

## RESUMO

O presente artigo circunda o tema relativo à nova postura estatal normativo-regulatória assumida no cenário brasileiro, sobretudo a partir da década de 1990, em decorrência das diversas modificações ocorridas nas atribuições estatais, com a transferência – delegação – da prestação de serviços públicos à iniciativa privada, mediante os institutos da concessão e da permissão. O objetivo é evidenciar a importância do surgimento das agências reguladoras, como um novo modelo de intervenção do Estado na economia, no intuito de proteger os interesses dos usuários de serviços públicos. Para empreender essa tarefa utilizar-se-á a metodologia de pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chave:** Serviço Público. Delegação. Agências Reguladoras.

## ABSTRACT

This article encircles the theme for the new approach to the State legislative-regulatory approach made in the Brazilian scenario specially since the 1990s, as a result of various modifications in the State allocations, with the delegation of utility services from State to private ones, through the granting of concessions and permissions. The aim is to highlight the importance of creating several regulatory agencies as a new model of State intervention in the economy in order to protect the interests of utility consumers. To undertake this task a basic bibliographic reference was used.

**Keywords:** Public Service. Delegation. Regulatory Agencies.

\* A Autora é Pós graduada em Direito do Estado pela USP, Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC-SP e Procuradora do Estado de São Paulo.

## Introdução

As transformações pelas quais o Estado tem passado ao longo das últimas décadas, especialmente ditadas pela economia, levou-o a abandonar a política de Estado-provedor e, a partir daí, atuar como Estado-gerente.

Então, a postura estatal normativo-regulatória, conforme dispõe o art. 174 da Constituição Federal, e que se consumou, notadamente, com o processo de privatização de algumas empresas estatais, acarretou mudanças significativas quanto ao modo de exercer atividades econômicas e prestar serviços públicos, sobretudo quando, paulatinamente, buscava-se reduzir as atividades estatais.

Assim, muitos serviços públicos de natureza econômica, outrora prestados pelo Estado, com as privatizações foram delegados à iniciativa privada, sob a forma de concessão e permissão, cumprindo aos usuários, doravante, a submissão às regras do mercado e ao interesse particular dos delegatários, que se orientam pela obtenção do lucro.

Este contexto foi determinante para o surgimento das agências reguladoras, tanto para proteger os interesses dos usuários de serviços públicos delegados, quanto para garantir que esses serviços sejam prestados de forma adequada, eficaz e contínua, pois o Estado agora personalizado no papel de regulador, conserva esse dever e essa responsabilidade.

## 1. Serviço Público: Panorama Geral

A importância do serviço público está ligada ao desenvolvimento da sociedade e às transformações do próprio Estado ao longo dos séculos, sobretudo na busca de sua principal finalidade: o bem comum. Assim também entende Odete Medauar<sup>1</sup>, quando assevera que a evolução do serviço público sempre refletiu a evolução da sociedade e do Estado, sob o impacto de fatores sociais, econômicos e tecnológicos.

<sup>1</sup> MEDAUAR, Odete. Ainda existe serviço público? In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Serviços públicos e direito tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 30.

Fato é que compreender a noção precisa de serviço público na posição atual do nosso ordenamento jurídico é, sem dúvida, encargo que necessita do intérprete enorme esforço hermenêutico, em decorrência justamente das características e das diversas alterações que se procederam ao longo do tempo nas atribuições estatais.

O tema serviço público, mesmo tendo passado por período de abandono, falando-se até de uma crise sobre a sua exata noção na década de 1950, vem sendo revisitado. Hodiernamente, surgem uma variedade de expressões, algumas vezes na tentativa de substituir a noção clássica, outras para buscar uma nova conformação, mesmo no panorama europeu<sup>2</sup>, o que bem demonstra a sua pertinência e atualidade.

No Brasil, a partir do tratamento estabelecido pelo legislador constituinte de 1988 e também com o renascimento de inclinações liberais, ajustáveis a uma concepção de Estado que se identifica como pós-social, impõe-se verificar os novos contornos existentes no tratamento dos serviços públicos.

Com efeito, o que se propõe neste século XXI é a redefinição do papel do Estado, que, de intervencionista, protecionista e provedor, passa a atuar como agente fiscalizador e regulador dos serviços públicos delegados, sem olvidar, no entanto, de preservar todas as conquistas oriundas de lutas sociais e garantias incorporadas pelo Estado social.

## 2. A Atividade Prestacional do Estado

A crise do Estado do bem-estar social<sup>3</sup> resultou do gigantamento do Estado, de tal

<sup>2</sup> MEDAUAR, Odete. Serviço público. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Forense, v. 189, jul./set. 1992. p. 100.

<sup>3</sup> O Estado de bem-estar social, também denominado, sem alterações muito significativas, de *welfare state*, Estado social ou Estado intervencionista, caracterizou-se por um grande aumento do número de serviços públicos e atividades econômicas em geral exploradas pelo Estado, e conseqüente recuo do instituto da concessão, já que o Estado passou a assumir diretamente (inclusive por sua administração indireta) a sua prestação. Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 40-41.

forma que não conseguia mais gerir todas as atividades que abarcou, isto devido às dificuldades enfrentadas na prestação do serviço público e nas atividades econômicas empresariais estatais.

Então, no início da década de 1990 do século passado, a participação direta do Estado na prestação de serviços públicos sofreu um retrocesso, em razão do elevado prejuízo decorrente de anos de investimentos estatais sem lucratividade.

O avanço da tecnologia – que deu azo ao desenvolvimento de novos mercados – e o modelo mundial de globalização, que prevê fluxo e movimentação de grande capital de investimento, tornam o terreno fértil para a política neoliberal incentivadora de uma intervenção menor do Estado nas atividades econômicas.

A partir daí, começa a ser desenvolvida uma política para a privatização do setor público, ante a justificativa de que seria esta a solução para a aludida crise do Estado de bem-estar social. A prestação do serviço público, então, deveria retornar à esfera privada, que doravante se incumbiria de satisfazer as necessidades coletivas.<sup>4</sup>

Contudo, mesmo que o Estado deixe de prestar diretamente alguns serviços públicos de relevância social, devido à concorrência globalizada e à necessidade de redução dos gastos com a atuação direta na economia, não se deve perder de vista que, justamente pelo caráter de relevância social, esses serviços têm como objeto bens de natureza restrita e que, por isso, necessitam de regulação. Nesse sentido, é o entendimento de Alexandre Aragão<sup>5</sup>:

Essa é a forma que prevalece no mundo contemporâneo, inclusive no Brasil, sendo os serviços públicos um dos principais mecanismos de o Estado corrigir distorções efetivas ou potenciais na relação entre oferta e procura de bens e serviços essenciais para todos os cidadãos. Os serviços públicos têm como objeto bens escassos, via de regra, condicionantes da própria

dignidade da pessoa humana, que se não passassem a ser da responsabilidade do Estado, ficando apenas sob a gestão da livre iniciativa, não seriam eficientemente fornecidos a todas as regiões e classes sociais do país.

De fato, essa atitude do ente estatal pode evitar que os indivíduos fiquem ao alvedrio das regras de mercado e da competitividade, além de garantir que toda coletividade tenha acesso aos serviços públicos concedidos, condicionantes de vida digna.

### 3. Os Serviços Públicos na Constituição Federal

O Constituinte de 1988 houve por bem não conceituar o serviço público, porém diferencia-o de atividade econômica (art. 175). Foi cumprindo esse mandamento constitucional que a Lei nº 8.987/1995 regulamentou o citado dispositivo, bem como o seu parágrafo único.

Assim sendo, com a disciplina do art. 173, a Carta Magna atribui ao setor privado, preferencialmente, a realização da atividade econômica: “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”.

No entanto, a partir de 1995, em decorrência das Emendas Constitucionais nºs. 5, 6 e 8, de 15/08/1995, e 9, de 09/11/1995, ocorreu a flexibilização de alguns monopólios, no todo ou em parte, desencadeando privatizações parciais de serviços públicos, o que veio a acarretar reflexos na interpretação do art. 175 da Carta Magna. José Afonso da Silva<sup>6</sup>, com precisão, distingue atividade econômica de serviço público:

A atividade econômica no regime capitalista, como é o nosso, desenvolve-se no regime da livre iniciativa, sob a orientação de administradores da empresa privada. O serviço público é, por

<sup>4</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**, p. 39.

<sup>5</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**, p. 39.

<sup>6</sup> AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 801-802.

sua natureza, estatal. Tem como titular uma entidade pública. Por conseguinte, fica sempre sob o regime jurídico de direito público. O que se tem que destacar aqui e agora, é que não cabe titularidade privada nem mesmo sobre serviços públicos de conteúdo econômico, como são, por exemplo, aqueles referidos no artigo 21, XI e XII da Constituição Federal.

Entende-se, assim, que não se harmoniza com o ordenamento jurídico brasileiro considerar o serviço público atividade econômica, simplesmente porque o comando do art. 175 da Constituição Federal o atribui ao Poder Público, podendo ser realizado pelo setor privado, mediante delegação.

Ademais, verifica-se que alguns preceitos contidos no art. 170 e destinados a nortear a atividade econômica não se aplicam ao serviço público, como é o caso da livre iniciativa, porquanto não se pode dizer que a prestação dos serviços públicos é informada por este princípio. A decisão de transferir a execução do serviço público ao setor privado é sempre do Poder Público.

Nessa linha, também não se pode aplicar ao serviço público o disposto no parágrafo único do mencionado art. 170, uma vez que todo serviço público delegado a particulares só será prestado mediante titulação, ou seja, a titularidade do serviço é sempre do Estado, e isto pelo fato de o constituinte de 1988 ter fixado um vínculo de sua presença na atividade qualificada como serviço público.

Esses serviços correspondem àquelas atividades que proporcionam um benefício material passível de utilização direta pelo cidadão, e alguns deles com caráter de essencialidade, dos quais são exemplos o serviço de gás canalizado, telefonia, energia elétrica.

É oportuno, neste ponto, com apoio em Odete Medauar<sup>7</sup>, dizer que a partir da Constituição Federal de 1988, fica subentendido o consentimento do Poder Público para o exercício de uma atividade submetida não às únicas leis do mercado, mas a regras de funcionamento do Estado, estando

<sup>7</sup> MEDAUAR, Odete. Serviços públicos e direito tributário. In: TÓRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Serviços públicos e direito tributário**, p. 35.

implícita uma exigência: proteção de classes menos favorecidas e, em uma dimensão maior, proteção de toda a coletividade.

#### **4. A Delegação de Serviços Públicos: Concessão e Permissão**

Para cumprir as suas principais funções, o Estado, personalizado nos distintos entes políticos da federação, precisou buscar novas formas de organização, com vistas a assegurar o desenvolvimento de suas atividades prestacionais, sem negligenciar a manutenção do vínculo orgânico, que caracteriza a sua presença na prestação dos serviços públicos, conforme averbado linhas atrás.

Com a criação do Plano Nacional de Desestatização (PND), instituído pela Lei nº 8.031/1990, substituída posteriormente pela Lei nº 9.491/1997, ficou estabelecido, de forma expressa, que: “Art. 2º Poderão ser objeto de desestatização, nos termos desta Lei: [...] III - serviços públicos objeto de concessão, permissão ou autorização; [...]”.

No entanto, o conceito legal de concessão de serviços públicos pode ser extraído do art. 2º, inc. II, da Lei nº 8.987/1995, *in verbis*: “II - concessão de serviço público: a 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; [...]”.

Para regulamentar e dar cumprimento ao disposto no art. 175 da Constituição Federal foi editada a Lei nº 8.987/1995, com as modificações apresentadas pela Lei nº 9.074/1995, disciplinando o regime de concessão e permissão de serviços e obras públicos.

Então, é possível afirmar, que com o advento da citada Lei nº 8.987/1995, revigora-se a importância dos regimes de concessão e permissão, como instrumentos indispensáveis à parceria entre o Poder Público e a iniciativa privada, com vistas à melhoria da prestação dos serviços públicos.

Tradicionalmente, entende-se a concessão como o contrato por meio do qual a Administração Pública, mantendo a

titularidade do serviço, delega a execução de serviço público por prazo determinado a outrem, o qual poderá cobrar tarifa do usuário. Há uma maior estabilidade do negócio, nesse caso, com atribuição de direitos e deveres recíprocos<sup>8</sup>.

Por outro lado, a permissão está prevista nos artigos 21, inc. XI e XII, e 175 da Constituição Federal e equipara-se à espécie de delegação de serviços públicos e, como ocorre com a concessão, deve ser precedida de licitação. Em nível infraconstitucional é a Lei nº 8.987/1995 que disciplina a permissão de serviço público, especificamente os artigos 2º, inc. IV, e 40, e, no que lhe for aplicável, os demais dispositivos que tratam da concessão.

Consoante as lições dos administrativistas clássicos, a natureza jurídica da permissão é de ato administrativo precário, unilateral<sup>9</sup> e discricionário, mediante o qual a Administração Pública permite a execução do serviço público por particular, sendo tal ato revogável a qualquer tempo. Assim como a concessão, caracteriza-se por ser remunerada mediante tarifa e ter natureza *intuitu personae*.

Alexandre Aragão<sup>10</sup>, administrativista contemporâneo, discorre sobre a natureza jurídica da permissão e suas lições merecem ser descritas:

Após a promulgação da Constituição de 1988, antes mesmo da Lei nº 8.987/95, começou a se sustentar, contrariando a doutrina clássica, que a permissão de serviço público não seria mais um ato administrativo, mas sim um contrato, já que o art. 175 da Constituição trata as concessões e permissões de serviços públicos indiscriminadamente, dentro da mesma acepção contratual. Com isso, a permissão teria passado a

ser, tal como a concessão, um contrato.

Basta verificar que o art. 175, *caput*, e parágrafo único, inciso I da Carta Magna, alterou a natureza jurídica da permissão, outorgando-lhe cunho contratual e eliminando, em princípio, qualquer distinção que pudesse ser feita entre esta e a concessão. Mesmo uma leitura gramatical do texto, evidencia as profundas alterações produzidas na natureza jurídica da permissão. Como dito, conceituada pela doutrina, como resultante de um 'ato administrativo unilateral, discricionário e precário', a permissão, instrumentalizada por contrato de natureza especial, passou a ter, no Brasil, cunho bilateral, sendo incontroverso que a subordinação de sua existência à licitação impõe, para sua outorga, procedimento administrativo eminentemente vinculado sob o prisma constitucional, pois a alteração produzida é visceral.

Contudo, a Lei nº 8.987/1995, que foi editada para regulamentar a norma constitucional, ao que tudo indica, pôs fim à discussão travada entre os administrativistas clássicos e contemporâneos, diante da disposição inserta no art. 40, onde o legislador infraconstitucional estabelece que a permissão, como forma de delegação de serviço público, formaliza-se mediante contrato de adesão, pondo em relevo o caráter bilateral do instituto, próprio da figura do contrato.

É pertinente destacar, nesse ponto que, devido à natureza contratual conferida à permissão pelo legislador constituinte, aplicam-se-lhe as regras e as garantias instituídas para a concessão.

Oportuna se mostra, aqui, a advertência de Bacellar Filho<sup>11</sup>:

Significativa é a constatação de que a delegação, como repasse, como terceirização da atividade, não lhe retira a caracterização de 'serviço público', sendo plausível que, em caso de má prestação, desvirtuamento dos objetivos ou inadimplência do agente delegado,

<sup>8</sup> Novais, Elaine Cardoso de Matos. **Serviço Público e Relação de Consumo**, p. 45.

<sup>9</sup> Celso Antonio Bandeira de Mello considera imprecisão técnica do legislador constituinte de 1988 conferir à permissão natureza jurídica contratual. O autor ainda critica o legislador infraconstitucional da Lei nº 8.987/1995, que teria dispensado ao instituto tratamento grotesco e teratológico. (**Curso de direito administrativo**, p. 753).

<sup>10</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**, p. 720.

<sup>11</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O contrato administrativo no Brasil. *Revista do Advogado*, p. 159-160.

o Poder Público disponha de um verdadeiro arsenal para a retomada das atividades. De suma importância, pois, que os sistemas de controle, fiscalização e normatização das atividades – por meio das Agências Reguladoras – funcionem a contento, isto é, com eficiência.

Então, agências reguladoras criadas sob o formato de autarquias, apresentam-se como um novo modelo de intervenção do Estado na economia, quando o legislador pátrio incluiu, na Lei nº 8.987/1995, art. 30, parágrafo único, posteriormente, no texto constitucional, por força da Emenda Constitucional nº 8/1995, a necessidade de criação de um órgão regulador (art. 21, inc. XI).

## 5. A Gênese das Agências Reguladoras

É possível afirmar que a figura da agência reguladora remonta ao direito anglo saxão, quando o governo britânico e as colônias americanas passaram a regular certos preços e serviços. No entanto, foi somente em 1820 que o Congresso dos Estados Unidos outorgou à cidade de Washington o direito de regular o preço do pão, do serviço de limpeza de chaminé e de amarra nos cais<sup>12</sup>.

Francisco Campos<sup>13</sup> relata que a cidade de RhodeIsland criou, em 1839, uma comissão reguladora, no que foi seguida por New Hampshire (1844) e por Connecticut (1853). Essas comissões, de caráter acessório e com poderes de investigação dos fatos, exerciam jurisdição apenas sobre as indústrias de construção de estradas de ferro, atendo-se tão somente às questões relativas aos níveis de segurança, porquanto não lhes competia o controle das tarifas.

Contudo, as primeiras agências reguladoras estaduais assentaram-se logo após

o início do movimento *Granger*<sup>14</sup>, e de 1871 até 1874, nos Estados de Illinois, Iowa, Minnesota e Wisconsin, foram estabelecidas comissões com autoridade de fixar tarifas máximas para prevenir discriminações e evitar a formação de cartéis entre empresas concorrentes nas estradas de ferro. No final de 1887, as leis *Granger* foram derogadas, exceto em Illinois, onde as comissões já haviam fixado padrões que foram seguidos por outros estados norte-americanos.<sup>15</sup>

Então, no início do século XX, os Estados Unidos começam a expandir o controle da regulação por meio das comissões. Francisco Campos<sup>16</sup> delinea bem esse período:

O último processo de controle é o realizado mediante comissões. É o usado nos Estados Unidos. Esse processo teve aí o seu início em 1907. Em período anterior, o único serviço público submetido ao controle de comissões era o de estrada de ferro, havendo em grande número de Estados comissões especiais para este fim, ou *Railroad Commissions*. Em 1907, alguns Estados estenderam a jurisdição dessas comissões a todos os negócios ou serviços que nos Estados Unidos se designam *quasi public*, e tais comissões passaram a denominar-se *Public Utilities Commissions*. Primeiramente, os Estados de Wisconsin e New York criaram *Public Utilities Commissions*, com funções de controle sobre os serviços de produção e distribuição de utilidades públicas; logo em seguida, o Estado de Geórgia estendeu a competência de sua *Railroad Commission* ao controle das outras empresas de serviços públicos.  
[...]

<sup>12</sup> A regulação dos serviços públicos tem sua origem no *common law* britânico. Cf. CINCUNEGUI, Juan De Dios. Fundamentos legales de la regulación y el control de los servicios públicos. **La Ley**. Buenos Aires, t. 1995-D, 1995, p. 1.267.

<sup>13</sup> CAMPOS, Francisco. **Direito administrativo**, p. 138-141.

<sup>14</sup> *O Granger Movement* foi um movimento de opinião, promovido por fazendeiros do meio-oeste norte-americano, contra os abusos das estradas de ferro em 1870, que resultou na intervenção dos legislativos estaduais, por uma ação direta, mediante verdadeiro torrencial de leis e regulamentos fixando preços e detalhes do serviço.

<sup>15</sup> CAMPOS, Francisco. **Direito administrativo**, p. 138-140.

<sup>16</sup> CAMPOS, Francisco. **Direito administrativo**, p. 138-140.

Assim se dilatou por todo o território americano a instituição de *Public Utilities Commissions*, de maneira que em Estados americanos tinham comissões especiais destinadas ao controle dos serviços públicos explorados ou administrados por companhias ou corporações.

Assim, paulatinamente, estendeu-se por todo o território norte-americano a instituição de *Public Utilities Commissions*, de tal forma que, em 1929, dos quarenta e sete estados em que havia comissões de utilidades públicas, apenas sete delas não tinham jurisdição sobre a indústria. A função destas comissões estendeu-se aos serviços públicos sob gestão privada, entre os quais companhias de ônibus, telégrafo, telefone, gás e eletricidade.<sup>17</sup>

Denota-se, desse breve esboço a respeito do nascimento e da evolução das agências reguladoras<sup>18</sup>, que surgiram atreladas à proteção dos direitos dos indivíduos diante dos abusos perpetrados pelas empresas privadas, que forneciam serviços de suma importância para a coletividade.

Este modelo acabou se expandindo<sup>19</sup>, notadamente devido às transformações sociais, econômicas e políticas pelas quais vêm passando os Estados nas últimas décadas, no intuito de obterem uma administração técnica

mais independente e apartada das ingerências políticas<sup>20</sup>.

## 6. A Transformação do Papel do Estado no Brasil: o Surgimento das Agências Reguladoras

A atuação do Estado brasileiro na economia remonta a meados do século passado, período em que o Brasil contava com uma iniciativa privada incipiente e recorria à importação de produtos industrializados dos países desenvolvidos. Luis Roberto Barroso<sup>21</sup> lembra que a década de 50 viveu a discussão ideológica acerca do papel do Estado, época da guerra fria, da bipolarização das doutrinas econômicas, e que nesse período convulsionado surgiram no Brasil apenas duas empresas estatais merecedoras de destaque: o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico – BNDES e a Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás, que foi criada simbolicamente após ampla mobilização popular.

Decerto que o agigantamento do Estado brasileiro ocorreu a partir da década de 1960, notadamente após o governo militar de 1964, e no decorrer de toda a década de 1970, ocasião em que foram criadas mais de 300 empresas estatais: Eletrobrás, Nuclebrás, Siderbrás, entre outras<sup>22</sup>.

Fato é que, durante o período de governo dos militares, de quase 25 anos, o Brasil

<sup>17</sup> CAMPOS, Francisco. **Direito administrativo**, p. 138-140.

<sup>18</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro, estudando o tema, comenta que nos Estados Unidos toda organização administrativa se resume em agências (vocábulo sinônimo de ente administrativo em nosso direito), a tal ponto que se afirma que o direito administrativo norte-americano é o direito das agências. Consigna ainda que, no sistema europeu-continentar, a Administração Pública tem uma organização complexa, que compreende uma série de órgãos que integram a Administração Direta e entidades que compõem a Administração Indireta. A autora considera que esse modelo serviu de inspiração ao direito brasileiro na criação das agências. (**Direito administrativo**, p. 463).

<sup>19</sup> Diversos países buscaram inspiração na experiência norte-americana, passando a adotar a figura dos entes reguladores. De acordo com dados do Ministério do Planejamento e Gestão, os países que possuem agências reguladoras são os seguintes: Estados Unidos, Canadá, Argentina, Dinamarca, Holanda, Brasil, Alemanha, Suíça e China.

<sup>20</sup> Um dos grandes desafios das agências reguladoras, reconhecido, inclusive, pelos Estudos do Banco Mundial, que impulsionou e justificou a criação das agências no Brasil, é o de resistir a pressões políticas no seu processo de tomada de decisões, o que abrange a edição de regulação, formação do marco regulatório e o julgamento dos casos concretos. Sugeriu, concretamente, a análise do Banco Central que os mandatos dos dirigentes da agência fosse fixado em lei; e que a mesma lei reduzisse a discricionariedade do Executivo no processo de escolha dos dirigentes, fixando a exigência de determinada qualificação técnica para os escolhidos.

<sup>21</sup> BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre as Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (coord.). **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 110.

<sup>22</sup> BARROSO, Luis Roberto. Apontamentos sobre as Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (coord.). **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 100.

tornou-se um país com acentuada tendência estatizante, mas a retomada da democracia, no início da década de 1980, deu azo à crítica ao modelo burocrático de administração militar, pondo em relevo a necessidade de uma reforma do Estado, que se acentuou notadamente na última década do século passado. Isto em decorrência da incapacidade de o setor público prosseguir como principal agente financiador do desenvolvimento econômico, diante da falta de recursos suficientes aos investimentos necessários.

Então, de acordo com Luís Roberto Barroso<sup>23</sup>, o contexto histórico que antecede a criação das agências reguladoras no Brasil se destaca pelas reformas econômicas, que envolveram três transformações estruturais que:

[...] se complementam, mas não se confundem. São elas: (i) a extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro, que teve lugar com a Emenda Constitucional nº 6, de 15/08/1995; (ii) a flexibilização dos monopólios estatais, com as Emendas Constitucionais nºs 5, 8 de 15/08/1995 e 9 de 09/11/1995, que passaram a permitir a exploração pela iniciativa privada dos serviços de gás canalizado, telecomunicações, radiodifusão sonora de sons e imagens, e petróleo; (iii) privatização, que prescindiu de alteração do texto constitucional, instituída pela Lei nº 8.031 de 12/04/1990 – Lei do Programa Nacional de Privatização, posteriormente substituída pela Lei nº 9.491, de 09/09/1997.

As justificativas apresentadas pela aludida lei para a privatização de empresas públicas, possibilitaram a reordenação da posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades exploradas pelo setor público. Também contribuíram para a modernização da zona industrial do país, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia.

<sup>23</sup> BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre as Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (coord.). *Agências Reguladoras*, p. 110.

Essa nova visão do papel do Estado adota a descentralização como estratégia e impõe: (i) a diminuição de seu tamanho, envolvendo as questões de privatização, terceirização e publicização; (ii) a recuperação da sua capacidade financeira e administrativa; (iii) a necessidade de fortalecimento de sua função reguladora, fiscalizadora e fomentadora; (iv) o desmonte do Estado prestador, produtor, interventor e protecionista; e (v) o aumento da governabilidade.<sup>24</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>25</sup>, discorrendo sobre o assunto, sublinha:

A idéia de privatização, tomada no seu sentido amplo, abrange todas as medidas adotadas com o fim de reduzir a presença do Estado, compreendendo: a) desmonopolização de atividades econômicas; b) a concessão de serviços públicos, com a devolução da qualidade de concessionário à empresa privada e não mais à empresa estatal; c) a terceirização, mediante a qual a Administração Pública busca a parceria com o setor privado, através de acordos de variados tipos; d) a desregulação, com a diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico; e) a desestatização ou desnacionalização, com a venda de empresas estatais ao setor privado.

Com a transferência da prestação de serviços públicos ao setor privado<sup>26</sup>, que antes

<sup>24</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. **Os serviços públicos na Constituição Brasileira de 1988**, p. 150.

<sup>25</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas, p. 17-19.

<sup>26</sup> “Os serviços públicos que eram prestados pelo Estado, diretamente ou por intermédio de empresas públicas ou de economia mista, passaram a ser concedidos a empresas com o capital exclusiva ou preponderantemente privado. Nesses casos, ocorreu, sobretudo, a alienação pelo Estado do controle acionário que possuía sobre as empresas concessionárias que executavam determinados serviços públicos, notadamente na área de energia elétrica e telecomunicações”. Cf. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Serviços Públicos Concedidos e Proteção do Consumidor*, Conferências do 5º. Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor. **Revista de**



eram prestados por empresas estatais, surge a necessidade de regulamentar tais atividades para proteger devidamente os interesses da coletividade de administrados.

No Brasil, as agências reguladoras surgem na década de 1990, quando o Estado adota uma postura de regulador do mercado, por encontrar-se impossibilitado de continuar prestando os serviços públicos de forma eficiente, razão que permitiu a descentralização de suas atividades, delegando-as à iniciativa privada. Neste contexto é que foram criadas as agências reguladoras, notadamente com a finalidade de fiscalizar a atuação das empresas no mercado brasileiro, zelando pelo cumprimento de todos os termos dos contratos de concessão.

De acordo com Dinorá Grotti<sup>27</sup>, a partir de 1996 são criadas por lei as agências setoriais de regulação, autarquias especiais dotadas de considerável autonomia frente à Administração Pública centralizada, incumbidas do exercício de funções regulatórias e dirigidas por colegiado cujos membros são nomeados por prazo determinado pelo Presidente da República, após prévia aprovação pelo Senado Federal, vedada a exoneração *ad nutum*. As agências reguladoras estão vinculadas a uma particular concepção político-ideológica, que visa a impedir influências políticas sobre a regulação e a disciplina de certas atividades administrativas.

Maria D'Assunção Costa Menezello<sup>28</sup> diz que as agências reguladoras surgem como um novo modelo de intervenção do Estado na economia, de modo a permitir o controle na prestação dos serviços públicos, que passa a ser explorado pelo particular, embora com maior participação popular, em um autêntico exercício de democracia. No entanto, pondera que:

É sabido que esses novos entes administrativos sofreram muitas

críticas; no entanto, há que se valorizar o esforço desenvolvido por parte do Poder Público e dos agentes regulados para construir, com destaque, um novo instituto no ordenamento jurídico brasileiro. Com isso, também poderemos defrontar-nos com a possibilidade de aperfeiçoamento dos serviços públicos, criando um novo horizonte mais promissor para todos. O dissenso sobre as agências e seu poder normativo é notório, o que propicia um reexame permanente desse órgão. [...] Sobretudo valorizamos a possibilidade jurídica de conciliar uma gestão participativa entre usuários, agentes econômicos e Poder Público, podendo haver o exercício de um controle direto ou indireto da população sobre as agências.<sup>29</sup>

Ainda, conforme Arnoldo Wald e Luiza Rangel de Moraes<sup>30</sup>, o Poder Público se desvencilha “[...] das tarefas de execução de obras e serviços públicos para assumir a elaboração e a execução da política regulatória de todos os setores da economia, em que as empresas estatais assumiram o papel de concessionárias de serviços públicos”.

Certo é que, hodiernamente, o Poder Público passou a concentrar a atenção na elaboração de metas de política regulatória e fiscalizatória dos diversos setores da economia, descentralizando a prestação de serviços públicos. Desenha-se, assim, no século presente, um novo papel do Estado.

## Considerações Finais

No novo papel de gestor assumido pelo Estado, que passa a atuar como fiscalizador, controlador e regulador, o exercício de algumas atividades econômicas e a prestação de muitos serviços públicos foi delegada a entes privados, por meio dos institutos da concessão e permissão, que mesmo disponibilizados de forma descentralizada, permanecem sob a titularidade estatal.

**Direito do Consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 36, out./nov. 2000, p. 171.

<sup>27</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. **Os serviços públicos na Constituição Brasileira de 1988**, p. 156-157.

<sup>28</sup> MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Agências Reguladoras e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 19-21.

<sup>29</sup> MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Agências Reguladoras e o Direito Brasileiro**, p. 19.

<sup>30</sup> WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de. **Agências Reguladoras. Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 141, jan./mar.1999, p. 143.

As agências reguladoras aparecem no cenário brasileiro justamente quando o Estado adota a postura de regulador, notadamente diante da dificuldade em continuar prestando serviços públicos de forma adequada, eficaz e contínua, haja vista a falta de recursos financeiros, diante da crescente demanda da coletividade decorrente sobretudo do modelo mundial de globalização.

Mesmo diante desta nova configuração o Estado não deixa de fiscalizar a atuação das empresas no mercado brasileiro, pois lhe compete, acima de tudo, garantir a continuidade daqueles serviços com caráter de essencialidade, usufruídos individualmente pelos cidadãos mediante o pagamento de tarifa e necessários ao bem estar de toda a coletividade. Nesse contexto, as agências reguladoras assumem o papel indispensável na manutenção do equilíbrio nas relações travadas entre o Poder Público, os delegatários e os usuários dos serviços públicos.

Não obstante abalizadas opiniões em contrário, de que com o advento das agências reguladoras haveria a possibilidade de aperfeiçoamento dos serviços públicos, após quase duas décadas do surgimento desses

novos entes administrativos, como órgãos fiscalizadores e reguladores, percebe-se que ainda não estão atuando de forma efetiva. Esse fato é revelado pela insatisfação de muitos consumidores quanto a qualidade do serviço oferecido, ao apresentarem suas reclamações à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON – e pela falta de controle do Poder Público para fiscalizar a qualidade do atendimento dispensado pelas empresas aos usuários dos serviços públicos delegados.

Na atualidade, não se pode olvidar que compete ao Estado manter um controle mais eficaz das atividades das agências e mais rigor na fiscalização e escolha dos seus dirigentes e funcionários, para evitar a preponderância do interesse privado dos concessionários e permissionários sobre o interesse da coletividade, principalmente quando está em jogo a proteção dos usuários de serviços públicos, uma vez que muitos deles estão atrelados à dignidade da pessoa humana, postulado disposto no art. 1º. inc. III, da Constituição Federal.\ s

## REFERÊNCIAS

---

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O contrato administrativo no Brasil. **Revista do Advogado**. São Paulo, AASP, n. 107, ano XXIX, p. 155-167, dez. 2009.

CAMPOS. Francisco. **Direito administrativo**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1949.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. **Os serviços públicos na Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

MEDAUAR, Odete. Serviço público. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, Forense, v. 189, p. 110-113, jul./set. 1992.

\_\_\_\_\_. **Concessão de serviço público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_. Nova crise do serviço público? In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da. (Coords.). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 527-538.

\_\_\_\_\_. Ainda existe serviço público? In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Serviços públicos e direito tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 29-39.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MATOS NOVAIS, Elaine Cardoso de. **Serviços Públicos e Relação de Consumo**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Agências reguladoras e o direito brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2002.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Serviços públicos concedidos e a proteção do consumidor**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 36, out./nov. 2000.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de. Agências reguladoras. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 141, jan./mar. 1999.

MORATO, Antonio Carlos. **Direito à Voz: Reflexões sobre sua Proteção no âmbito da Sociedade da Informação**. In: PAESANI, Liliana Minardi (Coord.). O Direito na Sociedade da Informação I. São Paulo: Atlas, 2007, p. 159-175.

MORATO, Antonio Carlos. **Direito de Autor em Obra Coletiva**. 1ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª Edição. 17ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23ª Edição. São Paulo: Atlas, 2008.

PAESANI, Liliana Minardi (coord.). **O Direito na Sociedade da Informação I**. São Paulo: Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_, Liliana Minardi (coord.). **O Direito na Sociedade da Informação II**. São Paulo: Atlas, 2010.

ROSSINI, Augusto. **Informática, Telemática e Direito Penal**. 1ª Edição. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.