

## Regulação Econômica e Regulação Social: Um Exemplo de Normatização Brasileira

**Renato Poltronieri**

*Advogado do Demarest & Almeida Advogados, Assessor Especial da Presidência do Tribunal de Ética e Disciplina IV da OAB/SP, Professor Universitário, Mestre em Direito Constitucional, Político e Econômico, Especialista em Direito Público, Doutorando em Direito pela PUC/SP, Autor dos Livros "Licitação e Contratos Administrativos Segundo o Direito Positivo", "Discricionariedade dos Atos Administrativos e a Ambigüidade da Norma Jurídica Positiva" e "Lições Preliminares de Lógica Formal e Jurídica", Todos pela Editora Juarez de Oliveira.*

DOI: 10.11117/22361766.12.01.06

SUMÁRIO: Introdução; 1 Do Estado liberal ao Estado regulador no contexto brasileiro; 2 Transformação do direito administrativo; 3 Agências reguladoras e a criação da ANEEL; 4 Atuação reguladora; 4.1 Regulação segundo Vital Moreira; 4.2 Regulação do mercado de energia pela ANEEL; 5 Reflexão; Referências bibliográficas.

### INTRODUÇÃO

A dissertação sobre esse tema será desenvolvida com base na lei de criação da Agência Nacional de Energia Elétrica (Lei nº 9.427/1996 – "Lei da ANEEL") e nos conceitos apresentados por Vital Moreira (*Auto-regulação profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 17 a 57), restringindo, portanto, a abrangência do tema.

A hipótese que se apresenta para o estudo é de (i) identificar se a Lei da ANEEL apresenta alguns dos conceitos apresentados por Vital Moreira sobre regulação econômica ou social e, se identificados, (ii) verificar se existe no texto da lei a prevalência de algum dos referidos conceitos.

Para o desenvolvimento do tema, previamente, será apresentado um contexto normativo-social em que a lei e o texto do autor estão inseridos, abordando sucintamente e de forma coloquial o contexto internacional e brasileiro.

O tema é oportuno frente à reformulação do marco regulatório brasileiro no setor de energia elétrica, por sua importância como parte da infra-

estrutura estratégica do País, bem como, em uma perspectiva mais abrangente, pelas decisões administrativas do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, no tocante à atividade econômica em geral e alcance social (ou não) de suas decisões.

Importante frisar que esses breves comentários não pretendem esgotar o tema, pela modéstia das colocações, bem como pela possibilidade de alteração da Lei da ANEEL (utilizada como parâmetro prático/experimentação) ou de sua aplicação.

## 1 DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO REGULADOR NO CONTEXTO BRASILEIRO

É possível teorizar que o “Estado econômico” formado por normas teve suas bases constituídas em três fases: (a) a primeira fase no séc. XVIII, após a Revolução Francesa, é marcada pela ausência de regulação da economia pelo Estado; (b) a segunda, de forma contrária, nos primórdios do séc. XX, especialmente após a segunda grande guerra, é marcada pela intervenção do Estado na regulação da economia<sup>1</sup>; e (c) a terceira fase, marcada pela tentativa de equilibrar as duas vertentes anteriores, inicia-se em meados da década de 70 do séc. XX: é a fase do Estado regulador.

Por volta de 1930, o Brasil era estruturado com uma economia centralizada, tendo o Estado como produtor e fomentador principal da economia, via industrialização de base. Até então, o País era predominantemente de economia agrária, dispondo de pouca elite experimentada nas atividades industriais e de infra-estrutura. Pelo fomento da comunidade, a infra-estrutura básica, como energia elétrica, precisava ser implantada o mais breve possível<sup>2</sup>.

A montagem dessa infra-estrutura coube ao Estado, primeiro porque o volume de investimentos a ser aplicado era altíssimo e seu retorno muito lento, e segundo porque o setor privado nacional não tinha condições de fazê-lo, bem como inexistia a idéia de investimento internacional existente hoje. Ademais, além de criar esse suporte imprescindível, o Estado financiou também grande parte dos maiores empreendimentos privados, como as indústrias de bens de capital, bens de consumo e de serviços básicos, por meio dos sistemas financeiro nacional e internacional<sup>3</sup>.

- 1 Segundo Fábio Konder Comparato (1997:16), as Constituições liberais procuraram construir um Estado inerte em relação à regulação e separado das atividades econômicas, mas a transformação da sociedade acabou obrigando o Estado a regular a civilização tecnológica, da produção e do consumo em massa.
- 2 Segundo conceitos econômicos, não pacificados, considerados neste estudo, o Setor Primário é produção da Matéria-Prima; Setor Secundário é produção Industrial; Setor Terciário é Comércio; Setor Quaternário é Financeiro; e Setor Quinoténário é tecnologia.
- 3 Sobre histórico da Administração Pública brasileira e sua interferência na atividade econômica nacional, veja POLTRONIERI, Renato (2002:52).

Até a década de 80, poucos propunham enquadrar o “Estado” afastado da função de produzir e gerenciar a economia. No entanto, a realidade mostrou-se outra desde então, quando se esgotaram as fontes internacionais de recursos fáceis e baratos, e a estagnação estrutural do setor público acelerou o processo de paralisia dos serviços essenciais de infra-estrutura, como os de transporte, energia e telecomunicação, dentre outros.

O “Estado produtor” da segunda fase econômica de intervenção do Estado na economia mostrou-se superado. O que antes representava fator de “crescimento” econômico e desenvolvimento social tornou-se fator limitante à expansão conjunta das atividades produtivas e de bem-estar. Nesse contexto é que surge a privatização e a concessão dos serviços considerados públicos (essenciais de infra-estrutura) como os dois grandes elementos de reformulação do Estado e da economia como um todo<sup>4</sup>.

A década de 1990 foi marcada pela tentativa de transformar o Estado brasileiro e racionalizar o setor público, implantando um “Estado gerente”, privatizando e concedendo os setores estratégicos de infra-estrutura, como o de energia elétrica, mantendo para o Estado apenas os meios institucionais de controle e regulação do setor. Essa tentativa, em resumo, orienta-se para atender ao “cidadão cliente”, controlar os resultados da Administração, dar ênfase à burocracia técnica e de carreira, separar a formulação política da fiscalização dos serviços, criar entes reguladores indiretos e independentes, conceder os serviços considerados públicos pela norma e incentivar a concretização de benefícios sociais.

Nesta última fase é que está inserido o tema desta monografia. Nesse contexto temporal, as novas demandas econômico-sociais acabaram forçando a mudança dos instrumentos de atuação da Administração Pública de forma que pudesse atendê-las. Tem-se uma transformação na utilidade e aplicação do conceito de direito público, com uma forte descentralização da atuação do Estado que recebe funções normativas como principal ferramenta de controle (geral).

Durante o período em que o Estado foi o prestador direto de serviços públicos (conceito amplo), bem como fomentador de várias atividades de mercado (início do séc. XX), as necessidades econômico-sociais eram suplantadas de forma dissimulada, em que existia aquilo que o aparato estatal tinha condições de oferecer.

Esse modelo de organização econômico-social criou um fato paradoxal, viciando o sistema capitalista, que passou a depender, direta ou indiretamente, das práticas de intervenção econômica e social do Estado. Com o endividamento estatal, a ineficiência na prestação de serviços e a burocracia

4 O tema serviços públicos e seu processo de desestatização é abordado por Toshio Mukai (1998:79), que analisa, especialmente, dentre outros temas conexos, a lei fixadora de normas para outorga e prorrogação das concessões e permissões de serviços públicos.

cia da Administração, a geração de benefícios econômicos e sociais passou a estar freqüentemente prejudicada, chegando até a restringir a atividade econômica em geral.

É pacífico na historiografia jurídica o entendimento de que qualquer modificação estrutural dentro do Estado apresenta dificuldades e períodos de transição. O Estado como totalidade (função econômica e social) possui algumas metas a serem perseguidas cuja determinação política é livre, mas algumas metas acabam enraizadas em suas leis maiores, chamadas por Afonso Rodrigues Queiró (1944:113) de metas mediatas do Estado, como, por exemplo, a sua conservação e manutenção estrutural, o sentido da forma de governo, a ordem social, a propriedade etc. Dentro dessas metas, poderíamos encontrar indícios de que o Estado atua (regula) de forma econômica e social? Parece que sim.

Também está pacificado que a “informação” transformada em conhecimento e necessidades tem sido responsável pelas mudanças de estruturação do Estado e a definição do seu papel naquele contexto. Isto gera a necessidade de se encontrar uma definição para a atuação do Estado na economia que atinja objetivos sociais sem, contudo, amarrar a atividade econômica “natural”.

Para os defensores do Estado “neoliberal”, enquadrados na terceira fase, marcada pela estruturação do Estado como gerenciador da economia, o Estado deve estar afastado quase que completamente das atividades econômicas, como empresário e também como agente mediador dentro do segmento econômico, e entre este e o segmento social. É a atividade produtiva regulada, exclusivamente, pelo mercado<sup>5</sup>.

O fracasso da implantação da teoria do sistema comunista (socialismo real), que foi incapaz de atender às necessidades materiais, estruturais e humanitárias, praticamente desqualificou a vertente do Estado básico-social para a redefinição do papel do Estado do século XXI.

Nesse sentido, a estruturação de um Estado “obrigado” a prestar um serviço que atendesse às necessidades básicas e fundamentais da comunidade que o compõe tornou-se um grande problema pelo excesso de formalidade e lentidão em suas decisões e atuação reguladora<sup>6</sup>.

5 O liberalismo econômico enfraqueceu-se com a crise mundial dos anos 30, sendo substituído pelo dirigismo econômico de Keynes até o fim da Segunda Grande Guerra. A combinação de democracia política e dirigismo estatal dos anos 50 faz surgir o neoliberalismo como afluência das sociedades de consumo e de bem-estar social, o *Welfare States*.

O liberalismo econômico ataca qualquer política de intervenção estatal e sustenta a necessidade de uma economia baseada no jogo livre da oferta e procura de mercado, o *laissez-faire*. Ver DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (1997:40 e ss.) sobre Administração Pública (Estado) burocrática e gerencial.

6 Alaôr Caffé Alves (1998:307) salienta que a crise entre os interesses do capital e os interesses públicos é de responsabilidade do Estado, e que a legitimidade do sistema administrativo-constitucional não pode manter-se por muito tempo mediante violência (institucionalizada) e sem uma oferta de serviços públicos adequados, a preços cômodos e adequados, quando for o caso.

Questões sobre a eficiência econômica e social da privatização de setores estratégicos de infra-estrutura, como o de produção, transmissão e distribuição de energia elétrica, e da parceria entre setor público e privado têm surgido de forma freqüente diante da “constatação” de que o setor público, em termos produtivos (econômico e social), não é competente<sup>7</sup>. Geralmente, o Estado sofre com o ônus de sustentar alguns setores estruturais produtivos, geralmente deficitários e inoperantes, deixando de cumprir com o que seriam suas obrigações básicas para a sociedade civil organizada.

Considera-se que a passagem da forma de organização econômica do Estado brasileiro de centralizador-produtor para descentralizador-regulador foi caracterizada pela privatização das grandes estatais e pela tentativa de reformulação da Administração de forma a desvinculá-la e diferenciá-la de influências e determinações políticas.

Ainda que pesem questionamentos sobre a racionalidade político-operacional e a eficácia dos procedimentos adotados pela Administração Pública na época, no caso em comento, sobre a produção, transmissão e distribuição de energia elétrica, a forma adotada representou a privatização das empresas ligadas ao setor e o aumento do campo de concessões para o setor privado, tendo o Estado como elemento mediador entre os agentes do segmento, entre si e com a população em geral, como regulador.

O Estado regulador assume um papel de mediador de forças entre os segmentos sociais e econômicos, pois não é um ente isolado e abstrato, é a representação do corpo social e a convergência de ideologias em busca de harmonia e equilíbrio estrutural do mercado (demanda e consumo em todos os sentidos).

## 2 TRANSFORMAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O direito administrativo nasceu sob a égide da formação do Estado liberal, no qual se desenvolveram os princípios do individualismo em todos os aspectos. Paradoxalmente, o regime administrativo traz em si traços de autoridade e supremacia sobre o indivíduo em busca de se garantir os interesses da coletividade<sup>8</sup>.

O decisivo impulso para a consolidação do direito administrativo foi dado pela teoria da separação dos poderes, desenvolvida pelo Barão de Montesquieu na França, donde surgiu a necessidade de julgamento dos atos

7 Oportuno consultar obra de José Joaquim Gomes Canotilho (1998), em que, ao tratar da atuação da Administração, discute a obrigação dela em não atentar contra o administrado, em sentido geral, e o dever de impedir que qualquer atentado contra ele ocorra.

8 Conforme apresenta Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1999:65). Sobre o assunto, veja ainda Fernando Garrido Falla (1962:44), especialmente sobre ordem jurídica individual e administrativa, e satisfação dos direitos individuais e necessidades coletivas.

da Administração ativa (executora). Inicialmente, este julgamento estava a cargo dos parlamentos e, posteriormente, ficou sob a competência judicial. Em paralelo a esse controle, surgiram ainda os tribunais administrativos que ora eram exclusivos na competência sobre a matéria, ora tornaram-se concorrentes com o Poder Judiciário<sup>9</sup>.

A França desenvolveu o seu direito administrativo e influenciou o estudo da matéria na Alemanha, onde procurou-se conciliar os estudos internos com a teoria que se formara. Na Inglaterra, dada a índole tradicional do sistema governamental, o surto do direito administrativo repercutiu de forma bem menos substancial, já que os publicistas debruçavam-se sob o estudo do direito constitucional e normas parlamentares, tendência que influenciou, mormente, os Estados Unidos da América do Norte.

O direito administrativo, como ramo jurídico, é bem recente, mas não se pode dizer o mesmo da administração, que com ele tem fundamental ligação e “que é de todos os tempos e de todos os povos”<sup>10</sup>. Desde a antiguidade, como na Grécia antiga, já existia a preocupação interna (administrativa) com os interesses tidos como “coletivos”. O direito administrativo está intimamente ligado à administração interna e estrutural de uma sociedade, pois seu funcionamento é determinado na medida em que aquele se organiza.

O Império Romano pode ser um exemplo bastante pertinente ao tema da estruturação da administração interna de um Estado, mesmo sendo juridicamente organizado sob o direito privado<sup>11</sup>. Desde seu surgimento, o Império Romano atuava de forma descentralizada, com os delegados do imperador, e demonstrava uma preocupação com os assuntos de interesse geral, em atenção às necessidades de cada localidade, o que pode ser uma hipótese que explique o porquê do bom funcionamento da enorme máquina administrativa dos romanos.

A administração feudal, entre os séculos V e XI, baseada em elementos de arbitrariedade, servidão e patrimonialidade, não ofereceu condições propícias para o funcionamento de leis administrativas. Ao despontar do séc. XII, as comunas medievais, que aos poucos iam sobrepujando o sistema feudal, criaram uma organização em bases democráticas, como as corporações de ofício e de artes, que propiciaram o surgimento de uma administração pública que iria abrir as perspectivas do direito administrativo para o mundo moderno<sup>12</sup>.

9 Conforme MEIRELLES, Hely Lopes (1966:25). Veja ainda POLTRONIERI, Renato (2002:35) sobre a transformação do direito administrativo brasileiro.

10 Conforme CRETELA JR., José (1971:131).

11 Entendendo não se cogitar de direito administrativo no Império Romano, oportuna a consulta sobre o tema apresentado por Vladimir Passos de Freitas (1998:13).

12 Segundo José Tavares (1992:21), a Administração Pública é o conjunto de pessoas coletivas públicas, seus órgãos e serviços que desenvolvem a atividade ou função administrativa.

O advento do direito administrativo surge com a necessidade de se estruturar as relações entre a administração e o administrado, vivenciadas pelas idéias do Estado de Direito que emergiram no início do séc. XIX. Embora pareça paradoxal, foi na França de Napoleão (1800-1815), em um regime império-ditatorial, que o direito administrativo encontrou sua nascitura com a instituição de uma organização de administração verticalmente estruturada<sup>13</sup>. “A tripartição das funções do Estado em executivas, legislativas e judiciárias veio ensejar a especialização das atividades do Governo e dar independência aos órgãos incumbidos de realizá-las”<sup>14</sup>.

Na segunda metade do século XIX, o sistema normativo do direito administrativo foi se consolidando baseado na jurisprudência do Conselho de Estado francês, incumbido de emitir pareceres sobre litígios referentes à administração e baseado nas obras dos autores franceses, alemães e italianos. Criaram-se, assim, os elementos e as concepções do direito administrativo como autoridade e personalidade jurídica do Estado, atos administrativos unilaterais e executórios, interesse legítimo, circunscrição administrativa, poder discricionário, poder de polícia, hierarquia, contratos administrativos, interesse público e serviço público<sup>15</sup>.

No Brasil, a estruturação do seu direito administrativo não se atrasou cronologicamente em relação às demais nações como França, Inglaterra, Alemanha, Itália, EUA, dentre outras. Em meados do século XIX, já possuíamos estudos sobre o tema, que foi vigorado com o advento da proclamação da República, quando os republicanos importaram do direito público norte-americano o modelo para nossa “Federação”<sup>16</sup>.

13 Veja obra de Franco Bassi (2000:59) sobre origem e definição de direito administrativo, como uma normativa especial que disciplina e organiza a convivência entre o interno e externo da Administração Pública, em que um agente público não pode interferir no exercício da obrigação da Administração.

Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello (1983:27), a noção de Estado de Direito reclama que o Estado esteja “sotoposto como qualquer outro sujeito às leis e jurisdição”. Oportuno aprofundar o tema conforme consulta aos relatos de Celso Ribeiro Bastos (1996:147) sobre a evolução histórica referente ao conceito de Estado de Direito, considerado, em síntese, como uma forma de subjugar os governantes à vontade legal.

14 Conforme MEIRELLES, Hely Lopes (1993:40).

15 Segundo MEIRELLES, Hely Lopes (1993:41), citando BERTHÉLEMY, Henri. *Traité élémentaire de droit administratif*. 1889; MOHL, *Tratado de direito público de Wurtemberg*. 1863; e ROMAGNOLI, Gino Domenico. *Principi fondamentali di diritto amministrativo*, 1866, conforme citações de MEIRELES, Hely Lopes (1993: 41/42).

Atualmente, há um questionamento científico na doutrina brasileira sobre as concepções/conceitos tradicionais de direito administrativo, representado, por exemplo, pelo surgimento da lei de criação da ANEEL e seu conteúdo.

16 Com a primeira obra brasileira de direito administrativo, de autoria de Vicente Pereira do Rego, em 1857 – intitulado *Elementos de direito administrativo brasileiro comparado com o direito administrativo francês* (REGO, Vicente Pereira do. *Elementos de direito administrativo*. 2. ed. Recife: Typographia Comercial de Geraldo Henrique de Mira & Cia, 1860), citado por TÁCITO, Caio (1952:428) –, o Brasil desenvolveu sua doutrina, legislação e jurisprudência sob direito administrativo com base e predomínio das linhas de estudos francesa, italiana e alemã. Oportuno salientar que no fim do séc. XIX discutiu-se a existência ou não do direito administrativo nos países do sistema do *Common law*, como os EUA e a Inglaterra, pelo fato de não terem um sistema jurídico diferenciado para as atividades da Administração



Até 1822, como colônia monárquica de exploração, a Coroa Portuguesa dominava todas as ações administrativas do “Estado brasileiro”. Após a Proclamação da Independência, até 1930, a Administração foi marcada pelo surgimento de um “Estado policial”, forçando o exercício da legalidade formal e de uma administração “centralizada” e “autônoma”, não permitindo qualquer interferência ou controle social sobre o destino dos recursos públicos.

O “Estado brasileiro” recém-criado buscava assegurar posição e função às pessoas consideradas letradas dentro da Administração, de forma a criar uma classe consumidora efetiva, marcando o surgimento da chamada classe média e do patrimonialismo. Nesse contexto em que os cargos públicos (sinônimo de nobreza) eram transferidos de pai para filho, criaram-se as condições para o desenvolvimento da corrupção e do nepotismo dentro da Administração.

Com a crise mundial de 1929 (a “sexta-feira negra”), o comércio internacional reduziu-se drasticamente, e o Brasil foi obrigado a produzir quase tudo o que antes importava, modificando a estrutura de produção e de circulação de riquezas no País. Nesse contexto, surge o Estado Novo de Getúlio Vargas, acaba o “Estado polícia”, e introduz-se o modelo clássico de “administração burocrática” teorizada por Max Weber (1984) e formada pelos princípios do tipo ideal da impessoalidade, do formalismo, da profissionalização, da carreira e da hierarquia funcional. O controle social e o interesse público passam a determinar as formas da atuação administrativa<sup>17</sup>.

Até 1945, o Estado tem uma função mais intervencionista, com a criação das indústrias de base, necessitando, a partir daí, aos poucos, de uma administração mais ágil, especialmente com o ideário militar de planificar sua atuação, como, por exemplo, a elaboração e o controle orçamentário centralizado.

O Estado empresário em crescente expansão necessita de uma administração compatível, ágil e descentralizada. Edita-se, em 1967, naquela intenção, o Decreto-Lei nº 200 como primeiro passo para a implantação de uma administração pós-burocrática que atuasse de forma planejada, des-

---

Pública em relação às atividades particulares. No entanto, é pacífico que, independentemente das diferenças com o sistema jurídico “Continental”, existe um direito administrativo nestes países, com predomínio do aspecto processual, pelo peso conferido ao modo de tomada das decisões administrativas e pela importância dada ao controle da Administração pelo Judiciário.

17 Parafraseando Oliver Wendell Holmes Jr., magistrado americano do Estado de Massachusetts e do Supremo Tribunal dos Estados Unidos empenhado no estudo na e aplicação da justa legislação em consonância com a sociedade, citado por Grant Gilmore (1978:127), a Administração reflete, mas em nenhum sentido determina o valor moral de uma sociedade. Os valores de uma sociedade razoavelmente justa irão refletir numa Administração razoavelmente justa. Quanto melhor for a sociedade, menos necessidade de Administração haverá. No inferno, restará somente a Administração e a meticulosa inobservância do procedimento. Sobre o desenvolvimento desse raciocínio, veja POLTRONIERI, Renato (2002:197).



centralizada, com delegação de autoridade, coordenação e controle interno e externo<sup>18</sup>.

Ainda que legalmente instituída, a delegação e descentralização administrativa ocorreram de forma um pouco tímida se comparada com os dias atuais. Isto porque essa descentralização foi levada a cabo de forma mais propriamente parecida com uma grande organização desconcentrada, em que os órgãos e as empresas não possuíam autonomia administrativa ou econômica sobre os quais o Estado mantinha pleno controle.

Iniciada a transição do governo militar para o governo civil, a década de 80 marca a consolidação do novo sistema que rege a Administração Pública, fundada nos princípios constitucionais da legalidade, moralidade, finalidade pública, motivação, impessoalidade e publicidade. Marca, também, a consolidação dos mecanismos de atuação da sociedade por intermédio dos conselhos administrativos, do direito de petição e de propor recursos administrativos e judiciais.

Desde o fim da Segunda Grande Guerra, existe uma tendência de renovação do direito administrativo brasileiro e de seus estudos, baseando-se sempre em uma pretensa “hegemonia” adquirida pelo Poder Executivo. Em proporção, apareceram exigências de uma atuação mais eficiente da Administração no âmbito econômico e social, e como “poder regulador”, sem recorrer ao centralismo administrativo e à interferência no mercado.

A preocupação com o desempenho e a eficiência administrativa tornou-se um fenômeno burocrático quase que apriorístico no caso brasileiro.<sup>19</sup> Dentre as principais transformações no direito administrativo brasileiro, destacam-se aquelas relacionadas com a gestão gerencial da Administração Pública com a criação das agências executivas e das agências reguladoras, mais especificamente a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL<sup>20</sup>.

A filosofia que vem transformando o direito administrativo brasileiro, via reforma do Estado e da forma de administrar, envolve uma concepção norte-americana de administração descentralizada, que passa a tratar de questões específicas como, por exemplo, a estabilidade dos servidores públicos, o regime de remuneração e os direitos e deveres dos administrados

18 Veja José Maria Pinheiro Madeira (2000:229) sobre independência normativa e competência de atuação, baseados no princípio da legalidade e da separação dos poderes.

19 Para compreender melhor e com maior profundidade este “novo princípio” constitucionalizado do direito administrativo, o da eficiência, veja reforma administrativa EC 19, conforme arts. 37, *caput*, e 41, III e § 4º, CF/1988, referente ao direito material e à Lei nº 9.784/1999 (Processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal), com referência ao Direito Processual.

20 Lei Federal nº 9.427/1996. As modificações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 19/1998, além da gestão administrativa, trataram dos temas conexos: estabilidade dos servidores públicos e do regime de remuneração dos agentes públicos.

da forma mais técnica e isonômica possível, com uma Administração Pública burocrática<sup>21</sup>.

A edição do Decreto-Lei nº 200, por ocasião da reforma jurídico-administrativa ocorrida em 1967, foi o embrião que registrou a tentativa de superação dos princípios centralizadores e hierárquicos da burocracia clássica, dando mais ênfase para a eficiência e para a descentralização administrativa, com base na autonomia da administração indireta e instituindo os princípios da racionalidade administrativa, do planejamento, do orçamento, da descentralização e do controle dos resultados<sup>22</sup>.

A criação das figuras jurídicas das agências reguladoras, agências executivas (Leis nºs 9.648/1998 e 9.649/1998) e organizações sociais (Lei nº 9.637/1998) tenta representar uma significativa mudança na estrutura e no modo da Administração Pública brasileira, na busca de oferecer uma eficiência mínima dos “serviços públicos” prestados aos cidadãos<sup>23</sup>.

### 3 AGÊNCIAS REGULADORAS E A CRIAÇÃO DA ANEEL

O estágio atual de “transformação” da economia e da sociedade, diante da necessidade de se proporcionar um equilíbrio entre demanda e oferta de determinados bens, essencialmente no caso do nosso tema (energia elétrica), fez com que o Estado brasileiro buscasse diversificar sua atuação administrativa de forma que ela se apresentasse mais intensa e específica nessa área de influência<sup>24</sup>.

Essa colocação não pretende definir todas as formas de transformação e atuação do Estado, mas apenas teorizar sobre o tema de forma a possibilitar a criação de um contexto real de estudo. O novo quadro regulador descentralizado, notado no setor de infra-estrutura estratégica de energia

21 Sobre o assunto, sustenta Bresser Pereira que “a Administração burocrática clássica, baseada nos princípios da administração do exército prussiano, foi implantada nos principais países europeus no final do século passado; nos Estados Unidos no início do século passado, e, no Brasil, na década de 30, com a reforma administrativa promovida por Joaquim Nabuco e Luís Lopes Simões. *Exposição no Senado sobre a Reforma da Administração Pública*. Caderno nº 3 do MARÉ, p. 9.

22 Na verdade, o período capitalista só conheceu duas reformas administrativas de relevo no Mundo Contemporâneo: (i) a primeira ocorreu no fim do século XIX e início do XX com a implantação da Administração Pública burocrática, em substituição à Administração Pública paternalista; e (ii) a segunda iniciou-se na década de 60 e estendeu-se até a de 90, com a implantação da Administração Pública gerencial, que aos poucos ganhou a confiança e adesão do grande público.

23 O entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua obra fundamental, *Curso de direito administrativo* (1999:147), é de ser o contrato de gestão ou inválido ou impossível por, dentre outros aspectos, ser impossível vincular partes da mesma esfera governamental como contrato de gestão entre entes administrativos direto e indireto, bem como não poder o Estado, sem licitação, travar contrato com organizações sociais e destinar a elas bens e dispêndios, tratando-se, segundo o doutrinador, de um contrato administrativo (p. 154 e ss.).

24 Oportuno consultar as observações de Ramón Martín Mateo e Francisco Sossa Wagner (1974:22) acerca da Administração interventora e o direito administrativo clássico, em relação à economia do Estado.

elétrica, deseja ser especializado, institucionalizado e operacional frente ao mercado.

O aparato necessário a essa função acaba encontrando respaldo na criação das agências reguladoras. A regulação constitui, assim, traço de um modelo econômico caracterizado pela atuação estatal na economia, fundada não no exercício direto da atividade econômica, mas sim em sua autoridade.

Com a queda do modelo de atuação direta (intervencionista) do Estado, as demandas setoriais afloraram, especialmente no setor de energia elétrica. Todas as necessidades tornaram-se objeto de reivindicações, que ainda perduram.

Na busca de soluções, retoma-se a noção de subsidiariedade, a qual, por sua vez, tem como princípio a parceria entre o setor público e o privado. Nesse momento é que se destaca o modelo em que o Estado apenas mantém suas funções de ente soberano e fomenta todas as atividades essenciais de sua comunidade (serviços públicos) por meio de instrumentos necessários para o seu desempenho (pós-desregulação).

Nesse sentido, o Estado passa a adequar suas estruturas a uma nova ordem econômica, regulando as atividades privatizadas, balizando a concorrência, fomentando a oferta de serviços e criando oportunidades para o desenvolvimento da atividade privada e prestação dos serviços públicos essenciais.

O vocábulo “agência”, bastante conhecido pelos norte-americanos, surgiu como decorrência do estágio atual do capitalismo tecnológico globalizante, podendo ser considerado até um modismo segundo a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1999:385). As Agências reguladoras surgiram como mecanismo de regulação normativo dotado de maior agilidade na implementação de políticas públicas, em função de sua estrutura mais especializada. Inspirado no modelo norte-americano das *Commissions* (“direito das agências”)<sup>25</sup>, o Direito brasileiro está alterando sua estrutura técnico-regulatória, especialmente em matéria de serviços públicos. No entanto, isto não é nenhuma novidade para o direito pátrio. Sua adoção já fora, desde meados do século XX, aventada e defendida por juristas, docentes e homens públicos, como Bilac Pinto (1941) e Anhaia Mello (1940)<sup>26</sup>.

25 CARBONELL, Eloísa (1996:22).

26 Celso Antônio Bandeira de Mello (2001:134), na 13ª edição de sua obra, salienta que a fundamentação atribuída às agências não poderá ser comparada com a das “agências” norte-americanas, “o que seria descabido em face do Direito brasileiro, cuja estrutura e índole são radicalmente diversos do Direito norte-americano”. Merecem atenção especial essas considerações diante da vertida na direção com relação à criação de agências reguladoras, sua forma, estrutura e atuação, como, por exemplo, nos casos das Agências de Desenvolvimento da Amazônia e do Nordeste (MP 2146/20001), criadas de imediato por questões políticas, alterando seis por meia dúzia, contrariando o ideário inicial de criação das agências.

Os novos entes reguladores setoriais deverão assumir responsabilidades com relação à orientação, à regulação, à coordenação, ao controle e à fiscalização dos serviços públicos relacionados com a política e as necessidades de cada setor. Devem desempenhar o papel arbitral na solução de conflitos entre os operadores (concessionários, permissionários e autorizados), agentes e consumidores.

Assim, é possível entender que o objetivo do Estado foi criar uma Administração mais livre e ampla, abrangendo um maior número de setores sociais e repercutindo economicamente sobre um maior número de indivíduos. Merece atenção a questão relativa à condição jurídica do patrimônio nacional, quando se dá o processo de privatização de empresa estatal prestadora de serviço público, especialmente em relação à nova condição jurídica interna desta empresa com a concessão-obrigação de prestação do serviço.

A concessão de serviços considerados públicos para empresas particulares não significa uma renúncia do Estado em relação a esses serviços. Nem poderia significar, pois, se definido legalmente ser ele o responsável, até constitucionalmente, deve zelar pela adequação e efetividade econômico-social de sua prestação. Com essa delegação, deseja-se justificar conveniências administrativas, financeiras, maior eficiência operacional, redução de custos ou escassez de recursos estatais para cada empreendimento de infra-estrutura estratégica.

As agências reguladoras estão sendo instituídas na forma de autarquias “especiais”, com orçamentos próprios e uma relativa autonomia financeira e institucional do Poder Executivo, sem uma estrutura dependente de qualquer órgão da Administração direta, em qualquer gênero. A despeito da falta de definição jurídica do que sejam autarquias de regime especial – expressão consignada na Lei nº 5.540/1968, que dispõe sobre a organização do ensino superior –, pode-se afirmar, na esteira do que ensina Hely Lopes (1993:315), que autarquia de regime especial é toda aquela a que a lei instituidora conferir privilégios específicos e aumentar sua autonomia comparativamente com as autarquias comuns, sem infringir os preceitos constitucionais pertinentes a essas entidades de personalidade pública.

A autonomia do órgão regulador apresenta-se pelo processo de indicação de seus integrantes; a instituição de fontes de receitas e a garantia de inamovibilidade aos seus membros, com mandatos por tempo determinado; a não-sujeição de suas deliberações, de caráter colegiado, a revisões de outras instâncias administrativas, só podendo ser contrariadas por decisão judicial. Sua tarefa é regular e fiscalizar os serviços concedidos de forma autônoma ao Poder Executivo, descentralizada politicamente e com a possibilidade de ser controlada socialmente.

Busca-se legalizar a gestão privada dos “serviços públicos” como na área de energia elétrica, com a afirmação de que a administração privada é

mais competente do que a do Estado. Porém, é uma afirmação que, fora de um contexto específico, pode trazer incongruências em sua sustentação, como, por exemplo, no início do séc. XX, quando o próprio serviço público de energia elétrica era administrado e prestado por empresas privadas que não demonstraram a assertiva acima citada, nem supriam as demandas da época. Na verdade, a legalização jurídica, em qualquer época, deve ser guardada e consubstanciada por um diploma jurídico legitimado, como parece ser a lei de criação da ANEEL<sup>27</sup>.

Neste sentido, entende-se que o Estado não pode se desvencilhar, ao menos no modelo constitucional atual, das atribuições de controle dos serviços considerados públicos, pois a possibilidade de gestão privada dos serviços públicos é de ordem constitucional, no mínimo, legal infraconstitucional, mas sempre legal, fato que mantém inafastável sua obrigação de regular essa prestação indireta dos serviços, especialmente o de energia elétrica.

Segundo Fernando Herren Aguillar (1999:238), não existe neutralidade regulatória. Cada regulação corresponde a certos interesses, cuja desregulamentação é apenas uma nova forma de regulação e de política, não tão diferente de qualquer regulação normativa concentrada. Essa moderação do Poder Executivo somente pode ser feita mediante atribuição de poderes a outras instituições na escolha dos membros do órgão regulador ou mediante o exercício de controle externo sobre os atos do órgão regulador.

A estrutura da ANEEL representa avanços importantes em relação ao objetivo de se desvencilhar da confusão persistente entre o poder político e o poder administrativo na adoção de políticas públicas de prestação de serviços. Busca-se desvincular o administrador das atividades objeto de sua regulação e uma evolução operacional dessas agências com uma independência frente aos diversos governos<sup>28</sup>.

#### 4 ATUAÇÃO REGULADORA

A atuação reguladora estruturada no Estado brasileiro na década de noventa baseia-se no modelo agencial norte-americano, com funções quase-legislativa, por editar normas, e quase-jurisdicional, por envolver deter-

27 A Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL foi a primeira agência reguladora brasileira e tem origem infraconstitucional. Constitucionalmente, há a previsão da criação de um órgão regulador para o setor de telecomunicações (CF, art. 21, XI) e outro para o setor de petróleo (CF, art. 177, § 2º, III), respectivamente as Leis nºs 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações – LGT) e 9.478/1997 (ANP).

28 Celso Antônio Bandeira de Mello (2001:132) traz importantes considerações sobre o tema, denominando que as agências reguladoras não são abarcadas por qualquer lei que as definam, nem o que possa se entender por regime especial. Registrando que, dentre suas características, fora as inerentes às das autarquias sem regime especial, a única particularidade marcante seria a nomeação pelo Presidente da República, sob aprovação do Senado, dos dirigentes da agência, com garantia destes de mandato a prazo certo.

minados conflitos de interesses, determinando o direito aplicável para solucioná-los<sup>29</sup>. Do Estado à sociedade, direta ou indiretamente, às agências reguladoras caberia comandar as forças de regulação.

Em que pesem considerações mais específicas sobre esse sistema, a atuação regulatória de produção, transmissão e distribuição é, em tese, de competência específica da ANEEL (poder normativo derivado) – uma das formas de autonomia do órgão regulador em relação ao Estado –, o que não se confunde com a atuação legislativa (poder normativo originário), tampouco com auto-regulação, que serve apenas aos regulados de forma mais restrita (uma espécie do gênero autonomia de regulação, voltada para o conjunto social organizado específico, como uma entidade de classes). A competência normativa das agências, em geral, deve estar traçada em lei, fixadora de *standards*, como salientou em certa oportunidade, em sala de aula, o Professor Carlos Ari Sundfeld<sup>30</sup>, condicionando a legalidade da atuação normativa nos parâmetros previstos na norma instituída pelo Poder Legislativo.

Nesse contexto, não se pode afirmar que os poderes reconhecidos à ANEEL tenham sempre a mesma natureza e extensão sobre todos os temas/matérias relacionados à energia elétrica, *vide* a crise pela falta de energia, quando os poderes conferidos em lei para a ANEEL foram suprimidos por medida provisória (MP)<sup>31</sup>. Aliás, qualquer tema jurídico de regulação administrativa, ainda que bem estruturado e legalmente instituído pelo poder legiferante ordinário, no Brasil, sempre estará sujeito às intempéries das MPs, em que pesem duras e corretas críticas da doutrina sobre essa situação.

A atuação reguladora da ANEEL atende à “teoria política” de concentração regulatória operacional em relação ao serviço, sendo um equilíbrio com sua atuação de normatização. Nesse ponto, vislumbram-se as hipóteses do tema sobre regulação social ou regulação econômica da ANEEL<sup>32</sup>.

Em qualquer forma de regulação, além até dos classificados nessa monografia, o controle a ser exercido pelo Estado deve estar em sintonia

29 O raciocínio sobre as funções das agências foi apresentado pela professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1999:385). Oportuno aprofundar-se sobre a matéria e críticas à legislação referente às agências reguladoras em sua obra, especialmente quanto às características das agências reguladoras, como a sua natureza jurídica, sua posição diante dos três poderes, funções reguladoras, contraste com o modelo norte-americano, e os poderes para concessão, permissão e autorização de serviços públicos.

30 O Professor Carlos Ari Sundfeld, insigne provocador do estudo jurídico, é Doutor e Mestre em direito administrativo e tem como obras indispensáveis ao estudo do tema regulação Administrativa os livros *Direito administrativo ordenador*; *Fundamentos de direito público*; e *Direito administrativo ordenador*, todos pela Editora Malheiros.

31 Sobre a conceituação de atuação reguladora, veja POLTRONIERI, Renato (2002:72).

32 Alaôr Caffé Alves (1998) aborda, indiretamente, o tema da nova organização administrativa por meio de agências, em comentários referentes à prestação do serviço de saneamento básico.

com aquele desempenhado pela sociedade, especialmente em um sistema descentralizado de organização e atuação administrativa<sup>33</sup>.

O conceito de regulação é tema bastante controvertido no Direito brasileiro, mas temos de pressupor um conteúdo para nosso contexto. Nesse sentido, os requisitos da regulação ainda não se apresentam prescritos expressamente na norma jurídica, tornando-se uma condição concernente a cada ente regulador. No entanto, pode-se teorizar, seguindo alguns preceitos apresentados por Villela Souto (1998:368), que o ato de regular (do latim *regula*) significa estabelecer nova ordem jurídica mediante instituição de regras disciplinadoras dos fatos ou das coisas, oriundo de órgão independente e legalmente competente para atuar em relação a um determinado objeto<sup>34</sup>. Em nada se confunde com o Poder Legislativo (poder normativo originário) e poder regulamentar, que é inerente à função executiva do chefe desse Poder, cuja função é uniformizar e dispor sobre medidas necessárias à execução da norma, e não à sua produção<sup>35</sup>.

Neste sentido, entende-se que regulação deverá ter compatibilidade com o discurso normativo a que faz remissão, mesmo que indiretamente, devendo (i) ser não-contraditória com a estrutura do ordenamento normativo vigente, observando a hierarquia normativa e demais limitações; (ii) ser clara em suas determinações, não podendo a regulação depender de outros fatores/conceitos, visto que ela se apresenta, neste contexto, justamente com o objetivo de ser precisa, expressa e indubitável; e (iii) conter verdade empírica e atingir a universalidade do objeto a ser regulado (diferentemente das normas legislativas superiores, cujo caráter abstrato é predominante)<sup>36</sup>.

33 Segundo Fernando Herren Aguillar (1999:214), a atuação regulatória pode ser (i) setorial, (ii) regional e (iii) geral. A (i) regulação setorial se limita a determinados segmentos de atividades econômicas sobre os quais se pretende exercer controle. A (ii) regulação regional significa controle de atividades econômicas tendo em conta sua posição geográfica ou política. A (iii) regulação geral de atividades econômicas é aquela destinada a exercer controle estatal indistintamente sobre a totalidade da economia, sem atentar necessariamente a regiões ou setores.

34 Neste sentido, ver justificativa ao projeto de lei que criou a Agência Nacional de Petróleo – ANP, Lei nº 9.478/1997 e Decreto nº 2.455/1997.

35 Respectivamente, arts. 22, parágrafo único, 49, V, X e XI, 59, IV, 68, 217, I e § 1º, 220, §§ 3º e 4º (delegação normativa), e 84, IV e VI (poder regulamentar), da CF/1988.

A proliferação destas agências reguladoras não foi acompanhada pela elaboração de um regime jurídico aplicável a todas elas, indicando a falta de coordenação da atividade econômica e de uma superestrutura regulatória. A comparação entre cada uma das atividades reguladas acaba por suscitar dúvidas, por exemplo, sobre possíveis diferenças entre os órgãos previstos na Constituição Federal e os que contam apenas com disciplina infraconstitucional. Não obstante, algumas notas comuns podem ser destacadas.

36 Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2001:134): “O verdadeiro problema com as agências reguladoras é o de se saber o que é e até onde podem regular algo sem estar, com isto, invadindo competência legislativa. [...] Resulta claro que as determinações normativas advindas de tais entidades não de se cifrar a aspectos estritamente técnicos, que estes, sim, podem, na forma da lei, providor providências subalternas. [...] Afora isto, nos casos em que suas disposições se voltem para concessionários ou permissionários de serviço público, é claro que podem, igualmente, expedir as normas e determinações da alçada do poder concedente. [...] É claro que ditas providências, em ambas as hipóteses, sobre deverem estar amparadas em fundamento legal, jamais poderão contrair o que esteja estabelecido em alguma lei ou por qualquer maneira distorcer-lhe o sentido, maiormenete para agravar



#### 4.1 Regulação segundo Vital Moreira

Deste ponto, passamos a apresentar, resumidamente, o conceito de regulação econômica e regulação social apresentado por Vital Moreira<sup>37</sup>. Segundo o autor (p. 21-39), a regulação econômica abrange tanto a defesa da manutenção da concorrência como o controle do poder econômico das empresas frente ao monopólio de determinadas atividades que devem estar em franca concorrência/competição, como um ciclo “homogêneo” de concorrência contra monopólio e antimonopólio para incremento da competição.

Segundo o texto de Vital Moreira, “há duas idéias que se ligam ao conceito etimológico de regulação: primeiro, a idéia de estabelecimento e implementação de regras e de normas; em segundo lugar, a idéia de manter ou restabelecer o funcionamento equilibrado de um sistema. Estas duas idéias bastam para construir um conceito operacional de regulação econômica: *o estabelecimento e a implementação de regras para a atividade econômica destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado de acordo com determinados objetivos públicos*”<sup>38</sup>.

Por essa definição, é possível entendermos que o equilíbrio buscado pela regulação seria a regularidade no funcionamento de um mecanismo vislumbrado (i) entre as normas estipuladas para o mercado, com a intenção de formar um sistema; (ii) no desenvolvimento estruturado do mercado (ordenado) e das atividades econômicas; e (iii) entre os participantes do mercado, no que se podem incluir os “objetivos públicos” desse equilíbrio entre as partes.

Segundo Vital Moreira, no liberalismo do séc. XIX, o mercado atuava de forma independente e possuía “poder” de reação às perturbações econômicas e com isso “re-equilibrar” o funcionamento ordenado do mercado. Ou seja, pode-se concluir que independentemente do sistema dominante na economia, liberal ou estatal, por exemplo, o conceito de equilíbrio estará associado à regularidade no funcionamento do mercado.

Nesse sentido, o equilíbrio buscado pela regulação seria o do sistema que estrutura o mercado, como, por exemplo, o “equilíbrio” apontado pelo texto constitucional brasileiro e pela lei da concorrência, especificados nos termos aos quais a Constituição atribuiu especial relevância, tais como os valores em que se funda a ordem econômica brasileira. Regular o funcionamento das estruturas do mercado constitui meio para atingir os objetivos

---

a posição jurídica dos destinatários da regra ou de terceiros: assim como não poderão também ferir princípios jurídicos acolhidos em nosso sistema, sendo aceitáveis apenas quando indispensáveis, na extensão e intensidade requeridas para o atendimento do bem jurídico que legitimamente possam curar e obsequiosas à razoabilidade”.

37 *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 17-57.

38 Ob. cit., p. 34.

maiores, elencados nas normas legais. Dentre os vários parâmetros a serem analisados, é certo que em uma das pontas dessa estrutura estará sempre a pessoa, componente da comunidade (Estado), a parte indissociável do sistema.

Para teorizar sobre suas definições de regulação econômica e social, Vital Moreira apresenta todo um contexto jurídico-social relacionado com o tema. Segundo ele, a intervenção do Estado na economia se intensificou após a década de 1940, com a organização de um sistema de influência das autoridades públicas na gestão do sistema econômico, que significa a redução daquele “poder” de regulação do mercado. Cita a Comunidade Européia como um exemplo da intervenção governamental no mercado, em âmbito continental.

Para fazer frente a essa tendência de centralização da regulação do mercado nas mãos do Estado, surge a “contra-revolução” dentro até do próprio Estado, que percebe ser incapaz de atuar (diretamente) em todas as esferas do sistema econômico, da ação de produção de riqueza, instituição de normas, à fiscalização das estruturas de funcionamento do mercado. Mesmo assim, a atuação do Estado na economia de forma incisiva e centralizada, iniciada no séc. XX, produziu cicatrizes que não podem ser ignoradas, pois são elas que fazem com que o Estado “não se esqueça” de suas funções, mesmo quando libera as formas de funcionamento da economia. A tendência é de se acreditar que, em qualquer situação futura, sempre restará uma participação do Estado na economia, controlando com regras (regulação) o mercado.

Nesse contexto, portanto, de participação do Estado na economia, Vital Moreira apresenta dois tipos de regulação: (i) econômica e (ii) social, que podem proporcionar diferentes tipos de equilíbrios no mercado, ainda que interfiram nele direta ou indiretamente.

A distinção entre regulação econômica e social é apresentada partindo da hipótese de que existem diferenças em relação aos objetos e às finalidades perseguidas pelas formas, justificando a distinção. Nesse sentido, (i) a regulação econômica teria objeto e finalidades restritos à própria atividade econômica, como, por exemplo, performance da atividade (produção de energia elétrica), crises de funcionamento (formas de produção/venda) e descompasso de oferta (demanda *versus* oferta); e (ii) a regulação social ultrapassaria os parâmetros econômicos do mercado e da atividade em si, e teria como finalidade valores extra-econômicos, como, por exemplo, interesses sociais (fornecimento de energia elétrica), geração de postos de trabalho, diretos e indiretos, saúde e bem-estar coletivo (benefícios obtidos pela utilização da energia elétrica), proteção ambiental (produção econômica não-destrutiva), segurança de uso e preços baixos.

Tem-se que a diferenciação apresentada por Vital Moreira baseia-se na finalidade imediata da ação de regular, ou seja, regular para quê? Ainda

que a regulação da economia, ao final de seus efeitos, tenha como maior “bem jurídico” a proteção da pessoa/comunidade, a diferenciação é oportuna, justamente para delimitarmos ainda mais sua intensidade em um mercado estruturado.

No caso brasileiro, por exemplo, a regulação (i) econômica e (ii) social está prevista na Constituição, no título da Ordem Econômica e Financeira, quando este trata da livre concorrência, bem como da defesa do consumidor, elencados no art. 170. Ainda que esse art. 170 trate das duas formas de regulação de forma ampla e confusa, pode-se teorizar que foi feita uma distinção pelo constituinte nos parâmetros a serem seguidos pelo Estado no que diz respeito à ordenação econômica (livre iniciativa) e social (valorização do trabalho e justiça social).

Importante que se questione a utilidade desta distinção de regulação (i) econômica e (ii) social para que se comprove a capacidade da teoria de esclarecer a confusão que existe entre as finalidades imediatas da regulação econômica e da social, como o próprio art. 170 da Constituição brasileira apresenta. A certeza legal da diferenciação das duas formas de regulação somente será percebida se partir do pressuposto que a regulação econômica trata exclusivamente do mercado (relação compra e venda, oferta e procura). De outra forma, fica inviável a separação, posto que toda e qualquer regulação, mesmo a que não se refira ao sistema econômico propriamente dito, acaba influenciando-o. Nesse ponto é que a diferenciação pode ser mais útil ao estudo das normas incidentes sobre o mercado.

A distinção seria justamente necessária para se perceber que tipo de regulação o Estado pretende fazer uso. Por exemplo, quando a oferta de um produto é muito inferior a sua demanda, não há que se falar em uma regulação das condições de trabalho naquele mercado, pois seria uma ação mediata (regulação social?), cuja probabilidade de equilibrar aquele sistema econômico é menor do que se fosse lançado mão de uma regulação estritamente econômica, imediata ao caso: ampliar a produção, por exemplo.

Todos os atos de regulação possuem reflexos na economia e não podem ser ignorados, mas alguns atos de regulação produzem efeitos no bojo do sistema (econômico) e outros produzem efeitos ao seu redor (social).

Oportuno citar, antes de analisarmos a Lei da ANEEL, uma relação de equilíbrio “Estado economia”, apresentada por Vital Moreira<sup>39</sup>. Entendeu-se que a regulação busca um equilíbrio entre sua intervenção e o reflexo daquilo que não é aceito; entre a regulação da economia privada e o reflexo do que o privado não faz ou não pode produzir; e entre as medidas administrativas e o reflexo da sua ineficiência normativa no plano de sua vigência e eficácia.

39 Ob. cit., p. 37.

Nesse sentido, a distinção de equilíbrio reside no escopo de cada regulação (econômica ou social), como, por exemplo: o objetivo da regulação econômica em fomentar o mercado para a produção e o consumo de um produto; e o objetivo da regulação social é ajustar o contexto do ambiente e dos consumidores daquele mesmo produto (buscando um equilíbrio diferente do aspecto eminentemente econômico).

## 4.2 Regulação do mercado de energia pela ANEEL

Esta sintética dissertação monográfica apresenta hipóteses críticas sobre a diferença existente entre a regulação econômica e a social, notadamente nos setores de infra-estrutura, como o setor elétrico. Nesse setor, em uma ação articulada com outros órgãos administrativos de controle econômico, a ANEEL efetua a regulação econômica atuando imediatamente sobre a manutenção e incentivo da concorrência por meio de uma série de medidas de controle de atos de concentração de mercado e da ação anticompetitiva de empresas com grande poder de mercado.

A eficácia dessas ações depende de boas informações providas pelo conhecimento técnico e planejamento do setor. Na concepção atual de regulação, a autonomia normativa do órgão regulador em relação ao Estado (governo político) é um ponto importante, especialmente quando se trata de atuação normativa no mercado. A ANEEL, segundo a sua lei instituidora, possui independência na sua atuação em relação ao Governo.

A questão da independência da ANEEL e das demais agências passa pela idéia de um ente administrativo técnico, altamente especializado, livre das injunções e oscilações típicas do processo político. Nesse sentido, concebeu-se a chamada agência independente, embora mantendo algum tipo de vínculo com o Estado, por meio da Administração direta.

Possuem “independência” em relação: (i) aos agentes administrativos nomeados para o exercício de mandatos por tempo certo; (ii) à técnica setorial na atuação econômica da agência; (iii) ao poder normativo para a regulação dos serviços públicos; e (iv) à gerência financeira e orçamentária.

Todos esses fatores são de grande importância para a fixação da autonomia das agências. No entanto, questiona-se se é o gerenciamento financeiro ou a estabilidade dos agentes administrativos da agência que a faz independente. Conforme previsto na Lei da ANEEL, cujo conteúdo expressa a preocupação do legislador em desvincular a agência das ingerências políticas, “criou” um órgão independente na sua atuação.

Para que esta autonomia efetivamente se materialize, é necessário, ao lado de outros fatores, que este órgão possua poder normativo, previsto em lei (pré-desregulação), e um regime funcional próprio, que permita atuar de forma ordenada. Nesse sentido é que existe a regulação setorial econômica e social, como os termos da Lei da ANEEL prevêem, além de exigir a

prévia comunicação de qualquer fusão ou aquisição entre os agentes do mercado, objetivando incentivar a competição.

Portanto, vê-se que a regulação econômica no setor elétrico brasileiro tem o objetivo de promover, de forma concomitante, o estímulo e a competição nos segmentos de geração e distribuição (comercialização), coibindo atos de concentração de mercado e exigindo o respeito às especificidades do sistema hídrico brasileiro.

Um desafio significativo para a ANEEL é acompanhar as estratégias das operadoras no mercado nacional, especialmente na área da distribuição/comercialização, tendo em vista os variados interesses econômicos das empresas que entraram nele.

No que se refere às iniciativas para coibir práticas anticompetitivas, a Lei da ANEEL estabelece poderes para a agência acompanhar as condutas verificadas no mercado, em especial na celebração de acordos de compartilhamento de infra-estrutura.

O fomento à competição entre os agentes fornecedores de energia elétrica, a fiscalização e a dissimulação de ações típicas de cartel destes agentes (em cooperação com os órgãos oficiais de defesa da concorrência no País) e o incentivo ao aumento de eficiência tanto no fornecimento como no consumo de eletricidade completam o quadro das novas responsabilidades do órgão regulador.

Nesse sentido, com abrangência sobre consumidores e produtores/distribuidores, a ANEEL quer controlar possíveis disputas entre os agentes, estabelecendo normas imediatas de regulação econômica que devem ser seguidas por todos os envolvidos.

A legislação setorial pretende promover a competição com o estabelecimento da desverticalização dos segmentos de geração, transmissão, distribuição e comercialização. Com a Lei nº 9.648/1998<sup>40</sup>, criou-se a necessidade de as empresas estabelecerem subsidiárias ou processos de separação contábil entre esses ramos de atividade. Uma regulação essencialmente econômica, nos termos teorizados por Vital Moreira.

Além disso, a regulamentação estipula a obrigatoriedade de livre acesso à rede de transmissão por qualquer agente do sistema elétrico brasileiro, além dos grandes consumidores industriais, ensejando novas formas de comercialização de energia no Mercado Atacadista de Energia Elétrica – MAE.

40 Alterou dispositivos das Leis nºs 3.890-A, de 25 de abril de 1961, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, 9.074, de 7 de julho de 1995, e 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e autorizou o Poder Executivo a promover a reestruturação das Centrais Elétricas Brasileiras – ELETROBRÁS e de suas subsidiárias.

Para coibir os atos de concentração do mercado (regulação econômica), cita-se como exemplo ilustrativo uma legislação do setor elétrico: a Resolução nº 94/1998 da ANEEL (posteriormente revogada/ordenada pela Resolução nº 278/2000), que estipulou uma série de limites à composição acionária, à propriedade cruzada e à política de compra de energia entre os agentes do mercado. Segundo aquela resolução, seria vedado aos agentes do mercado: a) deter mais do que 20% da capacidade instalada nacional ou 25% e 35%, respectivamente, da capacidade existente nos sistemas interligados Sul-Sudeste-Centro-Oeste e Norte-Nordeste; b) deter mais de 20% do mercado nacional de distribuição ou 25% e 35%, respectivamente, do mercado de distribuição dos sistemas interligados Sul-Sudeste-Centro-Oeste e Norte-Nordeste; e c) possuir participação cruzada na geração e distribuição que resulte em percentual superior a 30%, considerando-se o somatório aritmético da participação nos dois mercados.

Essa regulação buscou compatibilizar a liberalização do mercado com o despacho de carga último do sistema interligado. Para isto, a legislação do setor elétrico criou formas de regulação técnica da concorrência sem perder sua preocupação econômica da normatização. Por exemplo, a livre negociação da energia no mercado atacadista de energia elétrica está subordinada ao planejamento operacional, à programação e ao despacho do Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS). Este, por sua vez, tem ainda a responsabilidade de administrar todos os ativos de transmissão para as empresas geradoras e de distribuição.

Portanto, o funcionamento adequado do modelo regulatório atualmente em vigor no setor elétrico, sob o ponto de vista da concorrência e da oferta do produto (gerar, transmitir e distribuir/comercializar), depende ainda de muitos ajustes em relação ao funcionamento dos vários segmentos, mas representa de forma bastante atraente a regulação econômica, teorizada por Vital Moreira, cuja principal utilidade prática e jurídica é não permitir que se trate de questões técnicas confundidas com questões políticas e sociais. Nesse sentido, parece claro que a Lei nº 9.427/1996 trata, em sua essência, de uma regulação econômica do mercado de energia, nos termos dos arts. 2º, 3º, 15, § 2º, por exemplo:

“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.”

Há, portanto, um cunho principal econômico nessa regulação, que poderá ter, ainda, aspectos sociais conforme as políticas do Governo Federal.

Em seu art. 3º, a Lei da ANEEL dispõe:

"Além das incumbências prescritas nos arts. 29 e 30 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, aplicáveis aos serviços de energia elétrica, compete especialmente à ANEEL: [...]"

V – *dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores;*

VI – *fixar os critérios para cálculo do preço de transporte de que trata o § 6º do art. 15 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, e arbitrar seus valores nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos;*

VII – *articular com o órgão regulador do setor de combustíveis fósseis e gás natural os critérios para fixação dos preços de transporte desses combustíveis, quando destinados à geração de energia elétrica, e para arbitramento de seus valores, nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos.*

VIII – *estabelecer, com vistas a propiciar concorrência efetiva entre os agentes e a impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica, restrições, limites ou condições para empresas, grupos empresariais e acionistas, quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e à realização de negócios entre si;*

IX – *zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes do setor de energia elétrica;*

X – *fixar as multas administrativas a serem impostas aos concessionários, permissionários e autorizados de instalações e serviços de energia elétrica, observado o limite, por infração, de 2% (dois por cento) do faturamento, ou do valor estimado da energia produzida nos casos de autoprodução e produção independente, correspondente aos últimos doze meses anteriores à lavratura do auto de infração ou estimados para um período de doze meses caso o infrator não esteja em operação ou esteja operando por um período inferior a doze meses.*

XI – *estabelecer tarifas para o suprimento de energia elétrica realizado às concessionárias e permissionárias de distribuição, inclusive às Cooperativas de Eletrificação Rural enquadradas como permissionárias, cujos mercados próprios sejam inferiores a 300 GWh/ano, e tarifas de fornecimento às Cooperativas autorizadas, considerando parâmetros técnicos, econômicos, operacionais e a estrutura dos mercados atendidos;*

[...]

Parágrafo único. *No exercício da competência prevista nos incisos VIII e IX, a ANEEL deverá articular-se com a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça."*



Nessa linha de raciocínio, podemos perceber que a Lei da ANEEL apresenta regulação econômica, nos termos apresentados por Vital Moreira, justamente por versarem sobre um objeto e finalidades restritos à própria atividade econômica ordenada, como, por exemplo, performance da atividade (produção de energia elétrica), estímulo à concorrência (não-concentração de empresas), crises de funcionamento (formas de produção/venda), descompasso de oferta (demanda *versus* oferta) e estipulação de tarifas.

Ademais, a Lei nº 8.987, de 13.02.1995, que dispõe sobre o Regime de Concessão e Permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da Constituição Federal (citada pelo art. 3º da Lei da ANEEL), estipula, em seu art. 29, que incumbe ao poder concedente, no caso representado pela ANEEL, regular o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação, homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma prevista em lei, bem como estimular o aumento da qualidade, produtividade e competitividade relativos ao serviço.

Nesse contexto, o art. 30 da mesma lei prevê, ainda, que:

“No exercício da fiscalização, o poder concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária.

Parágrafo único. A fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários.”

Ou seja, uma forte presença do órgão regulador, sob o aspecto econômico da sua regulação. Assim, é possível perceber a presença de vários dispositivos legais que representam o conceito apresentado por Vital Moreira de regulação econômica.

Por outro lado, dentro da Lei da ANEEL, é possível identificarmos também dispositivos que tratam da regulação social. Em seu art. 3º, alguns incisos indicam esse tipo de regulação:

“I – implementar as políticas e diretrizes do Governo Federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995<sup>41</sup> [...]

41 A Resolução nº 333, de 02.12.1999 (DOU 03.12.1999), da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, estabelece as condições gerais para a implantação de instalações de energia elétrica de uso privativo, dispõe sobre a permissão de serviços públicos de energia elétrica e fixa as regras para a regularização de cooperativas de eletrificação rural. A Resolução nº 22, de 1º.02.2001, da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, atualiza procedimentos, fórmulas e limites de repasse dos preços de compra de energia elétrica para as tarifas de fornecimento.

XII – estabelecer, para cumprimento por parte de cada concessionária e permissionária de serviço público de distribuição de energia elétrica, as metas a serem periodicamente alcançadas, *visando à universalização do uso da energia elétrica.*"

A Lei nº 9.074/1995, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos, prevê, em seu art. 3º que, "na aplicação dos arts. 42, 43 e 44 da Lei nº 8.987/1995 (ANEEL), serão observadas pelo poder concedente as seguintes determinações:

- I – *garantia da continuidade na prestação dos serviços públicos;*
- II – *prioridade para conclusão de obras paralisadas ou em atraso;*
- III – *aumento da eficiência das empresas concessionárias, visando à elevação da competitividade global da economia nacional;*
- IV – *atendimento abrangente ao mercado, sem exclusão das populações de baixa renda e das áreas de baixa densidade populacional inclusive as rurais;*
- V – *uso racional dos bens coletivos, inclusive os recursos naturais.*

Nesta linha de raciocínio, podemos perceber que a hipótese de se identificar na Lei da ANEEL os conceitos apresentados por Vital Moreira sobre regulação econômica ou social pode ser confirmada por meio desses dispositivos. No mesmo sentido, pelos dispositivos apresentados, é possível afirmar-se que existe no texto da lei a preponderância da regulação econômica.

Ou seja, o legislador entendeu que na formulação das orientações da regulação e a definição e aplicação dessas orientações (regras), necessárias para alcançar os resultados técnico-econômicos desse mercado, deveria prevalecer a regulação econômica sobre a social. Isto não significa que o aspecto social desse mercado não tenha sido observado. Ao contrário, dentro daquela perspectiva de mudança de paradigmas da atuação do Estado na economia, o caminho mais apropriado para a regulação desse mercado era justamente em suas estruturas, ou seja, em sua parte econômica.

A Constituição Federal de 1988, em seu Título VII, dispõe sobre a ordem econômica e financeira, disciplinando especialmente o papel do Estado como agente normativo e regulador e como executor subsidiário de atividades econômicas. Dispõe, ainda, sobre a possibilidade de transferência à iniciativa privada da prestação de alguns serviços que durante muito tempo estiveram sob controle estatal.

No plano infraconstitucional, a Lei nº 8.987/1995, regulamentando o art. 175 da CF/1988, trouxe novas regras sobre o regime de concessões e permissões de serviços públicos. Todos esses dispositivos sustentam um movimento de expansão da atuação reguladora em relação à retração da atuação direta do Estado na economia.

Portanto, compreender os tipos de regulação apresentados por Vital Moreira é útil para se traçar e analisar os aspectos da regulação que devem prevalecer. Isto porque o Estado não encontraria condições para transferir a prestação de alguns serviços considerados públicos ou outros que entenda de valor essencial para a comunidade, regulando-os para o setor privado exclusivamente ou essencialmente por meio de uma regulação social (preservação da natureza, condições de trabalho, preferência excessiva consumidor). A normatização do setor foi estruturada em bases econômicas, como pode ser conferido nos arts. 2º e 3º, I (segunda parte) e VI, da Lei nº 9.427/1996. A diferenciação dos tipos de regulação, portanto, também é importante previamente à sua efetiva aplicação.

Especificamente, questiona-se em que medida a normatização do setor de energia elétrica, expressa no art. 2º da Lei nº 9.427/1996, evidencia uma regulação harmônica entre “Estado e economia”, compreendida como uma normatização que busca um equilíbrio entre a “intervenção” do Estado e o reflexo daquilo que não é aceito/seguido pelo mercado; entre a regulação da economia privada e o reflexo do que o setor privado não produz ou não pode produzir; e entre as medidas regulatórias administrativas e o reflexo da sua ineficiência normativa no plano de sua vigência e eficácia.

A transformação da atuação do Estado na economia obrigou-o a implantar um monitoramento desses setores/serviços considerados essenciais públicos, bem como da atuação dos mercados. Como exemplo da previsão legal dessa fase de implementação da atuação reguladora da ANEEL, veja o art. 3º, II e IV, da Lei nº 9.427/1996.

No setor elétrico, os contratos de concessão não são padronizados, embora existam procedimentos gerais estabelecidos pelos diversos governos estaduais, em consonância com a ANEEL. Além da previsão de multas e penalidades para o caso de não-cumprimento dos níveis de qualidade de atendimento, a obrigação de universalização do serviço era ponto controverso, já que existia apenas a previsão de realização de obras de expansão e ampliação do sistema elétrico, desde que os governos estaduais fizessem o ressarcimento, às concessionárias, da diferença entre o custeio das obras e o limite de investimento contratado por elas.

Nota-se, portanto, que o escopo da regulação econômica implantada no setor elétrico tem associado a ele a característica policiadora que o órgão regulador deve exercer em relação ao mercado, *vide* os arts. 2º (previsão), 3º, IV (segunda parte) e V, e 12 da Lei nº 9.427/1996.

## 5 REFLEXÃO

A ANEEL é um exemplo de estruturação regulatória de um mercado. Sua concepção está baseada, direta ou indiretamente, nas agências reguladoras norte-americanas. Nesse sentido (exposto o tema da regulação econômica e regulação social para tentar-se distinguir formas de normatização

de um determinado mercado) é que se torna importante compreender o histórico da formação das agências norte-americanas para se concluir como “regra” que, em origem, a regulação sempre se estruturou na economia, sendo que a regulação social acabou surgindo como exceção a essa “regra”.

Nesse contexto de reflexão sobre a ação econômica da regulação, a história das agências reguladoras norte-americanas passou por quatro fases principais:

- (a) o nascimento desse modelo de regulação deu-se no final de século XIX, para regular as disputas entre as empresas de transporte ferroviário e os empresários rurais. Em geral, a normatização tratava somente de questões econômicas ligadas às partes em disputa;
- (b) no séc. XX, entre 1930 e 1945, com a economia abalada, os norte-americanos instituíram inúmeras agências administrativas como parte da política do *New Deal*, do Presidente Roosevelt, para intervirem na economia;
- (c) o terceiro momento, entre 1945 e 1965, foi marcado pela edição de uma lei geral de procedimento administrativo (*APA – Administrative Procedural Act*), que trouxe uma uniformidade no processo de tomada de decisões pelas agências, conferindo-lhes maior legitimidade. Após esse período é que o sistema regulatório americano sofreu seu mais grave problema: o desvirtuamento das ações das agências pelo que ficou conhecido como “a captura das agências reguladoras pelos agentes econômicos regulados”, em que os agentes privados acabam implantando mecanismos de pressão que deturpavam o conteúdo da regulação que iriam sofrer; e
- (d) em fins do séc. XX, na década de oitenta, inicia-se um processo, ainda em curso naquele país, para modificar aquele modelo regulador independente, implantando-se controles externos de forma que a independência das agências não conflite com os interesses dos consumidores e do mercado como um sistema.

No Direito brasileiro, a ANEEL possui história mais breve, sendo constituída como uma autarquia especial, criada por lei, com estrutura colegiada, com a incumbência de normatizar, disciplinar e fiscalizar a prestação, por agentes econômicos públicos e privados, de certos bens e serviços de acentuado interesse público. Em tese, inseridos no campo da atividade econômica que o Poder Legislativo entendeu por bem destacar e entregar à regulamentação autônoma e especializada de uma entidade administrativa relativamente independente.

Em razão das privatizações ocorridas em setores estratégicos da economia nacional, especialmente o setor de energia elétrica, a ANEEL surgiu como a primeira experiência dessa forma de estruturar a atuação do Estado na economia, mas não teve chances de se fortalecer, nem de sedimentar tal

modelo de normatização, por ter sido “deslegalizada” da sua atuação efetiva no mercado no primeiro fato de relevância nacional, no episódio da crise de energia, pela falta do produto.

Por fim, apresentados os conceitos de regulação econômica e social citados por Vital Moreira em confluência com os termos e o contexto de aplicação da Lei da ANEEL, foi identificado que (i) a Lei da ANEEL apresenta os conceitos teorizados por Vital Moreira sobre regulação econômica ou social, e (ii) no texto da lei, bem como o contexto em que se aplica, prevalece a regulação econômica. Ademais, refletido a validade de tal distinção de regulação, econômica ou social, tem-se também a forte impressão de que a normatização dos aspectos diretamente econômicos é a regra que prevalece na regulação.

Por conta da especialidade de cada setor, desenvolvem-se normas específicas para cada um, constituindo uma das principais mudanças na concepção de Estado regulador. O instrumento normativo passa a ser a ferramenta mais importante da atuação estatal no mercado/economia, sucedendo a atuação direta empregada no modelo anterior.

Tem-se, portanto, uma mudança de paradigma que necessita ainda de uma análise mais aprofundada e de aplicação mais acurada. Nesse sentido é que será útil ter-se como ferramenta os conceitos de regulação econômica e social.

Como salientado no início do texto, o Estado brasileiro passa por um período de revisão desse marco regulador que, em geral, foi implementado fora de um contexto econômico e real compatível. Assim, essa revisão torna-se “criação”. Ou seja, inicia-se um novo marco regulador partindo de experiência jurídica anterior que se mostrou desajustada do mercado. Nessa nova criação é que será oportuno o exame dos conceitos de regulação econômica e social. Assim se espera.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ALVES, Alaôr Caffé. *Saneamento básico: concessões, permissões e convênios públicos*. Bauru: 1998.

ANHAIA MELLO, Luiz de. *O problema econômico dos serviços de utilidade pública*. São Paulo: Prefeitura do Município de São Paulo, 1940.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. Controle judicial dos atos administrativos. *Revista de Direito Público*, São Paulo: RT, n. 65, 1983.

BASSI, Franco. *Lezioni di diritto amministrativo*. 6. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais*, a. 86, v. 737, mar. 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARBONELL, Eloísa; MUGA, José Luis. *Agencias y procedimiento em Estados Unidos de America*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999. \_\_\_\_\_. *Parcerias na administração pública – Concessão, permissão, franquia terceirização e outras formas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

FALLA, Fernando Garrido. *Las transformaciones del regimen administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1962.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GILMORE, Grant. *As eras do direito americano*. Trad. A. B. Pinheiro de Lemos. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Administração pública centralizada e descentralizada*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2000.

MARTÍN MATEO, Ramón; WAGNER, Francisco Sosa. *Derecho administrativo económico*. Madrid: Ediciones Pirámide, 1974.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993/1966.

MUKAI, Toshio. *Concessões, permissões e privatizações de serviço público*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

PINTO, Bilac. *Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1941.

POLTRONIERI, Renato. *Discricionariedade dos atos administrativos e a ambigüidade da norma jurídica positiva*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

QUEIRO, Afonso Rodrigues. *O poder discricionário da administração*. Coimbra: Coimbra, 1944.

SOUTO, Marcos Jurema Villela. *Licitações e contratos administrativos*. 3. ed. São Paulo: Esplanada, 1998.

SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Direito administrativo económico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

TÁCITO, Caio. O primeiro livro sobre direito administrativo na América Latina. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, v. 27, 1952.

TAVARES, José. *Administração Pública e direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1992.

WEBER, Max. *Economia y sociedad*. Trad. José Medina Echavarría e outros. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1984.