestação dos privados, como se acredita ser mais interessante no caso dos serviços públicos de natureza econômica – tais como energia, telefonia, transporte – , seja por meio de uma atuação mais centralizada, como acredita-se ser mais adequado no caso dos serviços de natureza social<sup>180</sup> – como saúde e educação, o que se deve ter é,

---

<sup>177</sup> Para um estudo mais detalhado acerca dos princípios dos serviços públicos, GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua Transformação. In: Direito Administrativo Econômico. Coord.: Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Malheiros, p. 48 e ss.

<sup>178</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. São Paulo: Dialética. 2002, p. 28.

<sup>179</sup> Ibid., p. 30.

<sup>180</sup> Ainda que nesses seja possível, também, a participação dos privados, em concorrência.

indubitavelmente, uma atuação estatal forte e segura. Não que se assoberbe de atribuições e não as consiga cumpri-las, mas também não, por outro lado, que se abstenha e espere que os serviços de caridade o façam, como já aconteceu.

Acreditar, portanto, que a regulação é uma saída (e por enquanto parece ser a única que se tem) não implica em acreditar que a delegação de todas as tarefas públicas aos privados é a saída<sup>181</sup>. Antes disso, deve-se compreender – e isso se tentou demonstrar aqui – o quão ampla, responsiva e determinante é a atividade reguladora na construção de modelo social de mercado<sup>182</sup>.

Isto porque, mesmo que se pense – erroneamente – que a função reguladora se desenvolve, designadamente, ou ao menos tenha como foco principal, por meio da sua função normativa, ela representa bem mais do que isso, sendo também responsável por solucionar conflitos de interesses, investigar, fomentar e fiscalizar (de forma preventiva ou repressiva)<sup>183</sup>.

Pode também a regulação servir para manter interesses de grupos econômicos, e portanto, contrários ao estado? Certamente sim, apesar de não dever. Contudo, até mesmo na gestão direta, quando e se não houvesse regulação alguma, tais “privilégios” seriam possíveis. Note-se que conflitos de interesses e políticas que privilegiem determinados grupos ou agentes, em nada – ou pouco, generalizações não costumam ser seguras – têm a ver com modelos de estado ou de gestão. Mas antes, estão relacionados com a fragilidade das instituições, da democracia e dos instrumentos de controle.

A fase do Estado regulador deve servir muito mais do que apenas para um balanço e reflexão acerca dos períodos anteriores, mas de reestruturação e reorganização dos estados. Já se passou por guerras mundiais, crises econômicas – em períodos diferentes –, “superação” de um modelo de economia planificada, e tantas coisas que permitem que se tirem lições e experiências. As transformações ocorridas – e que continuam a ocorrer – devem ser utilizadas para provocar evoluções não apenas no âmbito das tecnologias, mas também das ciências sociais, devendo o Direito, portanto, acompanhá-las.

---

<sup>181</sup> Inclusive porque serviços prestados pelo estado também são alvo da regulação.

<sup>182</sup> A expressão é utilizada por SILVA, Suzana Tavares da. Regulação econômica e Estado fiscal: o estranho caso de uma relação difícil entre “felicidade” e garantia do bem-estar. 2012, p.9.

<sup>183</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras e o Estado democrático de Direito. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília, n. 148 out./dez. 2000, p. 280.

É nesse sentido que se acredita que a regulação, compreendendo aqui a atividade regulatória do estado na sua acepção ampla e este desenvolvendo-a de forma ativa e eficiente, deva ser, na verdade mais uma garantia aos cidadãos e uma forma de efetivar os direitos desses (por mais desafiadora que esta possa se revelar, nomeadamente na prática). E não deve ser, jamais, uma forma de o estado se abster de prestar – ou garantir que o sejam – os serviços com qualidade.

Ao fim e ao cabo, a regulação é a solução aparente que se tem, há algum tempo e até hoje, para o Estado, e, como afirma Sundfeld<sup>184</sup>, “Os administrativistas que abandonemos nosso hábito de viajar por mundos e galáxias com duas ou três idéias românticas e vagas sobre o Estado ideal”. Afinal, deve-se trabalhar com o modelo de estado que se tem, com suas dificuldades e facilidades.

---

<sup>184</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. In: Direito Administrativo Econômico. Coord.: Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Malheiros. 2000, p. 34.

### 3 A ENERGIA ELÉTRICA ENQUANTO SERVIÇO PÚBLICO NO BRASIL

Diante da vasta diversidade e da necessidade de especialidade<sup>185</sup> da gestão e regulação dos serviços públicos, optou-se, a fim de tornar o trabalho menos teórico por tratar especificamente sobre um serviço público. A escolha se deu, a partir de uma percepção empírica, porém não científica, dos serviços públicos no Brasil, a partir da qual se conclui que muitos deles possuem falhas e deficiências na prestação em decorrência de mais variados motivos.

Sabe-se que apesar da possibilidade – que vem sendo utilizada preponderantemente diante da ordem global – da prestação dos serviços públicos de forma indireta (que deve derivar, inclusive, de uma escolha da Administração Pública, no exercício da sua autonomia e discricionariedade, levando em consideração, obviamente, o seu fim que seja a satisfação do interesse público e das necessidades dos cidadãos), a responsabilidade pelo desempenho da atividade continua sendo do Estado.

A partir disso, optou-se por tratar sobre o serviço de energia elétrica no Brasil. Destaca-se desde já que não se pretende esgotar o assunto, que se mostrou ser proporcional à dimensão territorial do País. Dessa forma, o que se apresentará neste tópico e no capítulo final como um todo serão reflexões e questões surgidas ao longo do estudo, na tentativa de perceber, do ponto de vista pragmático, como se dão a gestão e a regulação dos serviços públicos no Brasil, mesmo que de modo exemplificativo, pois, não apenas o modo de gestão, mas principalmente a atividade regulatória demandam tecnicidade e especialidade no seu desempenho.

A energia elétrica por si só é uma necessidade relativamente recente se for se pensar a história dos próprios Estados, sendo ela, portanto, uma daquelas necessidades, às quais se referiu no primeiro capítulo, que surgiu com o desenvolvimento, cabendo aos Estados se adequarem para prestá-las aos cidadãos.

---

<sup>185</sup> A esse respeito, Almiro Couto e Silva ensina que cada serviço público exige um tratamento jurídico especial, no qual devem ser dosadas as normas de direito público e de direito privado, a depender de qual seja a atividade desenvolvida. Além disso, destaca que há atividades, como é o caso da energia elétrica, que são desenvolvidas em rede e que o monopólio acaba por ser consequência natural (pois não seria racional, economicamente falando, que houvesse uma grande concorrência, tendo em vista a complexidade e magnitude da atividade) nomeadamente quando se trata das fases de transmissão e distribuição de energia elétrica. SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público "à brasileira"?. In: Revista de Direito Administrativo. Out/Dez. 2002, p. 60. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/45915/45101>.

Em sendo uma atividade que exige a sua produção através de algum recurso, normalmente natural, cabe ao Estado, no caso do Brasil, explorá-la, podendo ser feita diretamente ou mediante concessão ou permissão, como ordena o artigo 21, XII, b. Observe-se, contudo, que o citado dispositivo se refere à exploração de “(...) serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos”. Da sua interpretação denota-se que o legislador constituinte atribuiu ao Estado, no caso ao ente União, a titularidade do serviço assim como a possibilidade de o prestar diretamente ou através de privados.

Que fique claro desde o início que a despeito da variedade e complexidade do conceito de serviço público, relativamente ao serviço de energia elétrica não restam dúvidas de que seja ele assim classificado no direito brasileiro, sendo isso até mesmo decorrência da inteligência do artigo 21, XII, b, da Constituição Federal de 1988<sup>186</sup>. Ademais, percebe-se que o serviço aqui escolhido pertence àquela categoria dos serviços econômicos, no caso brasileiro, tal inferência é possível de ser feita até mesmo a partir da leitura da Constituição Federal, uma vez que o artigo 175, que trata sobre serviços públicos está inserido no Título VII da Constituição, que disciplina a ordem econômica e financeira.

A partir da leitura do dispositivo, outrossim, é possível inferir, portanto, que os serviços aqui previstos são aqueles que possuem uma natureza econômica, seja comercial ou industrial. E lembre-se, a titularidade das atividades econômicas é, em regra, do setor privado, cabendo ao Estado prestá-las nos casos previstos no *caput* do artigo 173<sup>187</sup> da Lei Maior.

Como foi possível perceber no capítulo anterior, a regulação é um fenômeno – em termos históricos – recente, nomeadamente no Brasil, onde as primeiras agências reguladoras surgiram há pouco mais de vinte anos. A análise que se propõe fazer aqui e as conclusões que dela decorrerão são questões que no início do processo de transição para este

---

<sup>186</sup> O dispositivo tem como texto: “Art. 21. Compete à União: (...) XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: (...) b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos (...)”. Interessante perceber que, em sendo a principal matriz energética brasileira as hidrelétricas, infere-se que houve a preocupação do legislador em, no dispositivo transcrito, deixar clara a competência da União, e logo a responsabilidade, para com não apenas a energia elétrica, mas também com a principal fonte dela.

<sup>187</sup> “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

modelo já preocupavam autores<sup>188</sup>, como Carlos Ari Sunfeld, o qual demonstrou em 2000, apenas quatro anos após a promulgação da lei que instituiu a ANEEL, por exemplo, apreensão com os resultados a serem obtidos por essas entidades. Mais do que isso, “previu” que esses não seriam os esperados (e aqui põe-se esperados pelos juristas e pela sociedade), isto porque, segundo o autor, se percebia um “desprezo pelo Direito”, que só poderia levar a um déficit na regulação econômica, que seria “(...) o mesmo de que ainda afeta a Administração Brasileira como um todo: o puro e simples déficit de Direito Administrativo”.

Tal conjuntura pudera ser previsível em uma sociedade, à época, recém-saída de um período ditatorial e que, até hoje, não conseguiu fortalecer as suas instituições democráticas e a sua democracia em si mesma. Não se trata, portanto, de emitir posições levianas e parciais acerca de ideologias. Do ponto de vista do Direito Administrativo, da gestão pública, é necessário lidar, da melhor maneira possível, com o que se tem. Se hoje temos a figura da regulação e das agências reguladoras independentes como forma de intervenção estatal para garantir aos cidadãos o melhor acesso aos serviços públicos, que se trabalhe com isso, e a otimize.

Viu-se desde o primeiro capítulo que os serviços públicos são considerados espécies de atividades econômicas e, para além disso, que as atividades econômicas constituem uma forma de atuação do Estado na economia. Em que pese a titularidade da livre iniciativa ser da iniciativa privada, há setores em que o Estado tem de atuar: são exatamente os serviços públicos e os monopólios públicos – esses últimos a fim de proteger interesses estratégicos do Estado.

Ainda que teoricamente a distinção entre serviços públicos pareça de fácil identificação, na realidade fática nem sempre se mostra tão simples. A atividade aqui escolhida e a ser analisada parece um bom exemplo disso<sup>189</sup>, pois ainda que indubitavelmente seja o acesso à energia elétrica um direito das pessoas, de responsabilidade do Estado e, enfim, um serviço público, não deixa de ser um setor de natureza estratégica.

Como já se viu no decorrer do trabalho, o atual paradigma de Estado regulador com grande parte dos chamados serviços públicos nas mãos dos privados não é algo que surgiu do nada, mas sim resultado de um processo histórico e social, pelo qual já se passou por

---

<sup>188</sup> SUNFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. In: Direito Administrativo Econômico. Coord.: Carlos Ari Sunfeld. São Paulo: Malheiros. 2000, p. 38.

<sup>189</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Empresas estatais. O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. Rio de Janeiro: Forense. 2ª.ed. 2018, *e-book*, p. 48.

momentos em que tais serviços eram predominantemente estatizados, não sendo mais assim. No Brasil, a despeito de – enquanto país periférico – todo esse processo não ter ocorrido ao mesmo tempo em que os países do centro, ele aconteceu (e ainda acontece). E com a energia elétrica, especificamente, não foi diferente.

A energia elétrica começou, no Brasil<sup>190</sup>, a ser prestada como um serviço local, com baixa produção e baixo consumo, afinal, não havia uma grande necessidade, nem bens que a requeressem. Ademais, o País era eminentemente rural, e a produção, portanto, dispersa. Mais tarde, porém, tendo sido afetado pela crise de 1929 e com um novo governo, foi adotada uma política de industrialização, sendo necessário para tanto aumentar a produção da energia elétrica.

Desta feita, a competência sobre a matéria passou a ser do Governo Federal, tendo sido editado em 1934 o Código das águas que, assim como a Constituição do mesmo ano, determinou ser o assunto “(...) competência da União, tanto no que diz respeito à decisão sobre a exploração da atividade, à respectiva outorga, quanto no que tange à competência para legislar sobre a matéria (...)”<sup>191</sup>. Neste período, até o começo da década de 1950 o Estado tinha assumido a atividade, mas com a intenção de delegá-la aos privados, entretanto, não criou políticas eficientes para lograr êxito nesse sentido<sup>192</sup>.

O resultado já se sabe, o Estado então ficou sem receita para investir em infraestruturas, precisando, então, recorrer aos privados. À vista disso, veio o processo das privatizações. Há de se considerar, contudo, que a privatização, apesar de ter implicado numa competição, não a propiciou de forma generalizada, tendo sido preservadas as fases de transmissão e distribuição nas mãos do Estado.

Com isso, se deu uma reestruturação do setor, de forma que foram necessárias diversas transformações, no âmbito técnico, financeiro, jurídico, etc. Neste contexto, importando as ideias, como já se viu, estadunidenses, o Brasil resolveu implementar as agências reguladoras, tendo sido a ANEEL a primeira.

É possível inferir, a partir desta pequena retrospectiva, que a regulação no Brasil (no meio da energia elétrica com a ANEEL) se deu, não pelos mesmos motivos que a

---

<sup>190</sup> A parte histórica aqui abordada é feita com base nas lições de WALTENBERG, David A. M. o Direito da Energia Elétrica e a ANEEL. In: Direito Administrativo Econômico. Coord.: Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 353 e ss.

<sup>191</sup> Ibid., p. 355.

<sup>192</sup> Ibid., p. 355.

ensejaram, por exemplo, nos Estados Unidos<sup>193</sup>. Pois, enquanto lá as agências surgiram como uma forma de o Estado intervir no domínio econômico e relativizar direitos originariamente liberais, no Brasil, o processo foi resultado de políticas de desestatização e privatização, em razão de ter o Estado ficado sem capital suficiente para continuar a investir e desenvolver os setores, tais como o da energia elétrica, à altura das necessidades dos cidadãos. Foi necessário, contudo, estabelecer medidas para atrair o capital, nomeadamente estrangeiro<sup>194</sup>.

Inclusive, a respeito das diferenças no processo de regulação nos Estados Unidos e nos países que seguiram o conceito de serviço público francês, como o Brasil, ensina Vital Moreira<sup>195</sup> que naqueles a figura do Estado Regulador veio representar um aumento do Estado na economia, ao contrário desses, nos quais ele se teve uma diminuição da atuação estatal no setor econômico.

### 3.4 Notas introdutórias

Ao longo do trabalho muito se falou a respeito da sociedade atual, de informação, tecnologia, da necessidade de desenvolvimento<sup>196</sup>. O atual modelo hegemônico com todas as suas características exige que haja um ente que regule as relações (tanto entre privados

---

<sup>193</sup> Para compreender melhor esse contraponto entre surgimento das agências reguladoras nos Estados Unidos e no Brasil de forma didática, consultar BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 240, Abr./Jun. 2005, p. 147 e ss.

<sup>194</sup> Nesse sentido ensina SANTOS, Humberto Cunha dos. A atual geração de energia elétrica segundo a lógica de mercado e sua ainda caracterização como serviço público. In: Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, vol. 10, n. 1, 2013 p. 318. “Pretendia-se, na verdade, atrair investimento privado para o setor elétrico. O setor privado, no entanto, só se mostraria estimulado a investir se fosse assegurada perspectiva favorável de retorno, com regras suficientemente claras e informadas, mais por fundamentos típicos de mercado que propriamente pelas intempéries oscilantes da política. Essas premissas são refletidas na estruturação conferida às Agências Reguladoras encarregadas de equacionar os interesses contrapostos nessas atividades”.

<sup>195</sup> MOREIRA, Vital. Programa da disciplina ‘Direito Público da regulação’. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, p. 15. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/24548/1/Programa%20da%20disciplina%20de%20Direito%20p%C3%BAblico%20da%20regula%C3%A7%C3%A3o.pdf>.

<sup>196</sup> Desenvolvimento onde, para quem, a custa de que? Essas questões devem ser postas quando se trata de desenvolvimento, um conceito que engloba mais do que indicadores, mas a realidade do dia a dia das pessoas nos mais diversos lugares do mundo. Enquanto determinados países se desenvolvem ou mantêm os índices por eles alcançados, são eles causadores de injustiças sociais em países em desenvolvimento, que o que menos precisavam era de exploração externas. Caso esse é o da Noruega, que enquanto “(...) se recusa a perfurar poço bilionário de petróleo em prol do meio ambiente” em seu território, destrói o ecossistema na Amazônia, causando não apenas danos ambientais, mas também de ordem social e cultural, já que inúmeras pessoas vivem e dependem economicamente dessa área e do que ela oferece. A referência é ao caso da empresa norueguesa Hydro, que atua na região de Barcarena (estado do Pará), na extração do minério de bauxita, e, onde, no primeiro semestre de 2018, ocorreu um vazamento dos rejeitos, causando poluição da bacia hidrográfica da região. Fontes: <https://oglobo.globo.com/sociedade/noruega-se-recusa-perfurar-poco-bilionario-de-petroleo-em-prol-do-meio-ambiente-23587701>; <https://exame.abril.com.br/brasil/mpf-recomenda-embargo-de-bacia-da-hydro-no-para-apos-vazamento/>.

quanto entre públicos e privados), nomeadamente diante das novas formas que elas vêm se apresentando. Essa é a figura do Estado regulador.

Convencionou-se, a partir de ideologias políticas, afirmar, por exemplo, que: privatizações são maléficas<sup>197</sup>, em razão de o objetivo principal da atividade econômica desempenhada pelos privados ser a obtenção de lucro, e por isso a prestação dos serviços feitas por ele será sempre mais cara; o Estado é ineficiente enquanto o setor privado é sinônimo de eficiência, dentre outras afirmações de senso comum que se escuta comumente.

O que se deve entender e se adianta desde já é que não há eficiência do setor privado na prestação de serviços públicos se não houver uma competente regulação por parte do Estado. Essa generalização de que o privado é mais eficiente nem sempre é verídica na realidade prática, assim como a afirmação de que o público é sempre ineficiente não se mostra verdadeira. Incorrer em generalizações e afirmações absolutas normalmente se mostra perigoso em ciências sociais, como o Direito, em que devem ser levados em consideração inúmeros fatores. Além disso, o estado pós-moderno, com toda a sua complexidade exige que haja uma atuação em conjunto entre Estado e sociedade, sendo que esta inclui não apenas os cidadãos individualmente, mas também as sociedades empresárias e demais entes privados. Para que haja, portanto, um direcionamento e cumprimento dos interesses gerais e coletivos, é preciso que seja feito um trabalho estatal, que como já se viu, é função da regulação.

É importante ressaltar que a regulação, seja qual modelo de serviços públicos tenha sido adotado, não representa uma omissão do Estado, por outro lado, como ensina Moncada<sup>198</sup>:

(...) a regulação convive até em muitos casos com o robustecimento da intervenção estatal na economia. Sucedem é que esta intervenção aposta na (relativa) autonomia das entidades encarregadas da sua aplicação, em novos modelos orgânicos baseados na independência jurídica e funcional das entidades encarregadas da intervenção em busca de acréscimos de legitimidade relativamente aos interesses presentes e na formação concertada do direito aplicável como é próprio de uma economia de mercado em que a função interventora do Estado se reporta apenas à garantia da prossecução de certos interesses públicos relevantes,

---

<sup>197</sup> Nesta coluna em um jornal brasileiro de grande circulação há exatamente uma crítica a esse tipo de afirmação que é repetida sem uma reflexão sobre o assunto, o problema não parece ser a privatização em si, mas sim a falta de regulação ou deficiente. <https://cultura.estadao.com.br/blogs/marcelo-rubens-paiva/samba-da-privatizacao-doida/>.

<sup>198</sup> MONCADA, Luiz S. Cabral. O estado pós-moderno. Para um novo paradigma de compreensão das actuais relações entre o Estado, o Direito e a Sociedade Civil. Lisboa: Quid Juris, 2018, p. 160-161.

designadamente os da transparência, não discriminação e concorrência bem como à prossecução dos tradicionais critérios do serviço público, onde for caso disso.

Diante disso, segundo Autor, por meio da regulação há uma nova relação entre a Sociedade Civil e o Estado, e para além disso, como já se referiu no capítulo anterior, não há um padrão em relação a como ela deve ser exercida pelos Estados e, ainda mais, nos setores, que são os mais variados possíveis, inclusive em relação aos serviços públicos. Por essa razão que há uma necessidade da separação, tecnicidade e especialização da regulação, não sendo prudente que haja uma entidade reguladora geral.

Tendo isso em vista, a partir do momento em que se percebe a necessidade e se cria uma entidade reguladora, a sua atuação deve ser pautada nas especificidades do setor determinado, a fim de desenvolver políticas e (des)estimular práticas que contribuam para a eficiência do serviço prestado, no caso, especificamente dos serviços públicos e do que será ora analisado.

É então que, apesar de se ter procedido a uma análise tanto do Estado regulador quanto da regulação dos serviços públicos nos capítulos anteriores, no presente a temática ainda será bastante abordada, levando mais em consideração especificamente o serviço escolhido, tendo em vista que, sejam os serviços prestados direta ou indiretamente, deve a regulação da atividade acompanhar e observar as suas especificidades, considerando, outrossim, que variam de país para país. Diante disso, restaria impossível analisar neste âmbito todos os serviços públicos.

Contudo, com relação à regulação exercida pelas agências reguladoras enquanto entidades independentes, que exercem suas atividades inclusive em relação aos serviços públicos, como é o caso da energia elétrica, cumpre salientar que a despeito de a regulação consistir numa delegação do Poder Executivo a fim de garantir que sejam as atividades melhores prestadas, não deve ser ela desempenhada, por outro lado, sendo prejudicial aos privados. Como já se referiu, deve ser uma atividade de equilíbrio.

Desse modo, mesmo que, no caso brasileiro, as agências reguladoras atuem no âmbito do Poder Executivo e vinculadas a um ministério, elas são dotadas, de autonomia e independência. Portanto, devem ser alinhadas às políticas de governo, que – última análise, seja de qual partido ou ideologia, deve prezar pela satisfação dos interesses coletivos e das necessidades dos cidadãos. Porém, mais do que isso, a atividade dessas autarquias de regime especial se sujeita à fiscalização do Poder Legislativo e Judiciário. E quiçá se tenha

encontrado aqui já um problema em relação à atividade das entidades reguladoras no Brasil. O Congresso Nacional pátrio apenas há pouco<sup>199</sup> vem tomando mais protagonismo e buscando, por meio de – ainda – uma pequena parcela deste, atuar de forma mais incisiva e exigente. Não se dá conta o povo, portanto, e conseqüentemente estes seus representantes, de que a atuação do Poder Legislativo é muito mais ampla (e necessária!) do que simplesmente realizar o processo legislativo.

Em relação à atividade regulatória, Binenbojm<sup>200</sup> afirma sumariamente a respeito das agências reguladoras que não podem elas atuarem à revelia do Congresso Nacional. O que não significa, entretanto, que devam as suas atuações ser ordenadas por tal Poder, mas deve-se ter em mente, em última análise, que são elas integrantes da Administração indireta e, apenas isso, já justifica o controle que deve ser exercido pelo Poder Legislativo, conforme determina a Constituição Federal<sup>201</sup>.

### **3.5 Cadeia produtiva da energia elétrica**

Para que a energia elétrica chegue aos consumidores é necessário um longo caminho desde a sua geração, que ocorre – normalmente – a partir da exploração de um recurso natural, até a distribuição aos usuários. Diante disso, das especificidades e grandes proporções de todo esse processo que a cadeia de produção da energia elétrica exige, dificilmente<sup>202</sup> poderia ela ficar nas mãos de apenas uma entidade – fosse ela pública ou privada, nomeadamente em uma país de dimensões continentais como o Brasil.

É então que a cadeia produtiva de energia elétrica é, geralmente, dividida, basicamente, em três fases, a geração, a transmissão e a distribuição.

Transformar um recurso natural em energia elétrica é no que, fundamentalmente, consiste a primeira fase. Apesar de o conceito poder ser bem sintético, é um trabalho que

---

<sup>199</sup> Designadamente desde o processo de impeachment que a ex-presidenta passou, a partir do qual, inclusive, o País enfrenta uma crise político-institucional que tem gerado uma forte polarização e disputas ideológicas.

<sup>200</sup> BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 240. Abr./Jun. 2005, p. 159.

<sup>201</sup> Determina a Lei Maior: “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta”.

<sup>202</sup> Nem seria bom do ponto de vista da concorrência, primeiramente em razão de deixar tudo nas mãos de apenas uma entidade, e também em razão de que poderia ela compensar os preços em fases distintas, caso fosse colocado à disposição para licitação as fase em separado e apenas uma entidade ganhasse em todas.

envolve tecnologias e esforços consideráveis. No Brasil, a matriz<sup>203</sup> energética principal são as hidrelétricas<sup>204</sup>, de modo que para a geração, nesse caso, são necessários grandes rios, com volume de água expressivos, para que diversos requisitos possam ser cumpridos e então gerada a energia.

Uma vez gerada a energia elétrica esta deve ser então transmitida das centrais de produção até os centros urbanos e demais comunidades que possuem acesso à energia elétrica, o que costuma ser feito através dos chamados “linhões”. E por fim, para chegar até às unidades consumidoras é feita a distribuição<sup>205</sup>.

Simplificadamente o mercado de energia elétrica funciona com essas fases. Contudo, é preciso destacar que segundo a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE<sup>206207</sup>, a principal forma de contratação de energia elétrica pelas concessionárias, permissionárias ou autorizadas de distribuição é por meio de leilões<sup>208</sup>. Ou seja, quando um distribuidor compra a energia para repassar aos consumidores ele não sabe de que gerador ela está vindo. Esses leilões, por sua vez, são realizados pela CCEE, podendo-se dizer que há, dessa forma, mais uma etapa na cadeia de energia elétrica, que é justamente a comercialização.

---

<sup>203</sup> Há, todavia, outras formas de geração de energia, que podem ser consultadas em: <http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/capacidadebrasil/OperacaoCapacidadeBrasil.cfm>.

<sup>204</sup> Segundo a Empresa de Pesquisa Energética - EPE, em 2017 65,2% da oferta interna de energia do País foi originária de hidrelétricas. BRASIL. Empresa de Pesquisa Energética. Balanço Energético Nacional, 2018. Rio de Janeiro: Empresa de Pesquisa Energética, 2018, p. 15. Disponível em: [http://epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-303/topico-419/BEN2018\\_Int.pdf](http://epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-303/topico-419/BEN2018_Int.pdf).

<sup>205</sup> Importante ressaltar que essa é a configuração majoritária da prestação do serviço de energia elétrica enquanto serviço público (a esse respeito, ressalta-se que as centrais elétricas de serviço público tiveram participação em 83,5% da geração total de energia elétrica do Brasil no ano de 2017, segundo o Balanço energético nacional, [http://epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-303/topico-419/BEN2018\\_Int.pdf](http://epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-303/topico-419/BEN2018_Int.pdf), p. 15). Entretanto, a Lei nº 9.074/1995 trouxe a possibilidade de duas figuras: o autoprodutor de energia e o produtor independente de energia – PIE. Relativamente a estas figuras, o PIE é tratado na referida lei nos artigos 12 e seguintes, e o autoprodutor nos artigos 5º e seguintes do mesmo diploma, além disso são regulamentados pelo Decreto nº 2.003/1996. Estas duas modalidades, contudo, não serão aqui aprofundadas.

<sup>206</sup> Esta entidade é uma associação civil sem fins lucrativos, custeada pelos agentes que possuem atuação na comercialização, e é ela responsável por viabilizar as comercializações de energia elétrica no País, através da implantação e divulgação das regras e procedimentos da etapa; além de gerir os contratos do ACR e ACL; realizar os leilões de energia, por delegação da ANEEL, dentre outras atribuições.

<sup>207</sup> As informações relativas à cadeia e a forma de compra e prestação do serviço foram retiradas do endereço eletrônico da CCEE (<https://www.ccee.org.br>).

<sup>208</sup> E se alude no plural em razão da existência de várias espécies de leilão. Para ser mais precisa, são nove espécies, sendo possível consultar quais são e uma breve explicação no endereço eletrônico da entidade ([https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages\\_publico/o-que-fazemos/como\\_ccee\\_atua/tipos\\_leiloes\\_n\\_logado?\\_afzLoop=83421259190934&\\_adf.ctrl-state=ysgqb812u\\_166#!%40%40%3F\\_afzLoop%3D83421259190934%26\\_adf.ctrl-state%3Dysgqb812u\\_170](https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/o-que-fazemos/como_ccee_atua/tipos_leiloes_n_logado?_afzLoop=83421259190934&_adf.ctrl-state=ysgqb812u_166#!%40%40%3F_afzLoop%3D83421259190934%26_adf.ctrl-state%3Dysgqb812u_170)).

Importante ressaltar, contudo, que o procedimento de comercialização de energia elétrica pode ser inserido dentro de dois ambiente diferentes. O Ambiente de Contratação Regulada – ACR<sup>209</sup> e o Ambiente de Contratação Livre – ACL<sup>210</sup>. Diante da temática aqui abordada, não se deterá a este, e portanto, as considerações já feitas e as que ainda serão, são relativas ao ACR.

Em relação aos consumidores, há uma classificação relativa a sua liberdade de contratação. Por óbvio que nem todos os consumidores possuem essa prerrogativa e, independentemente da sua classificação, estão eles sujeitos e cobertos pela atividade da entidade reguladora. É então que há o consumidor livre e o consumidor cativo. O primeiro, como é capaz de se desprender do próprio nome, pode escolher quem será o seu fornecedor. Não é qualquer consumidor, todavia, que pode proceder a essa escolha<sup>211</sup>, devendo para isso ser este de médio ou grande porte, ou ainda, aqueles que em razão do nível de carga conseguem ter um poder considerável de negociação com o fornecedor.

Já o segundo, isto é, o consumidor cativo, não possui tal liberdade, de modo que deve contratar o fornecedor que atende a sua região, e não terá a possibilidade de escolher.

Uma vez esclarecidos estes pontos, cabe explicar brevemente os integrantes do setor elétrico, além dos consumidores. Inicialmente, têm-se os geradores, transmissores, distribuidores e comercializadores da energia elétrica, que são concessionários, permissionários ou autorizados a desempenhar o serviço público, após, por óbvio, participarem de um procedimento administrativo que assim os qualifique.

Segundo os dados mais recentes apresentados pela ANEEL<sup>212</sup>, em 2018 a energia elétrica do Brasil era distribuída por cento e nove entidades, dentre elas, públicas, privadas e de economia mista. Dessas cento e nove, cinquenta e três são concessionárias, quarenta e três permissionárias e treze são autorizadas.

---

<sup>209</sup> Segundo o artigo 1º, §2º, I do Decreto nº 5.163/2004, “Para fins de comercialização de energia elétrica, entende-se como: I - Ambiente de Contratação Regulada - ACR o segmento do mercado no qual se realizam as operações de compra e venda de energia elétrica entre agentes vendedores e agentes de distribuição, precedidas de licitação, ressalvados os casos previstos em lei, conforme regras e procedimentos de comercialização específicos”.

<sup>210</sup> Já o ACL é definido pelo Decreto nº 5.163/2004 como: “(...) §2º Para fins de comercialização de energia elétrica, entende-se como: (...) II -Ambiente de Contratação Livre - ACL o segmento do mercado no qual se realizam as operações de compra e venda de energia elétrica, objeto de contratos bilaterais livremente negociados, conforme regras e procedimentos de comercialização específicos”.

<sup>211</sup> WALTENBERG, David A. O direito da energia elétrica e a ANEEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). Direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 374-375.

<sup>212</sup> Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/distribuicao2>.

Para além das distribuidoras, institucionalmente, dentro do setor da energia elétrica, o Estado conta com algumas entidades responsáveis por diferentes funções, que devem atuar de maneira sintonizada. Como se sabe, as agências reguladoras são vinculadas a um ministério. No caso da ANEEL, esta é “vinculada”<sup>213</sup> ao Ministério de Minas e Energia – MME, que é órgão do governo federal, incumbido de coordenar as políticas do setor, tendo em consideração as orientações do Conselho Nacional de Política Energética – CNPE; participa ainda desse setor o Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico – CMSE, o qual tem por escopo exercer o acompanhamento e avaliação relativos à “continuidade e a segurança do suprimento elétrico em todo o território nacional”<sup>214</sup>. Por fim, ainda há a Empresa de Pesquisa Energética – EPE e o Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS. Sendo que este é incumbido de realizar a operação, supervisão e gestão da geração de energia elétrica no Sistema Integrado Nacional – SIN, enquanto aquela, como o próprio nome sugere, tem como principal função desenvolver pesquisas e estudos relativos ao tema, a fim de proporcionar um melhor planejamento e conseqüentemente desenvolvimento do setor, tanto do ponto de vista técnico-econômico quanto socioambiental<sup>215</sup>.

Em todo esse processo, acaba que a maioria dos consumidores – isto é, clientes cativos, residenciais, que possuem uma situação hipossuficiente e vulnerável perante o sistema – guardam relação, precipuamente, apenas com as distribuidoras de energia. Desse modo, os índices disponibilizados pela entidade reguladora aqui levados em consideração giram mais em torno dessa última etapa, inclusive pois, em última análise a atividade regulatória desenvolvida por essas entidades passaram a ser, como ensina Vital Moreira<sup>216</sup>, um membro imprescindível nessa nova configuração de gestão das democracias e da economia de mercado.

---

<sup>213</sup> A expressão se encontra entre aspas pois, em que pese estar vinculada ao Ministério, sabe-se que ela possui uma atuação autônoma e independente do governo.

<sup>214</sup> Com quem se relaciona. Câmara de Comercialização de Energia Elétrica. Disponível em: [https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages\\_publico/onde-atuamos/com\\_quem\\_se\\_relaciona?\\_afLoop=92841076299123&\\_adf.ctrl-state=11eaun1aht\\_1#!%40%40%3F\\_afLoop%3D92841076299123%26\\_adf.ctrl-state%3D11eaun1aht\\_5](https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/onde-atuamos/com_quem_se_relaciona?_afLoop=92841076299123&_adf.ctrl-state=11eaun1aht_1#!%40%40%3F_afLoop%3D92841076299123%26_adf.ctrl-state%3D11eaun1aht_5).

<sup>215</sup> Para uma compreensão mais completa e detalhada de cada entidade e das suas respectivas funções, consultar [https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages\\_publico/onde-atuamos/com\\_quem\\_se\\_relaciona?\\_afLoop=92841076299123&\\_adf.ctrl-state=11eaun1aht\\_1#!%40%40%3F\\_afLoop%3D92841076299123%26\\_adf.ctrl-state%3D11eaun1aht\\_5](https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/onde-atuamos/com_quem_se_relaciona?_afLoop=92841076299123&_adf.ctrl-state=11eaun1aht_1#!%40%40%3F_afLoop%3D92841076299123%26_adf.ctrl-state%3D11eaun1aht_5)

<sup>216</sup> MOREIRA, Vital. Programa da disciplina ‘Direito Público da regulação’. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, p. 84. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/24548/1/Programa%20da%20disciplina%20de%20Direito%20p%C3%BAblico%20da%20regula%C3%A7%C3%A3o.pdf>.

### 3.6 Regulação do setor

Desde o início do trabalho já se está tratando acerca da regulação de forma abrangente. Já tendo sido apresentadas as noções teóricas a respeito do tema, cabe aqui analisar especificamente a regulação do setor da energia elétrica no Estado brasileiro, afinal, as conclusões às quais se chegará, giram em torno também da análise da função regulatória.

Por este motivo, a análise da regulação do setor será predominantemente a respeito da entidade reguladora específica, a qual é a Agência Nacional de Energia Elétrica. Já se viu, entretanto, que a cadeia produtiva da energia elétrica é composta por quatro etapas, sendo a etapa relativa à distribuição a que se relaciona de maneira mais próxima com o consumidor e, em razão disto a que acaba por ser mais demandada por eles<sup>217</sup>.

Como foi possível perceber no capítulo anterior, a regulação é um processo – em termos históricos – recente, nomeadamente no Brasil, onde as primeiras agências reguladoras surgiram no fim da última década do século passado e a ANEEL, especificamente, foi a primeira, que foi instituída pela Lei nº 9.427 de 26 de dezembro de 1996.

Em sendo a cadeia de energia elétrica constituída por quatro fases, cabe à ANEEL regular todas elas. Assim sendo, cumpre à Superintendência de Regulação dos Serviços de Geração – SRG<sup>218</sup> a regulação especificamente da primeira fase, o mesmo ocorre com as duas fases supervenientes, com a Superintendência de Regulação dos Serviços de Transmissão – SRT<sup>219</sup>; Superintendência de Regulação dos Serviços de Distribuição – SRD<sup>220</sup>.

Entretanto, o escopo aqui não é propriamente descrever a estrutura organizacional da agência, mas sim, apresentar alguns pontos que se julga interessantes a respeito da regulação do setor e a partir disso chegar a conclusões, meramente especulações e até questionamentos a respeito da prestação do serviço e da atividade regulatória. É importante destacar, ainda, que a atividade regulatória não diz respeito apenas aos consumidores, mas

---

<sup>217</sup> Os consumidores podem fazer reclamações sobre os serviços diretamente para ANEEL, por meio de *chat online*, telefone ou formulário eletrônico, podem também entrar em contato diretamente com a sua distribuidora de energia. Deve-se destacar que há também a possibilidade de se recorrer a um PROCON (que são entidades de defesa dos direitos dos consumidores, e podem ser tanto estaduais quanto municipais - e distrital no caso do Distrito Federal), embora haja algumas divergências acerca da atuação destas entidades quando há a existência de uma entidade reguladora. Em última instância, sempre é possível recorrer ao Judiciário.

<sup>218</sup> Para informações mais específicas a respeito deste setor, consultar <http://www.aneel.gov.br/geracao3>.

<sup>219</sup> <http://www.aneel.gov.br/srt>.

<sup>220</sup> <http://www.aneel.gov.br/srd>.

também ao mercado, às entidades integrantes da cadeia, aos trabalhadores<sup>221</sup> que dela fazem parte. É, dessa forma, uma atividade muito ampla, tanto no que diz respeito às funções, quanto às responsabilidades. Diante disso, e do enfoque do presente trabalho, a análise da regulação do setor da energia elétrica será mais concentrada na questão da prestação do serviço, ou seja, do ponto de vista dos consumidores.

A advertência aqui se mostra relevante, inclusive em razão da enorme quantidade de informações disponíveis no endereço eletrônico da entidade reguladora, que vão desde dados relativos à quantidade e agentes da geração – por exemplo –, passando por números de acidentes de trabalho ou não ocorridos no âmbito da distribuição de energia, e até mesmo informações demasiadamente técnicas, pertinentes a garantias financeiras de empreendimentos ou estudos<sup>222</sup>. Toda essa imensidão de informações, sabe-se, são decorrência da efetivação dos princípios da publicidade e da transparência. Invariavelmente, a divulgação desse tipo de informação – teoricamente – acaba por gerar uma maior *accountability* da atuação da entidade e dos seus agentes.

Ocorre, contudo, que é impossível deixar de relacionar toda essa vastidão de informações com o que Suzana Tavares da Silva<sup>223</sup> aborda a respeito do princípio da transparência. Na verdade, é questionado se mais informação implica em um aprofundamento da democracia. Para além disso, a Autora enumera algumas questões em razão das quais<sup>224</sup> acredita que mais informação não implica, necessariamente, em resultados positivos, e acaba por concluir que a simples divulgação de informações não é capaz de provocar uma mudança de paradigma e de comportamento da sociedade civil, ou seja, de fazer com que os cidadãos sejam mais participativos simplesmente por terem a possibilidade de acesso a mais informações.

---

<sup>221</sup> Estão disponíveis, inclusive, informações a respeito no seguinte endereço eletrônico: <http://www.aneel.gov.br/seguranca-do-trabalho-e-das-instalacoes>.

<sup>222</sup> <http://www.aneel.gov.br/documents/655808/0/MANUAL+DO+SERVI%C3%87O+DE+GEST%C3%83O+DE+GARANTIAS+FINANCEIRAS/5b08517a-c162-b9bd-c6fb-dcb016c1184e>.

<sup>223</sup> SILVA, Suzana Tavares da. O princípio da transparência: da revolução à necessidade de regulação. In: VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos; SILVA, Suzana Tavares da. (Coord.). As reformas ibéricas do sector público. Perspectiva ibérica no contexto pós-crise. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra. 2017, p. 165 e ss.

<sup>224</sup> Algumas delas consistem no fato de que “i) a divulgação de mais informação não é, em regra, sinónimo de se obter mais informação, desde logo porque muitas vezes essa informação é técnica [como é o caso de muitas das informações divulgadas no endereço eletrônico da ANEEL] e os seus destinatários não possuem os conhecimentos necessários para interpretar a informação que lhes chega (...); iii) a divulgação de muita informação pode dificultar a escolha, em vez de a facilitar, aumentando os *custos de oportunidade* (...)”. idem, p. 165.

O defendido pela Autora pôde ser verificado e corroborado neste trabalho, de modo que se levantam as hipóteses: será que as informações fornecidas estão lá colocadas de fato porque se acredita que a população as acessará e devem ser elas de conhecimento de todos, a fim de contribuir para uma sociedade mais democrática e que conte com a participação popular, ou estão lá simplesmente para cumprir uma determinação constitucional?

Essas questões<sup>225</sup> surgiram, nomeadamente na análise do que a entidade reguladora chama de Agenda Regulatória do biênio 2019-2020, que consiste em, segundo a própria, em uma relação de oitenta e um temas suscetíveis

(...) de regulamentação ou estudo, organizados em atividades regulatórias com os respectivos cronogramas, que serão debatidos individualmente por meio de audiências ou consultas públicas durante o próximo ciclo bienal de trabalhos da Agência.

Composta por um período determinativo (2019) e outro indicativo (2020), **a Agenda Regulatória é instrumento de planejamento, gestão e participação pública, estando contida no Objetivo Estratégico 3 “Aperfeiçoar simplificar e consolidar a regulação” do Planejamento Estratégico da ANEEL para o ciclo 2018-2021.** Ressalta-se que é a primeira Agenda elaborada após a vigência da Resolução Normativa nº 798 de 12 de dezembro de 2017 que aprovou a revisão da Norma de Organização 040, a qual dispõe sobre a realização de Análise de Impacto Regulatório - AIR no âmbito da Agência; bem como revogou a Resolução Normativa nº 540, de 12.03.2013 e o seu Anexo. (grifos nossos).

Ocorre, entretanto, que os documentos relativos à Agenda Regulatória possuem uma linguagem técnica, que fazem remissão a outros documentos, como instrumentos normativos da própria agência, que também possuem linguagem específica e exigem conhecimentos prévios a respeito. De tal modo que, se a intenção da entidade e da regulação – de forma geral – seria elaborar um instrumento de participação pública como diz na própria definição, os meios utilizados estão, muito provável e infelizmente, fadados a um fracasso, pois em muitos são inacessíveis<sup>226</sup> à grande maioria da população brasileira.

Faz-se referência à Agenda Regulatória, pois, nesse contexto, acredita-se que seria ela um documento chave, como se infere pela sua própria definição trazida acima, para

---

<sup>225</sup> Parece perigoso afirmar categoricamente no âmbito deste trabalho, sem uma pesquisa empírica mais aprofundada, que as informações são disponibilizadas apenas com o fito de cumprir normas, e não de realmente buscar informar os cidadãos, contudo, não há como esconder que esta foi a impressão mais forte que se teve da análise feita.

<sup>226</sup> E quando se diz inacessíveis se refere à inacessibilidade em razão do local em que estão disponíveis, ou seja, a rede mundial de computadores – *internet* e à linguagem técnica e específica de tais documentos somado à falta de conhecimentos mínimos das pessoas para que sejam capazes de obter, de fato, informações relevantes e que as capacitem para agir de algum modo com elas.

fomentar uma participação popular e um conhecimento e consciência dos cidadãos nas atividades a serem desenvolvidas pela entidade, e por esse motivo, deveria ser ele de fácil acesso e compreensão, o que particularmente não se vislumbrou. Além da Agenda Regulatória, outro documento essencial de ser analisado e comentado – e o será no tópico a seguir – é o chamado Relatório IASC (Índice ANEEL de Satisfação do Consumidor)<sup>227</sup>, o qual traz informações a respeito da percepção da prestação dos serviços pelos consumidores.

### 3.7 Análise da prestação do serviço e conclusões

Imagina-se que os desafios encontrados na prestação de serviços públicos sejam imensos, designadamente quando devem ser esses prestados em um país como o Brasil que, para além das suas dimensões territoriais têm dificuldades ainda, por exemplo, relativamente ao acesso a determinadas comunidades, à diversidade sociocultural<sup>228</sup>, etc. Um exemplo do que se está a afirmar pode ser percebido a partir dos dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, segundo o qual, em 1999 no Brasil, 94,8% dos domicílios brasileiros possuíam acesso à luz elétrica<sup>229</sup>. Contudo, tal número exclui a população rural de seis estados da região Norte (sendo que a região conta com sete estados), que, em 1996, era a segunda região menos urbanizada do País<sup>230</sup>, e como se sabe, as áreas rurais são as que apresentam maiores dificuldades na distribuição da energia elétrica.

---

<sup>227</sup> Vital Moreira afirma que “relatório regular da atividade regulatória” deve ser uma imposição legal às entidades reguladoras independentes. Tal relatório analisado, acredita-se não ser esse ao que o Autor se refere, entretanto, a partir dele é possível proceder a uma análise da prestação do serviço nos estados brasileiros e ter uma noção ampla. MOREIRA, Vital. Programa da disciplina ‘Direito Público da regulação’. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, p. 82. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/24548/1/Programa%20da%20disciplina%20de%20Direito%20p%C3%ABAblico%20da%20regula%C3%A7%C3%A3o.pdf>.

<sup>228</sup> Deve-se considerar, por exemplo, algumas comunidades indígenas e de quilombolas que não são completamente integradas aos centros urbanos, mas nem por isso deixam de ter direito ao acesso aos serviços públicos que devem ser oferecidos pelo Estado. Contudo, em casos em que estes devem ser pagos, há um outro problema de ordem econômica, pois, muitas vezes não possuem elas capacidade financeira de arcar com as despesas.

<sup>229</sup> Segundo informações do ONS, existem no Brasil duzentas e trinta e sete localidades isoladas, sendo a maior parte delas em estados da região Norte. Nessas localidades, a demanda é suprida majoritariamente por meio de produção de térmicas à base de diesel. <http://ons.org.br/paginas/sobre-o-sin/sistemas-isolados>.

<sup>230</sup> Todos os dados apresentados neste parágrafo foram extraídos do endereço eletrônico do IBGE, <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/multidominio/condicoes-de-vida-desigualdade-e-pobreza/17374-indicadores-sociais-minimos.html?=&t=resultados>.

Dados mais recentes – de 2015 – da mesma entidade, contudo, demonstram que 99,7% dos domicílios brasileiros possuem iluminação elétrica<sup>231</sup>. Vislumbra-se, portanto, que a distribuição em si, não parece mais consistir em um grave problema<sup>232</sup>. O mesmo já não se pode afirmar no que diz respeito à qualidade do serviço prestado pelas distribuidoras, e o que se buscará a partir de agora é apresentar um panorama geral acerca disso, e para tanto se apoiará no Relatório do Índice ANEEL de Satisfação do Consumidor – IASC, que tem como objetivo aferir a qualidade do serviço prestado pelas distribuidoras de energia elétrica, através da, como o próprio define, “(...) percepção mais importante do setor elétrico: a do consumidor”<sup>233</sup>.

Esse relatório é elaborado todos os anos pela ANEEL e permite uma visão global da prestação dos serviços de distribuição. Algumas ilações cabem ser aqui trazidas. Já se referiu anteriormente a respeito das comunidades isoladas que se encontram principalmente nas regiões Norte e Nordeste, para além disso, cumpre dizer que tais regiões são também as menos urbanizadas e com menores índices de desenvolvimento do País. Interessante, portanto, que alguns Estados pertencentes a essas regiões são os que apresentam os menores<sup>234</sup> indicadores do IASC e, por outro lado, os maiores índices<sup>235</sup> são encontrados principalmente nas regiões Sul e Sudeste, que são as regiões mais desenvolvidas.

Note-se ainda, que nos Estados com os menores indicadores IASC como o Amapá, Roraima, Acre, Pará (todos esses da região Norte<sup>236</sup>) e Piauí, há apenas uma distribuidora de energia elétrica. Percebendo que pode haver uma relação entre a falta de concorrência, mas também com a (falta) de capacidade da empresa dar conta de prestar o serviço em todo o território<sup>237</sup>.

---

<sup>231</sup> Com relação a esses não é acrescentada nenhuma exceção relativamente às zonas rurais de estados, como no dado apresentado anteriormente, e pode ser consultado no seguinte endereço: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/panorama>.

<sup>232</sup> O afirmado se baseia levando-se em consideração o alto índice do oferecimento do serviço, estimando-se que em 2022 seja universalizado, conforme informação da própria agência reguladora. <http://www.aneel.gov.br/indicadores-da-distribuicao>.

<sup>233</sup> BRASIL, Agência Nacional de Energia Elétrica. Relatório pesquisa Iasc 2018 Brasil, categorias e distribuidoras/Agência Nacional de Energia Elétrica. Brasília: ANEEL, 2019, p. 3. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/documents/655804/17259898/Relat%C3%B3rio+IASC+2018+ANEEL+-+web-compactado.pdf/d3c99e0b-c693-6061-16f2-c4598b2343a5>.

<sup>234</sup> Um exemplo disso é o estado do Amapá, na região Norte do País, que possui o menor índice de satisfação, com 32,92 (sendo que 100 é o máximo).

<sup>235</sup> O maior índice (*benchmark*) – 82,16 – foi da concessionária Mux Energia, que atende cidades do estado do Rio Grande do Sul, região Sul do País.

<sup>236</sup> Das dez distribuidoras com as menores notas, cinco são da região Norte.

<sup>237</sup> Inclusive porque há estados aos quais se referiu que possuem dimensões territoriais consideráveis.

Para além disso, é possível perceber uma relação entre o percentual de reclamações<sup>238</sup> e o índice de satisfação. Note-se: as reclamações da região Norte (com os menores índices) representam 5,5% do total, enquanto que as da região Sudeste (que junto com a região Sul apresenta os melhores índices) representam 60,8% das reclamações. É possível cogitar<sup>239</sup>, então, que há uma relação entre o número de reclamações e a qualidade da prestação, ou melhor, que quanto maior a participação – ainda que apenas por meio de reclamações – mais as distribuidoras se veem – e são, pela entidade reguladora – compelidas a melhorarem a prestação.

Contudo, é imperativo estabelecer a relação entre a efetivação da transparência/divulgação com a participação popular. Ratificando esse posicionamento, é interessante perceber que no caso da regulação do setor elétrico brasileiro, a partir de uma análise do Relatório IASC<sup>240</sup> de 2018, é possível concluir que nos Estados da federação em que há uma maior participação da população (que é refletida através das ocorrências recebidas pela Ouvidoria da ANEEL), os índices de satisfação do consumidor são maiores.

Por óbvio que não pode se afirmar que é uma relação dependente, e de causa e efeito absolutos, mas é no mínimo interessante perceber a ligação, inclusive porque as regiões (Norte e Nordeste) que apresentaram os menores números de ocorrências na ouvidoria, são as que apresentam os menores índices de satisfação dos consumidores.

De modo geral, contudo, analisando os índices dos anos anteriores, desde 2014, é possível perceber que houve um aumento dos indicadores das distribuidoras. O mesmo se deu com o aumento do percentual do fornecimento, com a previsão de universalização do serviço para 2022.

A partir do que fora analisado anteriormente, depreendeu-se que a atividade regulatória desempenhada pela ANEEL é demasiadamente ampla, não apenas no que diz

---

<sup>238</sup> Reclamações essas recebidas pela ouvidoria da ANEEL. Em 2018 foram tratadas pela entidade 48.570 reclamações que já tinham passado pelas distribuidoras e não tinham obtido solução. Além dessas, foram recebidas 105.060 reclamações tendo a ANEEL como “primeira instância”. [http://www.aneel.gov.br/destaques-consumidor/-/asset\\_publisher/kM1X2uTBr6qH/content/ouvidoria-em-numeros/655804?inheritRedirect=false&redirect=http%3A%2F%2Fwww.aneel.gov.br%2Fdestaques-consumidor%3Fp\\_p\\_id%3D101\\_INSTANCE\\_kM1X2uTBr6qH%26p\\_p\\_lifecycle%3D0%26p\\_p\\_state%3Dnormal%26p\\_p\\_mode%3Dview%26p\\_p\\_col\\_id%3Dcolumn-2%26p\\_p\\_col\\_pos%3D1%26p\\_p\\_col\\_count%3D6](http://www.aneel.gov.br/destaques-consumidor/-/asset_publisher/kM1X2uTBr6qH/content/ouvidoria-em-numeros/655804?inheritRedirect=false&redirect=http%3A%2F%2Fwww.aneel.gov.br%2Fdestaques-consumidor%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_kM1X2uTBr6qH%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_pos%3D1%26p_p_col_count%3D6). Acesso em 20 de junho de 2019.

<sup>239</sup> Ainda que parece lógico que há, de fato, uma relação entre os estados que mais reclamam com as melhores prestações, não cabe aqui fazer afirmações categóricas, tendo em vista a falta de um estudo empírico mais aprofundado.

<sup>240</sup> BRASIL, Agência Nacional de Energia Elétrica. Relatório pesquisa Iasc 2018 Brasil, categorias e distribuidoras/Agência Nacional de Energia Elétrica. Brasília: ANEEL, 2019.

respeito à cobertura de toda a cadeia, mas também à variedade de atividades por ela desempenhada. Levando isso em consideração, são interessantes as lições de Vital Moreira<sup>241</sup> que ensina haver uma interferência da regulação pública com as regras de mercado, e por esse motivo, há uma necessidade de justificação desta atividade.

Segue o Autor elencando os motivos econômicos (também chamadas de “falhas de mercado” ou *market failures*) e extra econômicos pelos quais a atividade se justifica. Dentre os motivos econômicos, apresenta as *assimetrias da informação*<sup>242</sup>. Já se referiu a respeito das informações disponibilizadas pela entidade, questionando-se se a divulgação seria apenas para cumprir mandamentos constitucionais ou se estão lá colocadas de fato porque se acredita que a população deve ter acesso e conhecimento, com o escopo de contribuir para o fortalecimento democrático.

É importante, portanto, levantar e apontar os ensinamentos de Vital Moreira a respeito das *assimetrias de informação* pois se acredita que um problema encontrado na regulação da energia elétrica no Brasil foi justamente esse. Isto porque – de fato – a regulação por si já pressupõe a divulgação de informações, ocorre, entretanto, que essas informações não chegam aos consumidores de forma equânime (ou sequer chegam a alguns), e por isso há a necessidade de se trabalhar para diminuir tais assimetria, de modo que a informação seja simplesmente pública ou divulgada, mas também acessível.

Especificamente no caso da ANEEL, reconhece-se que muitos dos assuntos tratados pela entidade são bastante técnicos e específicos e, como já se referiu, há diversos documentos não acessíveis (do ponto de vista material), contudo se vislumbra também tentativas de tornar os assuntos mais palpáveis. Um exemplo disso é o canal na plataforma *Youtube*<sup>243</sup>, em que vídeos não apenas das reuniões, consultas e audiências públicas são publicados, mas também de conteúdos simples (como explicação das tarifas e como participar das consultas e audiências públicas) e bem como mais técnicos, mas claramente com vistas de tentar explicar de maneira simplificada.

Decerto, por mais que seja possível perceber os trabalhos e esforços da entidade reguladora no âmbito da regulação, notadamente no intuito de informar a população e

---

<sup>241</sup> MOREIRA, Vital. Programa da disciplina ‘Direito Público da regulação’. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, p. 46. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/24548/1/Programa%20da%20disciplina%20de%20Direito%20p%C3%ABlico%20da%20regula%C3%A7%C3%A3o.pdf>.

<sup>242</sup> Ibid., p. 48.

<sup>243</sup> <https://www.youtube.com/user/aneel>.

divulgar o maior número de informações possível, o maior problema que se pôde encontrar, em que pese a modesta análise feita, é a tecnicidade e especialidade no repasse das informações que, em grande parte, demandam conhecimentos prévios a respeito. Além disso, sentiu-se a falta de informações de modo mais organizado. Explica-se: não foram encontradas informações a respeito, por exemplo, das geradoras de energia<sup>244</sup>. Além disso, muitas informações mais básicas foram encontradas nos endereços eletrônicos das outras instituições integrantes do setor elétrico, como o ONS e a CCEE. Ou seja, por vezes foi necessário que se recorresse a outros endereços para obter simples informações que cabiam melhor no endereço da própria agência.

Muito se aludiu a respeito das informações, publicidade e transparência pois, como se sabe, a regulação presume tudo isso. Mas para além disso, os dados que foram mais analisados e aqui trazidos disseram respeito à qualidade da prestação do serviço de distribuição de energia elétrica e a universalização deste. Por óbvio que existem outras vertentes da atividade regulatória de grande importância, como a aplicação das sanções e a atividade normativa, estas que, contudo, dariam um outro enfoque ao trabalho que não era o objetivo.

Todas as variantes da atividade regulatória são, portanto, de relevância para o aumento da qualidade da prestação do serviço e, conseqüentemente, da satisfação do consumidor. Portanto, embora, a atividade regulatória envolva muito mais do que simplesmente a emissão de normas reguladoras (que devem ser elaboradas com base em estudos que percebam as necessidades e busquem as soluções possíveis, através de todo um processo estabelecido por normas internas da entidade) e a fiscalização, e seja ela a autoridade de maior responsabilidade nesse sentido, cabe à população (e aqui compreende-se tanto os cidadãos individualmente quanto associações ou outras entidades civis) a participação nos procedimentos. Cabe também ao Poder Legislativo um controle mais próximo. E claro, cabe às contratadas atuarem conforme os contratos e demais normas relativas à atividade, e mais, com a consciência de que, apesar da sua natureza privada, são contratadas para desempenhar uma atividade de responsabilidade pública, devendo estar cientes de todos os ônus e bônus que isso implica.

---

<sup>244</sup> Apesar de possivelmente existirem.

Quanto à participação popular, ela se mostra extremamente necessária e um verdadeiro instrumento para evitar que ocorra o que se chama de captura regulatória<sup>245</sup>, ou seja, que as atividades da regulação tenham seus benefícios destinados mais aos destinatários, isto é, aos regulados, do que à população em si.

Diante de tudo isso, a fim de não se ter aqui um discurso repetitivo, a regulação é uma atividade que prescinde a participação das mais variadas parcelas, sujeitos e entidades da sociedade, e não apenas da entidade reguladora e regulados. De modo que, em um país como o Brasil em que a tradição de participação popular é fraca e incipiente, exigir resultados apenas da entidade reguladora parece muito complicado.

Deste modo, ante a teoria analisada e os problemas de ordem prática encontrados, não seria possível aqui, mediante um estudo eminentemente bibliográfico e de análise de relatórios e dados disponibilizados por apenas uma agência reguladora, estabelecer pontos que certamente resolveriam problemas da ordem da prestação dos serviços públicos. Contudo, foi possível encontrar algumas medidas que provavelmente em muito contribuiriam para uma melhora do sistema de regulação e conseqüentemente da prestação dos serviços.

A principal solução que se propõe, contudo, curiosamente, não está diretamente no âmbito da atuação das entidades reguladoras, mas sim, justamente de uma atuação maior e mais presente, tanto do Poder Legislativo quanto da sociedade civil. Destaca-se que o Brasil possui quinhentos e treze deputados federais, representando o povo, e oitenta e um senadores, representando seus Estados e o Distrito Federal. Cabe também, e primordialmente, a essas pessoas exercer o controle sobre a administração pública e, caso perceba que não está à altura a prestação do serviço ou, até mesmo, a divulgação, publicidade e transparência das informações para que eles próprios tenham acesso e também a população, que cobrem no sentido de melhorá-las.

---

<sup>245</sup> “O risco de captura regulatória vem naturalmente dos operadores sujeitos à regulação. Por isso um dos melhores antídotos é a participação institucional da outra parte interessada na atividade da autoridade reguladora. Trata-se naturalmente dos utentes ou consumidores correspondentes. Entre nós a sua participação tem lugar normalmente em conselhos consultivos dentro das autoridades reguladoras, ou por vezes em conselhos tarifários tripartidos. A sua intervenção é decisiva em todos os procedimentos regulatórios, nomeadamente os que têm a ver com a fixação de tarifas ao consumo, regulamentos de qualidade e segurança, tratamento das queixas dos clientes, etc.” MOREIRA, Vital. Programa da disciplina ‘Direito Público da regulação’. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, p. 81. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/24548/1/Programa%20da%20disciplina%20de%20Direito%20p%C3%BAblico%20da%20regula%C3%A7%C3%A3o.pdf>.

Ademais, o Brasil possui atualmente algo em torno de duzentos milhões de habitantes. É certo que parte significativa deste número não se encontra em condições de sequer ter conhecimento sobre os seus próprios direitos. Por outro lado, é certo também que grande parte das pessoas que podem e têm acesso a informações e ao conhecimento, não fazem questão de sair das suas zonas de conforto e reconhecerem seus privilégios para lutar pela melhoria daqueles que são, também, seus direitos.

Portanto, a conclusão primordial que se chega é uma que já se comentou desde os capítulos anteriores. A sociedade civil precisa ser mais ativa e participativa, a população precisa exercer mais ativamente a sua cidadania<sup>246</sup>, e não simplesmente votar de dois em dois anos.

Quanto à publicidade e transparência, de fato, não parecem ser elas – isoladamente – instrumentos capazes de promover mudanças nas sociedades<sup>247</sup>, mas inegavelmente são instrumentos democráticos essenciais à participação popular.

Diante de tudo que se viu, é possível concluir, também, que a atividade desempenhada pela agência em estudo surpreendeu positivamente, não apenas pela variedade de atividades desenvolvidas, mas também pela documentação, e a divulgação, de imensos conteúdos (o que exige que tenham sido desenvolvidos previamente estudos e trabalhos a respeito desses). Por mais contraditório que pareça, por vezes chega a parecer que há um excesso de informações, dificultando que se encontre alguma em específico e também, como já se referiu, a dificuldade com uma linguagem, gráficos, tabelas demasiado técnicos, não acessíveis a grande parte da população.

Um exemplo do acima afirmado seria a Agenda Regulatória, que se acredita ser um documento que poderia ter de forma mais clara os objetivos da atividade regulatória para o biênio (como ele é estabelecido) e os meios e medidas tomados para tanto. Afinal, ser transparente não é simplesmente disponibilizar dados e informações, mas também fazê-lo de forma que o máximo de pessoas possa acessar e compreender do que se trata.

---

<sup>246</sup> A esse respeito, Luiz S. Cabral de Moncada ensina que a tarefa da regulação não é fácil, que esta deve ser conciliada com a “(...) com o quadro fundamental do Estado-de-Direito democrático”. Entretanto, argumenta que a solução se encontra justamente aqui, “(...) pelo desenvolvimento da participação dos cidadãos e outros meios de democracia directa na formação e na execução das decisões económicas e sociais”. Para além disso, defende também que seja desempenhada a atividade regulatória rodeada “(...) de cautelas procedimentais, exigir clareza e adequada densidade às normas regulatórias e apostar na supervisão e no controlo gracioso e contencioso até onde for possível”. MONCADA, Luiz S. Cabral de Moncada. O Estado Pós-moderno. Para um novo paradigma de compreensão das actuais relações entre o Estado, o Direito e a Sociedade Civil. Lisboa: Quid Juris, 2018, p. 167.

<sup>247</sup> Em referência às lições de Suzana Tavares da Silva, explanadas na página 93.

De fato, como já se referiu à Suzana Tavares da Silva, não é o princípio da transparência, e simplesmente o seu cumprimento, um transformador de paradigmas por si só. Ele não é capaz de operar milagres no sentido de só por estar disponibilizada uma informação os cidadãos passarem a ser mais atuantes democraticamente. Por outro lado também, a divulgação de informações não legíveis para a grande parcela da população acaba por dificultar a atuação civil das pessoas.

Voltando à (falta de) atuação do Poder Legislativo perante a fiscalização da atividade das agências reguladoras, observa-se que não é possível dizer que a atuação é inexistente, mas pareceu fraca, isto pois, existe no âmbito da Câmara dos Deputados uma Comissão de caráter permanente intitulada de Minas e Energia, a qual tem o seu campo de atividade previsto no Regimento Interno da Câmara dos Deputados em seu artigo 32, XIV<sup>248</sup>. Contudo, a atuação ineficiente ou deficitária é, decerto, uma possibilidade.

A respeito da possibilidade de atuação deficitária do Poder Legislativo, cumpre relacionar com as lições de Vital Moreira<sup>249</sup>, o qual ensina que as “garantias de transparência e participação procedimental pública” consistem num instrumento para que seja garantida a independência das agências reguladoras independentes, como é o caso da ANEEL. Essa participação procedimental pública consiste, não apenas, por exemplo, na promoção e realização de audiências e consultas públicas por parte das entidades reguladoras, mas também numa participação parlamentar na fiscalização das atividades desempenhadas, para

---

<sup>248</sup> “XIV - Comissão de Minas e Energia: a) políticas e modelos mineral e energético brasileiros; b) a estrutura institucional e o papel dos agentes dos setores mineral e energético; c) fontes convencionais e alternativas de energia; d) pesquisa e exploração de recursos minerais e energéticos; e) formas de acesso ao bem mineral; empresas de mineração; f) política e estrutura de preços de recursos energéticos; g) comercialização e industrialização de minérios; h) fomento à atividade mineral; i) regime jurídico dos bens minerais e dos recursos energéticos; j) gestão, planejamento e controle dos recursos hídricos; regime jurídico de águas públicas e particulares;”. Note-se que este regulamento é anterior à criação das agências reguladoras e, portanto, nem sequer são as entidades mencionadas, o que não se entende consistir num motivo para se eximir de atuar no sentido de fiscalizar a atividade das agências que, como se sabe, integram o Poder Executivo e, portanto, devem ser fiscalizadas pelos demais poderes. Além desta, foi encontrada uma Subcomissão especial de cobrança abusiva de energia elétrica, em cujo plano de trabalho (anexo I) são colocados alguns pontos de atuação conjunta com a ANEEL, e ainda, outra “Subcomissão especial agências relacionadas ao campo temático da CME”. Uma vez constatada a existência destas (comissão e subcomissões), cabe, também aos eleitores fiscalizarem seus deputados que as compõem e o trabalho deles.

<sup>249</sup> MOREIRA, Vital. Programa da disciplina ‘Direito Público da regulação’. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, p. 80 e ss. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/24548/1/Programa%20da%20disciplina%20de%20Direito%20p%C3%ABablico%20da%20regula%C3%A7%C3%A3o.pdf>.

que sejam discutidos no âmbito das comissões parlamentares<sup>250</sup> os relatórios apresentados pelas entidades reguladoras.

Importante ressaltar a relevância não apenas desse instrumento para garantir a dependência supracitada, mas dos mecanismos de independência<sup>251</sup> de forma geral, pois, esta deve ser premissa na atividade das entidades, e consiste não apenas na independência em relação ao Governo mas também, e quiçá até mais, em relação aos regulados, isto para evitar o que chama de “captura regulatória”<sup>252</sup>. Nesse sentido, interessante ressaltar que a já tão falada participação popular, dos “utentes/consumidores”<sup>253</sup>, consiste em outro instrumento para diminuir os riscos deste “fenômeno”.

É portanto, que se percebe a magnitude da transparência e publicidade, e da participação popular. Indo além e finalizando é impossível dissociar transparência e publicidade de participação popular. Não existe participação popular sem publicidade e transparência e, não existe democracia sem participação popular.

Além disso, a atuação do Parlamento não deve ser restrita à fiscalização. É importante perceber que as leis<sup>254</sup> são essenciais para o desempenho da atividade regulatória, mais do que isso, é a partir delas que as entidades reguladoras de cada setor específico poderão pautar e exercer as suas funções.

É então que, em devendo ser entendida a regulação como um processo, inserido em sociedades democráticas, deve ela seguir procedimentos<sup>255</sup>, desde a instituição da entidade responsável, até a publicação de relatórios dando publicidade e tornando transparente a atuação.

---

<sup>250</sup> E então cabe advertir que as comissões temáticas relativas à questão analisada não possuem disponibilizados documento algum que trate sobre o assunto, e aqui encontra-se, portanto, um problema de transparência em relação ao Poder Legislativo, pois, ainda que tenha sido desenvolvido algum trabalho a respeito não estão os resultados deles disponibilizado aos cidadãos.

<sup>251</sup> Apresenta mais alguns como a que acredita ser a principal, a “escolha dos reguladores”, que devem ter autoridade e prestígio para lidar com as atividades e com a pressão inerentes à função. MOREIRA, Vital. Programa da disciplina ‘Direito Público da regulação’. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, p. 46. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/24548/1/Programa%20da%20disciplina%20de%20Direito%20p%C3%BAblico%20da%20regula%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Ibidem, p. 80.

<sup>252</sup> Ibidem, p. 79.

<sup>253</sup> Ibid., p. 81.

<sup>254</sup> Nesse sentido, Pedro Gonçalves preleciona que são tais diplomas “*As fontes específicas do direito administrativo da regulação (...) [ademais] são as soluções nelas consagradas que permitem registrar as particularidades mais marcantes do direito administrativo da regulação*”. GONÇALVES, Pedro. Direito Administrativo da Regulação. In: Separata de Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento. Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 547.

<sup>255</sup> Op. cit., p. 68.

Portanto, não parece inovador nem revolucionário afirmar que a atividade regulatória está longe de ser uma atividade isolada e exclusiva de um Poder, o Executivo. Ela é uma atividade, primordialmente desempenhada por ele. Entretanto, ela é – ou deve ser! – de todos os poderes, e ainda, da população. Em um país de fraca e pouca tradição e cultura cívicas, que parece fazer questão de esquecer a sua história, construir essa consciência e costumes de participação não parece ser tarefa fácil, mas também se mostra fundamental para o fortalecimento das suas instituições democráticas e, conseqüentemente do seu desenvolvimento.

Interessante é perceber a relação possível de ser feita aqui no final do trabalho com o que se expôs no início, acerca dos modelos de Estado e o fato de desde há certo tempo até atualmente os limites entre público e privado estarem cada vez menos delimitados, e a necessidade da participação de todos os setores e Poderes na coisa pública, não sendo diferente na atividade regulatória<sup>256</sup>. Não se pode esperar que o Estado simplesmente resolva todos os problemas postos na sociedade atual, esses são responsabilidade de todos. Uma sociedade democrática implica em muito mais do que direitos e garantias postos em cartas constitucionais, implica também na necessidade de inclusão e de atuação por parte de todos.

Chega-se, portanto, a um problema que sai da seara do Direito Administrativo e ao que se propôs analisar. Um problema de cariz político, democrático que em razão da sua importância e grandeza – infelizmente – não cabe ser aqui aprofundado.

---

<sup>256</sup> Pois, como afirmam Martin Lodge e Kai Wegrich, regulação não são apenas normas que se aplicam a negócios privados, além de que “Regulation matters to individuals, to public organizations, such as nursing homes, schools or prisons, and to private organizations, such as large manufactures, small restaurants and supermarkets”. LODGE, Martin; WEGRICH, Kai. *Managing regulation. Regulatory analysis, politics and policy*. Hampshire: Macmillan, 2012, p.13.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ampliar os horizontes é uma consequência necessária no trabalho acadêmico. Por mais que os seres humanos sejam seres políticos e pautem suas ações em pensamentos políticos, a academia exige que padrões sejam afastados a fim de se analisar e compreender outros pontos de vista.

Perceber, portanto, a nova conjuntura mundial, com toda a tecnologia tão peculiar desta era e que tem exercido tanta influência no cotidiano, seja das pessoas, dos entes públicos e até mesmo das grandes organizações, é essencial para a compreensão deste mundo globalizado, em que mudanças ocorrem a todo instante. Mudanças fáticas que devem ser acompanhadas de mudanças normativas, institucionais.

Percebe-se então, que diante da ordem global imposta é necessário que os Estados se adaptem às novas necessidades das pessoas, às novas demandas de serviços públicos.

O presente trabalho, portanto, buscou desenvolver um estudo dos meios de gestão e regulação dos serviços públicos – levando em consideração nomeadamente o caso brasileiro – tendo em vista as tantas mudanças que ocorrem diuturnamente na sociedade global. Para além das modificações nos meios de gestão dos serviços públicos (que a despeito de na sua essência não terem sofrido grandes transformações é necessário que eles se adaptem às novas necessidades e à dinâmica do mercado), o fenômeno da regulação tem exercido fortíssima influência na gestão dos serviços e na relação estado e sociedade.

Note-se que a relação deixa de ser bilateral e passa a ser trilateral com a existência das entidades reguladoras que, por sua vez, também são dependentes da participação da sociedade civil no desempenho das suas atividades e para a concretização das suas políticas, por meio das quais se desdobra os trabalhos das entidades reguladoras independentes.

Trabalho dessas entidades que exige e demanda muito mais do que se pode imaginar, afinal, a atividade regulatória não se resume simplesmente a elaboração de normas que venham a disciplinar a atividade econômica, seja ela desempenhada por organizações privadas (a serviço do estado ou não) ou até mesmo a entidades públicas que muitas vezes também se sujeitam às entidades reguladoras independentes.

A característica da independência merece destaque. Por mais que sejam elas entidades, ligadas à Administração Pública, no caso do Brasil integram a Administração Pública indireta, devem ela ter sua independência preservada a fim de que não se sujeitem às vontades do governante que está no poder. Tal “prerrogativa” se mostra necessária como

uma proteção aos cidadãos e aos fins principais aos quais as entidades reguladoras independentes se destinam.

No caso brasileiro, o Estado regulador ainda é recente. A sua inauguração, por assim dizer, se deu justamente com a criação da Agência Nacional de Energia Elétrica, em 1996, que teve um pouco das suas atividades analisadas no âmbito deste trabalho. Atividades estas, a partir das quais se pôde perceber a amplitude da incumbência de tais entidades, nomeadamente, em países como o Brasil, em que para além das dimensões territoriais possui outros desafios da mais variada ordem.

Diante dos estudos realizados desde o assunto relativo à gestão dos serviços públicos, até a regulação foi possível extrair algumas inferências e fazer surgirem novas questões.

Quanto à gestão dos serviços públicos, fica claro que não existe uma fórmula que faça dar certo e que garanta uma prestação com eficiência e qualidade. Cada caso merece ser analisado em concreto para que seja escolhida a melhor maneira de prestação, seguindo a ideia de custo-benefício. Deve-se levar em consideração, como se viu, a quantidade de atribuições que o Estado possui e a necessidade patente de serem delegadas funções a fim de que ele dê conta face aos cidadãos. Nesse contexto, lançar mão da colaboração dos privados se mostra essencial, nomeadamente no atual contexto globalizado, em que premissas como a liberalização e concorrência têm sido tão pregadas. Observe-se, contudo, que devem ser elas utilizadas nesses casos com o intuito de satisfazer interesses públicos.

Nesse contexto de participação dos privados no desempenho de atividades que são de responsabilidade pública importa que sejam estabelecidas muito claramente e de maneira forte as “regras do jogo”. Aqui entra a regulação.

Ainda que tenha nascido a regulação em um contexto liberal, pode ser ela utilizada também com o escopo de manter uma força do Estado social, diante da clara inviabilidade de o Estado ser capaz de fazer frente a todas as necessidades dos cidadãos de maneira direta, além das outras atividades – que não constituem serviços públicos – mas que devem ser por ele desempenhadas.

A atividade regulatória consiste atualmente, portanto, num meio de busca de equilíbrio. Equilíbrio entre o público e o privado (que não podem ser vistos como inimigos, mas sim como parceiros, já que são dependentes entre si), equilíbrio entre Estado e mercado, equilíbrio entre lucro e eficiência.

Tendo isso em mente que não se pode esperar que a atividade regulatória seja desempenhada única e exclusivamente pelas entidades reguladoras. Ela é uma atividade da sociedade, que deve ser posta em prática, primordialmente pelas agências reguladoras, mas com a colaboração dos cidadãos – individual e coletivamente -, e dos demais poderes, ou seja, do Judiciário (no caso do controle da atividade quando provocado) e do Legislativo. Este possui papel essencial, principalmente, na fiscalização da atividade desempenhada pelas entidades, essas que, ainda, devem pautar as suas atividades na atuação do Legislativo, tendo em vista que a atividade normativa das entidades reguladoras deve ser coadunada com o ordenamento jurídico pátrio.

Tendo em vista tais apontamentos que aqui foram expostos de forma resumida, foi possível perceber que especificamente no caso brasileiro da gestão e – nomeadamente – da regulação do serviço público de energia elétrica no Brasil, não é possível atribuir a responsabilidade pela ineficiência da prestação (principalmente da distribuição por ter sido a etapa com a avaliação analisada) apenas à entidade reguladora, no caso à ANEEL. Pois, como se viu, a atividade por ela desempenhada, ainda que encontre falhas, não acontece sozinha e exige participação. O que infelizmente ainda ocorre de maneira muito fraca.

A falta de participação e engajamento da população brasileira em questões políticas é notória. Mesmo que nos últimos anos tenha havido uma maior comoção com relação a essas questões, a tradição de participação no País ainda é fraca e se faz necessária uma maior consciência e organização política das pessoas na vida pública.

Diante deste quadro global e nacional, as necessidades dos cidadãos continuam a existir fazendo-se necessário que uma atuação estatal no sentido de satisfazê-las. Nesta altura, conhecimento técnico a respeito dos meios de gestão e ferramentas de regulação parece haver satisfatoriamente, o que se faz necessário é vontade política e consciência e participação públicas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Diogo Freitas do. Curso de Direito Administrativo. Volume I. 4<sup>a</sup>.ed. Coimbra: Almedina, 2015.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 3.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Empresas estatais. O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. Rio de Janeiro: Forense. 2<sup>a</sup>.ed. 2018, *e-book*

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras e o Estado democrático de Direito. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília, n. 148 out./dez. 2000.

AVELÃS NUNES, José António. Neoliberalismo, Capitalismo e Democracia. In: Boletim de Ciências Económicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Volume XLVI, 2003. Coimbra: Editora da Universidade de Coimbra. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316.2/24862>. Acesso em 28 de abril de 2019.

AZEVEDO, Sérgio. PPP e o custo de um Estado fraco. Toda a verdade sobre as parcerias público-privadas. Lisboa: Alethéia. 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Serviço público e sua feição constitucional no Brasil. In: Direito do Estado novos rumos. Paulo Modesto e Oscar Mendonça (Coord.). Tomo 2. São Paulo: Max Limonad. 2001.

BARROSO, Luis Roberto. Constituição, Ordem econômica e Agências reguladoras. In: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. N. 1. Fev/mar/abril de 2005.

BEZERRA, Helga Maria Sabóia. As transformações da noção de serviço público na União Europeia: o serviço de interesse geral do Tratado de Lisboa. In: Direito, Estado e Sociedade. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica. n. 32, jan/jun 2008. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/274746882\\_AS\\_TRANSFORMACOES\\_DA\\_NOCAO\\_DE\\_SERVICO\\_PUBLICO\\_NA\\_UNIAO\\_EUROPEIA\\_O\\_SERVICO\\_DE\\_INTERESSE\\_GERAL\\_DO\\_TRATADO\\_DE\\_LISBOA](https://www.researchgate.net/publication/274746882_AS_TRANSFORMACOES_DA_NOCAO_DE_SERVICO_PUBLICO_NA_UNIAO_EUROPEIA_O_SERVICO_DE_INTERESSE_GERAL_DO_TRATADO_DE_LISBOA) acesso em 07 de março de 2019.

BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 240. Abr./Jun. 2005.

BORGES, André. Estatal paga salário até 8 vezes maior do que no setor privado. 03 de abril de 2019. Jornal O Estado de São Paulo. Versão eletrônica. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,tribunal-de-contas-recomenda-que-ministerio-da-economia-avale-remuneracoes-explosivas,70002778229>. Acesso em 9 de abril de 2019.

CAETANO, Marcello. Manual de Direito Administrativo. Tomo II. Atualização de Diogo Freitas do Amaral. 10<sup>a</sup>. ed. Coimbra: Almedina. 2010.

CANOTILHO, José Joaquim gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina. 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 32ª. ed. *E-book*, 2018.

CASSESE, Sabino. Crisis y transformaciones del Derecho Administrativo. In: Revista de Documentación Administrativa (1958-2005). Números 250-251. 1998. Disponível em: <https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=5479&path%5B%5D=5533> . Acesso em 21 de fevereiro de 2019.

CASTELLS, Manuel. A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. A Sociedade em rede. Volume I. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2007.

CHEVALLIER, Jacques. L'État post-moderne. 4.ª ed. Paris: LGDJ. 2014

CHEVALLIER, Jacques. Public Administration in Statist France. In: Public Administration Review. Jan/feb 1996, Vol. 56, Nº 1.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria geral do Estado. 30ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DAROCA, Eva Desdentado. Crisis de identidade del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes. Valencia: Tirant lo Blanch. 1999.

DI PIETRO, Mari Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 31ª. ed. Versão *e-book*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DUARTE JÚNIOR, Ricardo. Agência Reguladora, Poder Normativo e Democracia Participativa. Curitiba: Juruá, 2014.

DUGUIT, Léon. Traité de droit constitutionnel *apud* GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico): direito administrativo e constitucional / coord. Vidal Serrano Nunes Jr. [et al.] - São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: [https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/evolucao-da-teoria-do-servico-publico\\_58edba74e731e.pdf](https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/evolucao-da-teoria-do-servico-publico_58edba74e731e.pdf). Acesso em 28 de fevereiro de 2019.

FALLA, Fernando Garrido. El concepto de servicio público em Derecho Español. In: Revista de Administración Pública. N. 135. Septiembre-diciembre 1994.

FIORI, José Luís. A Governabilidade Democrática na Nova Ordem Econômica. In: Revista Novos Estudos – CEBRAP, Rio de Janeiro, v. 43, 1995, p. 13. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/fiorigovernabilidade.pdf>. Acesso em 2 de maio de 2019.

GIANNINI, Massimo Severo. Diritto Pubblico dell'Economia. Ed. Il Mulino. 1995.

GIUFFRÈ, Felice. Declino del Parlamento-Legislatore e crescita del potere d'inchiesta: la soluzione al problema della responsabilità delle autorità indipendenti? In: *Le Autorità Indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*. Coord.: Silvano Labriola. Milão: Giuffrè, 1999.

GONÇALVES, Pedro. *A Concessão de Serviços Públicos (uma aplicação da técnica concessória)*. Coimbra: Almedina, 1999.

GONÇALVES, Pedro. *Direito Administrativo da Regulação*. In: *Separata de Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*. Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. *Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador*. In: MOREIRA, Vital. (org.) *Estudos de Regulação Pública*. Coimbra: Coimbra Editora. 2004.

GOUVEIA, Rodrigo. *Os serviços de Interesse Geral em Portugal*. Coimbra: Coimbra Editora. 2001.

GRAU, Eros Roberto. *Constituição e Serviço Público*. In: *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros. 2003.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *As Agências Reguladoras*. In: *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte. ano 2, n. 4, p. 187-219, jan./mar. 2004.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Teoria dos serviços públicos e sua Transformação*. In: *Direito Administrativo Económico*. Coord.: Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Malheiros, 2000.

HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Administratif et Droit Public*. 12<sup>a</sup>. ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey. 1933.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética. 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003.

LODGE, Martin; WEGRICH, Kai. *Managing regulation. Regulatory analysis, politics and policy*. Hampshire: Macmillan, 2012.

MAGALHÃES COLLAÇO, João Maria de. *Concessões de serviços públicos: sua natureza jurídica*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1914.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Reajuste e revisão nas Parcerias público-privadas revisitando o risco nos contratos de delegação*. In: *Parceria público-privada. Aspectos jurídicos relevantes*. Coord.: Mariana Campos de Souza. São Paulo: Quartier Latin. 2008.

MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián. Sentido y formas de la privatización de la Administración Pública. In: Os Caminhos da Privatização da Administração Pública. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. STVDIA IVRIDICA 60. Coimbra: Coimbra Editora. 2001.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 20ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. Agências Reguladoras e o Direito Brasileiro. São Paulo: Atlas. 2002.

MONCADA, Luiz S. Cabral. O estado pós-moderno. Para um novo paradigma de compreensão das actuais relações entre o Estado, o Direito e a Sociedade Civil. Lisboa: Quid Juris, 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16ª. ed. Versão *e-book*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações nos serviços públicos. In: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Nº 1, fevereiro/março/abril de 2005. Disponível em: <https://direitoepoliticaeconomica.files.wordpress.com/2012/02/redae-1-fevereiro-2005-diogo-neto.pdf>. Acesso em 16 de abril de 2019.

MOREIRA, Vital. Auto-regulação profissional e Administração Pública. Coimbra: Almedina. 1997.

MOREIRA, Vital. Programa da disciplina 'Direito Público da regulação'. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/24548/1/Programa%20da%20disciplina%20de%20Direito%20p%C3%BAblico%20da%20regula%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em 13 de junho de 2019.

MORENILLA, José María Souvirón. La actividad de la administración y el servicio público. Granada: Comares. 1999.

ALMADA, Carlos *apud* NALLAR, Daniel M. El Estado Regulador y El nuevo mercado del servicio público. Análisis jurídico sobre la privatización, regulación y los entes regulatórios. Buenos Aires: Depalma, 1999.

ORTIZ, Gaspar Ariño. Principios de Derecho Público Esconómico (Modelo de estado, Gestión Pública, Regulación Económica). Granada: Comares. 2009.

OTERO, Paulo. Coordenadas jurídicas da privatização da Administração Pública. In: Os Caminhos da Privatização da Administração Pública. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. STVDIA IVRIDICA 60. Coimbra: Coimbra Editora. 2001.

- PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. Principios de Derecho Administrativo. Vol. II. 3. ed. Madri: Centro de Estudios Ramón Areces. 2002
- PINTO, Bilac. Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública. Atualização de Alexandre Santos de Aragão. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- PISIER-KOUCHNER, Evelyne. Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit. Paris: Librairie Generale de Droit et Jurisprudence. 1972.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Os processos da globalização. In: A Globalização e as Ciências Sociais. Coord.: Boaventura de Sousa Santos. 2ª. ed. São Paulo: Cortez, 2002.
- SANTOS, Humberto Cunha dos. A atual geração de energia elétrica segundo a lógica de mercado e sua ainda caracterização como serviço público. In: Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, vol. 10, n. 1, 2013 p. 312-331.
- SCAFF, Fernando Facury. Ensaio sobre o conteúdo jurídico do princípio da lucratividade. In: Revista de Direito Administrativo. Vol. 224, 2001. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47773/45565>. Acesso em 8 de maio de 2019.
- SCAFF, Fernando Facury. Equilíbrio orçamentário, sustentabilidade financeira e justiça intergeracional. In: Boletim de Ciências Económicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVII Tomo III, 2014.
- SCHMITT, Carl. O conceito do político. Lisboa: Edições 70. 2015.
- SCHWARTZ, Bernard *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras e o Estado democrático de Direito. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília, n. 148 out./dez. 2000.
- SEN, Amartya. O desenvolvimento como liberdade. Lisboa: Gradiva, 2003.
- SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público" à brasileira"?. In: Revista de Direito Administrativo. Out/Dez. 2002. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/45915/45101>. Acesso em 20 de março de 2019.
- SILVA, Suzana Tavares da. O princípio da transparência: da revolução à necessidade de regulação. In: VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos; SILVA, Suzana Tavares da. (Coord.). As reformas ibéricas do sector público. Perspectiva ibérica no contexto pós-crise. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra. 2017.
- SILVA, Suzana Tavares da. Regulação económica e Estado fiscal: o estranho caso de uma relação difícil entre “felicidade” e garantia do bem-estar. 2012. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/319019319\\_Regulacao\\_economica\\_e\\_Estado\\_fis](https://www.researchgate.net/publication/319019319_Regulacao_economica_e_Estado_fis)

cal\_o\_estranho\_caso\_de\_uma\_relacao\_dificil\_entre\_felicidade\_e\_garantia\_do\_bem-estar.  
Acesso em 16 de maio de 2019.

SILVA, Suzana Tavares da. Um novo Direito Administrativo? Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra. 2010.

SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. Administração pública, Direito administrativo e sujeito privado. In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. XXXVII. Coimbra: Coimbra Editora, 1962.

SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. Interesse público, legalidade e mérito. Coimbra: Dissertação de Doutorado, 1955.

SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. Desestatização – Privatização, Concessões e Terceirizações. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. São Paulo: Malheiros. 5ª. ed. 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. In: Direito Administrativo Econômico. Coord.: Carlos Ari Sunfeld. São Paulo: Malheiros. 2000.

TÁCITO, Caio. Temas de direito público (Estudos e Pareceres). Vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; GUIMARÃES FILHO, Gilberto. Tempo e Direito: reflexões sobre a temporalização da Constituição a partir de Paul Ricouer e François Ost. In: Revista Culturas Jurídicas, Vol. 1, Núm. 1, 2014.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Lições de Direito Administrativo. 5.ªed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017.

WALTENBERG, David A. M. o Direito da Energia Elétrica e a ANEEL. In: Direito Administrativo Econômico. Coord.: Carlos Ari Sunfeld. São Paulo: Malheiros, 2000

ZEGARRA, Diego Valdivia. Del Servicio Público a los servicios de interés general: la evolución del *service public* en el sistema jurídico. In: Círculo de Derecho Administrativo. Número 12. 2012. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13487/14114>. Acesso em 26 de fevereiro de 2019.

## LISTA DE NORMAS, LEGISLAÇÕES E DOCUMENTOS CITADOS

BRASIL, Agência Nacional de Energia Elétrica. Relatório pesquisa Iasc 2018 Brasil, categorias e distribuidoras/Agência Nacional de Energia Elétrica. Brasília: ANEEL, 2019. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/documents/655804/17259898/Relat%C3%B3rio+IASC+2018+ANEEL+-+web-compactado.pdf/d3c99e0b-c693-6061-16f2-c4598b2343a5>. Acesso em 2 de junho de 2019.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. Indicadores da distribuição de energia. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/indicadores-da-distribuicao>. Acesso em 29 de maio de 2019.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. Manual do serviço de gestão e de garantias financeiras. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/documents/655808/0/MANUAL+DO+SERVI%C3%87O+DE+GEST%C3%83O+DE+GARANTIAS+FINANCEIRAS/5b08517a-c162-b9bd-c6fb-dcb016c1184e>. Acesso em 11 de junho de 2019.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. Regulação dos Serviços de Geração. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/geracao3>. Acesso em 11 de junho de 2019.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. Superintendência de Regulação dos Serviços de Transmissão. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/srt>. Acesso em 11 de junho de 2019.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. Superintendência de Regulação dos Serviços de Distribuição. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/srd>. Acesso em 11 de junho de 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Resolução nº 17 de 1989, que aprovou o Regimento interno da Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/arquivos-1/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%206-2019.pdf>. Acesso e 14 de junho de 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 30 de abril de 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Decreto nº 2.003 de 10 de setembro de 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D2003.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2003.htm). Acesso em 5 de junho de 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Decreto nº 5.163 de 30 de julho de 2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5163.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5163.htm). Acesso em 10 de junho de 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Decreto nº 8.945 de 27 de dezembro de 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/decreto/D8945.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8945.htm). Acesso em 8 de maio de 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm). Acesso em 19 de maio de 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 11.284 de 2 de março de 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11284.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11284.htm). Acesso em 12 de abril de 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 13.303 de 30 de junho de 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm). Acesso em 8 de maio de 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm). Acesso em 12 de abril de 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 8987 de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm). Acesso em 12 de abril de 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 9.074 de 7 de julho de 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19074cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19074cons.htm). Acesso em 5 de junho de 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 9.427 de 26 de dezembro de 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9427cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9427cons.htm). Acesso em 5 de junho de 2019.

BRASIL. Empresa de Pesquisa Energética. Balanço Energético Nacional, 2018. Rio de Janeiro: Empresa de Pesquisa Energética, 2018. Disponível em: [http://epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-303/topico-419/BEN2018\\_\\_Int.pdf](http://epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-303/topico-419/BEN2018__Int.pdf). Acesso em 19 de junho de 2019.

CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. Tipos de leilões de energia elétrica. Disponível em: [https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages\\_publico/o-que-fazemos/como\\_ccee\\_atua/tipos\\_leiloes\\_n\\_logado?\\_afLoop=83421259190934&\\_adf.ctrl-state=ysgqb8l2u\\_166#!%40%40%3F\\_afLoop%3D83421259190934%26\\_adf.ctrl-state%3Dysgqb8l2u\\_170](https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/o-que-fazemos/como_ccee_atua/tipos_leiloes_n_logado?_afLoop=83421259190934&_adf.ctrl-state=ysgqb8l2u_166#!%40%40%3F_afLoop%3D83421259190934%26_adf.ctrl-state%3Dysgqb8l2u_170). Acesso em 5 de junho de 2019.

CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. Com quem se relaciona. Disponível em: [https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages\\_publico/onde-atuamos/com\\_quem\\_se\\_relaciona?\\_afLoop=92841076299123&\\_adf.ctrl-state=11eaun1aht\\_1#!%40%40%3F\\_afLoop%3D92841076299123%26\\_adf.ctrl-state%3D11eaun1aht\\_5](https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/onde-atuamos/com_quem_se_relaciona?_afLoop=92841076299123&_adf.ctrl-state=11eaun1aht_1#!%40%40%3F_afLoop%3D92841076299123%26_adf.ctrl-state%3D11eaun1aht_5). Acesso em 2 de junho de 2019.

COMMISSION ON PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIPS, Institute for Public Policy Research (IPPR), Building better partnerships. The final Reporto f the Commission on Public Private Partnerships. Londres: IPPR, 2002.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão de Minas e energia. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cme/conheca-a-comissao/subcomissoes-1>. Acesso em 10 de junho de 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/multidominio/condicoes-de-vida-desigualdade-e-pobreza/17374-indicadores-sociais-minimos.html?=&t=resultados>. Acesso em 12 de junho de 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Panorama Brasil. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/panorama>. Acesso em 12 de junho de 2019.

NOGUEIRA, Marta; COSTA, Luciano. MPF recomenda embargo de bacia da Hydro no Pará após vazamento. In: Revista Exame. Versão digital. 23 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/mpf-recomenda-embargo-de-bacia-da-hydro-no-para-apos-vazamento/>. Acesso em 18 de abril de 2019.

Noruega se recusa a perfurar poço bilionário de petróleo em prol do meio ambiente. In: Jornal O Globo. Versão digital. 12 de abril de 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/noruega-se-recusa-perfurar-poco-bilionario-de-petroleo-em-prol-do-meio-ambiente-23587701>. Acesso em 18 de abril de 2019.

OPERADOR NACIONAL DO SISTEMA ELÉTRICO. Sistemas isolados. Disponível em: <http://ons.org.br/paginas/sobre-o-sin/sistemas-isolados>. Acesso em 2 de junho de 2019.

PAIVA, Marcelo Rubens. O samba da privatização doída. 8 de abril de 2019. Jornal O Estado de São Paulo. Versão eletrônica. Disponível em: <https://cultura.estadao.com.br/blogs/marcelo-rubens-paiva/samba-da-privatizacao-doída/>. Acesso em 9 de abril de 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/24 do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0024&from=pt#d1e32-231-1>. Acesso em 8 de abril de 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Tratado de Funcionamento da União Europeia. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC\\_3&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF). Acesso em 27 de março de 2019.

YOUTUBE. Aneel. Disponível em: <https://www.youtube.com/user/aneel>. Acesso em 1 de julho de 2019.