

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

**A EXPERIÊNCIA REGULATÓRIA NA UNIVERSALIZAÇÃO DE SERVIÇOS
PÚBLICOS**

CAROLINE LOPES BATISTA

RIO DE JANEIRO

2020

CAROLINE LOPES BATISTA

**A EXPERIÊNCIA REGULATÓRIA NA UNIVERSALIZAÇÃO DE SERVIÇOS
PÚBLICOS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha**.

Rio de Janeiro

2020

CIP - Catalogação na Publicação

LB333e Lopes Batista, Caroline
A experiência regulatória na universalização de serviços públicos / Caroline Lopes Batista. -- Rio de Janeiro, 2020.
92 f.

Orientador: Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha.

Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2020.

1. Serviços públicos. 2. Agências reguladoras. 3. Universalização. I. Pereira das Neves Bolonha, Carlos Alberto, orient. II. Título.

CAROLINE LOPES BATISTA

**A EXPERIÊNCIA REGULATÓRIA NA UNIVERSALIZAÇÃO DE SERVIÇOS
PÚBLICOS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha.**

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Membro da Banca

AGRADECIMENTOS

Não poderia finalizar minha trajetória inicial na Faculdade Nacional de Direito sem mencionar que a construção da minha carreira jurídica também se deve a quem esteve ao meu lado e tornou isso possível.

Agradeço aos inicialmente aos meus pais, meus maiores exemplos de como o amor é capaz de transformar e que a nossa união é o que temos de mais precioso, devo a vocês tudo que sou e tudo que ainda serei, vocês são a base da minha vida.

À minha avó Rosa Helena, que me inspira por sua maneira de ver a vida de forma tão leve e feliz e que desde terna idade foi peça fundamental para meus estudos. À minha vó Helena, que me transmite sua força e amor pela família, sou eternamente grata por tê-la ao meu lado e me transmitir seu legado.

Ao Eduardo, meu namorado, que sem dúvidas foi quem mais ouviu sobre esse trabalho e que diariamente me surpreende sobre como o amor pode ser incrível, tudo ao seu lado fica mais leve e te amar torna a vida ainda melhor.

Ao meu orientador e amigo Carlos Bolonha, que alterou completamente meu destino ao acreditar no meu potencial, em poucas palavras não seria capaz de expressar minha gratidão pelos infinitos ensinamentos e conselhos que levarei para toda a vida.

Aos membros do LETACI que me inspiram por sua genialidade, em especial aos amigos que construí: Gustavo, Gabriel, Luciana, Bruno, Augusto, Bia e Dolabella, obrigada por serem um aconchego dotado de intelectualidade na minha rotina.

Aos meus amigos da faculdade e da vida, por me trazerem sempre doses de felicidade e impulso para seguir, em especial Isabela, Clarissa, Isabelle, Débora e por fim Gabriel, que esteve ao meu lado nos melhores momentos dos últimos anos e que sou grata pela parceria em qualquer ocasião.

RESUMO

O conceito de serviços públicos sofreu e ainda sofre alterações no seu sentido para permitir que cada vez mais atividades sejam prestadas pelo privado, baseando-se em modelo de Estado que se preocupa mais com a regulação do mercado do que sua atuação direta. Com efeito, emergem contemporâneos desafios decorrentes da mudança de prestação, tendo em vista que, naturalmente, a relevância dessas funções públicas não se reduziu. Nesse sentido, percebe-se que é parte do regime jurídico de serviços públicos o compromisso com a universalização, isto é, ampliar as atividades territorialmente, obrigação esta que não é reduzida quando são fornecidas por entidades privadas. Paralelamente, o desenho institucional brasileiro é marcado pela proliferação de agências reguladoras, autarquias especializadas que possuem entre suas atribuições a fiscalização de atividades de relevante interesse público, tais como serviços públicos, de maneira que a ampliação do acesso igualmente se torna questão regulatória e objeto de políticas públicas. Nesse contexto, o presente trabalho tem como objetivo analisar de que maneira as ferramentas regulatórias são instrumentalizadas a fim de proporcionar a universalização, bem como tecer considerações à luz das teorias desenvolvidas sobre esses mecanismos.

Palavras-chave: *Serviços Públicos; Agências Reguladoras; Universalização; Políticas Públicas;*

ABSTRACT

The concept of public utilities has changed over time to allow more activities to be provided by the private sector, based on a State model that is more concerned with market regulation than its direct action. In fact, contemporary challenges emerge from the change in provision, considering that the relevance of these public functions has not been reduced. In this regard, it is clear that the commitment to “universalization” is part of the legal regime for public utilities, in other words, to expand activities territorially, an obligation that is not reduced when they are provided by private entities. At the same time, the Brazilian institutional structure is marked by the proliferation of regulatory agencies, specialized government agencies that have among their attributions the inspection of activities of relevant public interest, such as public utilities, so that the continuous expansion of access to the public also becomes a regulatory issue and object of public policies. In this context, this work aims to analyze how regulatory tools are used in order to provide “universalization”, as well as to make considerations in the light of the theories developed about these mechanisms.

Keywords: *Public Utilities; Regulatory Agencies; Universalization; Public Policies;*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1 – AFINAL, O QUE SÃO SERVIÇOS PÚBLICOS? NOÇÕES PRELIMINARES 5	
1.1 Noção tradicional de serviços públicos e sua crise	6
1.2. Noções contemporâneas de serviços públicos e o conceito proposto.....	10
1.3. O regime jurídico e universalização.....	15
1.4. Influência da abordagem direito e políticas públicas em serviços públicos.....	19
CAPÍTULO 2 – REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS: ELEMENTOS ESSENCIAIS	23
2.1. Razões da regulação.....	24
2.2. Reforma do Aparelho do Estado e a centralidade das agências reguladoras.....	27
2.3. Características das agências reguladoras.....	31
2.4. Funções ou atividades regulatórias.....	33
2.5. Instrumentos jurídicos da regulação: modelo fiscalizatório e sancionador das agências reguladoras	38
CAPÍTULO 3 – ESTUDO DE CASO: COMANDOS UNIVERSALIZATÓRIOS EMITIDOS PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS	45
3.1. Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL).....	46
3.2. Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL).....	52
3.3. Agência Nacional de Transporte Terrestre (ANTT).....	56
3.4. Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ).....	60
3.5. Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA).....	62
CONSIDERAÇÕES FINAIS	68
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	70
APÊNDICE	84

INTRODUÇÃO

As alterações promovidas na prestação de serviços públicos ao longo da história fazem surgir uma série de perguntas sobre sua efetividade no desenho institucional brasileiro. Quem deve prestar? De que maneira? Quais direitos deles advém? Quem irá fiscalizar? Ainda são necessários? Apesar de terem seu desenvolvimento no Século XIX e XX, ainda restam perguntas sobre o que verdadeiramente consistem os serviços públicos, e até mesmo sobre sua qualificação no cenário nacional.

Majoritariamente a partir da Década de 80, o núcleo dos serviços públicos como atividade ligada tão somente a prestação pela Administração Pública, com cláusulas exorbitantes e marcado pela supremacia do interesse coletivo sobre o privado passa a dar vez para a intensificação das concessões e privatizações. Esse modelo de estado intensificou-se no Brasil por meio do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, a partir de 1997, marcado pela desestatização e pela prestação por entidades particulares de parte das atividades que tradicionalmente se desenvolveram pelo Poder Público.

Em vista desse fenômeno, uma das soluções para que o Estado mantivesse o controle sobre atividades de relevante interesse coletivo foi a criação de autarquias especializadas, dotadas de capacidade técnica e autonomia frente à Administração Direta para regular operações por meio de poderes administrativos legalmente garantidos. Em termos históricos, as agências reguladoras se desenvolveram especialmente nos Estados Unidos como tentativa de conter os abalados de mercado no Século XX, expressão da regulação econômica.

No entanto, o fato da prestação de serviços públicos ser transformada não significa que seu núcleo é alterado, isto é, permanecem sendo atividades ligadas à consolidação de direitos fundamentais. Assim, mantém-se os deveres de modicidade tarifária, continuidade e em especial a universalização, como expressão da incumbência de que serviços públicos devem ser levados para toda a população, dentro das possibilidades fáticas.

É possível agregar a prestação de serviços públicos universais com a regulação pós-privatizações, pautada em investimentos privados que não se preocupam com a ampliação das redes de infraestrutura? A perspectiva da regulação social dá boas razões para crer que mais do

que uma alternativa, o conjunto de medidas tomados por entes regulados que não dizem respeito às razões econômicas faz parte da sua própria consolidação como instituições brasileiras, surgindo até mesmo um conceito uno de regulação econômico-social.

Por outro lado, questiona-se como que os entes reguladores devem instrumentalizar a regulação, quais são os arranjos que ela se utiliza e se são realmente eficientes. Neste trabalho monográfico, pretende-se analisar o direito administrativo como “caixa de ferramentas”, voltado à eficácia, e para tanto deve-se olhar para a maneira pela qual as agências reguladoras instrumentalizam comandos de ampliação do acesso.

Apesar da regulação ser setorial e sujeita a diferentes arranjos, os poderes conferidos às agências reguladoras conduzem a regime similar na instrumentalização de suas atividades normativa, fiscalizatória, sancionadora e julgadora. Com efeito, a regulação é marcada pela predominância de normas de comando e controle, como expressão do modelo fiscalizatório e sancionador da Administração Pública, ainda que seja questionado sobre sua operacionalidade frente à realidade.

Além disso, a legislação setorial de um modo geral atribui papéis meramente fiscalizatórios as agências reguladoras, de maneira que a sua moldura normativa nem poderia passar da mera imposição de sanções. Nesse ponto, sua autonomia é limitada pelo que os órgãos políticos ministeriais traçam sobre as políticas públicas de universalização.

Para defender essas hipóteses, este trabalho parte de uma demarcação teórica que coloca serviços públicos a partir de uma perspectiva do seu regime jurídico e restrita, como atividades que são de titularidade estatal por comando constitucional e que podem ter a prestação delegada ao privado por meio de concessões ou permissões. Assim, delimita-se quais atividades sob esse conceito que devem ter seu tratamento direcionado à regulação, expressão do regime jurídico publicista.

Além disso, fixa-se a regulação a partir das contribuições desenvolvidas pela doutrina brasileira desde sua implantação pelo Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado até os dias atuais, uma vez que passados mais de 20 anos do surgimento da primeira agência

reguladora, já é possível identificar suas características bem definidas no desenho institucional brasileiro.

O presente estudo tem como objetivo geral observar a maneira pela qual as agências reguladoras instrumentalizam a regulação social, a partir de seus próprios institutos e da coordenação com outros entes envolvidos. Já em relação ao objetivo específico, pretende-se analisar a eficácia da universalização sob o aspecto da excessiva predominância do modelo sancionatório, representado pelas normas de comando e controle, bem como identificar possíveis experiências que fujam desse padrão.

Do aspecto metodológico, utilizar-se-á o método histórico em dois momentos: (i) no desenvolvimento do conceito de serviço público e a razão pela qual a discussão em torno da regulação tem razão com suas próprias transformações e (ii) na origem e consolidação das agências reguladoras como centrais ao Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, com a finalidade de delimitar as razões pelas quais as agências são o ponto de partida para a universalização.

Adicionalmente, a metodologia dedutiva é utilizada através do recurso da pesquisa bibliográfica, no qual foram selecionados especialmente doutrinadores nacionais que trazem os padrões teóricos da prática utilizada pelas instituições reguladoras, além da análise legislativa setorial como parâmetro de pesquisa. Nesse sentido, buscou-se por “universalização” nos sistemas de busca das agências reguladoras de serviço público¹, sendo que a ANEEL e ANATEL possuem partes especializadas em seus endereços eletrônicos destinados à universalização.

Como auxílio à análise de efetividade, busca-se trazer as considerações do Tribunal de Contas da União, face o seu poder fiscalizatório a órgãos e entidades públicas, ainda que em relação às agências reguladoras as conclusões sejam recomendatórias. Para esse trabalho, foi

¹ São eles: (i) ANATEL, disponível em: <https://www.anatel.gov.br/setorregulado/universalizacao-universalizacaoacesso> em: 13.10.2020; (ii) ANEEL, disponível em: <https://www.aneel.gov.br/universalizacao-legislacao>, acesso em: 13.10.2020. (iii) ANTT, disponível em: https://anttlegis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=apresentacao&cod_menu=7145&cod_modulo=420, acesso em 13.10.2020, (iv) ANTAQ, disponível em: <http://portal.antaq.gov.br/index.php/legislacao/>, acesso em 13.10.2020 e (v) ANA, disponível em: <https://www.ana.gov.br/gestao-da-agua/resolucoes-e-normativos>, acesso em: 13.10.2020.

utilizada a ferramenta de pesquisa do site do Tribunal de Contas da União² para os termos “universalização” e respectiva agência reguladora, que são: ANATEL, ANEEL, ANTT, ANTAQ E ANA. No total, a busca teve 383 resultados³, contudo, a maioria apenas cita programas de universalização, até mesmo de outros órgãos estatais. Desse modo, foram selecionadas para análise 4 decisões tomadas pela Corte de Contas que efetivamente analisam os comandos de universalização, em cada setor específico.

Com efeito, dividiu-se o trabalho monográfico em três momentos. O primeiro diz respeito à consolidação do conceito de serviços públicos, seu regime jurídico e a contribuição da abordagem de direito e políticas públicas na sua formulação. Em um segundo momento, pretende-se trazer o panorama da regulação no que agrega ao presente trabalho, isto é, a definição das razões de regulação, a centralidade das agências reguladoras em um modelo de Estado Gerencial, as características que dele advém, suas funções e o modelo sancionatório tradicionalmente empregado. Por fim, é analisado o efetivo desenho institucional das agências reguladoras de serviços públicos, buscando agregar os conceitos e hipóteses ventiladas ao longo dos capítulos anteriores com o que na prática é efetivado pelas instituições.

² Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/inicio/>. Acesso em: 05.10.2020.

³ A lista completa de julgados encontrados nessa pesquisa consta na tabela presente no Apêndice deste trabalho.

CAPÍTULO 1 – AFINAL, O QUE SÃO SERVIÇOS PÚBLICOS? NOÇÕES PRELIMINARES

Preambular a qualquer discussão mais profunda acerca do papel das instituições na efetividade de serviços públicos, faz-se necessário brevemente traçar seu panorama no Brasil. Afinal, a pergunta sobre o alcance dos serviços públicos demanda que inicialmente se questione sobre o seu conceito, e nesse ponto que se insere o presente capítulo.

É até mesmo clichê na doutrina administrativa dizer que os serviços públicos vivem em constante transformação. Na verdade, os institutos de direito como um todo, e não só o direito administrativo, vivem em contínua mudança, as crises ou evoluções, a depender do ponto de vista, são apenas adaptações que reforçam a sua utilidade.⁴ Entendem Floriano de Azevedo Marques e Rafael Roque Garofano que retratar origens e contornos de como o serviço público se transforma, é na prática uma busca por respostas para justificar a sua permanência e importância, como forma de demonstrar que o conceito passa por mudanças que são capazes de reafirmar sua atualidade, ainda que diante que novos pressupostos, problemas e desafios.⁵

Adverte Alexandre Santos de Aragão que apesar da importância dos conceitos jurídicos, naturezas jurídicas e classificações na sistematização da ciência, sua relevância não deve ser superdimensionada, e é necessário ter consciência dos seus limites na realidade multifacetária e dinâmica quando se pretende organizar, sempre a partir do direito posto pelo legislador.⁶ Defende que deve evitar que a discussão quanto às classificações seja meramente convencional, pois as divergências doutrinárias acerca dos conceitos podem se referir a diferentes significados atribuídos a mesma palavra que possui uma pluralidade de sentidos e por isso, não necessariamente possuem o mesmo conteúdo.⁷

⁴ CAGGIANO, Heloisa Conrado. **O futuro dos serviços públicos no Brasil: o que as medidas implementadas e em análise pelos poderes Legislativo e Executivo têm a nos dizer?** Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 6, n. 10, p. 61-80, set./fev. 2017, p. 61.

⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. **Notas sobre o conceito de serviço público e suas configurações na atualidade.** Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 63-77, abr./jun. 2014, p.6.

⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O Conceito de Serviços Públicos no Direito Constitucional Brasileiro.** Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro, Volume 61, 2006, p.28.

⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O Conceito de Serviços Públicos no Direito Constitucional Brasileiro.** Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro, Volume 61, 2006, p.29.

Sendo assim, qualquer definição não deve ser demasiadamente restritiva, pois do contrário limitará novas visões em torno da mesma ideia, além do fato de que em tese, não há conceito previamente certo ou errado, e sim mais adequado a determinada situação. Demais disso, deve-se ter mente que conceitos sempre serão insuficientes em relação à realidade apresentada, e por isso a cautela quanto a simplificação da classificação, trazer conceitos deve sempre se pautar primordialmente em melhorar a clareza das ideias em determinado assunto.

A noção a ser apresentada nesse capítulo está longe de ser a única, e sequer a mais completa, já que a realidade efetivamente apresentada tende a diariamente trazer novos contornos, o que se pretende é identificar como que relevantes doutrinadores brasileiros pensam o tema, como forma de guiar o desenvolvimento da presente pesquisa.

Apesar de tais ressaltos, o conceito de serviço público ainda se impõe necessário a fim de traçar os limites da atuação estatal, bem como identificar áreas em que o Direito Público deve se preocupar. Cumpre, portanto, ainda necessária contextualização acerca do que tradicionalmente se entende por serviços públicos e o que modernamente tem sido estudado e apresentado, bem como seu regime jurídico, como forma de delimitar o objeto do trabalho monográfico, além de trazer um aporte da abordagem de direito e políticas públicas.

1.1 Noção tradicional de serviços públicos e sua crise

Traçar o conceito de serviços públicos leva, inegavelmente, à tradicional origem no direito francês, através do desenvolvimento da Escola de Bordeaux, também denominada Escola do Serviço Público Francesa, ao longo do século XX. Apesar da sua relevância, não se pretende no presente subcapítulo traçar longas nuances sobre a teoria desenvolvida pela Escola de Bordeaux, mas demonstrar de que maneira os entendimentos que dela advém influenciaram a doutrina brasileira e o conceito majoritário nacionalmente empregado.

Para Floriano de Azevedo Marques e Rafael Roque Garofano, a concepção francesa é rica e esclarecedora no sentido que identifica a razão que justifica a existência de um regime jurídico excepcional para regular serviços públicos, o que inclusive delimita a própria noção do

Direito Administrativo.⁸ De um modo geral, referida escola traz a visão do serviço público enquanto ideia mestra do Direito Administrativo, e o Estado na verdade se concebe como cooperações de serviços públicos, organizados e controlados pelos governantes.⁹ Os principais nomes da Escola de Bordeaux são Léon Duguit¹⁰ e Gaston Jèze¹¹, amplamente mencionados na doutrina nacional como os fundadores da estilística que se desenvolveu na França.

Léon Duguit é o fundador da “Escola do Serviço Público” francesa, e introduz a concepção sociológica na noção de direito, a partir da ideia de que o Estado é resultado objetivo de uma realidade que é determinada por diversos fatores sociológicos, dentre eles, o momento histórico vivido.¹² O que o autor defende marca não só o que se entende sobre os serviços públicos, mas também a própria noção de Estado de Direito, que não é mais resultado da vontade de um soberano, e sim da coletividade organizada e da consciência dos indivíduos.

Sinteticamente, ensina Alexandre Santos Aragão que para Duguit, serviços públicos são toda atividade cujo cumprimento deve ser regulado, assegurado e fiscalizado pelos governantes por ser indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social, e de tal natureza que só possa ser assegurado plenamente pela intervenção da força governante.¹³ Assim, o Estado, na visão de Duguit, não presta tão somente serviços de defesa externa, polícia e justiça, mas passa a cada vez mais ingressar nas esferas de ordem técnica.

Por outro lado, Gaston Jèze se afasta da noção sociológica e se aproxima da abordagem positivista, a partir da ideia de que são considerados serviços públicos todas as atividades conduzidas direta ou indiretamente pelo Estado sob o regime de direito público.¹⁴ Extraí-se dos seus ensinamentos que os serviços públicos repousam sobre ideias essenciais do procedimento de direito público, marcado por aspectos que os colocam em prevalência do direito privado,

⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. **Notas sobre o conceito de serviço público e suas configurações na atualidade**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 63-77, abr./jun. 2014, p.65.

⁹ MEDAUAR, ODETE. **Direito Administrativo Moderno**. 21ª Edição – Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 315.

¹⁰ A principal obra de Duguit sobre serviços públicos se trata de DUGUIT, León. **Traité de Droit Constitutionnel**, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie. Editeurs, Paris, 1923.

¹¹ As visões expostas por Gaston Jèze sobre serviços públicos são provenientes de JÈZE, Gaston. **Les Principes Généreaux du Droit Administratif**, M. Giard & E. Brière Libraires-Éditeurs, Paris, 1914.

¹² SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **O conceito constitucional de serviço público**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, p. 79-103, abr./jun. 2016, p. 81.

¹³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Editora Fórum, Belo Horizonte:2017, p. 76.

¹⁴ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **O conceito constitucional de serviço público**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, p. 79-103, abr./jun. 2016, p.81.

satisfação regular e contínua de certas necessidades de interesse geral e atos unilaterais do Poder Público.¹⁵

Ademais, a visão de Jèze não se baseia na essencialidade do bem ou serviço para caracterizá-lo, já que algumas atividades, a exemplo do fornecimento de medicamentos, são necessárias e são providas à sociedade majoritariamente pelos particulares. O que verdadeiramente caracteriza determinada atividade é maneira pela qual o Estado a presta, pois se há regime jurídico especial, é serviço público.¹⁶

Em que pese as especificidades inerentes ao pensamento de cada estudioso, a concepção francesa é esclarecedora e se reúne no sentido de justificar a existência de regime jurídico especial aos serviços públicos, destacando-se do que usualmente era empregado ao regime jurídico comum.

O regime dos serviços públicos brasileiro é especialmente influenciado por essa visão¹⁸, sendo necessário destacar as lições de Temístocles Brandão Cavalcanti, que difundiu a ideia de que os serviços públicos estão submetidos a regime de privilégios que os diferencia do direito comum, validando todo e qualquer privilégio estatal que esteja direcionado sua prestação.¹⁹

Com efeito, esse regime conduz à prestação de serviços públicos tão somente pelo Estado e seus próprios agentes, ou seja, atividade excluída do domínio privado. Daí decorre, naturalmente, que as atividades consideradas serviços públicos se contrapõem às privadas.

¹⁵ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **O conceito constitucional de serviço público**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, p. 79-103, abr./jun. 2016, p.81.

¹⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Editora Fórum, Belo Horizonte:2017, p. 79.

¹⁸ Registra-se que conforme ensinam Floriano de Azevedo Marques e Rafael Roque Garofano, não só o direito francês que influenciou a doutrina brasileira, mas também outros sistemas jurídicos anglo-saxões, na medida em que não se afirma a existência de regime jurídico especial e exorbitante, mas sim que determinadas atividades se sujeitam a regras específicas. Ainda que o direito americano tenha contrariado a ideia de serviço público em si, não significa que não existem pontos de limitação da liberdade privada em determinadas atividades (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. **Notas sobre o conceito de serviço público e suas configurações na atualidade**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 63-77, abr./jun. 2014, p. 65.

¹⁹ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **O conceito constitucional de serviço público**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, p. 79-103, abr./jun. 2016, p.83.

Assim, o serviço público passa a se pautar em construção doutrinária que o assegura enquanto prerrogativa estatal, um “direito do Estado” oponível ao prestador.²¹

Transpondo essa ideia para a ordem constitucional vigente, os serviços públicos dispostos ao longo da Constituição Federal de 1988 deveriam ser prestados pelo Estado de forma exclusiva, pautando-se na supremacia do interesse público sobre o privado e poderes exorbitantes conferidos à Administração Pública. Desse modo, não seria compatível com o regime de serviços públicos que concessionários ou permissionários atuassem, o que exige aportes financeiros estatais mais volumosos.

Segundo Dinorá Adelaide Musetti Gretti, a definição clássica de serviço público reúne os seguintes elementos: (i) subjetivo, relacionado à pessoa jurídica que o presta, que no caso é o Estado, (ii) material, que considera o serviço público como atividade que deve satisfazer necessidades coletivas e (iii) formal, relacionado ao regime jurídico exorbitante do comum.²²

Contudo, a vinculação do conceito de serviço público à prestação estatal não se impõe mais adequada na medida em que é possibilitado ao privado que os exerça da mesma maneira, e tais bases desenvolvidas pela doutrina francesa não se encaixam na realidade.²³ Assim, a partir principalmente da Década de 80, o mundo contemporâneo não mais corresponde à dicotomia entre o direito público e privado, o que conduz ao desenvolvimento de institutos novos e próprios que condizem à atuação estatal.

Demais disso, a concepção francesa acaba por se tornar o que Alexandre Santos de Aragão entende enquanto noção amplíssima de serviço público, que inclui dentre os serviços públicos até mesmo atividades jurisdicionais, administrativas e legislativas. Nessa acepção,

²¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. **Notas sobre o conceito de serviço público e suas configurações na atualidade**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 63-77, abr./jun. 2014, p. 66.

²² GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Evolução da teoria do serviço público**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/40/edicao-1/evolucao-da-teoria-do-servico-publico>. Acesso em: 10.09.2020.

²³ CAGGIANO, Heloisa Conrado. **O futuro dos serviços públicos no Brasil: o que as medidas implementadas e em análise pelos poderes Legislativo e Executivo têm a nos dizer?** Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 6, n. 10, p. 61-80, set./fev. 2017, p.63.

uma obra sobre serviços públicos seria na verdade um tratado de teoria geral do estado, o que torna o conceito demasiadamente genérico.²⁴

Sendo assim, como a Escola do Serviço Público necessariamente identificava os serviços públicos como atividade prestadas pelo Poder Público, a teoria foi abalada a partir do momento que se expandiu a sua execução por particulares. Assim, falou-se de uma “crise do serviço público”, que na realidade se tratava de inadequação de uma teoria específica à extensão das prestações estatais.²⁵

Essa crise é denominada por alguns autores como a primeira crise do serviço público, marcada especialmente pela decadência de sua noção universalizante que incorporava atividades de natureza privada ou de regime jurídico privado praticados pelo Estado, assim, a essencialidade estatal foi sendo mitigada com a substituição do privado em tais tarefas.²⁶ Desse modo, por sua impertinência à realidade, surgiram novas visões sobre como deve efetivamente ser encarado o serviço público, que será apresentado no subcapítulo que se segue.

1.2. Noções contemporâneas de serviços públicos e o conceito proposto.

Nesse ponto, é necessário retomar a advertência inicial de que conceitos não são absolutos, especialmente quando se trata de uma realidade multifacetária e dinâmica. No subcapítulo passado, tratou-se o que a doutrina da Escola do Serviço Público francesa, com suas adaptações ao contexto brasileiro, entende acerca do conteúdo do conceito de serviço público. Nesse novo ponto, o objetivo é efetivamente demonstrar em que maneira essa teoria não se adequa à realidade atual, propondo um conceito que será utilizado como base para o desenvolvimento do presente trabalho.

Egon Bockmann Moreira pondera que os serviços públicos são “frutos dos nossos tempos e espaços”, assim, a sua adequação é dependente do momento histórico e local no qual estão inseridos. Utilizando-se da doutrina de Gianini, entende que os serviços públicos na

²⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Editora Fórum, Belo Horizonte:2017, p.129.

²⁵ MEDAUAR, ODETE. **Direito Administrativo Moderno**. 21ª Edição – Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 317.

²⁶ SILVEIRA, Daniel Barile da; HARET, Florence. **A crise no Conceito Clássico de Serviço Público e sua Repercussão no Regime Jurídico das Taxas**. REPATS, Brasília, V. 3, nº 2, p. 245-275, jul-Dez, 2016, p. 256.

verdade são atividades reservadas ao Estado por suas necessidades em determinado momento histórico.²⁷

Em sentido similar, Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que atividades são qualificadas como serviço público quando, em dado tempo e lugar, o Estado entende que não convém delegá-las à livre iniciativa, pois não é desejado que tais atividades estejam no controle do privado e sujeitas ao poder de polícia. Justamente por sua importância, é dever do estado assumi-las como pertinentes a si próprio, mesmo que sem exclusividade.²⁸

Por outro lado, Alexandre Aragão entende que o fundamento da atividade estatal, ou seja, o bem comum ou satisfação de interesses dos cidadãos, não deve ser o ponto primordial na conceituação de serviços públicos, visto que toda atividade estatal, de qualquer poder, tem a mesma razão de ser, que é o próprio interesse coletivo. Nesse sentido, o foco para qualificação de determinada atividade deve ser o seu regime jurídico, ou seja, a forma como é prestada.²⁹ Para Odete Medauar, por sua vez, saber quando e o porquê de determinada atividade ser considerada serviço público se reporta ao “plano da concepção política dominante, ao plano da concepção sobre o Estado e seu papel”, que poderá ser fixado na Constituição, leis ou tradição, mas sempre com um aspecto normativo.³¹

É certo que independentemente da classificação doutrinária proposta, qualquer caracterização de serviços públicos deve tomar como base àquilo que a própria Constituição Federal de 1988 dispõe, já que qualquer conceito que se afasta do texto constitucional é inaplicável por sua inconstitucionalidade.

Contudo, a Carta Magna brasileira não é clara quanto à utilização da nomenclatura, uma vez que em alguns momentos se refere aos serviços públicos como atividades da titularidade do Estado que podem gerar lucro, ora sinônimos da Administração Pública, como meros “serviços” ou “serviços de relevância pública”, o que poderia, em tese, contemplar diversas

²⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de Serviço Público: inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 330.

²⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Serviço público e sua feição constitucional no Brasil**. In: MODESTO, Paulo (org.), **Direito do Estado: novos rumos**, T. 2 (Direito Administrativo), São Paulo, Max Limonad, 2001, p. 5.

²⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Editora Fórum, Belo Horizonte:2017, p. 111.

³¹ MEDAUAR, ODETE. **Direito Administrativo Moderno**. 21ª Edição – Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 316.

concepções de serviços públicos.³² É comum inclusive que o uso do termo “serviço público” seja feito de forma orgânica, ou seja, como aparelho administrativo estatal no dia a dia da Administração Pública como vício de linguagem, sem que se trate propriamente dos serviços públicos como estudado pelo Direito Administrativo.³³

Demais disso, usualmente o texto constitucional modifica a caracterização das atividades, como por exemplo a atividade portuária, que nas Constituições de 1946 e de 1967 não eram atividades conferidas à exploração do Estado, entretanto, a partir da Constituição de 1988 teve seu tratamento modificado no art. 21, dispondo que é competência da União a exploração de portos marítimos, fluviais e lacustres.³⁴

Apesar da dificuldade de se reunir um conceito a partir da Constituição Federal em razão de seus diversos sentidos, o esforço doutrinário tem sido de identificar possíveis proximidades operacionais, com regimes jurídicos similares. Nesse sentido, é possível trazer considerações sobre o que na verdade se entende como serviço público, ainda que seja algo pouco sacramentado pela lei e jurisprudência.

Sinteticamente, Gustavo Schmitt entende que os serviços públicos “próprios” são àqueles discriminados no artigo 175 da Constituição Federal, enquanto os serviços sociais estão previstos nos capítulos seguintes, tais como serviços de saúde, educação, culturais, esporte e lazer, estes que seriam “impróprios” ou “virtuais”.³⁵ Em sentido similar, Alexandre Santos Aragão propõe um conceito restrito, que para o autor é mais operacional já que contempla atividades que apesar de não possuírem regime jurídico idêntico, ou seja, uns só podem ser prestados pela iniciativa privada mediante delegação do poder público, outros necessitam apenas de autorizações administrativas de polícia, possuem pontos em comum mínimos, e assim define que:

³²ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Editora Fórum, Belo Horizonte:2017, p. 120.

³³ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **O conceito constitucional de serviço público**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, p. 79-103, abr./jun. 2016, p. 84.

³⁴ Assim entendeu o Tribunal de Contas da União no Acórdão 1446/2028 – Plenário. Relator Ministro Bruno Dantas. Processo nº. 030.098/2017-3. Data da Sessão: 26.06.2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2315662%22>. Acesso em 27.09.2020.

³⁵ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **O conceito constitucional de serviço público**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, p. 79-103, abr./jun. 2016, p. 85.

Serviços públicos são as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade.³⁶

Dessa noção estão excluídas as chamadas “atividades privadas regulamentadas” ou “atividades privadas de interesse público”, que são àquelas reservadas à iniciativa privada que por sua importância na sociedade, gerarem desigualdades ou assimetrias informativas exigem autorização do Estado e são sujeitas à regulação estatal.³⁷ Nesses casos, o privado pode ser um instrumento de política pública, mas sem que sejam forçadas à sua execução³⁸, e a via regulatória não é mais adequada para sua realização, já que a Administração Pública dispõe que instrumentos tais como desapropriação e requisição de serviços.³⁹

Demais disso, os serviços de utilidade pública carecem de vínculo orgânico com a Administração, já que não são incumbidos ao Poder Público, apenas é reconhecido que tais atividades são benéficas à população e por isso devem ter uma atenção regulatória diferenciada, sobretudo se tratam-se de atividades assistenciais, culturais ou educacionais.⁴⁰ Contudo, a existência de atividades de interesse coletivo sujeitas à forte regulação estatal e sua ampliação do âmbito de atuação não extingue os serviços públicos, visto que a sua imposição ocorre por mandamento constitucional, já que o art. 175 é plenamente eficaz e determina a obrigação estatal de prestá-los.⁴¹

Nesse sentido, o conceito de serviço público não está relacionado a quem efetivamente presta a atividade, e sim ao regime que permite que o Estado possa dirigir seu exercício, tendo em vista que se a titularidade permite que a gestão seja transferida. A delegabilidade portanto, integra o próprio conceito, tendo em vista que é uma das maneiras de cogitar sua concretização.⁴²

³⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Editora Fórum, Belo Horizonte:2017, p. 130.

³⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Atividades Privadas Regulamentadas**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord). O Poder Normativo das Agências Reguladoras. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 167.

³⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Atividades Privadas Regulamentadas**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord). O Poder Normativo das Agências Reguladoras. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.171.

³⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Atividades Privadas Regulamentadas**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord). O Poder Normativo das Agências Reguladoras. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.179.

⁴⁰ MEDAUAR, ODETE. **Direito Administrativo Moderno**. 21ª Edição – Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 317.

⁴¹ SCHIRATO, Vitor Rhein. **A noção de serviço público em regime de competição**. Tese (doutorado)- Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, 2011, p. 192.

⁴² GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **Formas de prestação de serviços públicos**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito

Por outro lado, há quem diga que os serviços públicos devem ser pautados no conceito amplo, definindo-os enquanto qualquer atividade que por sua relevância social se submete à regime jurídico que exige algum nível de atuação do Estado, seja para sua prestação ou através de regulação ou fiscalização. Sob esse aspecto, a definição da atividade como possível de satisfazer interesses coletivos decorre de escolha político-legislativa, como forma de tornar o conceito mais concreto.⁴³

Com efeito, mesmo atividades privadas que não se submetem a uma relação mais rigorosa poderiam ser consideradas serviços públicos, o que amplia demasiadamente o âmbito de incidência e esvaziar o seu sentido. Por tal razão, para fins desse trabalho, será utilizado o conceito restrito de serviço público, ou seja, atividades reservadas ao Estado que podem ser delegadas e se submetem ao regime especial do art. 175 da Constituição Federal de 1988⁴⁴, elencando-as abaixo:

1. Telecomunicações: art. 21, XI CRFB/1988⁴⁵.
2. Energia elétrica: art. 21, XII, b CRFB/1988⁴⁶.
3. Serviço postal: art. 21, X CRFB/1988⁴⁷.
4. Transporte terrestre de passageiros: art. 21, XII, e e art. 30, V CRFB/1988⁴⁸.

Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/85/edicao-1/formas-de-prestacao-de-servicos-publicos>. Acesso em: 13.09.2020.

⁴³ CAGGIANO, Heloisa Conrado. **O futuro dos serviços públicos no Brasil: o que as medidas implementadas e em análise pelos poderes Legislativo e Executivo têm a nos dizer?** Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 6, n. 10, p. 61-80, set./fev. 2017, p. 66.

⁴⁴ Art. 175. *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.*

⁴⁵ 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;*

⁴⁶ 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;*

⁴⁷ Art. 21. *Compete à União: (...) X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;*

⁴⁸ Art. 21. *Compete à União: (...) XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: (...) e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; (...) Art. 30. Compete aos Municípios: (...) V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;*

5. Portos : art. 21, XII, f CRFB/1988⁴⁹.
6. Rodovias: art. 150, V CRFB/1988⁵⁰.
7. Ferrovias: Art. 21, XII, d, CRFB/1998⁵¹
8. Coleta de lixo: Art. 170, VI e 225 CRFB/88⁵²
9. Distribuição de gás: art. 25, §2º CRFB/1988⁵³.
10. Água e esgoto: Art. 21, XX e 23, IX CRFB/1988.⁵⁴

Essas são as atividades que ao longo da presente pesquisa serão analisadas sob a ótica da regulação, contudo, antes de serem apresentados os pontos setoriais específicos, traçaremos a caracterização dos serviços públicos por meio de seu regime jurídico.

1.3. O regime jurídico e universalização.

A promoção de um novo conceito de serviços públicos, por si só, não transformou a sua essência, já que permanecem sendo atividades econômicas que por sua alta carga valorativa devem ser providas pelo Estado. Na realidade, essa mudança significa a redução do número de

⁴⁹ Art. 21. Compete à União: (...) XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: (...) f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

⁵⁰ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) V - estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público;

⁵¹ Art. 21. Compete à União: (...) XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: (...) d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território.

⁵² A definição de coleta de lixo como serviço público provém dos artigos 170 e 225 da Constituição Federal: Art. 170. 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: 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; (...) Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Além do mais, o STF entende que a coleta de lixo é serviço público na Súmula Vinculante 19, que define que “A taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis não viola o artigo 145, II, da Constituição Federal”.

⁵³ Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. (...) § 2º Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.

⁵⁴ Art. 21. Compete à União: (...) XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos; (...) Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

matérias que nele se enquadram, com o aumento de atividades privadas consideradas tão somente de relevância pública.⁵⁵

Na prática, o impacto da classificação de determinada atividade como serviço público não é se está sendo diretamente prestada pelo Estado, e sim quais obrigações que serão impostas a quem o executa. Referidas obrigações conduzem à regime jurídico especial, uma vez que é necessário diferenciá-los das demais atividades econômicas, já que há um estreito vínculo com a satisfação de direitos fundamentais, o que naturalmente demanda que sejam conduzidas de forma diversa.⁵⁶

Em outras palavras, a prestação de serviços públicos deve ser encarada como um direito do cidadão, e a decisão político-administrativa de caracterizar determinada atividade como serviço público, muito mais do que prerrogativa estatal, se constitui como dever de zelar pelo interesse coletivo.⁵⁷ Esse dever subsiste quando há delegação, que implica duas diferentes ordens de direitos ao particular, primeiro como cidadão que possui o direito subjetivo à fruição, e simultaneamente ao delegatário, que além do direito comum enquanto cidadão, explora economicamente e se utiliza das prerrogativas associadas ao serviço, tais como direitos de servidão e capacidade de ordenar o acesso e fruição.⁵⁸

Contudo, além das prerrogativas que o particular possui ao prestar determinado serviço por meio de delegação, há também deveres que decorrem do próprio regime jurídico, majoritariamente elencados como universalização, continuidade e modicidade tarifária. Na visão de Vitor Rhein Schirato, os deveres não se devem confundir com princípios, tendo em vista que constituem obrigações ao Estado prestador ou garantidor da prestação, e na realidade,

⁵⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. **Notas sobre o conceito de serviço público e suas configurações na atualidade**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 63-77, abr./jun. 2014, p. 72.

⁵⁶ SCHIRATO, Vitor Rhein. **A noção de serviço público em regime de competição**. Tese (doutorado)- Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, 2011, p.201.

⁵⁷ MACERA, Paulo. **Serviço público no Século XXI; conceito e finalidades**. Revista Digital de Direito Administrativo, volume 3, nº. 2, 2016, p. 340. Disponível em: <https://www.enlaw.com.br/revista/397>. Acesso em: 03.10.2020.

⁵⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Os serviços de interesse econômico geral e as recentes transformações dos serviços públicos**. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 13, n. 154, p. 9-22, dez. 2013, p.14.

são elementos necessários à consolidação dos princípios que decorrem dos direitos fundamentais.⁵⁹

A continuidade é definida como dever negativo de impedir que o serviço deixe de ser prestado ou que inexista interesse em prestá-lo, impondo ao Poder Público que caso isso ocorra, assumam diretamente o serviço.⁶⁰ A modicidade tarifária, por sua vez, impõe que as tarifas deverão ser “tão módicas quanto possível”, com a cobrança do menor valor exequível para que seja viabilizada a prestação da atividade.⁶¹

Para fins do presente trabalho monográfico, o estudo se concentrará na universalização, o terceiro elemento de serviço público e que se destaca como seu traço mais saliente, consistindo na obrigatoriedade de que as atividades sejam levadas para o maior número de pessoas possível, com vistas a atingir a totalidade da população. Mesmo em lugares que há o questionamento em torno da própria existência de serviços públicos, como na Europa, o dever de nunca foi excluído ou mitigado. Criou-se no direito comunitário o conceito de “serviço universal” a partir do caso *Corbenau*, no qual reconheceu-se que determinadas prerrogativas estão asseguradas em serviços postais belgas com vistas a manter seu amplo acesso.⁶²

Na doutrina espanhola, Gaspar Ariño ensina que é necessário fazer as distinções entre a regulação de mercado e de serviços públicos essenciais universais, estes que são as modalidades em que o mercado por si só não é capaz de responder aos anseios estatais, e constituem padrão mínimo de serviço no qual todos possuem direito.⁶³

Ademais, há quem diferencie a universalização da universalidade, já que o último, também chamado de generalidade, impõe que o serviço deve ser prestado a todos, sem discriminação de caráter pessoal na fruição e oferta. A universalização, por sua vez, envolve

⁵⁹ SCHIRATO, Vitor Rhein. **A noção de serviço público em regime de competição**. Tese (doutorado)- Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, 2011, p.203.

⁶⁰ MARQUES, Floriano de Azevedo. **As políticas de universalização, legalidade e isonomia: o caso "Telefone Social"**. Revista de Direito Público da Economia - RDPE Belo Horizonte, n. 14, ano 4 Abril /Junho 2006, p.2.

⁶¹ SCHIRATO, Vitor Rhein. **A noção de serviço público em regime de competição**. Tese (doutorado)- Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, 2011, p. 218.

⁶² SCHIRATO, Vitor Rhein. **A noção de serviço público em regime de competição**. Tese (doutorado)- Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, 2011, p.205.

⁶³ ARIÑO, Gaspar. **Principios de Derecho Público Económico**, Granada: Comares, 2001. p. 583.

dever positivo do Estado em adotar políticas públicas que visem assegurar o acesso a maior parte da população.⁶⁴

A ampliação do acesso está atrelada aos princípios específicos que regem o serviço público, assim como a continuidade, igualdade, mutabilidade e modicidade, que devem nortear toda a atividade administrativa, visto que sempre devem atender ao interesse público, que pressupõem atuação contínua e conforme princípios fundamentais.⁶⁵ Por outro lado, a universalização incide tão somente sobre os serviços públicos e significa que há a obrigação do prestador, seja o Estado ou particular, de levar o serviço para a maior quantidade de pessoas em determinado território.⁶⁶

Independentemente da diferenciação, sua base normativa decorre da própria Constituição Federal, na medida em que é um dos objetivos da República Federativa do Brasil a redução de desigualdades sociais regionais⁶⁷, bem como construir uma sociedade livre, justa e solidária⁶⁸. Além do mais, é princípio estruturante da ordem econômica a justiça social⁶⁹ e redução das desigualdades sociais e regionais⁷⁰.

Nesse sentido, decorre da obrigatoriedade de se garantir acesso amplo a imposição ao Poder Público de que ao gerir atividades consideradas serviços públicos sejam supridas as necessidades daqueles que seriam excluídos caso as utilidades fossem providas somente pela aplicação da racionalidade econômica.⁷¹

⁶⁴ MARQUES, Floriano de Azevedo. **As políticas de universalização, legalidade e isonomia: o caso "Telefone Social"**. Revista de Direito Público da Economia - RDPE Belo Horizonte, n. 14, ano 4 Abril /Junho 2006, p.3.

⁶⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª Edição, Rio de Janeiro: Método, 2020, p. 249.

⁶⁶ SCHIRATO, Vitor Rhein. **A noção de serviço público em regime de competição**. Tese (doutorado)- Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, 2011, p.204.

⁶⁷ Art. 3º *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;*

⁶⁸ Art. 3º *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;*

⁶⁹ Art. 170. *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: (...)*

⁷⁰ Art. 170. *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: (...) VII - redução das desigualdades regionais e sociais;*

⁷¹ MARQUES, Floriano de Azevedo. **As políticas de universalização, legalidade e isonomia: o caso "Telefone Social"**. Revista de Direito Público da Economia - RDPE Belo Horizonte, n. 14, ano 4 Abril /Junho 2006, p.3.

Na visão do Tribunal de Contas da União, relevante à presente pesquisa uma vez que as posições da Corte de Contas tendem a definir a atuação da Administração Pública, face ao compreensível temor dos agentes públicos em contrariá-las, universalização:

Implica superar duas barreiras, uma barreira física, associada ao lugar onde se pretende levar o serviço, caso não haja infraestrutura para ofertá-lo, ou não seja suficiente para fazer frente à demanda; e uma barreira socioeconômica, associada à eventual impossibilidade de pagamento do serviço por parte dos usuários, caso a infraestrutura esteja disponível.⁷²

Diogo Coutinho propõe o raciocínio de que se antes da transferência da prestação ao privado havia comprometimento da capacidade de investimentos pelo Estado, o que justifica inclusive a própria privatização, deve-se admitir que no momento em que é possível utilizar o capital privado, a universalização seja exigida como contrapartida pela exploração eficiente e lucrativa de determinado serviço público. Assim, além da universalização ser desejável do ponto de vista econômico, é imperativa do ponto de vista jurídico.⁷³

Apesar de ser classificada como imperativa, conferir tarefa eminentemente distributiva ao privado é um desafio quando inseridas em um contexto de desregulamentação e privatizações, intensificadas no Brasil desde o final do Século XX. Não se deve, contudo, subdimensionar sua importância, uma vez que a universalização, conforme acima foi defendido, é imperativa e decorre da própria ordem constitucional e do regime jurídico de serviços públicos, que apesar de terem seu âmbito de atuação limitado, ainda são um dos pilares da atuação estatal, especialmente em um país subdesenvolvido e marcado ainda por intensas desigualdades socioeconômicas.

1.4. Influência da abordagem direito e políticas públicas em serviços públicos.

Outro ponto que se faz necessário esclarecer é sobre a relação estabelecida entre serviços públicos e políticas públicas, tendo em vista que a abordagem direito e políticas públicas tem

⁷² BRASIL, Tribunal de Contas da União. Acórdão 2148/2005 – Plenário. Relator Ministro Ubiratan Aguiar. Processo nº. 010.889/2005-5. Data da Sessão: 07.12.2005. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-26634%22>. Acesso em: 27.09.2020.

⁷³ COUTINHO, Diogo Rosenthal. **A Universalização do Serviço Público para o desenvolvimento como uma tarefa da regulação**. In: FILHO, Calixto Salomão (coord). Regulação e Desenvolvimento, São Paulo: Malheiros, 2002, p.85-86.

sido cada vez mais destacada no estudo jurídico. Inicialmente, cumpre-nos trazer o conceito jurídico de políticas públicas desenvolvido por Maria Paula Bucci, inteiramente transcrito:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Como o tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.⁷⁴

A partir disso, já é possível observar que políticas públicas possuem um espaço de atuação muito mais amplo do que os serviços públicos, e por isso não são sinônimos, o que não significa que não possuam interseções entre os dois temas. Na realidade, os conceitos se aproximam na medida em que o Estado instrumentaliza suas ações por meio de políticas públicas, estas que podem, e devem, ser utilizadas como mecanismos de ampliação do acesso.

Com efeito, a tipologia de políticas públicas desenvolvida pelo cientista político Theodor Lowi aponta que “a política pública faz a política”. Nesse sentido, há quatro formatos pelos quais as políticas públicas encontram apoio e rejeição nas áreas diferenciadas: (i) políticas distributivas, que geram impactos individuais e não levam em conta os recursos limitados, (ii) políticas regulatórias, que envolvem burocracia, grupos de interesse e são mais visíveis à sociedade, (iii) políticas redistributivas, que dependem da perda de certos grupos sociais para que outros possam ganhar e, por fim (iv) políticas constitutivas, que focam no procedimento.⁷⁵

Com efeito, a universalização não se encaixa previamente em nenhuma tipologia, podendo ser empregada como qualquer uma das formas de atuar do Estado. Na realidade, universalização sequer é atributo específico dos serviços públicos, sendo o termo utilizado para qualquer política pública que tenha como objetivo atender a maior quantidade de cidadãos possíveis, mas nesse caso, não está se falando propriamente do atributo jurídico relacionado ao dever de serviços públicos, e sim como termo mais amplo e genérico.

⁷⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (org). **Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico**, São Paulo: Saraiva, 2006, p.39.

⁷⁵ SOUZA, Celina. **Políticas públicas: Uma revisão de Literatura**. Sociologias, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez 2006, p. 28.

É por isso que a universalização se insere no gênero mais amplo de políticas públicas, especialmente quando se trata de subsídios entre consumidos de baixa e alta renda. Nesse caso, a discriminação é perfeitamente possível do ponto de vista concorrencial, pois é admitida como política redistributiva.⁷⁶

Além desse ponto, a abordagem de direito e políticas públicas pode auxiliar no aprimoramento da universalização realizada no âmbito de serviços públicos. Parte da doutrina destaca o processo de elaboração de políticas públicas (*policy-making process*), também conhecido como ciclo de políticas públicas, que contribui como um esquema de visualização e interpretação que organiza as políticas públicas em fases sequenciais.⁷⁷

Sob essa perspectiva, as políticas públicas passariam pelas seguintes fases: (i) identificação do problema, (ii) formação de agenda, (iii) formulação de alternativas, (iv) tomada de decisão, (v) implementação, (vi) avaliação e (vii) extinção.

O primeiro dos ciclos se trata da identificação do problema, pautada na observação da diferença entre aquilo que deseja para determinada situação e aquilo que realmente ocorre na realidade, podendo ser identificado pelos agentes políticos por qualquer cidadão. A partir do momento que o problema entra na lista de prioridades estatais, ele se torna uma agenda, que basicamente é uma lista de problemas. Em seguida, tem-se a formulação de alternativas, momento em que se elabora métodos, programas, estratégias ou ações para que os problemas inseridos na agenda sejam solucionados, bem como a definição dos possíveis resultados que se esperam na política pública.⁷⁸

Posteriormente, há a tomada de decisão, que passa por diversos modelos de decisão e representa o momento em que os interesses são equacionados e os métodos explicitados. Com isso, há a implementação, correspondendo à etapa em que há a conversão das intenções em ações, com posterior avaliação, em que se verifica o desempenho da política pública e como foi capaz de reduzir o problema anteriormente identificado. A depender da avaliação, a política

⁷⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e concorrência: estudos e pareceres**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 44.

⁷⁷ SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: Conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. São Paulo: Cengage Learning, 2012, p. 33.

⁷⁸ SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: Conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. São Paulo: Cengage Learning, 2012, p. 33-54.

pública é extinta, seja porque cumpriu seu propósito ou pela ineficácia do programa desenvolvido, além disso, há casos em que políticas se institucionalizam e “criam vida própria” mesmo depois da resolução do problema.⁷⁹

Tendo em vista que políticas de universalização sempre devem se originar em ações estatais, ainda que sejam impostas metas ao privado, a utilização do ciclo contribui para que esses processos sejam mais claros e eficientes, e por isso devem também ser agregados com o estudo dos serviços públicos. Dessa maneira, será adiante analisado como que institutos de direito público se moldam à atender políticas públicas de universalização, com foco nas agências reguladoras, órgãos dotados de capacidade técnica que no contexto do Estado Regulador passam a ter maior relevância.

⁷⁹ SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: Conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. São Paulo: Cengage Learning, 2012, p. 33-54.

CAPÍTULO 2 – REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS: ELEMENTOS ESSENCIAIS

Até o momento, consolidou-se um dos pilares do presente trabalho monográfico, que é a definição dos serviços públicos no Brasil e no que consiste o dever de universalização. Nesse capítulo, será apresentado o eixo central, a regulação de serviços públicos e um dos principais órgãos responsáveis por sua condução: as agências reguladoras.

É certo que os serviços públicos não tiveram sua natureza alterada quando passaram a ser prestados pelo Estado, visto que ainda subsistem os deveres de continuidade, modicidade tarifária e universalização, como explicado no capítulo anterior. Porém, na configuração atual, o Estado deixa de prestá-los diretamente e passa a garantir que o privado entregue à sociedade da melhor maneira possível. Daí decorre, naturalmente, a afirmação de que a partir do momento em que a prestação de serviços públicos em setores de infraestrutura se dá pelo privado, agregar o lucro com a prestação universal se tornou um dos problemas de fundo da regulação.⁸⁰

Regulação, contudo, é fenômeno multifacetário e heterogêneo, que congrega em si complexo de funções ao longo de sua história e dentro do próprio Estado, utilizando-se diferentes estratégias regulatórias conforme a necessidade do momento histórico vivido.⁸¹ A teoria da regulação, por sua vez, é a contribuição mais útil de um Estado que se retira da intervenção direta, visto que compreende todas as formas de organização da atividade econômica, o que logicamente inclui a ingerência em concessões de serviço público e o exercício do poder de polícia.⁸²

O objetivo desse capítulo é compreender as circunstâncias e fatores da realidade que impulsionaram a criação das agências reguladoras, que conseqüentemente relevam as razões de sua implementação e facilitam a compreensão da estrutura e funções conferidas no ordenamento. Apesar do tema ser extenso e complexo, buscar-se-á sintetizar e simultaneamente, evitar simplificações sobre o panorama da regulação de serviços públicos no

⁸⁰ COUTINHO, Diogo Rosenthal. **Direito e Economia Polícia na Regulação de Serviços Públicos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 137.

⁸¹ Para fins desse trabalho, será utilizado o conceito desenvolvido pelo professor Alexandre Aragão, que apresenta a ideia de que a regulação como fenômeno multifacetário e dinâmico. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**, 3ª edição, revista e atualizada, Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 25)

⁸² SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica**, Ed. Malheiros, São Paulo, 2001, p. 14-15.

Brasil no que concerne ao trabalho monográfico, ou seja, a investigação de métodos regulatórios na universalização dessas atividades.

2.1. Razões da regulação.

A proliferação da teoria da regulação nos últimos anos acarretou que cada vez mais atividades estivessem sob o seu prisma. Há quem diga que se vive o “capitalismo regulatório” ou a “governança regulatória”, que faz surgir questionamentos sobre os diversos campos que a regulação pode atuar, já que não se limita a um setor da vida estatal.⁸³

Em razão disso, governos devem buscar o constante equilíbrio entre os direitos requeridos pela população, que se alinham às ideias de justiça, equidade e razoabilidade, e a eficiência de mercado, pautada pelos mínimos encargos fiscais e regulatórios dos contribuintes, valores que por sua natureza são opostos.⁸⁴ É claro que esse equilíbrio é um desafio, de maneira que os institutos de direito público devem sempre servir como arranjos que auxiliam a implementação de tão caros ideais à sociedade.

Desde a implantação da reforma administrativa de 1995, foram criadas 11 agências reguladoras federais⁸⁵, compreendendo as mais diversificadas atividades, que vão desde serviços tradicionalmente concebidos como públicos, tal como energia elétrica (ANEEL), até atividades sujeitas à iniciativa privada que, por escolha política, são submetidas ao regime regulatório, a exemplo dos cinemas (ANCINE). Essa amplitude de atividades demonstra que as motivações pelas quais o Estado regula mercados não é única, já que a sua própria forma de atuar, mesmo sob o mesmo regime regulatório, não é a mesma.

⁸³ WINDHOLZ, Eric; HODGE, Graeme A. Conceituando regulação social e econômica: implicações para agentes reguladores e para atividade regulatória atual. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 264, set. 2013, p.15.

⁸⁴ WINDHOLZ, Eric; HODGE, Graeme A. Conceituando regulação social e econômica: implicações para agentes reguladores e para atividade regulatória atual. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 264, set. 2013, p.19.

⁸⁵ Até o momento do desenvolvimento do trabalho, as agências reguladoras federais são: Agência Nacional De Telecomunicações – ANATEL, Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, Agência Nacional do Cinema-ANCINE, Agência Nacional de Aviação Civil-ANAC, Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, Agência Nacional de Transportes Terrestres- ANTT, Agência Nacional do Petróleo – ANP, Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, Agência Nacional de Aguas – ANA e Agência Nacional de Mineração – ANM.

Com efeito, esses fatores não coincidem com as categorias econômicas que regem as tradicionais falhas de mercado, e há outros objetivos igualmente legítimos a serem considerados, como expressão de valores compartilhados pela coletividade. Não há qualquer limitação para que esses objetivos sejam perseguidos de forma exclusiva ou conjugados com outras estratégias regulatórias, exigindo uma atuação do administrador mais focada e melhor atuada.⁸⁶ É por isso que parte da literatura se dedica a explicar as justificativas do Estado quando se decide ingressar na esfera privada para regular mercados, uma vez que as razões fornecem importantes indícios da maneira pela qual o Estado deve exercer a atividade que foi empregada.

Para Anthony Ogus, há razões econômicas e não econômicas pelas quais se regula mercados. Enquanto as razões econômicas se destinam a conter as falhas de mercado, tais como monopólios, bens públicos, externalidades, assimetria de informação e racionalidade limitada dos agentes econômicos, as razões não econômicas se preocupam com aspectos que transcendem a eficiência, tais como obrigações de fornecimento, continuidade, universalidade, qualidade do serviço e proteção de consumidores vulneráveis.⁸⁷ Sob esse aspecto, visões redistributivas da regulação partem do pressuposto que ferramentas regulatórias que se pautam na exclusividade das dinâmicas de mercado não são sinônimo de políticas justas, e alocação de recursos não significa que são equânimes do ponto de vista da redistribuição.⁸⁸

Contudo, essa não é a única maneira de visualizar as razões da regulação, que pode ser diferenciada sob os aspectos do agente ou atividade regulada, natureza dos instrumentos regulatórios ou propósito da atividade regulatória. Para Eric Windholz e Graeme Hodge, por exemplo, observar a regulação por meio do propósito da atividade reflete verdadeiramente as suas intenções e contextos, pois observam o comportamento dos agentes de acordo com critérios e padrões bem definidos que objetivam produzir determinado resultado.⁸⁹

⁸⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2016 p. 193.

⁸⁷ OGUS, Anthony. *Regulation. Legal form and economic theory*, Oxford: Oxford University Press, 1994, n.p. *Apud* COUTINHO, Diogo Rosenthal. **Direito e economia política na regulação de serviços públicos**, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 99-100.

⁸⁸ COUTINHO, Diogo Rosenthal. **Direito e economia política na regulação de serviços públicos**, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 102.

⁸⁹ ERIC WINDHOLZ, GRAEME A. HO Conceituando regulação social e econômica. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 264, p. 13-56, set./dez. 2013, p. 25.

Nesse sentido, a regulação econômica interfere nas decisões de mercado, tais como preço, concorrência, entrada ou saída do mercado. As reformas que decorrem devem ter como objeto aumentar a eficiência e reduzir barreiras para concorrência e inovação, ainda que por meio da desregulação ou mesmo pela regulação com promoção de eficiência e aprimoramento de estruturas de mercado.⁹⁰

Por outro lado, as razões não econômicas conduzem à regulação social ou às razões não econômicas, que fogem da tradicional ideia de que agências reguladoras servem para corrigir falhas de mercado. Isso ocorre porque apesar da regulação originalmente se identificar em razões fundamentalmente econômicas, foram incorporadas missões que ultrapassam a economia e correção de defeitos de mercado, garantindo a existência de uma regulação social, pautada em outras formas de atuação do Estado, tais como a tutela do meio ambiente, dos trabalhadores e consumidores.⁹¹

Assim, no exercício do desenvolvimento econômico e social, é natural que o Estado se utilize da regulação visando objetivos que visam à inclusão de grupos sociais excluídos, e por mais fortes razões quando se trata de um objetivo dos serviços públicos, tal como é a universalização, amparada por relevante missão social. Contudo, o que fundamenta essa atuação não é a eficiência, e sim a necessidade de se redirecionar o mercado com a finalidade de gerar efeitos desejáveis, o que inclui a modificação da lógica de incentivos, compreendendo custos e benefícios para que a equidade seja pautada.⁹²

Ainda que questões ideológicas coloquem em conflito a necessidade de se utilizar a regulação social, fato é que o desenho institucional de serviços públicos, como esclarecido no Capítulo 1, ainda é válido e emite o comando da universalização, razão pela qual é inerente à própria privatização, seguida pela regulação, que sejam empregados métodos de redistribuição. Isso leva à afirmação de que qualquer regulação é ao mesmo tempo, econômica e social, porque a intervenção na economia deverá corresponder à promoção de valores sociais, consistindo em um conjunto que envolve providências econômicas e sociais. Assim, a regulação não é um “fim

⁹⁰ The OECD Report on Regulatory Reform – Synthesis. Paris, 1997, p.6, disponível em <http://www.oecd.org/dataoecd/17/25/2391768>. Acesso em: 09.07.2020.

⁹¹ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **Da regulação como função de direito administrativo**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo- USP, 2007, p. 61-62.

⁹² BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2016 p.194.

em si mesma”, e sim instrumento para promoção de objetivos legítimos, agregando os valores fundamentais do Estado.⁹³

Mais do que isso, o próprio Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, que adiante será analisado, ao empregar a necessidade de serviços públicos mais eficientes, incorpora em si essa missão, de maneira que as agências podem e devem ser instrumentalizadas como meios de se atingir à fins sociais. Em outras palavras, as soluções de mercado que visam somente a alocação de recursos não são capazes de atender à totalidade das demandas que passaram a depender da regulação após as privatizações, especialmente em países em desenvolvimento como o Brasil que possuem severos traços de desigualdade de renda e acesso aos serviços públicos.⁹⁴

Há quem defenda que sequer há diferença entre regulação econômica e social, uma vez que à luz do art. 170, caput, CRFB/88⁹⁵, ambas as dimensões devem ser combinadas. Assim, também é competência regulatória atribuições de universalização, redução de desigualdades e modicidade tarifária, conforme a capacidade dos operadores.⁹⁶

Assim, sob diversos aspectos, a regulação social é aplicável e desejável, fazendo inclusive surgir o que alguns autores chamam de regulação social-econômica, que congrega variados fundamentos pelos quais mercados são regulados, especialmente no Brasil.

2.2. Reforma do Aparelho do Estado e a centralidade das agências reguladoras.

O modelo regulatório foi difundido nos últimos anos tanto em países desenvolvidos quanto em desenvolvimento, com o principal traço em comum de buscar estabelecer bases para governança econômica, através de leis e marcos regulatórios que pretendem isolar as decisões

⁹³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 669-670.

⁹⁴ COUTINHO, Diogo Rosenthal. **Direito e economia política na regulação de serviços públicos**, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 110.

⁹⁵ Art. 170. *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: (...)*

⁹⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Regulação no Setor de Saneamento. *In: CORDEIRO, Berenice de Souza (Organização). Instrumentos das Políticas e da Gestão dos Serviços Públicos de Saneamento Básico*, 1ª edição, Brasília, Ministério das Cidades (PMSS), volume 1, 2009, p. 174.

econômicas do cotidiano político. Assim, visam incrementar a garantia dos investidores e o caráter diminuir o discricionário das decisões administrativas.⁹⁷

No Brasil, as décadas de 1980 e 1990 foram marcadas por crises em diversas áreas do Estado, seja crise de legitimidade com o fim do regime militar, de dificuldade na adaptação ao regime democrático, moral com o impeachment de Fernando Collor, fiscal e financeira com a perda do crédito público e poupança negativa. Também é possível falar em crise do modo de intervenção dentro de um mundo cada vez mais globalizado, o que revela a falta de competitividade das empresas brasileiras e da forma burocrática da organização estatal.⁹⁸

Em um cenário tão complexo, a reestruturação dos arranjos estatais era imprescindível, possibilitando que a partir de 1995 fosse implantada a Reforma do Estado brasileiro, concebida por Luiz Carlos Bresser Pereira no governo de Fernando Henrique Cardoso. Inspirando-se no *new public managment* proveniente da Inglaterra, foi idealizado um modelo de reforma gerencial no Brasil, dando um novo paradigma de estado gerencial-regulador.⁹⁹ Referida reforma foi materializada por meio da Emenda Constitucional nº.19/1998, que impôs profundas alterações na estrutura administrativa brasileira.

Para Bresser Pereira, a reforma fez-se necessária tendo em vista que a Constituição de 1988, apesar de trazer um espírito burocrático racional-legal, permitiu que privilégios que não mais condizem com a atuação estatal eficiente fossem mantidos como consequência do corporativismo e herança patrimonialista, a exemplo da transformação de empregados celetistas das fundações e autarquias em funcionários estatutários, sujeitos ao regime de aposentadoria e detentores de estabilidade.¹⁰⁰

Analisada sob um contexto amplo, a reforma teve intensa participação de órgãos e entidades como o Banco Mundial, FMI, OCDE e o Fórum Econômico Mundial, que

⁹⁷ SCHAPIRO, Mario G. Do Estado desenvolvimentista ao Estado regulador? Transformação, resiliência e coexistência entre dois modos de intervenção, **Revista de Estudos Institucionais**, v.4, n.º. 2, p. 584.

⁹⁸ BRESSER PEREIRA, L. C. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**, v. 47, n. 1, p. 07 - 40, 22 jan. 2015, p.9. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/702>. Acesso em: 03.10.2020.

⁹⁹ COUTINHO, Diogo Rosenthal. **Direito e economia política na regulação de serviços públicos**, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 76.

¹⁰⁰ BRESSER PEREIRA, L. C. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**, v. 47, n. 1, p. 07 - 40, 22 jan. 2015, p. 15. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/702>. Acesso em: 03.10.2020.

impulsionaram a ideia de que o fraco desempenho econômico de países como o Brasil estava diretamente relacionado à má qualidade institucional.¹⁰¹

Nesse contexto, o Plano Diretor da Reforma emerge com os seguintes objetivos: (i) ajustamento fiscal, (ii) reformas econômicas orientadas para o mercado, (iii) reforma da previdência, (iv) inovação dos instrumentos de política social e (v) reforma do aparelho do Estado, visando melhorar a governança, significando melhor capacidade de gerir polícias públicas.¹⁰² De um modo geral, o plano visava modernização estatal através de ganhos de eficiência, o que inclui fortalecer a Administração Pública Direta e, simultaneamente, a descentralização administrativa, com a instituição de “agências autônomas” e “organizações sociais” controladas por contratos de gestão.¹⁰³

Assim, atividades que são exclusivas de Estado devem ser organizadas por “agências autônomas”, controladas por dirigentes nomeados pelo Ministro e com indicadores de desempenho e objetivos fixados por um instrumento chamado “contrato de gestão”, no qual o dirigente possui liberdade para gerir o orçamento global, poderá administrar seus funcionários e realizar compras somente de acordo com princípios gerais de licitação.¹⁰⁴

A criação de agências autônomas é parte da dimensão da gestão do plano, que visa colocar em prática as ideias gerenciais e oferecer serviços públicos mais baratos, com qualidades e preços melhores.¹⁰⁵ Apesar do plano ser parte do Governo Federal, também foi possibilitada a criação de agências reguladoras estaduais e municipais, pois suas competências não se limitam à União. Contudo, as agências reguladoras federais ainda são parâmetro no tratamento dos demais entes e entidades, razão pela qual a análise do presente trabalho monográfico limitar-se-á aos parâmetros de universalização das entidades federais.

¹⁰¹ BRUNET, Emiliano Rodrigues. O papel das complementaridades e hierarquias no processo de mudança institucional: o controle externo e a assimilação das reformas dos anos 1990. **REI - Revista Estudos Institucionais**, [S.l.], v. 5, n. 2, p. 510-511, out. 2019. ISSN 2447-5467. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.emnuvens.com.br/REI/article/view/319>>. Acesso em: 08 ago. 2020. doi:<https://doi.org/10.21783/rei.v5i2.319>.

¹⁰² BRESSER PEREIRA, L. C. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**, v. 47, n. 1, p. 07 - 40, 22 jan. 2015, p. 16.

¹⁰³ BRESSER PEREIRA, L. C. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**, v. 47, n. 1, p. 07 - 40, 22 jan. 2015, p. 24.

¹⁰⁴ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**, v. 47, n. 1, p. 07 - 40, 22 jan. 2015, p. 26.

¹⁰⁵ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Da Administração Pública burocrática à gerencial. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter Kevin (Org.). **Reforma do estado e administração pública gerencial**. Rio de Janeiro: FGV, 1998, p. 32.

No plano, as agências são concebidas como um dos principais projetos, que inspirados pela responsabilização de resultados, buscavam transformar autarquias e fundações que exercem atividades exclusivas do Estado em agências autônomas que focam em modernização da gestão.¹⁰⁶

Nesse ponto, cabe mencionar que as agências reguladoras não são institutos tipicamente criados para a reforma brasileira, sua origem se encontra no direito norte-americano, que apesar de terem surgido no século XIX, tiveram sua maior importância no contexto pós crise de 1928 e a percepção pelo Estado de que o mercado, por si só, não seria capaz de conter os abalos econômicos. Esse contexto econômico, político e social permite que as modernas agências reguladoras se proliferem no Estados Unidos, como uma expressão da superação do capitalismo puro, tornando-se dos elementos centrais da Administração Pública.¹⁰⁷

Assim, é possível perceber que as circunstâncias de implantação das instituições é diversa, pois se nos Estados Unidos representou maior atuação do Estado, até como consequência do *New Deal* e do Estado Social, no Brasil tem relação com as privatizações e desestatizações, que por essência são expressão de um Estado mais reprimido, até porque a atração do setor privado para investimentos em serviços públicos e obras de infraestrutura necessitava de estabilidade nas regras do jogo.¹⁰⁸ É por isso que os desafios da regulação brasileira são diversos, uma vez que as agências reguladoras são instrumentos pelos quais o Estado diminui a sua própria intervenção na economia e busca atingir a disciplina fiscal.¹⁰⁹

Afinal, a intervenção econômica procura ser instrumento capaz de atender a especialidade, complexidade e multiplicidade de questões econômicas e sociais e entes autônomos, como uma espécie de ponderador do jogo econômico e dos atores envolvidos.¹¹⁰

¹⁰⁶ BRASIL, PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA (F.H. Cardoso). **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995, p. 72.

¹⁰⁷ BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 148.

¹⁰⁸ BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição nº. 240, Abril/Jun 2005, p. 152.

¹⁰⁹ COUTINHO, Diogo Rosenthal. **Direito e economia política na regulação de serviços públicos**, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 84.

¹¹⁰ MOURA, Emerson Affonso da Costa. Estado gerencial, regulação econômica e serviços públicos – O papel das agências na promoção do desenvolvimento. A&C – **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**,

Cabe ressaltar, contudo, que as agências autônomas, entendidas como entes fracionários do aparelho administrativo estatal, não são novidade no direito administrativo. A especialidade está no ressurgimento da importância dos institutos no exercício de funções autarquias que a execução vem sendo transferida de empresas estatais para o privado.¹¹¹ Nesse sentido, as agências reguladoras assumem a centralidade em uma forma de atuação estatal indireta, focada em definir as regras do jogo e não mais atuar diretamente, em intrínseca relação com os serviços públicos, objeto da presente análise.

2.3. Características das agências reguladoras.

Para que se adequem aos fins regulatórios, o primeiro aspecto central das agências é que devem ser constituídas na forma de pessoas jurídicas de direito público, o que levou o STF inclusive a suspender o regime celetista dos servidores das agências, firmando o entendimento de que pela função desempenhada, devem ocupar cargos estatutários.¹¹²

Demais disso, são concebidas sob a forma de autarquias especiais sob o critério de peculiaridade do regime, uma vez que são constituídas para regimes específicos para atender ao seu desempenho,¹¹³ ou autarquias reguladoras sob o aspecto do modo de atuação, que recebem por lei essa qualificação para administrarem setores específicos, caracterizando-se pela função regulatória.¹¹⁴ Há quem defenda, contudo, que as autarquias com funções reguladoras não constituem qualquer novidade e o termo “agência” que é novo no Brasil e foram assim atribuídos pela terminologia norte-americana.¹¹⁵ Com a promulgação da Lei nº. 13.848/2019, a Lei Geral das Agências Reguladoras, ficou claro que as agências reguladoras possuem natureza

Belo Horizonte, ano 14, n. 57, p. 193-217, jul./set. 2014, p. 200. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/90>. Acesso em: 03.10.2020.

¹¹¹ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Mutações no Direito Administrativo**, Editora Renovar: Rio de Janeiro, 2000, p. 145-146.

¹¹² FALCÃO, Joaquim; GUERRA, Sergio; ALMEIDA, Rafael. **Ordem Constitucional Econômica**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 114.

¹¹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**, 16ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2014, Capítulo 3.2.2.

¹¹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**, 16ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2014, Capítulo 3.3.1.

¹¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 156.

de autarquia especial¹¹⁶, caracterizadas pela “ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos.”¹¹⁷

A autonomia é um dos pilares dessa forma de organização, e se caracteriza pela nomeação dos dirigentes por mandato determinado, durante o qual é vedada a exoneração *ad nutum*, pela inexistência de recursos hierárquico impróprios contra suas decisões e pela autonomia gerencial, orçamental e financeira.¹¹⁸ Ressalte-se que a autonomia é variável de acordo com o normativo criador da agência, uma vez que ali que são estabelecidas suas competências, justificando-se pela necessidade de despolitização, ou seja, menor influência política e melhor qualidade regulatória nas atividades técnicas, expressa pela celeridade.¹¹⁹

Demais disso, decorre da independência das agências a sua capacidade de implementar políticas públicas regulatórias, desde que estejam em conformidade com suas competências normativas e considere os outros órgãos e entidades envolvidos. Essa capacidade é limitada pela submissão à política traçada pela Administração Central, seja representada pelo chefe do executivo, pelos ministros de Estado ou pelo Conselho setorial indicado na lei instituidora. Isso não significa, contudo, que a sua autonomia está comprometida, e sim que as agências reguladoras participam do amplo processo de implementação de políticas públicas, cabendo as entidades reguladoras a sua execução.¹²⁰

Nesse sentido, a lei instituidora pode conferir competências mais relacionadas à atuação do poder concedente, como a ANATEL, ou prerrogativas fiscalizatórias, delegadas pelo ente

¹¹⁶ Art. 2º *Consideram-se agências reguladoras, para os fins desta Lei e para os fins da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000: (...) Parágrafo único. Ressalvado o que dispuser a legislação específica, aplica-se o disposto nesta Lei às autarquias especiais caracterizadas, nos termos desta Lei, como agências reguladoras e criadas a partir de sua vigência.*

¹¹⁷ Art. 3º *A natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação.*

¹¹⁸ FALCÃO, Joaquim; GUERRA, Sergio; ALMEIDA, Rafael. **Ordem Constitucional Econômica**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 117-119.

¹¹⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Agências reguladoras, diálogos institucionais e controle**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 13, n. 49, p. 159-189, jan./mar. 2015, p. 169.

¹²⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**, 3ª edição, revista e atualizada, Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 390-391.

federativo, tal como a ANEEL.¹²¹ Com efeito, de acordo com o instrumento regulatório que lhe é conferido, uma agência possui mais ou menos autonomia, o que por certo depende do marco regulatório do setor. Assim, é possível afirmar que mesmo em uma classificação de agências reguladoras de serviço público, como é o caso do presente trabalho, haverá diferenças significativas nas suas competências exercidas.

Além disso, há uma tendência a especialização, que significa que cada ente será responsável por um setor econômico, o que decorre de sua própria natureza enquanto órgão dotado de capacidade técnica. Em outras palavras, os servidores que agem em prol da regulação setorial compreendem o funcionamento daquilo que regulam, e sua esfera de atuação está limitada a ele.

Desse modo, em decorrência da sua especialidade, é essencial para o bom funcionamento da regulação que as agências possuam conhecimento sobre o setor objeto de sua atuação. Nesse sentido, todo o arcabouço legislativo, principiológico, conceitual e instrumental deve se destinar tão somente a um campo específico, visto que as habilidades regulamentares também são.¹²²

Esse é o regime jurídico dos órgãos centrais objeto do trabalho monográfico, que tem sua importância no contexto do estado regulador, são dotados de capacidade técnica e autonomia para o exercício de suas funções legalmente atribuídas, que adiante serão analisadas.

2.4. Funções ou atividades regulatórias.

O exercício de atividades de Estado demanda que as agências reguladoras sejam instrumentalizadas por meio de funções típicas, desafiando a formulação clássica da separação de poderes ou como modernamente tem sido dito, separação de funções. Isso porque conceber a separação de poderes, e não de funções, ignora o fato de que o Poder Público é uno e incumbências diversas são divididas entre os três poderes institucionais. É assim que cada um dos poderes, além de desempenhar sua função típica, possui funções residuais, como quando o

¹²¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**, 3ª edição, revista e atualizada, Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 306.

¹²² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras: Instrumentos do Fortalecimento do Estado**. Porto Alegre: Abar, 2003, p. 27, disponível em <http://www.abar.org.br/dados/bancoDeMidia/arquivos/agenciasreguladoras.pdf>. Acesso em: 23.09.2020.

Poder Executivo participa do processo legislativo através da iniciativa de leis, desempenhando funções quase legislativas, ou quando realiza o processo administrativo contencioso, com funções quase judiciais.¹²³

No caso das agências reguladoras, a discussão toma proporções maiores tendo em vista que a própria atividade regulatória, por suas diversas atribuições, congrega em si distintas funções. Assim, para regular o mercado ou instituir políticas públicas de universalização de forma autônoma, é necessário simultaneamente que possam editar normas específicas, fiscalizar, sancionar e julgar.

Genericamente, a função regulatória está prevista no art. 174 da CRFB/88¹²⁴, sendo um dos dispositivos que estruturam a ordem econômica constitucional e estabelecem funções de Estado que materialmente conduzem à tarefa regulatória como forma de expressão, e assim permite que o Estado normatize e fiscalize como expressão da regulação estatal na economia.¹²⁵ Dessa maneira, significa um permissivo para que o Estado se utilize de institutos de direito público para fomentar razões econômico-sociais da regulação, que no caso das agências reguladoras de serviço público visam a melhoria e qualidade das atividades, legítima razão pelas quais foram criadas.

A doutrina não é unânime quanto às divisões de tarefas, enquanto alguns falam em atividades, subdividindo entre normativa, fiscalizadora, sancionatória e julgadora, outros atribuem como funções administrativas, normativas, jurisdicionais e fiscalizatórias, mas que ao final, tem sentidos similares. Todas essas incumbências já foram objeto de intensos debates doutrinários, e o presente subcapítulo visa tão somente trazer um recorte do que é necessário à

¹²³ FALCÃO, Joaquim; GUERRA, Sergio; ALMEIDA, Rafael. **Ordem Constitucional Econômica**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 121.

¹²⁴ 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.*

¹²⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes.[et al.]. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, n.p.

compreensão da atividade reguladora ao tratar sobre políticas públicas de universalização, sem que se esqueça que cada um dos temas poderia desenvolver um trabalho monográfico distinto.

A primeira, e mais complexa a ser tratada é a função ou atividade normativa, que quando a regulação foi implantada no direito brasileiro, discutiu-se a possibilidade de entes autônomos emanarem normas que fossem eleitos, o chamado déficit democrático. De um modo geral, não se questiona mais essa legitimidade, uma vez que a regulação se insere na atividade administrativa de intervenção no domínio econômico, expressa no art. 174 da CRFB/88 acima mencionado.

Há, contudo, a possibilidade de normas das agências impondo a universalização conflitem com os regulamentos editados pelo chefe do Executivo, e questiona-se qual prevalecerá. No entendimento de renomados doutrinadores, como Rafael Carvalho Rezende de Oliveira e Gustavo Binenbojm, há primazia do ato setorial sobre o regulamento do chefe do executivo, tendo em vista o princípio da especialidade.¹²⁶

Uma vez que os atos normativos regulatórios possuem caráter técnico e setorial, que derivam inclusive da autonomia necessária ao funcionamento desses entes, devem sobrepor aos regulamentos presidenciais que por sua vez, se fundamentam no art. 84, IV da CRFB¹²⁷ e são políticos e genéricos. Como não há hierarquia entre os entes, a especialidade dos normativos reguladores deve sobressair.¹²⁸

O plano normativo é de extrema importância tendo em vista que a própria atividade interventiva nele se concentra, pois é através da intervenção regulatória que se orienta a função administrativa do Estado, gerando efeitos na esfera privada. Essa característica inclusive é marcante para conferir especialidade as autarquias quando são consideradas agências reguladoras, uma vez que se nas autarquias tradicionais a capacidade de emanar normas é

¹²⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Método, 2020, p. 108.

¹²⁷ Art. 84. *Compete privativamente ao Presidente da República: (...) IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;*

¹²⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Método, 2020, p. 108.

eventual ou circunstancial, nas agências faz parte de sua natureza.¹²⁹ Com efeito, o poder regulamentar ou normativo se apresenta como uma forma de delegação inominada, que cumpre a ideia de estabelecer normas de implementação ou complementação de leis-quadro (*lois cadre*), representadas por princípios e diretrizes gerais.¹³⁰

Especificamente para promover a universalização, cada agência possui sua normatividade delineada, que será objeto do capítulo seguinte. Apenas para exemplificar, a Lei Geral de Telecomunicações¹³¹ dispõe sobre a necessidade de se estabelecer metas periódicas de universalização, o que é expressão do poder normativo conferido às agências com vistas a efetivar políticas públicas.

A atividade fiscalizatória, por sua vez, varia de fundamento de acordo com a atividade regulada, e no caso dos serviços públicos, objeto de estudo no trabalho monográfico, decorre do dever inerente ao Poder Concedente.¹³² Referida atribuição decorre da própria Lei de Concessões – Lei nº. 8.987/1995 – estabelecendo que as permissões e concessões são sujeitas à fiscalização pelo poder concedente¹³³, tendo em vista que em nome do princípio da legalidade, deve ser expressamente indicada por lei.

Apesar da fiscalização decorrer do poder de concessão, que passaram a enfrentar problemas relacionados à prestação do serviço ao usuário, nem sempre o poder normativo acompanha os instrumentos necessários ao aperfeiçoamento e aparelhamento da fiscalização,

¹²⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. **Os limites à Competência Normativa das Agências Reguladoras.** In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord). O Poder Normativo das Agências Reguladoras, 2ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 136.

¹³⁰ JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. **O poder normativo das Agências Reguladoras à Luz do Princípio da Eficiência.** In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord). O Poder Normativo das Agências Reguladoras, 2ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 213.

¹³¹ Assim dispõe a Lei nº. 9.472/97: Art. 80. *As obrigações de universalização serão objeto de metas periódicas, conforme plano específico elaborado pela Agência e aprovado pelo Poder Executivo, que deverá referir-se, entre outros aspectos, à disponibilidade de instalações de uso coletivo ou individual, ao atendimento de deficientes físicos, de instituições de caráter público ou social, bem como de áreas rurais ou de urbanização precária e de regiões remotas. § 1º O plano detalhará as fontes de financiamento das obrigações de universalização, que serão neutras em relação à competição, no mercado nacional, entre prestadoras. § 2º Os recursos do fundo de universalização de que trata o inciso II do art. 81 não poderão ser destinados à cobertura de custos com universalização dos serviços que, nos termos do contrato de concessão, a própria prestadora deva suportar.*

¹³² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico,** 3ª edição, revista e atualizada, Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 337.

¹³³ Assim dispõe a Lei nº. 8987/95 que “Art. 3º. *As concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários*”

reduzindo-a à instrumentos ineficazes.¹³⁴ Assim, como não poderia deixar de ser, há uma estreita dependência entre as atividades exercidas pelas agências reguladoras, na medida em que para que os corretos instrumentos fiscalizadores sejam aplicados, deve haver inicialmente dispositivos que assim a assegurem.

Do mesmo modo, a atividade sancionatória depende da fiscalização e também deve ser amparada em dispositivos legais, ainda que genéricos, conferindo às agências a possibilidade de graduarem e especificarem as penas que serão aplicadas aos usuários e concessionários.¹³⁵ Com efeito, em casos de denúncias por mal cumprimento na prestação de determinado serviço, há um dever de que os fiscais competentes apurem e instruem investigações com vistas a apurar possíveis desvios de conduta.¹³⁶

Com base nesses poderes que a Lei de Concessões impõe deveres ao poder concedente (art. 29¹³⁷) e ao concessionário (art. 31¹³⁸), não só no sentido de fiscalizar, mas também de ditar

¹³⁴ FARENA, Duciran Van Marsen. **Agências reguladoras: fiscalização dos serviços públicos e defesa do consumidor**. Revista Eletrônica Custos Legis, v.4, 2013, p. 5.

¹³⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**, 3ª edição, revista e atualizada, Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 338.

¹³⁶ FARENA, Duciran Van Marsen. **Agências reguladoras: fiscalização dos serviços públicos e defesa do consumidor**. Revista Eletrônica Custos Legis, v.4, 2013, p. 7.

¹³⁷ Art. 29. *Incumbe ao poder concedente: I - regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação; II - aplicar as penalidades regulamentares e contratuais; III - intervir na prestação do serviço, nos casos e condições previstos em lei; IV - extinguir a concessão, nos casos previstos nesta Lei e na forma prevista no contrato; V - homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato; VI - cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão; VII - zelar pela boa qualidade do serviço, receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários, que serão cientificados, em até trinta dias, das providências tomadas; VIII - declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis; IX - declarar de necessidade ou utilidade pública, para fins de instituição de servidão administrativa, os bens necessários à execução de serviço ou obra pública, promovendo-a diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis; X - estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio-ambiente e conservação; XI - incentivar a competitividade; e XII - estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço.*

¹³⁸ Art. 31. *Incumbe à concessionária: I - prestar serviço adequado, na forma prevista nesta Lei, nas normas técnicas aplicáveis e no contrato; II - manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão; III - prestar contas da gestão do serviço ao poder concedente e aos usuários, nos termos definidos no contrato; IV - cumprir e fazer cumprir as normas do serviço e as cláusulas contratuais da concessão; V - permitir aos encarregados da fiscalização livre acesso, em qualquer época, às obras, aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, bem como a seus registros contábeis; VI - promover as desapropriações e constituir servidões autorizadas pelo poder concedente, conforme previsto no edital e no contrato; VII - zelar pela integridade dos bens vinculados à prestação do serviço, bem como segurá-los adequadamente; e VIII - captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço. Parágrafo único. As contratações, inclusive de mão-de-obra, feitas pela concessionária serão regidas pelas disposições de direito privado e pela legislação trabalhista, não se estabelecendo qualquer relação entre os terceiros contratados pela concessionária e o poder concedente.*

obrigações que o regulado deverá cumprir para uma fiscalização efetiva, tal como prestação de contas e manter inventáveis e registros de bens vinculados à concessão.

Por fim, tem-se a atividade julgadora, que se torna necessária uma vez que as agências também possuem incumbências quase jurisdicionais quando julga conflitos no setor, sejam eles entre agentes, usuários e agentes, entre usuários e até mesmo entre agentes e a entidade reguladora.¹³⁹

É através desses poderes que a atividade exercida pelas agências reguladoras se materializa, e sendo a regulação social meio eficaz, todos esses poderes ou atividades, em tese, são legítimos para a perseguição de fins sociais nas normas reguladoras. Por exemplo, quando uma agência impõe metas de universalização, que são instrumentalizadas por meio de normas, fiscalizadas e caso não cumpram, devem ser julgadas e sancionadas.

Em algum momento, todas essas funções já foram questionadas por sua efetividade e legalidade no direito brasileiro, contudo, passados mais de 20 anos da implantação do plano diretor da reforma do aparelho do estado, não se questiona mais a capacidade das agências emitirem normas, fiscalizar, sancionar ou julgar. A pergunta passa a ser como elas vem feito isso e como o desenho institucional regulatório se aprimora e é por isso que a análise dos instrumentos jurídicos regulatórios se torna rica a partir do que as agências têm efetivamente realizado, e esse é o objetivo do presente trabalho monográfico, olhar para o passado buscando compreender o presente e, quem sabe, apontar caminhos para o futuro.

2.5. Instrumentos jurídicos da regulação: modelo fiscalizatório e sancionador das agências reguladoras

As funções conferidas às agências reguladoras são, sem dúvida, ainda objeto de intensos debates sobre seu alcance, mas a maioria da literatura já se convence e defende que, em maior ou menor grau, todas fazem parte da função regulatória geral conferida às agências.

¹³⁹ FALCÃO, Joaquim; GUERRA, Sergio; ALMEIDA, Rafael. **Ordem Constitucional Econômica**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 122.

Na realidade, a cultura da regulação já se encontra sedimentada, a etapa atual a ser estudada é de sua eficácia no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que não se vislumbra a tecnicidade e cisão política esperada por esses entes. Deixa-se de questionar “quem somos” e passa-se a pergunta de “para onde e como vamos”, e é por isso que José Vicente de Mendonça afirma que não temos as agências reguladoras dos nossos sonhos, e sim das nossas possibilidades.¹⁴⁰

Assim, as políticas públicas regulatórias devem ser vistas de modo a esquivar-se do campo das possibilidades e se aproximar dos recursos pelos quais são instrumentalizadas, o que produz indícios mais sólidos sobre sua efetividade. Nesse ponto, utiliza-se da perspectiva do direito administrativo como “caixa de ferramentas” desenvolvida por Leonardo Coelho Ribeiro, que busca aproximar a estrutura da Administração Pública à eficiência e aprimoração da gestão olhando para os arranjos como verdadeiros recursos, sem que o foco seja dado à avaliação puramente da legalidade.¹⁴¹ A seu ver:

As ferramentas são (i) instrumentos dotados de recursos que podem ser identificados, (ii) assumindo a feição de instituições, gerando efeitos que oportunizam ou desincentivam condutas, e (iii) estruturando ações públicas dedicadas a realizar o interesse público. Portanto, abordar o direito administrativo como uma caixa de ferramentas traz consigo o objetivo de desenhar bons modelos institucionais de ação administrativa, a partir da vocação própria de cada instituto jurídico e dos incentivos que são capazes de produzir, de modo a otimizar a efetivação do interesse público perseguido em concreto.¹⁴²

Com base nisso, desenvolve-se a imprescindibilidade de uma regulação que produz corretos incentivos que de fato visem a universalização do serviço, e não se constitua tão somente como mais um entrave estatal ao privado, pautado sequer em razões econômicas tradicionais.

Costumeiramente, a norma jurídica é sinônimo de padrões de conduta que devem ser fixados sob coerção estatal e necessariamente fixam sanções, no correto exercício do poder de polícia administrativa. Sob esse aspecto, normas desprovidas de sanções são consideradas

¹⁴⁰ MENDONÇA, José Vicente Santos. **As Fases do Estudo Sobre Regulação da Economia na Sensibilidade Jurídica Brasileira**. R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 13, n. 17, p.284-301, jan./dez. 2015, p. 291.

¹⁴¹ RIBEIRO, Leonardo Coelho. O direito administrativo como caixa de ferramentas e suas estratégias. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 272, p. 209-249, nov. 2016, p. 214.

¹⁴² RIBEIRO, Leonardo Coelho. O direito administrativo como caixa de ferramentas e suas estratégias. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 272, p. 209-249, nov. 2016, p. 214.

subsidiárias ou até mesmo defeituosas.¹⁴³ Essa perspectiva se funda na clássica onipotência do poder de polícia, voltada à sujeição do particular e supremacia do interesse público, por meio de estruturas demasiadamente rígidas que exigem regras de condutas do administrado através de normas de comando e controle, e caso fosse necessário, com o uso da força.¹⁴⁴

Relembre-se que tão rígida estrutura tem relação com o próprio conceito clássico de serviço público, marcado por prerrogativas que se aplicam tão somente ao Estado e assim o afastam da prestação privada. Contudo, como se explicou, a transformação do direito administrativo acarretou que relações fundadas na supremacia do interesse público não são mais desejáveis, uma vez que são incompatíveis com o Estado Democrático de Direito e com o próprio funcionamento do Estado.

Contemporaneamente, essa perspectiva não se sustenta, uma vez que não há uma colisão prévia entre interesses públicos e privados a fundamentar que em todo o caso, o coletivo deve prevalecer, e constrói-se a ideia do postulado da proporcionalidade como condição para o reconhecimento de normas jurídicas, até mesmo em casos em que há notório interesse coletivo envolvido.¹⁴⁵ Nesse sentido, ainda que os objetivos de universalização sejam legítimos e garantidos no ordenamento jurídico brasileiro, deve-se ser compatibilizado com normas jurídicas protetoras de direitos fundamentais do privado, que são igualmente relevantes para coesão sistêmica.

Em outras palavras, em certas situações a autonomia privada é protegida juridicamente, e o Estado, *a priori*, não deve imputá-los condutas por meio de normas de comando e controle, ainda que os fins sejam socialmente desejáveis e tenham como base o interesse coletivo, que é justamente o caso dos investimentos em regiões carentes de infraestrutura. Além do mais, esse modelo possui uma certa eficácia limitada, pois ordens emitidas como ameaças acarretam permanentes conflitos e baixa adesão dos administrados.¹⁴⁶

¹⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 681.

¹⁴⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 160.

¹⁴⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 239, p. 1-32, jan. 2005, p.15-16.

¹⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 681.

Decorre desse ponto a afirmação de que a sanção administrativa não deve ser encarada como um fim em si mesma, e sim uma forma de se exercer a função regulatória que visa atingir legítimos objetivos na prestação do serviço público, já que o direito administrativo deve ser encarado como uma “caixa de ferramentas”. Com efeito, o real objetivo da fiscalização regulatória deve ser o aprimoramento do serviço público, e os instrumentos utilizados pelas agências devem necessariamente se pautar nesse fim, o que naturalmente inclui as sanções, mas não exclusivamente.

É claro que as normas de comando e controle possuem funcionalidade, especialmente por definirem parâmetros normativos que produzem igualdade de tratamento e fortalecem a segurança jurídica.¹⁴⁷ Contudo, apenas os parâmetros normativos, seguidos de uma correta fiscalização, por si só, não são capazes de garantir o adequado resultado, ou seja, a reversibilidade da conduta em multas que ingressarão nos cofres públicos e assim serão aplicados nos mais diversos fins coletivos.

Nesse ponto, é necessário trazer a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, que exercício de sua fiscalização aos órgãos e entidades públicas, expôs problemas no que tange a um dos principais instrumentos sancionadores das agências: as multas regulatórias. No Acórdão 1817/2010¹⁴⁸, verificou-se que apenas 3,7% das multas aplicadas foram efetivamente arrecadadas entre 2005 e 2009, o que põe em evidência a própria eficácia da sanção.

A Corte de Contas expôs que sua preocupação advém do reduzido percentual de multas arrecadas em relação às penalidades aplicadas, como resultado de diversos problemas institucionais expostos pelas entidades, tais como normas e procedimentos administrativos que

¹⁴⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p.164.

¹⁴⁸ Na TC nº. 022,631/2009-0 que culminou no Acórdão 1817/2010, foram fiscalizadas as multas aplicadas pelos seguintes órgãos e entidades: Agência Nacional de Águas - ANA, Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC, Agência Nacional do Cinema - ANCINE, Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, Agência Nacional de Petróleo - ANP, Agência Nacional de Saúde - ANS, Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ, Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, Banco Central do Brasil - BC, Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, Comissão de Valores Mobiliários - CVM, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, Superintendência de Seguros Privados - SUSEP e do próprio Tribunal de Contas da União - TCU (BRASIL, República Federativa do. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1817 - Plenário. Relator Ministro Raimundo Carreiro. Processo nº. 022.631/2009-0. Data da Sessão: 28.07.2010. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1155271%22>. Acesso em: 03.10.2020)

dificultam a arrecadação, número excessivo de instâncias recursais e prazos dilatados entre as etapas de cobrança, elevados níveis de multas suspensas ou canceladas em instâncias administrativas, suspensão da exigibilidade dos créditos por força de decisões judiciais, alterações frequentes na legislação, resultando na necessidade de reformular aspectos procedimentais, na extinção de multas ou na redução dos valores monetários associados às penalidades e insuficiência de recursos das entidades para fazer frente ao volume de penalidades aplicadas.¹⁴⁹

Esses problemas apontados pela fiscalização do TCU já evidenciam a falha no modelo regulatório, uma vez que, como já explicado, as características de independência e autonomia das agências reguladoras em relação à Administração Direta visavam justamente conferir estabilidade e previsibilidade nas regras do jogo, o que não ocorre com tantos problemas relacionados ao processo administrativo sancionatório. Assim, questiona-se as multas sob o aspecto de sua concentração na atividade regulatória, pois se não gera os corretos incentivos ao privado e sequer ingressam nos cofres públicos, não devem ser o aspecto primordial da atuação estatal.

Nesse ponto, desenvolve-se a necessidade de uma regulação responsiva, realmente preocupada com resultados, que combina medidas punitivas e persuasivas, considerando a cultura, as práticas e a história de cada setor regulado. Deve-se observar também a conduta dos agentes e como interagem e respondem a incentivos, fatores que influenciam na forma como a resposta estatal deve se dar.¹⁵⁰

A ideia de “regulação responsiva” é desenvolvida por Ian Ayres e John Braithwaite já em 1992, e parte do pressuposto de que a regulação deve ser feita em constante diálogo com o regulado e que visam mais incentivos do que sanções. Defendem os autores o modelo de pirâmides regulatórias e sancionatórias, o comportamento dos agentes é o norte para a regulação, estando na base sanções menos pesadas e mais negociais, enquanto o topo é reservado às condutas mais danosas, quando não há cooperação do particular.¹⁵¹

¹⁴⁹ BRASIL, Tribunal de Contas da União. Acórdão nº. 482/2012 – Plenário. Relator Ministro Raimundo Carreiro. Relatório de Levantamento nº. 022.631/2009-0. Data da Sessão: 07.03.2012. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1224280%22>. Acesso em: 27.09.2020.

¹⁵⁰ VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 133.

¹⁵¹ AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. **Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate**. Oxford: Oxford University Press, 1992, n.p.

Observando a realidade brasileira, Alice Voronoff estuda os modelos responsivos e propõe simplificações para sua adoção, baseando-se em três eixos: (i) eixo da conscientização, que parte do pressuposto de que a sanção nem sempre é mais adequada e nem é o único meio possível de se atingir os fins da norma, (ii) eixo de construção justificada, consubstanciando na necessidade de que o Poder Público se utilize de outros modelos que não o da sanção e, por fim, (iii) eixo da avaliação, baseado na institucionalização de constante monitoramento das normas e sua efetividade, visto que fatores da realidade podem tornar um instrumento mais ou menos efetivo, e por isso a apreciação deve ser contínua.¹⁵²

Essa perspectiva é valiosa no sentido de agregar as preocupações da autora a prática regulatória, como potencial transformador das relações que vem sendo realizadas e que se afastam, em muito, de um modelo ideal. É por isso que uma “regulação inteligente” é aquela que congrega a máxima da equidade com menor ineficiência dentro do possível, e visa incentivar o privado a condicionar um investimento em favor da universalização. Explica-se: se o objetivo de lucro for atrativo o suficiente para os investidores, haverá uma indução à promoção da ampliação do serviço, que simultaneamente irá universalizá-lo, pois o que para o privado é apenas uma condicionante, é o próprio objetivo da regulação.¹⁵³

É claro que não é tarefa simples, e justamente por isso que modelos mais responsivos não pretendem extinguir as normas de comando e controle e imposição de sanções, e sim colocá-las em uma posição subsidiária, através de um padrão que se preocupa mais com resultados do que com a conduta propriamente dita e que congrega outros instrumentos, tais como as já conhecidas prescrições indutivas, baseando-se em estímulos para conduzir comportamentos do privado.

Em certos casos, o que depende de correta avaliação do regulador da realidade observada, mecanismos menos intrusivos são mais eficientes, sejam eles autônomos ou complementar às sanções, através da introdução ou indução voluntária de comportamentos. A

¹⁵² VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 177-178.

¹⁵³ COUTINHO, Diogo Rosenthal. **Direito e economia política na regulação de serviços públicos**, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 147.

essência desse modelo é proporcionar recompensas para que o privado colabore com políticas públicas de determinado setor.¹⁵⁴

A indução se baseia na utilização de corretos incentivos que preservam a autonomia de escolha dos entes privados, agregando a prática de condutas socialmente satisfatórias. Em outras palavras, o privado possui vantagem em adotar uma posição que o Estado deseja, mas que seja punido caso não faça, como nos modelos sancionadores. Deve-se ter em mente que para que estratégias de indução sejam utilizadas na universalização, é necessário um constante acompanhamento das preferências do setor regulado, o que naturalmente não substitui os programas sociais do governo, que devem inclusive se comunicar com as estratégias regulatórias de redistribuição, através de um planejamento sistêmico.¹⁵⁵

Demais disso, há práticas consensuais que melhoram a qualidade das decisões regulatórias, uma vez que o particular pode externar seu entendimento sobre determinada situação e assim, reduzir a litigiosidade e aumentar a adesão. Esse modelo, contudo, possui limitações no sentido de que há valores que são, por essência, contraditórios, o que conduz a posicionamentos em certos casos, inconciliáveis.¹⁵⁶

Necessário pautar também que a regulação é setorial, ou seja, não há *per se* modelo mais eficiente, seja ele punitivo ou persuasivo. Assim, não é possível utilizar-se de soluções regulatórias abstratas, que não correspondem à realidade de cada setor econômico-social.¹⁵⁷ É por essa razão que no capítulo seguinte será avaliado efetivamente como as agências reguladoras de serviços públicos emitem comandos e instruem a universalização de serviços públicos no desenho institucional brasileiro.

¹⁵⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2016 p. 166.

¹⁵⁵ COUTINHO, Diogo Rosenthal. **Direito e economia política na regulação de serviços públicos**, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 148.

¹⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 683-648.

¹⁵⁷ VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 132-133.

CAPÍTULO 3 – ESTUDO DE CASO: COMANDOS UNIVERSALIZATÓRIOS EMITIDOS PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Esse capítulo faz parte da ideia de se conceber o direito como “caixa de ferramentas”, e para que isso seja possível, o ponto fulcral deve ser observar o direito como ele é mais do que como deveria ser, através da análise do desenho institucional das agências reguladoras em políticas de universalização.

Tendo isso em vista, a análise se concentrará nos comandos de universalização provenientes das agências reguladoras setoriais, em regular exercício de suas razões sociais. Adicionalmente, será elucidada a visão do Tribunal de Contas da União – TCU, órgão constitucionalmente encarregado da tarefa de fiscalização dos órgãos e entidades públicas, tais como as agências reguladoras.

Previsto no art. 71 da Constituição Federal de 1988¹⁵⁸, o Tribunal de Contas da União, no panorama constitucional atual, passa a deter o controle operacional em torno da legitimidade,

¹⁵⁸ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento; II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório; IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II; V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo; VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município; VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas; VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário; IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados. § 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis. § 2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito. § 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo. § 4º O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.

legalidade econômica dos atos do Poder Público, e não só das contas públicas como nos modelos constitucionais anteriores. A maturidade institucional desse órgão acabou por consolidar o controle operacional, que tem sentido amplo e atinge as decisões de gestão ou de atividade-fim da Administração Pública.¹⁵⁹

Dessa maneira, suas considerações se tornam valiosas na medida em que são avaliadas sua eficácia e coordenação com outros órgãos estatais, justamente o objeto do presente trabalho monográfico. Por isso, alinhado à perspectiva legislativa, serão ventiladas as contribuições da corte de contas para a presente pesquisa.

Não se pretende tecer considerações sobre a juridicidade da intensidade do controle realizado pelo Tribunal de Contas, tão somente trazer seu recorte como ferramenta de auxílio à efetividade das agências reguladoras de serviços públicos. Sob esse aspecto o TCU configura como válido instrumento de *check and balances* no desenho institucional brasileiro.

Como observado no Capítulo 1, pela visão restrita dos serviços públicos, estão sob a regulação de agências federais os seguintes serviços públicos: telecomunicações, energia elétrica, transporte terrestre de passageiros, portos, rodovias, ferrovias e água e esgoto. Adiante, será analisado cada uma das agências reguladoras e instrumentos que se utilizam.

3.1. Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL).

A Lei Geral de Telecomunicações substituiu o modelo anterior baseado no monopólio legal e propriedade estatal da maior parte das empresas, pautando-se nas diretrizes de concorrência entre empresas privadas e universalização. Estabeleceu, ademais, um duplo regime, em que certos serviços estão sob o prisma privado, enquanto outros sob o enfoque publicista, incidindo uma regulação mais intensa, além do regime híbrido entre público e privado.

¹⁵⁹ PALMA, J. B. DE; MARQUES NETO, F. DE A. Diálogos fora de esquadro: o controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 120, 8 jun. 2020. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/677>. Acesso em: 05.10.2020.

Registre-se, contudo, que estão excluídas das telecomunicações a atividade da internet quando possuem suporte serviço de telecomunicações¹⁶⁰, que são considerados “de valor adicionado” e não se submetem a regulação da ANATEL. Importante mencionar que com a Lei nº. 13.979/2020 e seu Decreto nº. 10.8282/2020, os serviços de telecomunicações e internet são considerados “serviços públicos e atividades essenciais”¹⁶¹ sob o enfoque das medidas excepcionais de enfrentamento a pandemia do coronavírus. Apesar disso, sua natureza não foi alterada para fins de incidência da LGT, de maneira que permanecem sendo prestadas em regime privado.

A distinção desse regime é importante uma vez que nos serviços de regime público, a própria União assegura a universalização,¹⁶² e nele estão enquadrados o serviço de telefonia fixa comutada (STFC), sendo prestados sob concessão ou permissão. O aspecto prático é que os relacionados à telefonia fixa comutada têm como política pública a universalização, enquanto o regime privado pauta-se na liberdade econômica, até mesmo na fixação de preços, e nele se encontram serviços como de celular, banda larga fixa e TV paga.

Com a promulgação da Lei nº. 13.879/2019, recente alteração da LGT, permitiu-se que o sistema fosse modificado, as operadoras sujeitas ao regime público podem migrar para o privado, desde que sejam realizados investimentos no setor. No entanto, a legislação é silente sobre as obrigações privadas de universalização, apesar de ampliar a incidência do regime privado.

Nesse sistema, as obrigações de universalização impostas às operadoras em regime público podem ser financiadas diretamente pela prestadora de serviços, de acordo com o

¹⁶⁰ Art. 61. Serviço de valor0 adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações. § 1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição. § 2º É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado, cabendo à Agência, para assegurar esse direito, regular os condicionamentos, assim como o relacionamento entre aqueles e as prestadoras de serviço de telecomunicações.

¹⁶¹ Decreto nº. 10.282/2020: Art. 3º As medidas previstas na Lei nº 13.979, de 2020, deverão resguardar o exercício e o funcionamento dos serviços públicos e atividades essenciais a que se refere o § 1º. § 1º São serviços públicos e atividades essenciais aqueles indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, assim considerados aqueles que, se não atendidos, colocam em perigo a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população, tais como: (...) VI - telecomunicações e internet;

¹⁶² Art. 64. Comportarão prestação no regime público as modalidades de serviço de telecomunicações de interesse coletivo, cuja existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se a assegurar.

contrato de concessão¹⁶³, ou por recursos do orçamento de fundo especificamente criado para esse intuito.¹⁶⁴ Trata-se do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações – FUST, criado pela Lei nº. 9.998/2000, com a finalidade de justamente financiar os programas de universalização. Contudo, a Lei do FUST incumbe ao Ministério das Comunicações¹⁶⁵ a formulação das políticas públicas, diretrizes gerais e as prioridades, cabendo à ANATEL tão somente a fiscalização dos programas, projetos e atividades que são aplicados os recursos do FUST, tais como elaboração da proposta orçamentária e prestação de contas da execução financeira do fundo.

Majoritariamente, o fundo é financiado pelas empresas tanto em regime público ou privado, de conforma compulsória, que devem contribuir com 1% sobre a receita operacional bruta, e caso não contribuam, estão sujeitas à aplicação de multa.¹⁶⁶ Nesse sentido, utiliza-se da ideia clássica de comando e controle para efetivar o mandato da regulação social.

Demais disso, o FUST somente se destina aos serviços prestados em regime público, subtraindo de sua esfera grande parte dos serviços, como a internet e telefonia móvel.¹⁶⁷ Nesse sentido, questiona-se a sua funcionalidade como política pública que efetivamente visa ampliar as telecomunicações, uma vez que é inegável que atualmente a telefonia fixa não assegura verdadeiramente o acesso e foi substituída pela predominância da internet.

¹⁶³Art. 80. *As obrigações de universalização serão objeto de metas periódicas, conforme plano específico elaborado pela Agência e aprovado pelo Poder Executivo, que deverá referir-se, entre outros aspectos, à disponibilidade de instalações de uso coletivo ou individual, ao atendimento de deficientes físicos, de instituições de caráter público ou social, bem como de áreas rurais ou de urbanização precária e de regiões remotas.(...) § 2º Os recursos do fundo de universalização de que trata o inciso II do art. 81 não poderão ser destinados à cobertura de custos com universalização dos serviços que, nos termos do contrato de concessão, a própria prestadora deva suportar.*

¹⁶⁴ Art. 81. *Os recursos complementares destinados a cobrir a parcela do custo exclusivamente atribuível ao cumprimento das obrigações de universalização de prestadora de serviço de telecomunicações, que não possa ser recuperada com a exploração eficiente do serviço, poderão ser oriundos das seguintes fontes: (...) II - fundo especificamente constituído para essa finalidade, para o qual contribuirão prestadoras de serviço de telecomunicações nos regimes público e privado, nos termos da lei, cuja mensagem de criação deverá ser enviada ao Congresso Nacional, pelo Poder Executivo, no prazo de cento e vinte dias após a publicação desta Lei.*

¹⁶⁵ Art. 2º *Caberá ao Ministério das Comunicações formular as políticas, as diretrizes gerais e as prioridades que orientarão as aplicações do Fust, bem como definir os programas, projetos e atividades financiados com recursos do Fundo, nos termos do art. 5º desta Lei.*

¹⁶⁶ Art. 82. *O descumprimento das obrigações relacionadas à universalização e à continuidade ensejará a aplicação de sanções de multa, caducidade ou decretação de intervenção, conforme o caso.*

¹⁶⁷¹⁶⁷ Há projetos de Lei que pretendem modificar essa aplicação, tal como o PL nº. 1481/2007, que visa destinar 75% do fundo para equipar estabelecimentos de ensino com redes digitais, ou o PL 3477/2020 visa permitir que o FUST seja utilizado para universalização da banda larga e telefonia celular, prevendo inclusive a aquisição de tablets e laptops para a distribuição a alunos e professores da rede pública de ensino básico, ou seja, visa adequar o FUST aos fins educacionais das telecomunicações. Até a finalização do presente trabalho monográfico, em 03.11.2020, ambos os projetos de lei não foram votados, e naturalmente outros podem surgir.

Independentemente de sua aplicação ser controversa, fato é que o FUST é uma das principais apostas na política de universalização de telecomunicações. Por tal razão, em alguns momentos o Tribunal de Contas da União analisou sua eficácia, no exercício do poder de controle sob órgãos e entidades públicas, sendo relevante à presente pesquisa trazer suas considerações.

Nesse sentido, verificou o TCU que do total do valor arrecado pelo FUST entre 2001 e 2016, que superou R\$20 bilhões, somente R\$340 mil, ou seja, menos de 0,002%, foram efetivamente utilizados na universalização dos serviços de telecomunicações.¹⁶⁸ Desses valores, o que foi efetivamente aplicado se referida a um programa chamado “Universalização de Serviços de Telecomunicações em Instituições de Assistência às Pessoas com Deficiência Auditiva (PMU I)”, aprovado por meio do Decreto 6.039/2007 e que permitia que as instituições cadastradas recebem instalação gratuita de linha telefônica e equipamentos de telefone fixo destinados a pessoas com deficiência auditiva.

As dificuldades na operacionalização do FUST já haviam sido apontadas anteriormente TCU no Acórdão 2.148/2005 – Plenário, em que a corte de contas averiguou limitações e barreiras que impediam a aplicação de seus recursos. Na ocasião, observou-se que a principal causa para a não aplicação dos recursos era a atuação ineficaz do Ministério das Comunicações, órgão a quem caberia a formulação da política pública que somente tinha estabelecido metas gerais e sem definição correta de prioridades. Já em 2005, o TCU alertava para o fato de que o FUST deveria ser destinado para ações voltadas à inclusão digital, e que não haveria entraves legislativos para esse propósito.¹⁶⁹

Esses dados indicam a ainda incapacidade das instituições de lidar com a universalização dos serviços, apesar do FUST ter sido implantado há 20 anos, além da falta de coordenação entre os entes responsáveis pela sua efetividade, ANATEL e Ministérios. Nesse

¹⁶⁸ BRASIL, Tribunal de Contas da União. Acórdão 749/2017 – Plenário. Relator Ministro Bruno Dantas. Processo nº. 033.793/2015-8. Data da Sessão: 12.04.2017. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2253073%22>. Acesso em: 27.09.2020.

¹⁶⁹ BRASIL, Tribunal de Contas da União. Acórdão 2148/2005 – Plenário. Relator Ministro Ubiratan Aguiar. Processo nº. 010.889/2005-5. Data da Sessão: 07.12.2005. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-26634%22>. Acesso em: 27.09.2020.

caso, a atuação da ANATEL se limita ao controle exclusivo dos gastos efetuados dentro da sua unidade orçamentária, o que restringe a autonomia da agência na formulação da política pública setorial, exercendo meramente a função fiscalizatória.

Assim, o FUST, que é o principal instrumento de universalização das telecomunicações, implantado desde 2002, não está sendo corretamente utilizado, seja porque é limitado a um serviço que carece de relevância na atualidade ou porque depende de formulações ministeriais que muitas vezes não ocorrem.

Contudo, a atuação da ANATEL não se limita ao FUST. No próprio sítio eletrônico da agência há indicação de outras políticas de universalização, e além da telefonia fixa, objeto das metas de universalização, há os seguintes projetos: (i) Programa Banda Larga nas Escolas (PBLE), (ii) Plano Nacional de Banda Larga (PNBL), (iii) Ampliação do serviço móvel celular, (iv) Ampliação da banda larga fixa, e, por fim, o (v) Plano Estrutural de Rede de Telecomunicações – PERT.¹⁷⁰

A maioria desses programas impõem obrigações para que as operadoras realizem programas específicos, como o PBLE, que se utiliza das concessionárias do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC para implantar internet nas escolas públicas até dezembro de 2025.¹⁷¹ Do mesmo modo, o PNBL obriga as concessionárias a massificar o acesso à banda larga em municípios.¹⁷²

Esses programas são objeto de Processos de Acompanhamento e Controle – PAC e de Procedimentos de Apuração de Descumprimento de Obrigações – PADO,¹⁷³ através de uma sistemática eminentemente de normas de comando e controle que dependem da efetividade da fiscalização das agências e se submetem aos problemas das multas regulatórias, como foi analisado no Subcapítulo 2.5.

¹⁷⁰ Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/setorregulado/universalizacao-universalizacao>. Acesso em 11.08.2020.

¹⁷¹ Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/setorregulado/universalizacao-universalizacao>. Acesso em 11.08.2020.

¹⁷² Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/setorregulado/universalizacao-universalizacao>. Acesso em 11.08.2020.

¹⁷³ Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/setorregulado/plano-banda-larga-nas-escolas>. Acesso em: 11.08.2020.

Uma estratégia relevante é a da ampliação do serviço móvel celular no qual há compromissos de abrangência nos próprios editais de licitação de radiofrequência, apesar de as operadoras não estarem submetidas às obrigações de universalização, por seu regime privatista.¹⁷⁴ Nesse caso, devem cobrir todos os municípios do país com 3G, todos acima de 30 mil habitantes com o 4G e com a eminência da realização de leilão de 5G no Brasil, é possível que sejam realizadas novas metas de ampliação.

Já em relação à ampliação da banda larga, o método da ANATEL tem sido no sentido de facilitar a obtenção de outorga, através da dispensa de autorização para empresas com menos de 5.000 assinantes, bem como a definição de prestadores de pequeno porte no Plano Geral de Metas de Competição.¹⁷⁵ Nesse sentido, pode ser visto como um incentivo realizado pela ANATEL para que prestadores menores também ingressem no mercado, estimulando a concorrência.

Por fim, a agência estrutura o Plano Estrutural de Rede de Telecomunicações – PERT, importante instrumento na dimensão da avaliação, conforme a classificação proposta por Alice Voronoff e explicada no Subcapítulo 2.5. Com previsão no artigo 22 da Lei nº. 9.472/1997¹⁷⁶, tem como objeto realizar o diagnóstico da situação da banda larga no Brasil, e assim permitir que a agência adote ações efetivas na ampliação do acesso em determinadas regiões.

Além do mais, o plano deve demonstrar quais são as lacunas nas redes de transporte e acesso e apresentar quais são os projetos que são capazes de suprir os problemas de infraestrutura, bem como a origem do financiamento. Acertadamente, a ANATEL tratou a questão da universalização com seriedade e aprovou em 14.06.2019, através do Acórdão nº. 309/2019, o plano que deve ser atualizado anualmente e revisado quinquenalmente.¹⁷⁷

¹⁷⁴ A exemplo dos editais n.º 002/2007/SPV – ANATEL, n.º 002/2010/PVCP/SPV – ANATEL e n.º 004/2012/PVCP/SPV – ANATEL. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/setorregulado/component/content/article/115-universalizacao-e-ampliacao-do-acesso/telefoniamovel/423-telefoniamovel-municipios-atendidos>. Acesso em: 19.09.2020.

¹⁷⁵ Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/setorregulado/plano-banda-larga-nas-escolas> Acesso em: 11.08.2020.

¹⁷⁶ Art. 22. *Compete ao Conselho Diretor: (...) III - propor o estabelecimento e alteração das políticas governamentais de telecomunicações; (...) IX - aprovar os planos estruturais das redes de telecomunicações, na forma em que dispuser o regimento interno.*

¹⁷⁷ Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/dados/pert>. Acesso em: 03.10.2020.

Importante ressaltar que no caso do setor de telecomunicações, o controle político das atividades privadas regulamentadas, e portanto fora da esfera publicista, é tão sofisticado que acaba por impor a universalidade, tradicional princípio ou dever de serviço público, fenômeno comum, já que com a intensificação do regime de concessões, as atividades estão cada vez mais sendo prestadas pelo privado.¹⁷⁸ Assim, ainda que, em tese, a ampliação do acesso somente seja cabível em casos de regime publicista, é possível que os procedimentos privados sejam modelados para a defesa de uma regulação social (ou econômico-social).

Baseando-se no desenho institucional da ANATEL, é possível concluir que há diversos mecanismos pelos quais a agência visa universalizar os serviços, ainda que grande parte se submeta ao regime privado não estejam sujeitos a restrições tão intensas. Note-se, contudo, que carece de estratégias regulatórias que não dependam de sanções, e que o principal instrumento de universalização, o FUST, não é corretamente aplicado, até porque independe da ANATEL a sua formulação. Apesar disso, investe a ANATEL na avaliação de seus instrumentos regulatórios por meio do PERT, como expressão de uma regulação preocupada com os resultados que produz.

3.2. Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL).

Ainda antes da ANATEL, a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL foi criada através da Lei nº. 9.427/1996, e possui a competência de regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica.¹⁷⁹ Suas atribuições compreendem todos os segmentos do setor, intrinsecamente relacionados com o interesse dos consumidores no fornecimento de energia.

Assim como outros serviços públicos, o setor elétrico passou por um processo de esgotamento da capacidade estatal de financiamento na década de 1980. Apesar disso, a Constituição de 1988 inicialmente não previa a participação do privado, o que somente deu por

¹⁷⁸ MUKAI, Toshio, **Concessões, Permissões e Privatizações de Serviços Públicos**, 3º ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1998, p.5.

¹⁷⁹ Art. 2º A Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.

meio da Emenda Constitucional nº. 6 de 1995, que alterou o artigo 176, §1º da CRFB/88¹⁸⁰ e permitiu a exploração da energia elétrica por meio de concessão ou autorização.

Inicialmente, é necessário explicar que o mercado de energia elétrica é formado por quatro diferentes seguimentos, que são a geração, transmissão, distribuição e comercialização. Há variadas formas de prestação dentro de cada um dos processos, que vão desde o regime de concessões à produção independente, comportando discussões sobre a intensidade das restrições estatais. Contudo, o que interessa para fins da presente pesquisa é o regime de distribuição, pois é ele que trata efetivamente do consumidor final¹⁸¹ e tem relação com o real acesso à população.

Em que pese a reformulação do setor elétrico ter ocorrido em 1996, a preocupação com a aplicação do acesso somente se deu em 2002, através da promulgação da Lei nº. 10.438/2002, que tem como escopo justamente dispor sobre a universalização da energia elétrica e outras questões relacionadas ao melhor aproveitamento da infraestrutura elétrica brasileira. Pelo normativo, cabe à ANEEL fixar metas de universalização a serem cumpridas pelas concessionárias e permissionárias, estabelecendo a própria lei aspectos técnicos a serem executados pelas entidades privadas, incumbindo à agência verificar o seu cumprimento¹⁸², em regular exercício de suas funções normativas e fiscalizadoras. Entretanto, a lei não prevê diretamente a possibilidade de se impor multas caso seja descumprido, autorização proveniente da competência fiscalizatória geral.

Ao regulamentar a Lei, por meio da Resolução nº. 223/2003, foi estabelecido o marco para a universalização do atendimento com energia elétrica. O Decreto nº. 4.873/2003, por sua

¹⁸⁰ Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra. § 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

¹⁸¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Editora Fórum, Belo Horizonte:2017, p. 300.

¹⁸² Art. 14. No estabelecimento das metas de universalização do uso da energia elétrica, a Aneel fixará, para cada concessionária e permissionária de serviço público de distribuição de energia elétrica: (...) § 8º O cumprimento das metas de universalização será verificado pela ANEEL, em periodicidade no máximo igual ao estabelecido nos contratos de concessão para cada revisão tarifária, devendo os desvios repercutir no resultado da revisão mediante metodologia a ser publicada. (...)

vez, instituiu o Programa Nacional de Universalização do Acesso e Uso da Energia Elétrica – Programa Luz para Todos, que antecipou as metas de universalização para 2008, política pública que veio a se tornar o principal instrumento de ampliação do acesso nesse serviço.

De acordo com estudo realizado Instituto Interamericano de Cooperação para a Agricultura – IICA, o Ministério de Minas e Energia à época foi o responsável pela coordenação do programa e orientou sua equipe a buscar o envolvimento da ANEEL com a finalidade de que o poder regulatório decorrente obrigasse o cumprimento das metas, estabelecendo sanções.¹⁸³ Veja-se que o órgão regulador é utilizado como instrumento de fiscalização daquilo que determina o Ministério, e por isso suas competências são operacionalizadas para o atingimento desse fim.

A regulamentação do Programa Luz para Todos no âmbito da ANEEL se deu por meio da Resolução nº. 223/2003, sendo que a participação da agência no programa se qualifica na assinatura conjunta dos Termos de Compromisso. Referidos instrumentos estabelecem metas e prazos do programa, e por meio deles que a fiscalização é guiada, tornando as concessionárias suscetíveis de sanções caso sejam descumpridas.

O custeio do programa provém da Conta de Desenvolvimento Energético – CDE, subvenção econômica instituída por meio da Lei nº. 10.438/2002. Sua formulação sofreu alterações ao longo dos governos, mas atualmente, com a redação dada pela Lei nº. 12.783/2012, os recursos de custeio da CDE decorrem de quotas anuais pagas pelos agentes que comercializam energia com o consumidor final, mediante encargo tarifário incluído nas tarifas de uso dos sistemas de transmissão ou de distribuição, dos pagamentos anuais realizados a título de uso de bem público e das multas aplicadas pela Aneel às concessionárias, permissionárias e autorizadas.

Assim é o panorama do Programa Luz para Todos, que depende da coordenação entre órgãos ministeriais e Aneel, a última com funções meramente fiscalizatórias, naturalmente, por suas competências não serem tão amplas como a de agências que possuem atributos de poder concedente.

¹⁸³ BRASIL, República Federativa. Universalização de acesso e uso da energia elétrica no meio rural brasileiro: lições do Programa Luz para Todos / IICA – Brasil: IICA, 2011, p. 45. Disponível em: <<http://repiica.iica.int/docs/B2112p/B2112p.pdf>>. Acesso em: 28.08.2020.

Além da universalização, a CDE também visa conceder descontos tarifários para diversos usuários de baixa renda, custeia a geração de energia elétrica nos sistemas eólicos isolados, paga indenizações de concessões, garante a modicidade tarifárias e visa promover a competitividade do carvão mineral nacional. Destaca-se a Tarifa Social de Energia Elétrica, criada pela Lei nº. 10.438/2002 e que permite que sejam concedidos descontos para consumidores que se enquadram na subclasse residencial baixa renda. O programa depende de avaliação de requisitos para obtenção do subsídio, que é realizado em conjunto pelo ministério e ANEEL.

Assim como o FUST, a atuação da ANEEL ao longo dos anos foi alvo de fiscalização do Tribunal de Contas da União, que se torna relevante a presente pesquisa por suas observações relevantes quanto ao papel da agência na efetivação da universalização. Com efeito, em processo que visava verificar a eficiência do custeio de políticas públicas com base em subsídios da Conta de Desenvolvimento Energético, o TCU identificou a ineficiência do acompanhamento a cargo da ANEEL em relação aos subsídios da CDE, tendo em vista que as fiscalizações da agência atingem somente 48,2% da estimativa de despesas da CDE que estão sob a sua competência.¹⁸⁴

Havia, ademais, pouco ou nenhum incentivo às distribuidoras para que realizem atualizações cadastrais com vistas a melhorar o ambiente fiscalizatório, o que levou à corte de contas a determinar à ANEEL que apresentasse plano de ação que assegurasse que todos os subsídios custeados pela CDE passem por fiscalizações quanto ao atendimento dos requisitos legais e regulamentares de elegibilidade à fruição desses subsídios.¹⁸⁵

Necessário destacar também o Acórdão 1846/2019 – Plenário, originado de levantamento que visava compreender a articulação entre programas do Governo Federal para o alcance dos objetivos das políticas públicas voltadas para convivência com o Semiárido, mas

¹⁸⁴ BRASIL, Tribunal de Contas da União. Acórdão 1215/2019 – Plenário. Relator Ministro Aroldo Cedraz. Processo nº. 032.981/2017-1. Data da Sessão: 29.05.2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2304349%22>. Acesso em: 03.10.2020.

¹⁸⁵ BRASIL, Tribunal de Contas da União. Acórdão 1215/2019 – Plenário. Relator Ministro Aroldo Cedraz. Processo nº. 032.981/2017-1. Data da Sessão: 29.05.2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2304349%22>. Acesso em: 03.10.2020.

que identificou a ANEEL como grupo de entidades que causam impacto na região. Na ocasião, explicou a agência que seu papel na CDE se limita a transferir os recursos arrecadados a título de uso de bem público e das multas aplicadas para a CDE, mas que o programa é efetivamente coordenado pelo Ministério de Minas e Energia – MME, órgão competente para o estabelecimento de metas.

O TCU verificou, no entanto, que o sucesso da universalização passa pela fixação de metas pelo MME, ministério que possuía baixo índice de gestão de governança. Para a corte de contas, o quadro do ministério representa um risco para fixação de metas e para o próprio acompanhamento realizado pela ANEEL e outras entidades, como a Eletrobrás.¹⁸⁶ Esse diagnóstico é decorrente da própria ideia de que a agência serviria tão somente como um braço de fiscalização das políticas públicas ministeriais, o que de certa forma reduz as expectativas de autonomia de gestão do órgão regulador.

Apesar disso, em sentido prognóstico, destaca a ANEEL que nas áreas urbanas, todas as distribuidoras do país se encontram universalizadas, restando apenas 14 distribuidoras na área rural prestando o seu Plano de Universalização. Ademais, após o atingimento da meta, a prestação se dá de acordo com parâmetros de condições gerais de fornecimento pela agência.¹⁸⁷

Com base nessas informações, observa-se que ANEEL não atua de forma protagonista na universalização do setor elétrico, e mesmo em áreas que é capaz de atuar – como nas atualizações cadastrais, conforme apontado pelo TCU – há baixa atuação da agência. Assim, ainda que a ampliação do acesso seja efetivamente tratada como um dos pilares do setor elétrico desde 2002, carece de mecanismos de atuação responsiva. Apesar disso, poucas são as áreas que carecem de energia elétrica no Brasil, o que produz a desnecessidade de ampla política pública futura.

3.3. Agência Nacional de Transporte Terrestre (ANTT).

¹⁸⁶ BRASIL, Tribunal de Contas da União. Acórdão 1846/2019 – Plenário. Relator Ministro Augusto Nardes. Processo nº. 023.407/2018-2. Data da Sessão: 07.08.2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2350680%22>. Acesso em: 05.10.2020.

¹⁸⁷ Disponível em: <<https://www.aneel.gov.br/universalizacao>> Acesso em: 04.09.2020.

A ANTT é a responsável pela regulação de três serviços públicos: o transporte de passageiros, rodovias e ferrovias. No exercício dessas atribuições, atua na exploração dos serviços de infraestrutura ferroviária e arrendamento dos ativos operacionais correspondentes, no transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, transporte de cargas, exploração de infraestrutura rodoviária federal, transporte multimodal e transporte de cargas especiais e perigosas em rodovias e ferrovias.

Foi criada por meio da Lei nº. 10.233/2001¹⁸⁸ e sua prestação se dá por meio de (i) concessões, quando se trata de exploração de infraestrutura de transporte público e de serviços relacionados à infraestrutura, (ii) permissões, quando se trata de serviços de transporte terrestre coletivos de passageiros desvinculado da exploração de infraestrutura e, por fim, (iii) autorizações, quando são serviços não regulares de serviços de transporte terrestre coletivo de passageiros ou de exploração de infraestrutura de uso privativo.

Naturalmente, nem todas as atividades reguladas pela ANTT são consideradas serviços públicos, tendo em vista que àquilo que é objeto de autorização é tão somente atividade privada regulamentada. Há, contudo, um âmbito bem claro de que as concessões e permissões são serviços públicos e, portanto, sujeitos ao regime publicista.

No Decreto nº. 4130/2002, que dispõe sobre o regulamento da ANTT, é conferida a competência à agência para disciplinar o cumprimento de obrigações de universalização e de continuidade atribuídos aos prestadores de serviços de transporte terrestre.¹⁸⁹ Entretanto, em pesquisa realizada na legislação da ANTT¹⁹⁰ não foi possível identificar norma da agência que dispusesse sobre universalização, a exemplo do que ocorre na ANATEL e ANEEL. Carece também de área específica em seu sítio eletrônico destinada à compreensão da universalização dos serviços regulados pela ANTT.

¹⁸⁸ Art. 1º Constituem o objeto desta Lei: (...) III – criar a Agência Nacional de Transportes Terrestres;

¹⁸⁹ Art. 6º No exercício de seu poder normativo, caberá à ANTT disciplinar, dentre outros aspectos, a outorga, a prestação, a comercialização e o uso dos serviços, bem como:
(...) XII - disciplinar o cumprimento das obrigações de universalização e de continuidade atribuídas aos prestadores de serviços de transporte terrestre;

¹⁹⁰ Disponível em: <http://portal.antt.gov.br/index.php/content/view/43676/Legislacao.html>. Acesso em: 04.09.2020.

Como a universalização significa uma obrigação do prestador, seja o Estado ou particular, de levar o serviço para a maior quantidade de pessoas em determinado território, é extraível da própria Lei nº. 10.233/2001, criadora da ANTT, princípios gerais no gerenciamento da infraestrutura que conduzem à universalização, em especial a promoção do desenvolvimento econômico-social e asseguarção da unidade nacional, bem como a integração regional.¹⁹¹

Na realidade, como já pormenorizado no subcapítulo 1.3, a obrigação de universalização decorre do próprio regime jurídico de serviços públicos, aplicando-se independentemente de a legislação setorial assim prever, visto que tem fundamento na Constituição Federal e nos princípios dela decorrentes. Ocorre que para que seja instrumentalizada pelas agências reguladoras, deve haver previsão legal nesse sentido, de fato há genericamente a disposição no seu decreto regulamentador.

Por outro lado, em um esforço argumentativo, a universalização no setor de transportes terrestres e ferrovias se dá por meio da ampliação da infraestrutura, e aqui, não se inserem todos os investimentos, mas somente aqueles relacionados à ampliar a malha, sejam rodovias ou ferrovias, assim, falam-se em programas de criação de ativos, e não de transferência de ativos do público para o privado. Contudo, não é na preocupação com os problemas de infraestrutura que se insere o objeto de estudo do trabalho monográfico, e sim especificamente em qual o papel das agências reguladoras nesse ponto.

Ao longo dos anos, o setor de infraestrutura de transportes passou por planos governamentais que visam sua aprimoração. Dentre eles, destaca-se a Lei nº. 13.448/2017, norma que estabeleceu simultaneamente um regime de relicitações e prorrogação de concessões nos setores rodoviário, aeroportuário e ferroviário da Administração Pública Federal.

Dentre as atribuições legais, encontra-se a possibilidade de serem realizadas prorrogações antecipadas caso os concessionários empreendam recursos tanto em malha

¹⁹¹ Art. 11. *O gerenciamento da infra-estrutura e a operação dos transportes aquaviário e terrestre serão regidos pelos seguintes princípios gerais: I – preservar o interesse nacional e promover o desenvolvimento econômico e social; II – assegurar a unidade nacional e a integração regional; (...)*

própria quanto nas de interesse da Administração Pública,¹⁹² os chamados investimentos cruzados. Essa medida se aproxima ao conceito de universalização, uma vez que o Poder Público pode se utilizar dessa hipótese para ampliar a malha para regiões que ainda carecem de adequada infraestrutura de transporte terrestre.

Essa hipótese foi analisada pelo Tribunal de Contas da União, recomendando o órgão de controle que a realização de investimentos sem prévia licitação fere o dever de licitar, propondo no caso concreto alisado que a ANTT ajustasse os estudos para que os investimentos previstos no termo aditivo de prorrogação antecipada sejam realizados mediante devida licitação de seus objetos.¹⁹³ A realização de investimentos diretamente por aquele que prorroga seu próprio contrato de concessão, portanto, não tem parâmetro na ordem jurídica, o que não exclui a possibilidade de que os valores sejam licitados e assim o investimento realizado.

Nesse caso, cabe à ANTT o papel protagonista de autorizar os projetos no âmbito das outorgas,¹⁹⁴ o que em outras palavras, permite que a agência direcione os investimentos de acordo com o interesse coletivo. Assim, ainda que a universalização não esteja concretizada através de planos e metas como fazem outras agências, a ANTT também participa da regulação, e nesse caso, como forma indutiva, uma vez que os concessionários possuem como incentivo a ampliação da malha, já que assim terão seus próprios contratos prorrogados.

Desse modo, a universalização ainda é demasiadamente tímida no setor de transportes terrestres, em que pese sua clara correlação com a satisfação de outros direitos fundamentais, como o acesso à saúde, cultura, educação e entre outros. Carece ainda de marco regulador que coloque a ampliação do acesso como fundamental e principiológica, o que poderia centralizar a discussão para o atingimento de metas, a exemplo do que ocorre em outros setores.

¹⁹² Art. 25. O órgão ou a entidade competente é autorizado a promover alterações nos contratos de parceria no setor ferroviário a fim de solucionar questões operacionais e logísticas, inclusive por meio de prorrogações ou relicitações da totalidade ou de parte dos empreendimentos contratados. § 1º O órgão ou a entidade competente poderá, de comum acordo com os contratados, buscar soluções para todo o sistema e adotar medidas diferenciadas por contrato ou por trecho ferroviário que considerem a reconfiguração de malhas, admitida a previsão de investimentos pelos contratados em malha própria ou naquelas de interesse da administração pública.

¹⁹³ BRASIL, Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º. 1947/2020 – Plenário. Relator Ministro Bruno Dantas. Processo n.º. 018.842/2019-4. Data da Sessão: 29.07.2020. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2411469%22>. Acesso em: 27.09.2020.

¹⁹⁴ Art. 24. Cabe à ANTT, em sua esfera de atuação, como atribuições gerais: (...) IX - autorizar projetos e investimentos no âmbito das outorgas estabelecidas;

3.4. Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ).

Inicialmente, o projeto de regulação do setor de transportes previa somente uma agência geral de transportes, que além do aquaviário, agregaria as competências da ANTT. Ocorre que, por emendas parlamentares, foram criadas por meio da Lei nº. 10.233/2001 duas agências reguladoras, a ANTAQ e ANTT¹⁹⁵, com competências e modos de atuação distintos.

Especificamente em relação à regulação portuária, é necessário fazer a distinção de seu marco regulador – Lei nº. 12.825/2013 – diferencia os modos de prestação do serviço entre Porto Organizado e Terminais de Uso Privado. Enquanto as áreas do Porto Organizado podem ser exploradas por meio de concessão do porto como um todo ou por arrendamento de suas áreas específicas, os Terminais de Uso Privado são aproveitados por meio de autorização.¹⁹⁶ Assim, conduz-se a regime híbrido, em que nem todas atividades reguladas pela ANTAQ são serviços públicos, assim como em outras agências reguladoras.

Em relação aos portos organizados, discute-se a natureza jurídica dos arrendamentos, pois apesar de se originarem em figura típica de direito civil, similar à locação, possuem características de concessão de serviço público. Assim entendeu o Tribunal de Contas da União, ao sacramentar o que se segue:

O arrendamento portuário, por decorrer da exploração de bem público definido no art. 21, XII, 'f', da Constituição Federal de 1988, resulta na prestação de um serviço público, cujas regras são estabelecidas em contrato administrativo regido pelo Direito Público, aplicando-se supletivamente, a legislação que rege as contratações e concessões, assim como os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.¹⁹⁷

Do mesmo modo, a doutrina já asseverava que desde a Lei nº. 8.630/1993 – antiga Lei dos Portos –, os arrendamentos constituíam-se como subconcessões *sui generis* de serviço público. Tendo em vista que atrelados aos arrendamentos as exigências relativas a quantidades, padrões e metas mínimas, bem como a percepção dos frutos decorrentes do serviço são deveres,

¹⁹⁵ Art. 1º Constituem o objeto desta Lei: (...) IV – criar a Agência Nacional de Transportes Aquaviários;

¹⁹⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*, 4ª edição. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2017, Capítulo VIII.6.

¹⁹⁷ BRASIL, Tribunal de Contas da União. Acórdão 2869/2009 – Plenário. Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues. Processo nº. 021.253.2008-2. Data da Sessão: 02.12.2009. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1141267%22>. Acesso em: 27.09.2020.

e não faculdades conferidas ao privado, seria possível classificar que são similares às concessões de serviço público.¹⁹⁸

Apesar de tanto as concessões quanto os arrendamentos se tratarem de serviço público, e, portanto, sujeitos ao dever de universalização, não há, assim como na ANTT, normas expressamente direcionadas a efetivar o comando. O que há na Lei que criou a ANTAQ é uma competência conferida ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes para que proporcione a ampliação,¹⁹⁹ órgão diverso da agência reguladora.

Importante notar que, *per se*, serviço mais ou menos público, visto que todos que possuem essa classificação estão intimamente relacionados à concretização de direitos fundamentais. No caso dos transportes, é claro que a sua oferta se conecta ao desenvolvimento de determinada região, que além de ter importante aspecto comercial, participa do dia a dia dos cidadãos e sua necessidade de se transportar.

Nesse sentido, a própria ANTAQ, em estudo realizado em conjunto com a UFPA, afirma que na região amazônica o transporte fluvial de passageiros tem relevante cunho social, já que em certas áreas é o único modal disponível.²⁰⁰ Contudo, reconhece que a infraestrutura fluvial carece de terminais e embarcações adequadas, comprometendo a segurança dos passageiros na região, além de atentar pela falta de fiscalização e necessidade de políticas públicas que compreendam a importância do serviço.²⁰¹

¹⁹⁸ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; LEITE, Fábio Barbalho. Peculiaridades do contrato de arrendamento portuário. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 231, p. 269-296, jan. 2003. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45828>>. Acesso em: 03 Out. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v231.2003.45828>.

¹⁹⁹ Art. 80. *Constitui objetivo do DNIT implementar, em sua esfera de atuação, a política formulada para a administração da infra-estrutura do Sistema Federal de Viação, compreendendo sua operação, manutenção, restauração ou reposição, adequação de capacidade, e ampliação mediante construção de novas vias e terminais, segundo os princípios e diretrizes estabelecidos nesta Lei.*

²⁰⁰ BRASIL, Agência Nacional De Transportes Aquaviários. Caracterização da Oferta e da Demanda do Transporte Fluvial de Passageiros e Cargas na Região Amazônica, Belém, 2018, p. 90-91. Disponível em: <http://portal.antaq.gov.br/wp-content/uploads/2018/08/Relat%C3%B3rio-Produto-5-Final-21.05.2018.pdf>. Acesso em: 21.09.2020.

²⁰¹ BRASIL, Agência Nacional De Transportes Aquaviários. Caracterização da Oferta e da Demanda do Transporte Fluvial de Passageiros e Cargas na Região Amazônica, Belém, 2018, p. 90-91. Disponível em: <http://portal.antaq.gov.br/wp-content/uploads/2018/08/Relat%C3%B3rio-Produto-5-Final-21.05.2018.pdf>. Acesso em: 21.09.2020.

Com efeito, há um campo a ser explorado na universalização dos serviços de transporte – sejam eles terrestres ou aquaviários – o que depende da promulgação de marcos reguladores setoriais voltados a focalizar na ampliação do acesso. Há setores, tais como de energia elétrica, saneamento básico e telecomunicações em que o dever de melhorar a cobertura é considerado relevante e essencial, e por isso há arranjos institucionais aprimorados para tanto, o que não ocorre nos transportes. Assim, a concretização do dever de ampliar o acesso está limitada ao que o legislador, quando define metas e desenvolvimento, colocar a universalização como uma prioridade.

3.5. Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA).

Criada por meio da Lei nº. 9.984/2000, a Agência Nacional de Águas se concretizava como entidade responsável pela Política Nacional de Recursos Hídricos, com competências que tangiam à garantia da segurança hídrica do país. Contudo, com a promulgação da Lei nº. 14.026/2020, o chamado novo marco legal do saneamento básico, ingressa no seu escopo a regulação do serviço de saneamento básico, e sua denominação é alterada para Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico.

Cabe ressaltar, contudo, que essa extensão de competência já havia sido feita por meio da Medida Provisória nº.844/2018, que, no entanto, perdeu sua vigência em 21.11.2018, conforme publicado no Diário Oficial da União da mesma data. Nesse sentido, somente com o estabelecimento do marco legal que se tem verdadeiramente uma modificação mais profunda no seu funcionamento institucional.

Até a remodelamento de competência, a ANA era apenas uma agência reguladora de exploração de bens públicos, mas com a inserção do serviço de saneamento básico no seu rol de atribuições, passou a ser também uma agência reguladora de serviços públicos. Sendo assim, com essa nova modelagem, que impacta profundamente nas competências da entidade pública, passou a adentrar o objeto do presente estudo.

Cumprir registrar que o saneamento básico no desenho institucional brasileiro, de acordo com a Lei nº. 14.026/2020, compreende o conjunto de serviços públicos, infraestruturas e instalações operacionais de: (i) abastecimento de água potável, (ii) esgotamento sanitário, (iii)

limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e, por fim, (iv) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas.

A preocupação com o desenvolvimento do acesso não é novidade do novo marco regulador, uma vez que a legislação anterior – Lei nº. 11.445/2007 – já previa que a universalização era um dos princípios que fundamentavam a prestação do serviço de saneamento.²⁰² Na realidade, o novo marco legal, dentre outros aspectos, inova ao trazer a condição da ANA como protagonista, até mesmo em aspectos de regulação social.

Mais do que um princípio, ao alcance de toda população ao saneamento é um dos pilares que motivou a sua reforma legislativa. Da exposição de motivos, extrai-se que são necessários R\$ 22 bilhões por ano para alcançar a universalização, e que no cenário econômico atual esses valores só serão possíveis de serem captados por meio da iniciativa privada, com apoio dos Estados e Municípios.²⁰³

Assim, a expectativa governamental é que com as privatizações, sejam impulsionados novos investimentos para melhorar e ampliar o serviço, o que naturalmente tem relação com a própria qualidade de vida da população brasileira. Tendo em vista a recentíssima aprovação da Lei nº. 14.026/2020 frente ao desenvolvimento do trabalho monográfico, em 15.07.2020, a pesquisa limitar-se-á aos instrumentos legais e proposições sobre sua efetividade.

O primeiro ponto a ser registrado é que a própria Lei estabeleceu como meta que os serviços de água e esgoto sejam universalizados até 31 de dezembro de 2033²⁰⁴. Assim, os contratos deverão prever as metas para atendimento de 99% da população no que tange ao acesso a água potável e 90% em relação aos serviços de coleta e tratamento de esgoto, devendo os contratos em vigor serem alterados para essas previsões até 31.03.2022.

²⁰² Art. 2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais: I - universalização do acesso; (...)

²⁰³ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2213200>. Acesso em: 19.09.2020.

²⁰⁴ *Art. 11-B. Os contratos de prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão definir metas de universalização que garantam o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e de 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033, assim como metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento.*

Conforme informa o indicador Painel Saneamento, em 2018 somente 83,6% da população brasileira possuía acesso à água e 46,9% não possuía acesso a coleta de esgoto, isso significa que em todo o Brasil, há 33.129.083 pessoas sem acesso à água e 94.734.344 sem coleta de esgoto.²⁰⁵ Assim, é fato que o setor de saneamento no Brasil ainda tem muito a se explorar, sendo que a regulação inteligente deve levar em conta tais fatores.

Necessário explicar que há uma particularidade federativa nesse setor, tendo em vista que a competência da ANA é federal e subsiste imprescindível coordenação entre estados e municípios. A Constituição Federal de 1988 conferiu competência comum à União, estados e municípios na administração do saneamento básico.²⁰⁶ Além disso, o artigo 21, IX e XX afirma competência da União para elaborar e executar planos nacionais²⁰⁷.

Por outro lado, os arts. 25, § 1º e art.30, V²⁰⁸ trazem a aplicação da predominância do interesse local, concluindo pela titularidade municipal nesses serviços. No julgamento da ADI 1842, decidiu o STF que nas situações em que os estados instituem regiões metropolitanas, pode-se transferir as competências administrativas e normativas dos municípios para os estados em relação aos serviços de saneamento básico, permitindo-se que a titularidade seja compartilhada.²⁰⁹

Dai já é possível perceber que políticas públicas que envolvam saneamento devem levar em conta a necessidade de coordenação entre diversos entes federados e justamente nesse ponto

²⁰⁵ O Painel Saneamento se trata de uma iniciativa do Instituto Tata Brasil – ITB e que se propõe a ser um indicador dos 839 municípios com população acima de 50 mil habitantes, iniciando pelas 200 maiores cidades em abril de 2019. Disponível em: < <https://www.painelsaneamento.org.br/>> Acesso em: 07.09.2020.

²⁰⁶ Art. 23. *É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;*

²⁰⁷ Art. 21. *Compete à União: (...) IX - elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social; (...) XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;*

²⁰⁸ Art. 25. *Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. (...) § 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.*

²⁰⁹ BRASIL, República Federativa do. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1842, Relator(a): LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 06/03/2013, DJe-181 DIVULG 13-09-2013 PUBLIC 16-09-2013 EMENT VOL-02701-01 PP-00001. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur241775/false>. Acesso em: 03.10.2020.

que ANA se insere no novo marco legal, uma vez que suas atribuições cingem pela instituição de normas de referência.²¹⁰

Com efeito, as normas de referência constituem diretrizes gerais a serem cumpridas pelos órgãos reguladores infranacionais, que conforme o sítio eletrônico da ANA, são 25 estaduais, um distrital, 28 municipais e seis intermunicipais, com abrangência de 65% dos municípios brasileiros.²¹¹ Assim, a agência poderá conferir uniformidade para as regras do setor, de modo a facilitar a gestão da atividade pública com um todo, o que naturalmente inclui planos em torno da universalização.

Nesse ponto, é possível notar uma especificidade no setor de saneamento: enquanto nos outros setores as normas das agências reguladoras federais se destinam aos concessionários, permissionários e autorizatários, as normas de referência se destinam a outras entidades reguladoras. Por tal razão, instrumentos clássicos provenientes da relação de sujeição entre o privado e o Poder Público²¹² não são adequados em todas as hipóteses, tais como as normas de comando e controle, até porque em um Estado Federativo não há hierarquia entre os entes.

Já em relação à universalização, as normas de referência se destacam por tratar de (i) regulação tarifária, com vistas a promover a universalização do acesso ao saneamento básico (art. 4º- A, §1º, II), (ii) metas de universalização dos serviços públicos de saneamento básico para concessões que considerem, entre outras condições, o nível de cobertura de serviço existente, a viabilidade econômico-financeira da expansão da prestação do serviço e o número de Municípios atendidos (art. 4º- A, §1º, IV), (iii) conteúdo mínimo para a prestação universalizada e para a sustentabilidade econômico-financeira dos serviços públicos de saneamento básico (art. 4º- A, §1º, XIII).

²¹⁰ Art. 1º Esta Lei cria a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, integrante do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (Singreh) e responsável pela instituição de normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico, e estabelece regras para sua atuação, sua estrutura administrativa e suas fontes de recursos. [\(Redação dada pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)

²¹¹ Disponível em: < <https://www.ana.gov.br/saneamento/panorama-do-saneamento/panorama>>. Acesso em: 07.09.2020.

²¹² As relações de sujeição se dão quando a Administração Pública figura como autoridade pública e se utiliza do poder de império, marcada por amplos poderes para que os fins legais sejam atingidos perante os particulares (ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Concessões e Autorizações Petrolíferas e o Poder Normativo da Agência Nacional do Petróleo. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, Volume nº 44, 2002, p. 184.)

Demais disso, estabelece a legislação que a regulação tarifária será feita de maneira a estabelecer subsídios para a população de baixa renda, com a finalidade de possibilitar a universalização.²¹³ Outro parâmetro é que deverão estimular a cooperação de entes federados com a finalidade de buscar a universalização, além da regionalização da prestação de serviços.²¹⁴

Veja-se que há uma ampla competência normativa conferida à agência no que tange à ampliação do acesso do serviço de saneamento básico, atribuições estas que se utilizadas corretamente poderão contribuir para que de fato o serviço seja prestado da melhor forma possível e embora a legislação seja recentíssima, é possível tecer considerações preliminares sobre as competências conferidas à ANA.

Primeiramente, tem-se que suas atribuições são de editar normas gerais, uma vez que é essa a incumbência constitucional à União no que tange à serviços de saneamento básico²¹⁵, sendo também competência comum com estados e municípios.²¹⁶ Conforme asseverado pela doutrina, as “normas gerais” incumbidas à União são aquelas que, simultaneamente, estabelecem princípios ou diretrizes, não entram detalhes ou esgotam o assunto, tem relação com questões fundamentais e não são de aplicação direta.²¹⁷ Por outro lado, há quem diga que

²¹³ Art. 4º-A. A ANA instituirá normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico por seus titulares e suas entidades reguladoras e fiscalizadoras, observadas as diretrizes para a função de regulação estabelecidas na [Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007](#). [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#) (...) § 8º Para fins do disposto no inciso II do § 1º deste artigo, as normas de referência de regulação tarifária estabelecerão os mecanismos de subsídios para as populações de baixa renda, a fim de possibilitar a universalização dos serviços, observado o disposto no [art. 31 da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007](#), e, quando couber, o compartilhamento dos ganhos de produtividade com os usuários dos serviços. [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)

²¹⁴ Art. 4º-A. A ANA instituirá normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico por seus titulares e suas entidades reguladoras e fiscalizadoras, observadas as diretrizes para a função de regulação estabelecidas na [Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007](#). [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#) (...) § 3º As normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico deverão: [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#) III - estimular a cooperação entre os entes federativos com vistas à prestação, à contratação e à regulação dos serviços de forma adequada e eficiente, a fim de buscar a universalização dos serviços e a modicidade tarifária; [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#) IV - possibilitar a adoção de métodos, técnicas e processos adequados às peculiaridades locais e regionais; [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#) V - incentivar a regionalização da prestação dos serviços, de modo a contribuir para a viabilidade técnica e econômico-financeira, a criação de ganhos de escala e de eficiência e a universalização dos serviços; [\(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#) (...)

²¹⁵ Assim dispõe a Constituição Federal: Art. 21. Compete à União (...) XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;

²¹⁶ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

²¹⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, Competência concorrente limitada. O problema da conceituação das normas gerais, **Revista de Informação Legislativa** vol. 25, n. 100, p. 127- 162, esp. p. 149.

são leis quadro (*lois quadro*), servindo como moldura legislativa para as definições estaduais e municipais.²¹⁸

Desse modo, as normas de referência, como verdadeiros dispositivos gerais, não poderiam ser aplicadas diretamente e nem estabelecer restrições tão severas, o que de certo modo se torna um desafio para que a ANA instrumentalize seus objetos dentro desse quadro legal que lhe é permitido. Assim, há um caminho a ser percorrido na efetividade desses novos arranjos institucionais.

Além disso, há outro fator relevante a ser observado nas das normas de referência. Trata-se do art. 4-B da Lei nº. 14.026/2020, que estabelece a criação de lista com entidades reguladoras que adotam suas normas de referência, com vistas a viabilizar o acesso aos recursos públicos federais ou contratação de financiamentos com recursos da União.²¹⁹ O dispositivo indica a possibilidade de uma preferência pelas entidades que adotarem o que estabelece o órgão regulador federal, e levanta questionamentos sobre sua juridicidade tendo em vista o princípio da isonomia, contudo, ainda não há posições das entidades públicas sobre o fato.

Dessa maneira, ainda há um longo caminho a ser percorrido para a universalização do saneamento básico, e a ANA tem a seu dispor um marco legal recente e bem estruturado, cabendo-lhe ditar parâmetros normativos que podem vir a se tornar até mesmo critérios de atuação de outras agências reguladoras.

²¹⁸ HORTA, Raul Machado, Repartição de competências na Constituição Federal de 1988, **Estudos de Direito Constitucional**, 1995, p. 401 e ss.

²¹⁹ Art. 4º-B. A ANA manterá atualizada e disponível, em seu sítio eletrônico, a relação das entidades reguladoras e fiscalizadoras que adotam as normas de referência nacionais para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico, com vistas a viabilizar o acesso aos recursos públicos federais ou a contratação de financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da administração pública federal, nos termos do art. 50 da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo desse estudo, foi abordado que as transformações na prestação dos serviços públicos aproximaram sua fiscalização pelas agências reguladoras, órgãos dotados de capacidade técnica e autonomia. Apesar dos desafios que advém desse deslocamento da participação estatal, o instituto ainda é plenamente aplicável e necessário para a consolidação de direitos fundamentais.

O problema identificado é que se torna um desafio regulatório instrumentalizar razões não econômicas no mercado, ainda que seja inerente ao regime jurídico de serviços públicos. Por tal razão, pretendeu-se observar como que as agências reguladoras efetivamente estruturam a universalização, já que a própria função regulatória sofre críticas pelo seu excessivo emprego de normas de comando e controle, expressão do modelo fiscalizatório e sancionador, uma vez que agências são muito mais do que meros arranjos estatais que impõem multas, estas que predominante sequer ingressam nos cofres públicos.

Com base no exposto, é possível estabelecer alguns diagnósticos em torno da regulação social promovida pelas agências. O primeiro deles é que apesar do estudo da ampliação do acesso ser direcionado ao regime jurídico de serviços públicos, nem todas as atividades assim caracterizadas – mesmo em um conceito restrito – possuem em seus marcos legais o compromisso com o que de fato consiste a universalização, sendo somente três das cinco instituições analisadas que se operacionalizam em torno dessa atribuição.

Já em relação aos marcos que efetivamente tratam da expansão do acesso, isto é, energia elétrica, telecomunicações e saneamento básico, dois deles – ANEEL e ANATEL – dependem da formulação de políticas públicas pelos Ministérios, o que reduz a atuação regulatória a fiscalização, apenas uma de suas atividades. É possível observar que há um cerceamento de sua autonomia, de maneira que sequer é possível questionar plenamente sua eficácia, já que suas ações dependem dos órgãos políticos, e essa é uma das razões pelas quais as autarquias especializadas são escolhidas como entidades que deveriam regular mercados, a sua independência. Na realidade, esse é um problema enfrentado pelas agências reguladoras genericamente consideradas, sendo, naturalmente, evidenciado na regulação social promovida pelas entidades.

Além disso, as mesmas instituições se utilizam predominantemente de normas de comando e controle, visto que são impostas “metas de universalização”, acompanhadas de sanção pelo seu descumprimento. Assim, sujeitam-se a baixa adesão das multas regulatórias já identificadas, o que compromete a eficácia da própria política pública, isto é, levar o serviço a maior quantidade possível de pessoas, seja pela indução do comportamento privado ou pela aplicação da sanção.

Por outro lado, o Novo Marco Legal do Saneamento – Lei nº. 14.026/2020 – tem a seu dispor o uso das “normas de referência” como possibilidade de induzir o comportamento não só do privado, mas sobretudo de outros entes reguladores subnacionais, sejam eles estatais ou municipais, até pela peculiaridade em torno da prestação do saneamento básico exigir a coordenação entre diversos entes federados. Nesse sentido, além de propor normas de referência, o modelo a ser implementado pela ANA poderá servir como parâmetro para serviços públicos que ainda não possuem marcos legais voltados à universalização, e até mesmo para a ANATEL e ANEEL frente as ineficiências apontadas inclusive pelo Tribunal de Contas da União.

Apesar de serem órgãos já bem estruturados no desenho institucional brasileiro, ainda há um longo caminho a ser percorrido para sua efetividade como indutor de boas práticas regulatórias, especialmente quanto à regulação social. Não se pretende, contudo, esgotar o tema nesse presente trabalho monográfico, e tão somente trazer uma contribuição útil à análise institucional das agências reguladoras no que se refere à universalização.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**, 3ª edição, revista e atualizada, Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Concessões e Autorizações Petrolíferas e o Poder Normativo da Agência Nacional do Petróleo. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, Volume nº 44, 2002.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Atividades Privadas Regulamentadas. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2017.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Conceito de Serviços Públicos no Direito Constitucional Brasileiro. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro**, Volume 61, 2006.

ARIÑO, Gaspar. **Principios de Derecho Público Económico**, Granada: Comares, 2001.

AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. **Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Serviço público e sua feição constitucional no Brasil. In: MODESTO, Paulo (org.), **Direito do Estado: novos rumos, T. 2 (Direito Administrativo)**, São Paulo, Max Limonad, 2001.

BINENBOJM, Gustavo. **Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil**. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição nº. 240, Abril/Jun 2005.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BRASIL, PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA (F.H. Cardoso). **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995.

BRASIL, República Federativa do. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1842**, Relator(a): LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 06/03/2013, DJe-181 DIVULG 13-09-2013 PUBLIC 16-09-2013 EMENT VOL-02701-01 PP-00001. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur241775/false>. Acesso em: 03.10.2020.

BRASIL, República Federativa do. **Decreto nº. 10.8282/2020**, de 20 de Março de 2020. Regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.htm. Acesso em: 03.10.2020.

BRASIL, República Federativa do. **Decreto nº. 4.873/2003**, de 11 de novembro de 2003. Institui o Programa Nacional de Universalização do Acesso e Uso da Energia Elétrica - "LUZ PARA TODOS" e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4873.HTMAcesso em: 03.10.2020.

BRASIL, República Federativa do. **Decreto nº. 4130/2002**, de 13 de fevereiro de 2002. Aprova o Regulamento e o Quadro Demonstrativo dos Cargos Comissionados e dos Cargos Comissionados Técnicos da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4130.htm. Acesso em: 03.10.2020.

BRASIL, República Federativa do. **Decreto nº. 6.039/2007**, de 7 de fevereiro de 2007. Aprova o Plano de Metas para a Universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado em Instituições de Assistência às Pessoas com Deficiência Auditiva. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6039.htm. Acesso em: 03.10.2020.

BRASIL, República Federativa do. **Lei nº. 10.233/2001**. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110233.htm. Acesso em: 03.10.2020.

BRASIL, República Federativa do. **Lei nº. 10.438/2002**, de 26 de abril de 2002. Dispõe sobre a expansão da oferta de energia elétrica emergencial, recomposição tarifária extraordinária, cria o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (Proinfa), a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), dispõe sobre a universalização do serviço público de energia elétrica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10438.htm. Acesso em: 03.10.2020.

BRASIL, República Federativa do. **Lei nº. 11.445/2007**, de 5 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm. Acesso em: 03.10.2020.

BRASIL, República Federativa do. **Lei nº. 12.783/2012**, de 11 de janeiro de 2013. Dispõe sobre as concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, sobre a redução dos encargos setoriais e sobre a modicidade tarifária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112783.htm. Acesso em: 03.10.2020.

BRASIL, República Federativa do. **Lei nº. 12.815/2013**, de 5 de junho de 2013. Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112815.htm. Acesso em: 03.10.2020.

BRASIL, República Federativa do. **Lei nº. 13.448/2017**, de 5 de junho de 2017. Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113448.htm. Acesso em: 03.10.2020.

BRASIL, República Federativa do. **Lei nº. 13.848/2019**, de 25 de Junho de 2019. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13848.htm. Acesso em: 03.10.2020.

BRASIL, República Federativa do. **Lei nº. 13.979/2020**, de 6 de Fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm. Acesso em: 03.10.2020.

BRASIL, República Federativa do. **Lei nº. 14.026/2020**, de 15 de julho de 2020. Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14026.htm Acesso em: 03.10.2020.

BRASIL, República Federativa do. **Lei nº. 8.630/1993**, de 25 de fevereiro de 1993. Dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8630.htm Acesso em: 03.10.2020.

BRASIL, República Federativa do. **Lei nº. 8.987/1995**, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175

da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm. Acesso em: 03.10.2020.

BRASIL, República Federativa do. **Lei nº. 9.427/1996**, de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9427cons.htm. Acesso em: 03.10.2020.

BRASIL, República Federativa do. **Lei nº. 9.472/1997**, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19472.htm. Acesso em: 03.10.2020.

BRASIL, República Federativa do. **Lei nº. 9.472/97**, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19472.htm. Acesso em: 03.10.2020.

BRASIL, República Federativa do. **Lei nº. 9.984/2000**, de 17 de julho de 2000. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas - ANA, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19984.htm. Acesso em: 03.10.2020.

BRASIL, República Federativa do. **Lei nº. 9.998/2000**, de 17 de Agosto de 2000. Institui o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19998.htm. Acesso em: 03.10.2020.

BRASIL, República Federativa do. **Resolução ANEEL nº. 223/2003**, de 29 de abril de 2003. Estabelece as condições gerais para elaboração dos Planos de Universalização de Energia Elétrica visando ao atendimento de novas unidades consumidoras com carga instalada de até 50 kW, regulamentando o disposto nos arts. 14 e 15 da Lei no 10.438, de 26 de abril de 2002, alterada pelas Leis no 10.762, de 11 de novembro de 2003, e no 10.848, de 25 de março de

2004, e fixa as responsabilidades das concessionárias e permissionárias de serviço público de distribuição de energia elétrica. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/res2003223.pdf>. Acesso em: 03.10.2020.

BRASIL, República Federativa do. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1817 – Plenário**. Relator Ministro Raimundo Carreiro. Processo nº. 022.631/2009-0. Data da Sessão: 28.07.2010. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1155271%22>. Acesso em: 03.10.2020.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1215/2019 – Plenário**. Relator Ministro Aroldo Cedraz. Processo nº. 032.981/2017-1. Data da Sessão: 29.05/2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2304349%22>. Acesso em: 03.10.2020.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1446/2018 – Plenário**. Relator Ministro Bruno Dantas. Processo nº. 030.098/2017-3. Data da Sessão: 26.06.2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2315662%22>. Acesso em 27.09.2020.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1846/2019 – Plenário**. Relator Ministro Augusto Nardes. Processo nº. 023.407/2018-2. Data da Sessão: 07.08.2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2350680%22>. Acesso em: 05.10.2020.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2148/2005 – Plenário**. Relator Ministro Ubiratan Aguiar. Processo nº. 010.889/2005-5. Data da Sessão: 07.12.2005. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-26634%22>. Acesso em: 27.09.2020.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2869/2009 – Plenário**. Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues. Processo nº. 021.253.2008-2. Data da Sessão: 02.12.2009. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1141267%22>. Acesso em: 27.09.2020.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Acórdão 749/2017 – Plenário**. Relator Ministro Bruno Dantas. Processo nº. 033.793/2015-8. Data da Sessão: 12.04.2017. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2253073%22>. Acesso em: 27.09.2020.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº. 1947/2020 – Plenário**. Relator Ministro Bruno Dantas. Processo nº. 018.842/2019-4. Data da Sessão: 29.07.2020. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2411469%22>. Acesso em: 27.09.2020.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº. 482/2012 – Plenário**. Relator Ministro Raimundo Carreiro. Relatório de Levantamento nº. 022.631/2009-0. Data da Sessão: 07.03.2012. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1224280%22>. Acesso em: 27.09.2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRESSER PEREIRA, L. C. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**, v. 47, n. 1, p. 07 - 40, 22 jan. 2015. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/702>. Acesso em: 03.10.2020.

BRUNET, Emiliano Rodrigues. O papel das complementaridades e hierarquias no processo de mudança institucional: o controle externo e a assimilação das reformas dos anos 1990. **REI - Revista Estudos Institucionais**, [S.l.], v. 5, n. 2, p. 510-511, out. 2019. ISSN 2447-5467. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.emnuvens.com.br/REI/article/view/319>>. Acesso em: 08 ago. 2020. doi:<https://doi.org/10.21783/rei.v5i2.319>.

BUCCI, Maria Paula Dallari O conceito de política pública em direito. *In* **Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico** (Maria Paula Dallari Bucci, org.) São Paulo: Saraiva, 2006.

CAGGIANO, Heloisa Conrado. O futuro dos serviços públicos no Brasil: o que as medidas implementadas e em análise pelos poderes Legislativo e Executivo têm a nos dizer? **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 6, n. 10, p. 61-80, set./fev. 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes.[et al.]. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. A Universalização do Serviço Público para o desenvolvimento como uma tarefa da regulação. In: FILHO, Calixto Salomão (coord). **Regulação e Desenvolvimento**, São Paulo: Malheiros, 2002.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. **Direito e Economia Polícia na Regulação de Serviços Públicos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

FALCÃO, Joaquim; GUERRA, Sergio; ALMEIDA, Rafael. **Ordem Constitucional Econômica**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

FARENA, Duciran Van Marsen. Agências reguladoras: fiscalização dos serviços públicos e defesa do consumidor. **Revista Eletrônica Custos Legis**, v.4, 2013.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Evolução da teoria do serviço público. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). **Tomo: Direito Administrativo e Constitucional**. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/40/edicao-1/evolucao-da-teoria-do-servico-publico>. Acesso em: 10.09.2020.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **Da Regulação Como Função De Direito Administrativo**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo- USP, 2007. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-25022008-155225/pt-br.php>. Acesso em: 07.09.2020.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Formas de prestação de serviços públicos. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). **Tomo: Direito Administrativo e Constitucional**. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/85/edicao-1/formas-de-prestacao-de-servicos-publicos>. Acesso em: 13.09.2020.

HORTA, Raul Machado, Repartição de competências na Constituição Federal de 1988, **Estudos de Direito Constitucional**, 1995, p. 401 e ss.

JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. O poder normativo das Agências Reguladoras à Luz do Princípio da Eficiência. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**, 2ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MACERA, Paulo. Serviço público no Século XXI; conceito e finalidades. **Revista Digital de Direito Administrativo**, volume 3, nº. 2, 2016. Disponível em: <https://www.enlaw.com.br/revista/397>. Acesso em: 03.10.2020.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Regulação no Setor de Saneamento. In: CORDEIRO, Berenice de Souza (Organização). **Instrumentos das Políticas e da Gestão dos Serviços Públicos de Saneamento Básico**, 1ª edição, Brasília, Ministério das Cidades (PMSS), volume 1, 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras: Instrumentos do Fortalecimento do Estado**. Porto Alegre: Abar, 2003, p. 27, disponível em <http://www.abar.org.br/dados/bancoDeMidia/arquivos/agenciasreguladoras.pdf>. Acesso em: 23.09.2020.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os serviços de interesse econômico geral e as recentes transformações dos serviços públicos. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 13, n. 154, p. 9-22, dez. 2013.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. Notas sobre o conceito de serviço público e suas configurações na atualidade. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 63-77, abr./jun. 2014.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; LEITE, Fábio Barbalho. Peculiaridades do contrato de arrendamento portuário. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 231, p. 269-296, jan. 2003. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45828>>. Acesso em: 03 Out. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v231.2003.45828>.

MARQUES, Floriano de Azevedo. As políticas de universalização, legalidade e isonomia: o caso "Telefone Social". **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**. Belo Horizonte, n. 14, ano 4 Abril /Junho 2006.

MEDAUAR, ODETE. **Direito Administrativo Moderno**. 21ª Edição – Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2001.

MENDONÇA, José Vicente Santos. As Fases do Estudo Sobre Regulação da Economia na Sensibilidade Jurídica Brasileira. **R. Opin. Jur.**, Fortaleza, ano 13, n. 17, p.284-301, jan./dez. 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, Competência concorrente limitada. O problema da conceituação das normas gerais, **Revista de Informação Legislativa**, vol. 25, n. 100, p. 127-162, esp. p. 149.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**, 16ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Mutações no Direito Administrativo**, Editora Renovar: Rio de Janeiro, 2000.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de Serviço Público: inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. Os limites à Competência Normativa das Agências Reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**, 2ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. Estado gerencial, regulação econômica e serviços públicos – O papel das agências na promoção do desenvolvimento. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 57, p. 193-217, jul./set. 2014. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/90>. Acesso em: 03.10.2020.

MUKAI, Toshio, **Concessões, Permissões e Privatizações de Serviços Públicos**, 3º ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1998.

OGUS, Anthony. **Regulation. Legal form and economic theory**, Oxford: Oxford University Press, 1994.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Agências reguladoras, diálogos institucionais e controle. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 13, n. 49, p. 159-189, jan./mar. 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª Edição, Rio de Janeiro: Método, 2020.

PALMA, J. B. DE; MARQUES NETO, F. DE A. Diálogos fora de esquadro: o controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União. **Revista Brasileira de Estudos**

Políticos, v. 120, 8 jun. 2020. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/677>. Acesso em: 05.10.2020.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. O direito administrativo como caixa de ferramentas e suas estratégias. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 272, p. 209-249, nov. 2016. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/64303>>. Acesso em: 03 Out. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v272.2016.64303>.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica**, Ed. Malheiros, São Paulo, 2001.

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

SCHAPIRO, Mario G.. Do estado desenvolvimentista ao estado regulador? Transformação, resiliência e coexistência entre dois modos de intervenção. **REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS**, [S.l.], v. 4, n. 2, p. 574-614, dez. 2018. ISSN 2447-5467. Disponível em: <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/305>>. Acesso em: 03 out. 2020. doi:<https://doi.org/10.21783/rei.v4i2.305>.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A noção de serviço público em regime de competição. Tese (doutorado)- Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, 2011. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-03092012110406/publico/Tese_Vitor_Rhein_Schirato_Final.pdf. Acesso em: 03.10.2020.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. O conceito constitucional de serviço público. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, p. 79-103, abr./jun. 2016.

SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: Conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

SILVEIRA, Daniel Barile da; HARET, Florence. A crise no Conceito Clássico de Serviço Público e sua Repercussão no Regime Jurídico das Taxas. **REPATS**, Brasília, V. 3, nº 2, p. 245-275, jul-Dez, 2016.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, Porto Alegre , n. 16, p. 20-45, Dec. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222006000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 27.09.2020. <http://dx.doi.org/10.1590/S1517-45222006000200003>.

The OECD Report on Regulatory Reform – Synthesis. Paris, 1997, p.6. Disponível em <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/2391768.pdf> . Acesso em: 09.07.2020.

VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

WINDHOLZ, Eric; HODGE, Graeme A. Conceituando regulação social e econômica: implicações para agentes reguladores e para atividade regulatória atual. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 264, set. 2013. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/14076>>. Acesso em: 27 Set. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v264.2013.14076>.

APÊNDICE

Número do Acórdão	Ministro Relator	Data Julgamento	Órgão Julgador	Local do Resultado
749	Bruno Dantas	12.04.2017	Plenário	“universalização” “ANATEL”
2148	Ubiratan Aguiar	07.12.2005	Plenário	“universalização” “ANATEL”
1215	Aroldo Cedraz	29.05.2019	Plenário	“universalização” “ANEEL”
1849	Augusto Nardes	07.08.2019	Plenário	“universalização” “ANEEL”
1947	Bruno Dantas	29.07.2020	Plenário	“prorrogação antecipada” “ANTT”