

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

REFORMA ADMINISTRATIVA DE 1995 E PARTICIPAÇÃO  
DEMOCRÁTICA: O PAPEL DAS AGÊNCIAS  
REGULADORAS DO SERVIÇO PÚBLICO NA DEFESA DO  
USUÁRIO

JOYCEANE BEZERRA DE MENEZES

RECIFE - PE  
2004

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

REFORMA ADMINISTRATIVA DE 1995 E PARTICIPAÇÃO  
DEMOCRÁTICA: O PAPEL DAS AGÊNCIAS  
REGULADORAS DO SERVIÇO PÚBLICO NA DEFESA DO  
USUÁRIO

JOYCEANE BEZERRA DE MENEZES

Tese apresentada à  
Universidade Federal de  
Pernambuco, para concorrer ao  
Título de doutor, pelo Curso de  
Pós-Graduação em Direito -  
Área de concentração: Direito  
Público.  
Orientador: Paulo Antônio de  
Menezes Albuquerque.

RECIFE-PE  
MAIO - 2004

---

## Menezes, Joyceane Bezerra de

M543r                      Reforma administrativa de 1995 e participação democrática      [manuscrito]:  
o papel das agências reguladoras do serviço público na defesa do usuário / Joyceane  
Bezerra de Menezes - 2004.  
246f.

Cópia de computador.

Tese (doutorado - Universidade Federal de Pernambuco, 2004.

Orientador: Prof. Paulo Antônio de Menezes Albuquerque.

1. Reforma administrativa - 1995 2. Concessão de serviços públicos - Brasil  
I. Título.

CDU 35.001.7"1995"

---

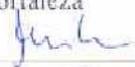
## AVALIAÇÃO DA BANCA EXAMINADORA

### Banca examinadora

Prof. Dr. Arnaldo Vasconcelos – Universidade de Fortaleza

Julgamento: Aprovada

Assinatura:



Prof. Dr. Francisco Queiroz Bezerra Cavalcanti – Universidade Federal de Pernambuco

Julgamento: Aprovada

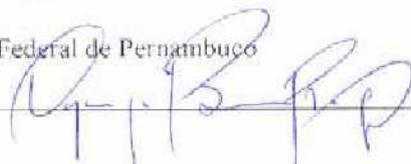
Assinatura:



Prof. Dr. George Browne Rego – Universidade Federal de Pernambuco

Julgamento: Aprovada

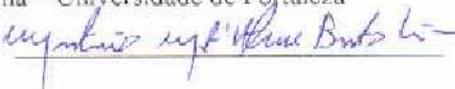
Assinatura:



Prof. Dr. Martônio Mont'Alverne Barreto Lima – Universidade de Fortaleza

Julgamento: Aprovada

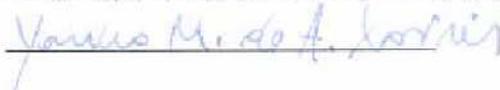
Assinatura:



Prof. Dr. Yanko Marcius de Alencar Xavier – Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Julgamento: Aprovada

Assinatura:



*“Melhor é serem dois do que um, porque têm melhor paga do seu trabalho. Porque se caírem, um levanta o companheiro; ai, porém do que estiver só; pois, caindo, não haverá quem o levante.”*

*Eclesiastes: 4:9,10.*

*Ao Deus todo poderoso e a Jesus Cristo, o meu guia e salvador;  
Aos meus pais, João Bezerra e Maria do Carmo, que sempre acreditaram e contribuíram para a realização dos meus projetos;  
Ao Fernando José, pelo convívio em todas as horas;  
Aos meus amados Abraão e Davi que tentaram, durante todo o processo de construção deste trabalho, compreender a ausência da mãe;  
Aos meus irmãos Herika, Jordany e Thais e cunhados Laércio, Dayanne e Fernanda Cláudia que me cercam de cuidados.  
In memoriam à querida Prof. Manuela Lourenço Pires Torquato, pela confiança e amizade que dedicou a seus alunos.*

*À Universidade de Fortaleza e aos seus dirigentes que proporcionaram este Doutorado;*

*À Universidade Federal do Pernambuco, em especial, aos professores Raymundo Juliano Rego Feitosa e Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti;*

*Ao meu orientador, Prof. Paulo Antonio de Menezes Albuquerque, profissional de elevada formação intelectual e admirável sensibilidade, em todo tempo empenhado em ajudar-me na escolha dos melhores caminhos para a conclusão desta tese;*

*Ao Prof. José Martônio Alves Coelho, pela compreensão e contínuo incentivo;*

*Aos colegas de Curso, especialmente a Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça, ao Newton Albuquerque e ao Luciano Lima com quem dividi momentos de dúvidas e proveitosas discussões;*

*À amiga Cremilda Maria pelo apoio incondicional;*

*Aos funcionários do programa, em especial à Virgínia, Wellington e Luis Carlos que, mesmo nos bastidores, também contribuíram para a conclusão deste trabalho.*

## RESUMO

Trata da reforma administrativa brasileira de 1995, especialmente da forma de gestão dos serviços públicos, mediante parceria com a iniciativa privada, e das agências reguladoras. A reforma pretende reduzir o insulamento burocrático e ampliar a participação social ora através da prestação do serviço público por particulares, ora através do controle social por parte dos cidadãos. Com o objetivo de implementar a eficiência na atividade administrativa, a prestação do serviço público, notadamente do serviço de interesse geral, foi transferida para a iniciativa privada, por via de concessão ou permissão. Em decorrência da parceria entre o Estado e as empresas privadas, ampliou-se a atividade regulatória que passou a ser desenvolvida por entes independentes do governo – as agências reguladoras do serviço público. Embora não estivessem previstas expressamente no projeto reformador, as agências reguladoras foram, pouco a pouco, ganhando espaço institucional no Brasil. Assumem a condição de autarquias especiais, haja vista a sua autonomia diante do governo, e são dotadas de acentuados poderes normativos e sancionatórios. As agências reguladoras têm sido objeto de severas críticas pela doutrina nacional em virtude de uma suposta inadequação ao sistema administrativo pátrio. Os aspectos mais criticados são: a independência que gozam diante do Chefe do Executivo e o acentuado poder normativo. Entende-se, contudo, que o principal problema das agências reguladoras no Brasil está relacionado à possibilidade de captura dos seus dirigentes. O bom funcionamento da regulação independente não prescinde de fortes instrumentos de controle, especialmente do controle social por parte da sociedade civil.

*Palavras-chave:* Reforma administrativa de 1995; serviços públicos; eficiência; participação; concessão e permissão; regulação; agências reguladoras.

## ABSTRACT

The present study approaches the Brazilian administrative reform of 1995, with especial focus on the management of the public services, by means of partnership with the private initiative, and the regulatory agencies. In the context of the public administration, the reform intends to reduce the bureaucratic insulation and to extend the social participation, some times through the installment of the public service by private, other times through the social control representing the citizens. With the goal of implementing efficiency in the administrative activity, the installment of the public service, mainly the service of general interest, it was transferred to the private initiative either by concession or permission. As a result of the partnership between the State and the private companies, the regulating activity of the State amplified and passes to be developed by independent beings of the government - the Regulatory Agencies of the Public Service. Although the reformation project had not clearly foreseen the regulatory agencies, they have been, little by little, gaining institutional space in Brazil. They assume the condition of special autarchies, which have seen their autonomy ahead of the government, and are endowed with evident normative and sanction power. The regulatory agencies have been severely criticized by the Brazilian doctrine because possible inadequacy to the national native administrative system. The most criticized aspects are the independence in relation to the central power of the Head of the Executive and the emphasized normative power. Herein, it is understood that the crucial critic on the regulatory agencies in Brazil is related to the possibility of capture of their controllers. Appropriate functioning of independent regulation is not efficient without strong instruments of control, especially social control by society.

**Keywords:** Administrative reform of the Brazilian State, public services, regulatory agencies.

## RIASSUNTO

Si tratta della riforma amministrativa brasiliana del 1995, specialmente in forma di gestione dei servizi pubblici, mediante collaborazione con l'iniziativa privata, e delle autorità amministrative indipendenti. Nel contesto della amministrazione pubblica, la riforma pretende di ridurre l'isolamento burocratico e ampliare la partecipazione sociale, a volte attraverso la prestazione del servizio pubblico, altre volte attraverso il controllo sociale da parte dei cittadini. Con l'obiettivo di incrementare la efficienza nell'attività amministrativa, la prestazione del servizio pubblico, notoriamente del servizio di interesse generale, fu trasferita alla iniziativa privata attraverso concessione o permesso. Col decorrere della collaborazione tra lo stato e le imprese private, si amplia l'attività regolatrice dello stato che viene ad essere sviluppata da entità indipendenti dal governo - le agenzie regolatrici del servizio pubblico. Nonostante non fossero previste espressamente nel progetto riformatore, le autorità amministrative indipendenti cominciarono, a poco a poco, a guadagnare spazio istituzionale in Brasile. Assumono la condizione di autarchie speciali, avendo come scopo la loro autonomia nei confronti del governo, e sono dotate di poteri normativi e sanzionatrici ben evidenti. Le autorità amministrative indipendenti sono state oggetto di severe critiche dalla dottrina nazionale in virtù di possibili inadeguatezza al sistema amministrativo del paese. Gli aspetti più criticati sono la indipendenza in relazione al Capo dell'Esecutivo e l'accentuato potere normativo. Si intende che il principale problema delle autorità indipendenti in Brasile è relazionato alla possibilità di arresto dei loro dirigenti. Il buon funzionamento della regolazione indipendente, non prescinde da forti strumenti di controllo, specialmente dal controllo sociale da parte della società civile.

**Parole-chiave:** Riforma del Estato brasiliano, servizio pubblico, autorità amministrative indipendenti.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1 ESTADO E REFORMA ADMINISTRATIVA NO BRASIL.....	20
1.1 Antecedentes: a relação histórica entre sociedade e Estado no Brasil e sua repercussão na administração pública .....	20
1.1.1 Evolução político-econômica da Era Vargas: profissionalização da administração pública.....	27
1.1.2 Características da reforma burocrática de 1936 .....	31
1.1.3 O modelo burocrático de Vargas como empecilho ao desenvolvimento.....	36
1.1.4 Reforma desenvolvimentista dos governos militares .....	39
1.2 A crise do Estado nos anos oitenta.....	43
1.2.1 A redemocratização do Estado Brasileiro e elaboração da nova Constituição.....	46
1.2.2 Entre o projeto neoliberal para o Estado mínimo e a alternativa do Estado subsidiário ou social-liberal .....	47
1.3 A alternativa social-liberal: reforma para o Estado Subsidiário .....	49
1.3.1 Elementos básicas da reforma.....	52
1.3.1.1 Delimitação das funções do Estado .....	53
1.3.1.2 Desregulamentação .....	54
1.3.1.3 Governança.....	55
1.3.1.4 Governabilidade .....	57
1.3.2 Reflexos no aparato administrativo brasileiro: o trinômio Estado, mercado e sociedade .....	59

2 A REFORMA ADMINISTRATIVA DE 1995: A EFICIÊNCIA COMO FATOR DE LEGITIMIDADE .....	65
2.1 Principiologia básica da reforma estruturada pelo Ministério da Administração e Reforma do Estado – MARE quanto à prestação dos serviços .....	65
2.1.1 A gestão pela qualidade .....	68
2.1.2 Redimensionamento do conteúdo da expressão “interesse público” .....	71
2.1.3 Descentralização e redefinição dos setores do Estado .....	79
2.1.4 Desestatização .....	84
2.1.5 Ampliação da função regulatória: emergência das agências reguladoras do serviço público .....	86
2.2 O princípio da eficiência como fator de legitimidade .....	87
2.2.1 Entre a eficiência e a democracia.....	89
2.2.2 A participação como supedâneo do princípio da eficiência.....	95
2.2.3 Controle da eficiência na administração pública .....	103
3 O SERVIÇO PÚBLICO E O REGIME DE CONCESSÃO.....	107
3.1 O serviço público objeto de concessão .....	107
3.2 Serviços públicos de interesse geral como suporte dos direitos fundamentais ..	118
3.3 O serviço público no Código de Defesa do Consumidor brasileiro – Lei no. 8.078/90 .....	125
3.4 Empresas privadas prestadoras de serviços próprios: entre o lucro e o dever de universalidade .....	132
3.5 Regime jurídico dos serviços públicos .....	138
3.6 A concessão do serviço público no direito brasileiro .....	145
3.6.1 Concessão como modalidade de gestão do serviço público .....	147
3.6.2 As cláusulas econômicas ou financeiras de interesse da empresa privada – o princípio do equilíbrio econômico-financeiro.....	153
3.7 Regulação tarifária: o desafio de compatibilizar o interesse público e o interesse privado.....	156
3.8 Mecanismos de controle da concessão – a regulação dos serviços públicos .....	159

4 AGÊNCIAS REGULADORAS DOS SERVIÇOS PÚBLICOS E A DEFESA DO USUÁRIO.....	163
4.1 Razões que justificam a difusão das agências reguladoras .....	163
4.2 As agências reguladoras no Brasil .....	168
4.2.1 Finalidades básicas e as diferentes atividades das agências .....	170
4.2.2 A independência das agências reguladoras: autarquias especiais de autonomia reforçada .....	176
4.2.2.1 Independência ou autonomia em sentido orgânico .....	178
4.2.2.2 Independência ou autonomia em sentido funcional.....	182
4.2.2.3 Independência diante dos setores regulados .....	185
4.2.3 O poder normativo das agências no âmbito do Estado democrático de direito .....	187
4.3 A atuação das Agências reguladoras na defesa do usuário do serviço público	
4.3.1. Garantia do serviço adequado.....	193
4.3.1.1 Universalização.....	195
4.3.2 Participação dos usuários.....	196
4.3.4 Solução de conflitos entre usuários e concessionárias face ao Código de Defesa do Consumidor e Sistema Nacional de Defesa do Consumidor .....	199
4.3.5 Reajuste e revisão das tarifas .....	200
4.3.6 Avaliação das Agências pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor ..	201
4.4 O controle sobre a atuação das agências reguladoras.....	202
4.4.1 Os riscos da captura .....	202
4.4.2 Controle judicial .....	205
4.4.3 Controle do Poder Legislativo .....	209
4.4.4 Controle social .....	210
CONCLUSÃO .....	213
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	220

## INTRODUÇÃO

O objetivo desta tese é analisar o redimensionamento do papel do Estado proposto pela reforma estruturada na década de noventa, especialmente quanto à prestação dos serviços públicos por particulares e à atividade regulatória por meio de entes alheios ao governo - as agências reguladoras. No âmbito dos serviços públicos, a reforma assume a necessidade de celebração de parcerias com o setor privado, sob a orientação de princípios como a eficiência e a participação popular na administração pública, no intuito de superar o insulamento burocrático e promover a democratização do aparato administrativo-estatal. Nesse contexto, emergem as agências reguladoras, enquanto entes dotados de poder regulatório, para firmar aquelas parcerias em atenção ao interesse público.

No Brasil, a reforma administrativa surgiu em decorrência de fatores exógenos e endógenos, como parte da reforma do Estado, intentando romper com a estrutura burocrática legada da Era Vargas. Propõe uma nova gestão dos serviços públicos, a partir de parcerias com a sociedade e o mercado, como forma de ampliar a eficiência e favorecer a persecução do interesse público, cujo referencial deixa de ser o Estado e passa a ser a sociedade. Preservado um núcleo estratégico, quase coincidente com as funções políticas, as demais esferas da atuação estatal passam a ser realizadas em parcerias com o capital privado ou com a própria sociedade. Os serviços que podem ser explorados pelo mercado passam a funcionar sob a sua execução, por meio da concessão ou permissão. Outros serviços, prestados em concorrência com o mercado, mas que não podem ser entregues totalmente a este, são desenvolvidos pela sociedade, por meio das organizações sociais.

Como forma de ampliação da legitimidade da administração, reduzindo-se o insulamento burocrático presente ao tempo de Vargas, o projeto reformador

estabelece a necessidade de maior abertura à participação popular, por meio de audiências públicas, consultas públicas, conselhos representativos, entre outros. Isso demonstra que as alterações formuladas pela reforma pressupõem mudanças no comportamento social, invocando da cidadania um aspecto nem sempre marcante na trajetória da nação brasileira – a participação na construção e no controle do interesse público, pois ao tempo em que a reforma transfere a execução dos serviços públicos às empresas particulares sob a necessidade de ampliação da eficiência e da qualidade, requer mecanismos institucionais de controle dessa mesma eficiência. Para tanto, reestrutura o potencial regulador, utilizando-se da figura da agência reguladora, presente tradicionalmente nos Estados Unidos, cujos serviços de interesse geral, ou melhor, as *publics utilities* são desenvolvidas pela iniciativa privada. E demanda ainda um papel pró-ativo da sociedade, no sentido de fortalecer os mecanismos institucionais de controle sobre a prestação do serviço público.

A implementação da reforma administrativa no Estado brasileiro, especialmente no que concerne à parceria com os particulares para a execução do serviço público, impõe alguns questionamentos. O primeiro, está relacionado à prestação do serviço por empresas privadas; pois como compatibilizar a lógica individualista e utilitarista destas com o regime jurídico dos serviços públicos, cuja tônica central é a universalidade, a garantia de acesso a todos os cidadãos? Especialmente em um Estado como o Brasil, marcado pela desigualdade social e pela influência negativa e expropriatória do capital privado sobre a coisa pública. Muitos dos serviços públicos desenvolvidos doravante por particulares correspondem a verdadeiros suportes dos direitos fundamentais, razão porque devem ser acessíveis a toda a população, independentemente de condição econômica, social ou da posição geográfica no território nacional. Comportam investimentos maciços, nem sempre intencionados pelo capital, cuja meta prioritária é o lucro. A dimensão da eficiência, que justifica a parceria com o capital privado para a prestação do serviço público, não comporta uma dimensão meramente utilitarista, baseada na máxima realização de lucros, com o mínimo investimento. A eficiência que condiciona a prestação do serviço público pela própria administração ou por particulares está aliada aos demais

princípios administrativo-constitucionais e às finalidades da administração pública, quais sejam, a consecução do interesse público e da justiça distributiva.

O segundo questionamento diz respeito à idéia de participação popular na estrutura da administração, como forma de ampliação da legitimidade desta e o amadurecimento da cidadania. A Emenda Constitucional no. 19/98, documento constitucional conclusivo da reforma, refere-se à necessidade de lei ulterior para definir os direitos do usuário e discriminar as formas de sua participação na administração pública. Embora a participação assuma destaque na justificativa da reforma, especialmente no que concerne à legitimidade da estrutura de regulação, não encontra correspondência na práxis social, tampouco na vontade política do legislador. Quanto à participação, a reforma administrativa sequer se completou no plano formal, uma vez que a lei sobre a temática ainda não foi promulgada, tal qual a lei de proteção ao usuário.

No Brasil, a ausência de uma cultura cívica dificulta sobremaneira a realização de direitos básicos, e ainda mais o direito à participação. José Murilo de Carvalho<sup>1</sup>, referindo-se à pesquisa realizada sob sua coordenação na região metropolitana do Rio de Janeiro, constatou, a partir de uma pequena amostragem, uma realidade de fácil percepção: os brasileiros não têm consciência dos seus direitos civis e não têm espírito de comunidade haja vista o baixíssimo envolvimento na vida pública<sup>2</sup>. Se a visão de cidadania como comunidade não está enraizada entre nós, dificilmente lograremos uma participação efetiva na condução da coisa pública. Na sua origem, o Estado brasileiro antecedeu a formação da nação, e o seu caminhar sempre esteve orientado sob uma matriz estadocêntrica, com uma tutela contínua sobre a sociedade

---

<sup>1</sup> CARVALHO, José Murilo de. Cidadania na encruzilhada. **Pensar a república**. Org. Newton Bignotto. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, pp.108/109.

<sup>2</sup> De acordo com a pesquisa citada por Carvalho, embora a participação eleitoral seja alta, certamente em virtude do voto obrigatório, apenas 2% dos entrevistados são filiados a partidos políticos, enquanto 5,5% integram algum tipo de associação (Op. cit., p.111).

e sobre o mercado. Assim, como esperar uma participação qualitativa e quantitativa no controle dos serviços públicos, se a sociedade não está amadurecida suficientemente para tanto? O discurso sobre a participação não sairá do plano formal, enquanto a cidadania brasileira não estiver consciente do humanismo cívico, do compromisso comunitário. Enquanto isso, será adequado entregar à sociedade a tarefa de controle da prestação desses serviços?

Na medida em que o Estado transfere aos particulares a execução dos serviços públicos, deverá interferir para que os mesmos não sejam prestados sob uma ótica meramente mercantil, seja por meio de mecanismos normativos, seja por intermédio de mecanismos institucionais de controle. Tratando-se de um Estado orientado sob uma matriz estadocêntrica, qualquer atitude voltada para o fortalecimento da sociedade, debilitada pelo gigantismo da atuação estatal, deverá contar, conforme adverte Boaventura dos Santos<sup>3</sup>, com a interferência, ainda que transitória, daquele mesmo Estado.

A lei de concessões, assim como o edital de licitação e o próprio contrato, fornece os elementos norteadores da prestação do serviço público pelo particular. Surgem as agências reguladoras, reestruturando o papel regulador do Estado, na tentativa de conduzir a prestação do serviço em atenção ao regime jurídico específico, respeitando-se os direitos dos usuários e do concessionário.

As agências reguladoras do serviço público surgem como autarquias especiais, integrantes da administração pública indireta, com a pretensão básica de, envolvendo a participação da sociedade civil, estruturar um sistema de controle e fiscalização da execução dos serviços públicos executados pelos particulares. São entes independentes do governo que representam um elo entre o Poder Concedente, os usuários e os prestadores dos serviços públicos, com a missão institucional de

---

<sup>3</sup> *In* Para uma reinvenção solidária e participativa do Estado. **Sociedade e Estado em transformação**. Org. Luiz Carlos B. Pereira; Jorge Wilhelm e Lourdes Sola. Brasília: ENAP, 1999, p.254.

assegurar o equilíbrio do sistema mediante a valorização do interesse público. Devem assegurar os interesses dos parceiros privados, haja vista a relação contratual/regulamentar que estes têm com o Estado, mas a sua missão principal é garantir o respeito ao regime jurídico dos serviços públicos, fiscalizando para que as empresas prestem o serviço adequado na satisfação do interesse do usuário. São também caracterizadas e legitimadas pela acentuada permeabilidade à participação popular; nas leis instituidoras são previstos vários instrumentos de interferência social, a exemplo das audiências e consultas públicas, da ouvidoria, dos conselhos envolvendo usuários. A participação popular é apresentada como um instrumento de valiosa importância para evitar a captura das agências pelos setores regulados. Mas discute-se a possibilidade de efetiva participação popular no âmbito das funções reguladoras, especialmente considerando as dificuldades enfrentadas pela cidadania brasileira.

Um terceiro questionamento diz respeito à lisura e à adequação da atuação das agências reguladoras. Trata-se de garantir que essas agências transitem em meio a interesses contrapostos, por vezes, como o interesse dos usuários e o interesse das concessionárias, sem que sejam cooptadas pelos setores mais organizados. Principalmente se considerada a complicada e incestuosa relação entre capital e Estado, entre os negócios privados e os negócios públicos na trajetória do Estado brasileiro desde o tempo da Colônia.

Em síntese, o presente estudo procura analisar a reforma administrativa brasileira, enfocando a execução dos serviços públicos por particulares e o papel das agências reguladoras, sem perder de vista as peculiaridades do aparato administrativo e da relação Estado e sociedade. Para tanto, são analisados os principais documentos que originaram a reforma, as Emendas Constitucionais que deram suporte ao intento reformador, as leis pertinentes, a doutrina e a jurisprudência, quando cabível.

A tese foi estruturada em quatro capítulos, o primeiro apresenta um conteúdo histórico, noticiando as reformas sofridas pela administração pública brasileira e alguns aspectos presentes na relação entre o Estado e a sociedade, desde os tempos da Colônia. Aborda a evolução político-econômica brasileira a partir do Governo Vargas, especialmente quanto ao capitalismo protegido, aspecto peculiar da relação entre Estado e o capital, bem como a reforma burocrática estruturada no período. Trata da reforma desenvolvimentista orientada pelos governos militares, caracterizada pelos movimentos de abertura e descentralização em relação à administração burocrática de Vargas. Finaliza, comentando sobre a crise do Estado nos anos oitenta e suas relações com as idéias reformadoras que culminarão no modelo de Estado subsidiário. O segundo capítulo versa sobre a principiologia da reforma administrativa gerencial, estruturada durante o Governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, seguindo o modelo de Estado subsidiário, caracterizado pela ampliação do papel regulador e constante parceria com o setor privado na execução dos serviços públicos. Analisa a proposta de gestão do serviço público, mediante parcerias com setores privados, enfocando o princípio da eficiência e da supremacia do interesse público, bem como a idéia de participação no âmbito da administração pública, como fator de legitimidade. O terceiro capítulo aborda o conceito de serviço público, a importância dos serviços de interesse geral para a consolidação dos direitos fundamentais, bem como as possibilidades de sua execução por particulares. Analisa o regime jurídico do serviço público e as dificuldades das empresas privadas em prestarem serviços públicos, de natureza universal, diante da relevância imediata do lucro. Discute os limites e as possibilidades de defesa do usuário, especialmente quanto à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. E ainda aborda os aspectos mais relevantes da concessão do serviço público no direito pátrio. O quarto capítulo encerra a pesquisa, apresentando as agências reguladoras como instrumentos desgovernamentalizados de regulação que visam a garantir a prestação do serviço público com o integral respeito ao regime jurídico concernente. Discute os aspectos mais controversos de sua estrutura e atuação, tais como a autonomia dos seus dirigentes, o elevado poder normativo e a atuação na defesa dos usuários. E ainda registra os limites de sua

atuação na estrutura político-administrativa brasileira, especialmente quanto aos riscos de cooptação pelos setores regulados, gerando a necessidade de maior controle institucional e social.

# 1 ESTADO E REFORMA ADMINISTRATIVA NO BRASIL

## 1.1 Antecedentes: a relação histórica entre sociedade e Estado no Brasil e sua repercussão nas reformas da administração pública

Desde o período colonial, a trajetória da sociedade civil brasileira é marcada por uma relação de profunda dependência do Estado. Até mesmo a organização capitalista do Brasil foi capitaneada pelo Estado que, contraditoriamente, ora agia na defesa de interesses privados, ora promovia a organização da sociedade civil, mas sempre contando com o apoio das elites mais hegemônicas<sup>4</sup>, suas aliadas desde o período colonial.

A própria formação do Estado brasileiro foi operada de cima para baixo, sem uma nação constituída<sup>5</sup>, o que dificultaria, sobremaneira, a estruturação de uma sociedade com um mínimo consenso ou ânimo de organização política. As elites se organizaram no mesmo espírito exploratório do colonizador, para a retirada do

---

<sup>4</sup> O termo *elite* é empregado com as mesmas ressalvas utilizadas por José Murilo de Carvalho, em referência a determinados “grupos especiais de elite, marcados por características que os distinguem tanto das massas como de outros grupos de elite”. Embora se compreenda que estes grupos não são capazes de produzir isoladamente a realidade social em sua complexidade, a sua influência nas decisões políticas nega o determinismo de fatores não políticos, sobretudo econômicos. Observe-se que o preço desta hegemonia esteve relacionado a garantia de uma educação voltada para poucos e de uma participação política restrita a pequenos grupos (*In A construção da ordem: a elite política imperial; teatro das sombras; a política imperial*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, Relume-Dumará, 1996, p.17).

<sup>5</sup> Autores como Alberto Torres e Oliveira Viana (*In Instituições políticas brasileiras*. Vol.2, Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1987, p.70) destacaram a superficialidade da nação brasileira. Alberto Torres afirmava que o problema da fragilidade dos laços nacionais do Brasil era comum aos países novos e que caberia ao Estado a função de solidificar o tecido social e contribuir para a consolidação dos laços nacionais. Na sua conclusão a colonização aqui empreendida apenas ensinou o povo brasileiro a *copiar e imitar coisas, homens, idéias e costumes estrangeiros* (*In O problema nacional brasileiro*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1978, pp.33, 117).

máximo de proveitos e privilégios<sup>6</sup>. Uma população heterogênea e dispersa povoou o país sem universidades, sem vida urbana e sem economia organizada, cultuando hábitos privatistas incompatíveis com a idéia da *coisa pública*<sup>7</sup>. Tradicionalmente, o Estado brasileiro foi modelado como um “Estado de compromissos”<sup>8</sup>, no qual o governo central concentraria os meios de patronagem e de coerção para garantir os interesses dos seus aliados. Na teoria constitucional, emergia um constitucionalismo retórico, pautado em um liberalismo ingênuo<sup>9</sup>.

O patrimonialismo existente no Brasil tem raízes no Estado patrimonialista português e se manteve, a partir dos anos 30, sob a forma de clientelismo. Na conclusão de Raymundo Faoro<sup>10</sup>, o Estado brasileiro funcionou muito mais como um fator de dissolução, admitindo e alimentando a influência nefasta de interesses anti-sociais<sup>11</sup>. Comprometeu a sua função política originária e funcionou como um

---

<sup>6</sup> Oliveira Viana explica que a influência do clã rural foi o empecilho para a formação da consciência nacional. A clivagem social e política representaria a vitória do localismo sobre a integração nacional, do espírito particularístico sobre o sentimento de Estado nacional, o predomínio da ordem privada sobre a ordem pública (*In Instituições políticas brasileiras*. Vol.1, Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1987, pp. 203/214).

Sérgio Buarque de Holanda também percebeu esta característica na formação do povo brasileiro, dizendo que o *culto à personalidade*, traço principal da cultura ibérica, traduzia-se na valorização da autonomia individual em detrimento do espírito associativo, resultando numa estrutura social frouxa. Elaborou a idéia do homem cordial, formado pela mistura da cultura ibérica (que eleva o culto à personalidade) com o modo de colonização aventureiro e desleixado empreendido no Brasil. Resulta-se na construção de uma sociedade civil incapaz de servir de base ao Estado impessoal. O homem cordial, informado pelos padrões do convívio patriarcal rural, projeta-se na esfera social e política, reproduzindo a predominância do privado sobre o público; do emocional sobre o racional; do íntimo sobre o impessoal. Segundo Sérgio Buarque, os fundamentos personalistas e oligárquicos da nossa vida social e da ausência de uma sociedade civil fazem da democracia brasileira, “um lamentável mal entendido” (*Raízes do Brasil*. Rio de Janeiro: Livraria José Olímpio Editora, 1973, p.101 e segs.).

<sup>7</sup> SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.217.

<sup>8</sup> Expressão de Frederico Lustosa da Costa e Augusto Paulo Cunha, em trabalho apresentado no VI Congresso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Buenos Aires, Argentina, 5-9 de novembro, 2001.

<sup>9</sup> SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.219.

<sup>10</sup> FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato brasileiro*. Vol. 2, São Paulo: Globo, 1995, p.535.

<sup>11</sup> No desabafo de Alberto Torres, “vivemos, até aqui, de ensaios e reformas; (...) Daí o desânimo e a descrença de um povo, para quem a vida pública não é senão uma crônica de anedotas pessoais e de audácias, escândalos e imoralidades, verdadeiros e falsos, exagerados e deturpadores; onde o mérito não tem estímulo, o trabalho não tem valor, a produção não tem preço, as fortunas não tem garantias, o povo não tem opinião, o cidadão não tem voto, os espíritos não têm idéias e as vontades não sabem mover-se” (Op.cit., p. 44).

aparato de apoio ao interesse privado de estreita camada social<sup>12</sup>, subsidiando-lhe o capital nos empreendimentos mal sucedidos.

Na administração colonial, o Estado aparece como unidade inteiriça, funcionando como um todo único, representando um instrumento de classe dos proprietários rurais. Inexistia a separação de poderes ou funções (legislativo, executivo e judiciário) nos moldes científicos, tampouco divisão entre o cidadão e o religioso. Não havia uma separação nítida entre o público e o privado, tampouco funções bem discriminadas, competências definidas e disposição ordenada dos diferentes órgãos administrativos, segundo um princípio uniforme de hierarquia e simetria. Também não havia uma unidade, a colônia brasileira constituía um conjunto de capitanias de organização bem diversa, de forma que o Estado foi se formando a partir de um complexo heterogêneo de reinos, com unidade apenas geográfica<sup>13</sup>.

No Brasil, arremata Sérgio Buarque de Holanda<sup>14</sup>,

só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a interesses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário, é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontravam seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal.

Mesmo depois de declarada a independência, a sociedade nacional se manteve esclerosada pelos antigos atores do cenário colonial que subsistiam indefinidamente. Na condição de tutor de uma camada social abastada, o Estado funcionou como um

---

<sup>12</sup> Neste sentido, a afirmativa de Sérgio Buarque de Holanda “o resultado era predominarem, em toda vida social, sentimentos próprios à comunidade doméstica, naturalmente particularista e antipolítica, uma inversão do público pelo privado, do Estado pela família” (Op. cit., p.50).

<sup>13</sup> Em função das diferenças existentes, formavam-se duas ordens de capitanias – as principais e as subalternas. PRADO JR. Caio. **Formação do Brasil contemporâneo**. São Paulo: Brasiliense, 1986, p.299/304.

<sup>14</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. Rio de Janeiro: Livraria José Olímpio Editora, 1973, p.106.

motor dos investimentos econômicos, subsidiando-lhes e fortalecendo-lhes<sup>15</sup>. Embora formalmente declarada a independência de Portugal, o Brasil não alcançou a condição soberana desejável. Diante da ânsia em adequar-se aos padrões do mundo moderno, assentou o sistema financeiro e tributário em privilégios em favor da Inglaterra, prosseguindo com uma relação de dependência em relação aos estados europeus.

A dependência econômica brasileira era inegável e corria por via do Estado, sob a vigilância de uma camada social beneficiada pelas vantagens do intercâmbio<sup>16</sup>. Sob a luz do tesouro estatal, caminhavam as elites nativas e imigrantes em busca do enriquecimento, com a certeza do apoio financeiro do Estado, habituado a socorrer as fortunas desfalcadas. Consolidava-se uma espécie de *dualidade ética*, lembrada por Florestan Fernandes<sup>17</sup>, caracterizada pela dispensa de privilégios demasiados ao *nosso grupo*, com frequência, reduzido a um número determinado de famílias, em detrimento do *grupo dos outros*, personificador da coletividade como um todo.

Na leitura de Bresser Pereira<sup>18</sup>, passados 500 anos, o Brasil não conseguiu se firmar como uma verdadeira nação por ter cumprido uma longa história de política autoritária de elites e uma curta história de democracia de elites. Quatro classes sociais e suas respectivas elites se sucederam e se associaram por longos períodos, eventualmente entrando em conflito no cenário político brasileiro. São elas a *burguesia mercantil e patriarcal proprietária de terras*, dominante em todo o período colonial; a *burguesia patrimonialista*, que emergiu da classe anterior decadente, tornando-se dirigente no período da Independência e se transformando na burocracia moderna a partir da primeira metade do século XX; a *burguesia cafeeira*; e a

---

<sup>15</sup> Comenta Raymundo Faoro que, o Deputado Federal Aliomar Balleiro, em declaração contrária aos princípios liberais no ano de 1946, afirmara “saia do negócio o Estado, e todo o Brasil ficará desempregado e em desespero (*In Os donos do poder: formação do patronato brasileiro*. Vol. 2, São Paulo: Globo, 1995, p.724).

<sup>16</sup> FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato brasileiro*. Vol. 2, São Paulo: Globo, 1995, p.401.

<sup>17</sup> FERNANDES, Florestan. *A revolução burguesa no Brasil: ensaio de interpretação sociológica*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976, p.28.

<sup>18</sup> BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Pobres elites iluminadas. *Estudos avançados (USP)*, no.38, ano 2000, vol.14, janeiro/abril, 2000, pp.235.

*burguesia industrial*, que associada à burocracia patrimonialista/moderna ganhou o poder político, a partir de 1930.

Na segunda metade do Império, a burguesia patrimonialista se aliaria à ascendente burguesia do café, iniciando uma produtividade capitalista, que traria prosperidade para o Brasil no período de 1850 a 1930, aproximadamente. Mas a maior parte da população se manteria excluída do contexto político mesmo com a estruturação do estado liberal no Brasil. A educação era marca característica das elites. Segundo José Murilo de Carvalho<sup>19</sup>, o preço da homogeneidade da elite brasileira seria justamente uma distribuição elitista da educação com a menor difusão de idéias. Assim, mesmo as normas constitucionais garantidoras da participação popular estabeleciam exigências que somente eram alcançadas pelos estamentos senhoriais, a camada popular dominante<sup>20</sup>. O senhor colonial foi transformado em senhor cidadão. E o poder político continuou repousando em mãos de uma parcela da população que, de um modo ou outro, já se beneficiava com os privilégios coloniais. As elites no poder tendiam a afirmar-se por meio e em nome da sociedade civil, com a legitimidade gerada pelo modelo formal de Estado introduzido pela doutrina liberal. Aproveitavam o arcabouço ideológico liberal para justificar benefícios particulares.

No patrocínio dos seus interesses, as elites dominantes utilizavam o aparato administrativo, policial, militar, jurídico e político inerente à ordem legal, no âmbito nacional. Precisavam do Estado para manter as estruturas sociais que privilegiassem o seu prestígio social e fomentassem o aparecimento de condições econômicas, sociais e culturais necessárias ao fortalecimento da sociedade nacional.

Boa parte da população restaria inerte, tanto que a “Proclamação da República” não passou de mais uma marcha militar. O povo, assistia bestializado ao

---

<sup>19</sup> CARVALHO, José Murilo de Carvalho. **A construção da ordem**: a elite política imperial; Teatro das Sombras: a política imperial. Rio de Janeiro: Editora da UFRJ, Relume-Dumará, 1996, p. 62.

<sup>20</sup> FERNANDES, Florestan. **A revolução burguesa no Brasil**: ensaio de interpretação sociológica. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976 p.40.

despontar da República, no dizer de Aristides Lobo<sup>21</sup>, sem a percepção dos efeitos que aquilo traria sobre as suas vidas. Se 15 de novembro de 1889 foi o marco formal do advento da República, certamente não foi ali que ela se estruturou materialmente. A nação, com toda a sua atividade social, ainda pertencia às classes e às famílias dirigentes, robustas dos privilégios e acomodações garantidas pelo Estado.

Nascida de um golpe militar, trazia o compromisso de democratizar e moralizar a vida pública, ordenando o sistema jurídico-político e modernizando a economia por intermédio da industrialização. As variáveis de uma sociedade imersa durante três séculos num regime de colonização perverso, seguido pelo autocratismo conciliador do Império, representariam sérios entraves<sup>22</sup>. A República iniciou seus dias com a prevalência do Executivo e com um sistema político incapaz de responder às demandas sociais. Sem sustentação popular, conclui Marco Aurélio Nogueira<sup>23</sup>, a nova forma de governo findou monopolizada ora pelo Exército, ora por facções civilistas vinculadas à burguesia agrária de origem paulista.

Embora formalmente democrática, a Constituição Republicana não alterou substancialmente a estrutura oligárquica do Império. A forma federalista de Estado representava, na prática, a divisão do poder entre os governadores dos maiores Estados, refletindo um desequilíbrio na descentralização econômica e política o que deu margem a conflitos entre o setor agrário e grupos urbanos<sup>24</sup>. Nessa lógica estavam traçadas as linhas básicas da política dos governadores. Entretanto, as crises internacionais de 1922 e 1929 atingiram o Brasil tornando mais agudas as contradições e insatisfações quanto à política dos governadores, o que favoreceu o movimento de 1930, com a emergência de novos atores sociais, como a burguesia industrial, a pequena burguesia e o proletariado urbano<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> CARVALHO, José Murilo. **Os bestializados**. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

<sup>22</sup> NOGUEIRA, Marco Aurélio. **As possibilidades da política**: idéias para a reforma democrática de estado. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998, p. 23.

<sup>23</sup> NOGUEIRA, Marco Aurélio. Op. cit., p. 23.

<sup>24</sup> MACHADO, Regina Helena. **Reforma do Estado ou reforma da Constituição?** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p.15.

<sup>25</sup> MACHADO, Regina Helena. Op. cit., pp.15/16.

Até 1930, São Paulo, Minas Gerais e o Rio Grande do Sul se revezaram no poder central. Mas a cada dia via-se a transição do sistema estadualista para um consórcio comandado do alto, marcado pelo fortalecimento econômico e político do poder central. A massa operariada emergiria no cenário político com exigências de cunho social, demonstrando que o movimento mundial pelo constitucionalismo social contagiava o Brasil, estimulando as demandas sociais.

Iniciavam-se os primeiros questionamentos à política liberal, provocando a ação do Estado, no sentido de proteger o trabalhador por meio do controle dos contratos de trabalho. O lento delineamento da vida urbano-industrial e a conseqüente potencialização dos conflitos e contradições sociais revelariam o despreparo da República Velha. Correntes populares e parte da elite do país, desprovida do poder de mando, abriram-se para a possibilidade de um outro tipo de governo.

O espaço político brasileiro era ocupado por oligarquias federais, representantes dos grandes Estados, por oligarquias estaduais e pelo coronelismo<sup>26</sup>. Nas cidades, a classe média, representada pelos pequenos comerciantes e industriais, bem como pelos *empregados de colarinho branco*, não se conformava com o destino da política nas mãos dos chefes locais – os coronéis. Mas esta emergente sociedade urbano-industrial era heterogênea demais para liderar uma reação social efetiva; qualquer oposição mais evidente provocaria, nas oligarquias estaduais e nos coronéis, reações enérgicas contra o fermento anarquizante.

Entre o predomínio de um latifúndio secular e a competição com o capitalismo internacional plenamente constituído, a burguesia industrial local foi levada a se aliar com a estrutura agrária e a buscar o protecionismo estatal. Aderiu subordinada à

---

<sup>26</sup> O espaço da administração municipal era marcado pela falta de espírito público, funcionando, não raro, como uma espécie de feudo dos coronéis locais, cuja “mentalidade estreita, confinada ao município, onde os interesses de sua facção se sobrepõem aos da pátria” fazia esmorecer a esperança nas possibilidades do regime democrático no país (Cf. LEAL, Vicente N. **Coronelismo, enxada e voto**. São Paulo: Editora Alfa e Omega, 1975, p.37).

ordem oligárquica instituída em 1891, para alcançar estabilidade política essencial à acumulação<sup>27</sup>.

Na explicação de Faoro<sup>28</sup>, o liberalismo no Brasil logrou substituir o despotismo do Estado pelo despotismo de indivíduos e grupos eventualmente mais fortes. Um Estado com um falso liberalismo, uma falsa República e uma falsa democracia, cujas instituições falharam por estarem assentadas em premissas igualmente falsas. Construiu-se um Estado a partir da cópia de modelos externos, sem a necessária correspondência com os aspectos sociais, políticos e econômicos internos, em um jogo de faz de conta que a sociedade assistia inerte e amorfa.

Qualquer inquietação social não lograria êxito contra as estruturas da velha República sem que fossem desestabilizadas as oligarquias dominantes. A expansão dos Estados menos favorecidos foi importante fator para desestabilizar a política *café com leite*, gerando uma cisão na oligarquia dominante, de modo que Estados como Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Bahia passaram a se opor à hegemonia paulista.

### *1.1.1 Evolução político-econômica da Era Vargas – profissionalização e cientificização da Administração Pública*

Em meio à crise de 1930, que inviabilizou a dominação oligárquico-exploradora<sup>29</sup>, a burguesia industrial não conseguiu capitanear a sociedade na construção de um novo modelo econômico, um novo modelo de Estado, tal como

---

<sup>27</sup> NOGUEIRA, Marco Aurélio. **As possibilidades da política**: idéias para a reforma democrática de estado. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998, p. 35.

<sup>28</sup> FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato brasileiro. Vol. 2, São Paulo: Globo, 1995, p. 672.

<sup>29</sup> Francisco Oliveira diz que a Revolução de 30 é o liame que separa dois ciclos da Economia brasileira, representando o fim da hegemonia agrário-exportadora e o início da predominância da estrutura produtiva de base urbano-industrial que se concretizará na década de 50. Segundo ele, a nova correlação de forças sociais, a reformulação do aparelho e da ação estatal, a regulamentação dos fatores, entre os quais o trabalho ou o preço do trabalho, têm um significado de destruição das regras do jogo de uma economia agrário-exportadora e de criação de condições institucionais para a expansão de atividades ligadas ao mercado interno. (**A economia brasileira**: crítica à razão dualista. Petrópolis: Vozes, 1981, p.14).

visto em países europeus<sup>30</sup>. O governo Vargas<sup>31</sup>, a partir da doutrina do nacional-desenvolvimentismo, assumiria o compromisso de firmar um pacto com a burguesia industrial e a classe operária, criando condições para o estabelecimento de um capitalismo modernizador e deferindo os direitos sociais e trabalhistas a estas últimas.

Com o objetivo de sedimentar o capitalismo industrial, ampliou sobremaneira as funções do Estado, a ponto de gerar um capitalismo estatal. O Estado passou a ocupar maior parte das atividades econômicas<sup>32</sup>, seja em regime de monopólio, ou como acionista majoritário de grandes empresas. A burguesia industrial sentia-se de fato refém dos subsídios e políticas econômicas produzidas pelo Estado, que mantinha a estrutura de *Estado de compromisso*<sup>33</sup>, com a diferença de haver incorporado o grupo dos trabalhadores industriais, fortalecidos por ocasião do surto de industrialização.

O federalismo oligárquico não foi substituído por um sistema democrático. Emergia um Estado que submetia a sociedade civil a si, estruturando todo um aparato de controle político e social sobre massas emergentes<sup>34</sup>, dificultando sobremaneira o processo de amadurecimento desta sociedade. Assim, a democracia

---

<sup>30</sup> A própria história da colonização brasileira desfavorece a imagem da burguesia industrial ascendente contra o sistema feudal em decadência, em virtude da inexistência de um sistema feudal tal como se delineou na Europa.

<sup>31</sup> Quando Getúlio Vargas assumiu a Presidência viu-se o fim da política do *café com leite* e represado o continuísmo garantido aos Estados de São Paulo e Minas Gerais. Chegou à Presidência com o apoio do exército e o clamor das massas. Personificava a esperança do fim do poderio das elites oligárquicas que se expandiam nos Estados e mediavam a ação da União. Talvez a eleição de Getúlio tenha representado o desabafo da nação contra a exploração da elite republicana, constituída pelos filhos e contraparentes daqueles que exploravam sistemática e impunemente a massa geral dos governados desde o período lusitano.

<sup>32</sup> A industrialização ganharia impulso em função da regulação estatal e não em virtude da organização social ou dos conflitos urbanos. Em virtude da omissão dos setores sociais em dirigir os passos rumo à industrialização, o Estado, através do governo Vargas, dirigiria os passos da sociedade civil, inclusive das duas classes importantes: a burguesia industrial e a massa operária. No entanto, mesmo em declínio, a elite agrária manteria parte de sua influência, ocupando até algum espaço na burocracia estatal.

<sup>33</sup> Referência na nota 8 deste trabalho.

<sup>34</sup> NOGUEIRA, Marco Aurélio. **As possibilidades da política: idéias para a reforma democrática de estado**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998, p. 37.

de cunho liberal, como a defendida pela burguesia inglesa, não logrou ser estabelecida no Brasil. Para Marco Aurélio Nogueira<sup>35</sup>,

a emergente sociedade urbano-industrial era heterogênea e fragmentada para promover uma verdadeira revolução no país. Não dispunha de uma classe, de um partido ou de um centro orgânico capaz de unificá-la e dirigi-la politicamente; aliás, sequer existia burguesia industrial com perfil definido, em condições de disputar a hegemonia e desenhar um sistema político sob seu comando e controle.

Para conquistar o apoio das massas, Vargas implementou uma política social emblemática com uma legislação trabalhista de proteção plena aos trabalhadores, tornando-se um símbolo na proteção e defesa dos seus interesses. Por meio de uma política de orientação nacionalista, defendia que os problemas sociais deveriam ser incorporados pela atuação dos mecanismos estatais. Como propulsor do desenvolvimento econômico caberia também ao Estado o implemento de políticas econômicas favoráveis à indústria nacional. O nacionalismo econômico marcaria a estruturação de um Estado cada vez mais fortalecido, com funções interventoras, reguladoras de toda a vida coletiva. Crescia o Estado e atrofiava-se a sociedade<sup>36</sup>.

Caberia ao Estado a função de acelerar a recuperação do país e a mitigação da dependência externa. Iniciou-se o processo de substituição das importações por meio da alta dos preços das importações, principalmente. Fortalecia-se a aliança entre a burguesia industrial e a burocracia estatal para a promoção da industrialização brasileira<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> NOGUEIRA, Marco Aurélio. op. cit., p.34.

<sup>36</sup> Pela Carta constitucional de 1937, resultante do arbítrio da vontade dos donos do poder e não da vontade popular, implantava-se um Estado caracterizado pela supremacia do Executivo sobre os demais com a hipertrofia das atribuições do chefe de governo. Cabia ao presidente a expedição de decretos leis, a dissolução do Congresso, a indicação de candidato à chefia do governo.

<sup>37</sup> Reforçando a idéia de Florestan Fernandes em obra já citada neste Capítulo, Carlos Nelson Coutinho diz que o capitalismo surgiu no Brasil através de uma revolução pelo alto, da *via prussiana* (Lênin), e não através da revolução burguesa tal qual acontecera nos países mais tradicionais da Europa, no século XIX. (*In O desafio dos que pensaram bem o Brasil. Lua nova, revista de cultura e política* (pensar o Brasil). 2001, no.54, São Paulo: CEDEC, p.106).

O regime Vargas instituiu um capitalismo protegido caracterizado pela propriedade privatista de gestão semi-estatal<sup>38</sup>. Como resultado de duas heranças do período colonial ter-se-ia: a presença marcante do Estado intervencionista, na condução da vida privada dos indivíduos e das organizações; e o fortalecimento de uma elite econômica associada ao Estado e dele dependente quanto à concessão de subsídios, ao controle de preços e da concorrência, por exemplo<sup>39</sup>.

Assim, o governo foi marcado pela conjugação de duas elites: a burocracia estatal e o empresariado (burguesia industrial), em razão da importância que depositava na industrialização para a independência do país de forças estrangeiras. Pouco a pouco, da simples proteção governamental, o papel do Estado avançava, dominando total ou majoritariamente um conjunto de empresas responsáveis pelas principais atividades econômicas do país. Em torno destas empresas gravitavam inúmeras outras, que não raro se beneficiavam do favoritismo ou mesmo da corrupção. Do capitalismo protegido evoluía-se para o capitalismo estatal<sup>40</sup>.

Ao mesmo tempo, o Estado desenvolvia estratégias para o fortalecimento do movimento sindical, utilizando-se de práticas populistas para alienar as massas em seu favor. Na concepção de Getúlio, o Brasil não vivia condições para uma democracia plena. Em nome dos direitos sociais e da reorganização do Estado, era necessária a restrição de algumas liberdades públicas<sup>41</sup>.

O populismo de Vargas substituiu a estrutura oligárquica por um estamento, por intermédio do qual governou sem mediadores entre si e o povo. A elite política

---

<sup>38</sup> DINIZ, Eli. **Empresário, Estado e Capitalismo no Brasil: 1930-1945**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978, p.132.

<sup>39</sup> Neste período, foram criados vários órgãos públicos, tais como a Comissão Federal de Abastecimento e de Preços (COFAP), cuja sucessora foi a Superintendência Nacional do Abastecimento (SUNAB); o Instituto Nacional de Pinho; o Instituto Brasileiro do Café; a Comissão Interministerial de Preços (CIP); a Companhia Brasileira de Alimentos (COBAL) a Companhia Brasileira de Armazenagem (CIBRAZEM). Cf. CASTOR, Belmiro Valverde Jobim. Os contornos do Estado e da burocracia no Brasil. **Burocracia e reforma do Estado**. Cadernos Adenauer, no.3, Jul., São Paulo: Konrad Adenauer, 2001, pp.15/18.

<sup>40</sup> CASTOR, Belmiro Valverde Jobim. Op. cit., p.19.

<sup>41</sup> À semelhança de Hobbes, o Estado para Getúlio, assumia a posição de um grande leviatã necessário à condução dos destinos da sociedade.

do patrimonialismo é o estamento, estrato social com efetivo comando político, numa ordem de conteúdo aristocrático. Um estamento que, de oligárquico se burocratizou, convertendo o patrimonialismo pessoal no patrimonialismo estatal<sup>42</sup>. Como já observado, o estamento político não se converteu em governo da soberania popular. Na cúpula, graças à situação de impotência das classes, o governo armou o seu papel de árbitro. Se grupos e elites sociais tentaram rebelar-se contra o estado-maior de domínio, não ganharam expressão nacional.

### *1.1.2 Características da Reforma burocrática de 1936*

Com um Estado tão forte, cedo se viu a necessidade de uma reforma administrativa. Instituiu-se o modelo burocrático de gestão, cuja marca estaria fortemente associada ao desenvolvimento do capitalismo<sup>43</sup>. Historicamente representou a modernização administrativa, assumindo influência do pensamento de Taylor<sup>44</sup>, tendendo à racionalização mediante simplificação, padronização e aquisição racional de materiais, revisão de estruturas e aplicação de métodos na definição de procedimentos.

O processo reformador atribuiu forte importância ao Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP), criado em 1938<sup>45</sup>, para inovação e modernização da Administração Pública, por meio de modificações estruturais

---

<sup>42</sup> “O patrimonialismo se amolda às transições, às mudanças, em caráter flexibilizador do modelo externo, concentrando no corpo estatal os mecanismos de intermediação, com suas manipulações financeiras, monopolísticas, de concessão pública de atividade, de controle do crédito, de consumo, de produção privilegiada, numa gama que vai de gestão direta à regulamentação material da economia” - FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato brasileiro**. Vol. 2, São Paulo: Globo, 1995, p.737.

<sup>43</sup> Conforme Max Weber, “o sistema capitalista – embora não somente ele – desempenhou um papel fundamental no desenvolvimento da burocracia. Na verdade, sem ela a produção capitalista não poderia persistir (...) seu desenvolvimento sob os auspícios do capitalismo, criou a necessidade de uma administração estável, rigorosa, intensiva e incalculável” (*In Os fundamentos da organização burocrática: uma construção do tipo ideal. Sociologia da burocracia*. Org. Edmundo Campos. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976, p.26).

<sup>44</sup> TAYLOR, Frederick E. **Princípios da administração científica**. São Paulo: Atlas, 1986, p.53.

<sup>45</sup> A criação do DASP se deu pelo Decreto-lei no.579, de julho de 1938, para funcionar como um órgão central de pessoal, material, orçamento, organização e métodos. Absorveu o Conselho Federal do Serviço Público Civil que havia sido criado em 1936, e inaugurou um sistema de mérito na organização dos cargos públicos.

profundas que se estenderiam até 1945. O DASP, criado sob inspiração da *Civil Service Commission* inglesa, foi criado para dar cabo à desordem no serviço público<sup>46</sup>. As proposições daspianas alcançaram resultados importantes na melhoria da qualidade dos funcionários públicos (com o sistema de mérito para ingresso no serviço público); institucionalização da função orçamentária (o orçamento como plano de administração); simplificação, padronização e aquisição racional de material e montagem de um núcleo estrutural do desenvolvimento econômico e social. Pela primeira vez a questão administrativa recebeu tratamento preferencial e foi pensada como tema essencialmente estatal, articulando-se com um amplo conjunto de reformas a serem implantadas no e pelo Estado.

A organização do DASP opunha-se ao caráter político de recrutamento do funcionalismo, partindo do imperativo técnico da neutralidade do serviço e do servidor. Dinamizou e racionalizou a administração pública federal, generalizando sistema de mérito, mediante recrutamento por concurso público. Nesta época foi elaborado o Estatuto dos Funcionários (Dec. Lei no. 1713/39), estabelecendo-se a disciplina jurídica do serviço civil.

A reforma burocrática contribuiu decisivamente para o reconhecimento da ciência administrativa, até então considerada um apêndice do direito administrativo. Apontava como melhor forma de administração aquela de orientação racional e técnica<sup>47</sup>, razão por que representou a tentativa emblemática de cientificizar a administração de ascendência patrimonialista, herdada dos colonizadores lusitanos.

Trazia em si a idéia da administração pública gerencial, com a criação da primeira autarquia, admitindo que os serviços públicos da administração indireta deveriam ser descentralizados para não obedecer a todos os requisitos burocráticos

---

<sup>46</sup> AVELLAR, Hélio de Alcântara. **História administrativa e econômica do Brasil**. Rio de Janeiro: FENAME, 1976, p. 290.

<sup>47</sup> "A administração burocrática significa, fundamentalmente, o exercício da dominação baseada no saber. Esse é o traço que a torna especificamente racional". WEBER, Max. Os fundamentos da organização burocrática: uma construção do tipo ideal. **Sociologia da burocracia**. Org. Edmundo Campos. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976, p.26.

da administração direta ou central<sup>48</sup>. No tocante à administração de pessoal, o DASP intentou estruturar uma burocracia weberiana, baseada no mérito profissional. Não logrou o êxito esperado em razão da força do patrimonialismo que não restava superado completamente. Como coube ao DASP cumprir o mandamento constitucional proibitivo da acumulação de cargos públicos, a ele foi creditada a antipatia daqueles que tiveram de se despojar de outros empregos que ocupavam na administração federal<sup>49</sup>.

De toda sorte, o projeto reformador do DASP não chegou a se completar de modo a romper com a cultura assistencialista da administração pública, porquanto dele não nasceu uma administração pública mais ágil e eficiente, certamente por ter sido parte de uma reforma centralizadora com enfoque mais prescritivo e coercitivo do que educativo<sup>50</sup>. Apesar de aglutinar forte grupo de técnicos especialistas em problemas administrativos, o órgão não escapou das limitações formalistas e dogmáticas que imperavam na administração, contribuindo para aumentar o fosso entre a administração e o quadro sócio-econômico do país. Caiu no artificialismo, na medida em que o propósito da melhoria técnica e da maior eficiência não pôde imprimir na administração pública senão falsas medidas.

Em suma, a proposta reformadora não pode preservar-se das injunções políticas e culturais que acompanhavam aquele momento do desenvolvimento capitalista brasileiro, impregnando-se de tendências e características do ambiente, como o autoritarismo, os mecanismos de controle da cidadania e o clientelismo. Talvez o insucesso do DASP seja decorrente da pretensão dos reformadores em

---

<sup>48</sup> BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a cidadania: A reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. São Paulo: Editora 34, 1998, p.165.

<sup>49</sup> AVELLAR, Hélio de Alcântara. **História administrativa e econômica do Brasil**. Rio de Janeiro: FENAME, 1976, p.290.

<sup>50</sup> WAHRLICHM, Beatriz Marques de Souza. **A reforma administrativa da Era de Vargas**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1983, p.161.

realizar a reestruturação administrativa em curto espaço de tempo, optando pelo imediatismo antes de galgar etapas graduais<sup>51</sup>.

Por outro lado, com a derrota do nazi-facismo, vários setores da sociedade reclamavam mais democracia. Industriais, de origem paulista, em oposição ao unitarismo do governo, defendiam na Constituinte uma posição mais federalista e democrática<sup>52</sup>. Temendo perder espaço, Vargas apoiou-se em medidas democratizantes: marcou eleições gerais, promoveu a anistia e permitiu a liberdade partidária.

Como ditador, entre ele e o povo somente existia a burocracia, num vínculo intenso com as massas, que gera o populismo autoritário, regime hábil para evitar o predomínio de outros grupos. A relação Estado-sociedade se conformou sem a existência de canais de comunicação plena<sup>53</sup>. Diante de crises e tensões intensas, aumentava a migração de populações rurais para as cidades, em um processo traumático caracterizado pela inserção de um novo grupo no seio de uma sociedade diversa. As camadas médias da sociedade passaram a sofrer com a moldura autoritária imposta pelo Governo Vargas, ao passo que o exército não mais se conformava com o papel a ele destinado, de guarda do governo populista. Caía o presidente, em outubro de 1945, após quinze anos no poder.

O processo redemocratizador de 1945, a seu turno, corresponderia mais a um processo de acomodação do que a uma ruptura<sup>54</sup>. No aspecto administrativo, o DASP foi mantido e reorganizado com alteração nos mecanismos de controle, mas as práticas clientelistas ganhavam espaço no Estado brasileiro<sup>55</sup>. Buscava-se, mesmo

---

<sup>51</sup> NOGUEIRA, Marco Aurélio. **As possibilidades da política**: idéias para a reforma democrática de estado. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998, p.97.

<sup>52</sup> DINIZ, Eli. **Empresário, Estado e capitalismo no Brasil: 1930-1945**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978, p.258.

<sup>53</sup> KEINERT, Tânia M.Mezzomo. **Administração pública no Brasil: crises e mudanças de paradigmas**. São Paulo: Annablume, 2000, p.158.

<sup>54</sup> MACHADO, Regina Helena. **Reforma do Estado ou reforma da Constituição**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 21.

<sup>55</sup> BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a cidadania: A reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. São Paulo: Editora 34, 1998, p.166.

sem a atuação de partidos políticos expressivos, compensar o desgaste gerado pelo regime autoritário por meio da recomposição dos compromissos e da legitimidade política. Entretanto, mantiveram-se as dificuldades de uma vivência partidária autenticamente comprometida com a sociedade e a conseqüente atrofia do Legislativo.

Em paralelo, afirmava-se, progressivamente, o peso das massas urbanas e da classe operária, justificando o pacto político iniciado em 1945 como uma política de massas de resultados que, na visão de Marco Aurélio Nogueira<sup>56</sup>, sedimentaram ao longo da história:

- I. a atrofia dos partidos políticos que não lograram autonomia em relação ao Estado e não estabeleceram uma relação de solidariedade com a sociedade civil;
- II. a absorção dos partidos políticos pelo Estado, que assumiu o papel de mediador, organizando a sociedade civil e o sistema capitalista.
- III. a negação da importância estratégica da questão agrária, em virtude do pacto celetista entre as camadas industriais e a massa operária urbana;
- IV. a manutenção do padrão de cidadania, firmado no contexto Estado-nação, priorizando temas sociais em detrimento de temas individuais;
- V. a reprodução de um sistema presidencialista plebiscitário, baseado no binômio corporativismo/carisma, dependente da iniciativa do Chefe do Executivo;
- VI. a conceituação e instrumentalização da administração pública como agente do fazer, facilitando a *balcanização* e bloqueando a execução de projetos reformadores capazes de modernizar a administração pública.

Em síntese, o processo redemocratizador de 1945 não legaria autonomia à sociedade civil, revertendo a realidade de um Estado forte, onipresente, do qual todos dependiam e que a todos atendia. Misturavam-se as idéias de *público* e *estatal*. A visão estadocêntrica dominava a construção do espaço público<sup>57</sup>. Um Estado autoritário, centralizador, que utilizou os seus esforços para estruturar um aparato

---

<sup>56</sup> NOGUEIRA, Marco Aurélio. **As possibilidades da política**: idéias para a reforma democrática de estado. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998, pp.72/78.

<sup>57</sup> A sociedade de matriz estadocêntrica espera no Estado a solução para todos os seus problemas, enquanto a sociedade de matriz sociocêntrica procura a ampliação do espaço público, na tentativa de solução dos seus conflitos (Ver KEIRNERT, Tânia Margarete M. Administração pública no Brasil: crises e mudanças de paradigmas. São Paulo: Annablume: Fapesp, 2000. pp.76/77. e HEBERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p.75).

administrativo estatal afastado das influências patrimonialistas mas que, contraditoriamente, criou entraves ao desenvolvimento nacional.

A reforma concentrou atenções em técnicas auxiliares da Administração, descurando-se das funções de planejamento. Priorizou os meios em detrimento das questões intangíveis de assessoramento e chefia. O isolamento e supremacia do Estado e de sua burocracia em relação à sociedade fizeram da reforma administrativa de 1936 um sistema fechado - a máquina governamental, distante da sociedade brasileira.

Por intermédio de plataformas populistas e propostas nacionais desenvolvimentistas, Vargas retornou em 1951, fomentando a implantação de empresas, como a Petrobrás. Mas não cumpriu seu mandato por não resistir as pressões políticas e aos conflitos presentes entre os diversos grupos de poder, suicidando-se em 1954.

O breve período de democracia que se sucedeu foi conturbado pela própria instabilidade social<sup>58</sup> e acabou resultando no golpe militar que minou a esperança de democracia. No âmbito administrativo, despontava-se a necessidade de outra reforma, para flexibilizar as amarras burocráticas e possibilitar o desenvolvimento.

### *1.1.3 Modelo burocrático como empecilho ao desenvolvimento*

Com o golpe de Estado, o Exército exigiu a renúncia de João Goulart e o Brasil passou a ser governado por uma junta militar, dotada de poderes supra-

---

<sup>58</sup> Acentuada pela crise gestada a partir do governo de Kubitschek e ampliada nos anos de 1961/64, decorrente da assimetria da distribuição dos ganhos da produtividade e da expansão do sistema. Segundo Oliveira, foram "as massas trabalhadoras urbanas que denunciaram o pacto populista, já que sob ele, não somente não participavam dos ganhos, como viam deteriorar-se o próprio nível de participação na renda nacional que já haviam alcançado" (OLIVEIRA, Francisco. **A economia brasileira: crítica à razão dualista**. Petrópolis: Vozes, 1981, pp.59/60).

constitucionais atribuídos pelo ato institucional (AI) de 9 de abril de 1964<sup>59</sup>. Imergiu o governo da força calcado no binômio segurança/desenvolvimento, impondo, sem qualquer debate democrático, um modelo de crescimento econômico, a partir do financiamento do Estado e de organismos internacionais. A presença da ideologia estatista desenvolvimentista, presente no *governo Vargas*, revelaria a subsistência do velho no novo.

Embora o *governo militar* tenha posto fim ao caráter populista da *Era Vargas*, manteve a estratégia de substituição das importações, desta feita, com um caráter internacionalista. O protecionismo assumiria uma feição internacional, “na medida em que acreditava na boa vontade dos parceiros internacionais e privilegiava o investimento e financiamento vindo do exterior”<sup>60</sup>.

Quanto ao modelo burocrático, era preciso reestruturá-lo para a garantia de maior flexibilidade para o desenvolvimento capitalista. Via-se a necessidade de transformar a administração pública<sup>61</sup> em uma variável causativa do desenvolvimento econômico e social e não apenas em uma conseqüência deste desenvolvimento.

As amarras burocráticas, centradas em procedimentos fechados, findariam por concentrar a administração pública em questões mais instrumentais que finalísticas. Numa ordem de procedimentos fechados, caracterizadores da máquina estatal, não haveria a flexibilidade necessária às decisões rápidas exigíveis no processo de desenvolvimento capitalista. Assim, a reforma introduzida pelo Dec.lei no. 200/67 intentaria implantar uma política descentralizadora, constituindo a administração

---

<sup>59</sup> Em 11 de abril do corrente ano, o Congresso elegeu o primeiro presidente militar, com poderes especiais legados pelo AI no.2º. O quadro que se seguiu foi de um executivo fortalecido diante de uma sociedade civil ameaçada, marcada pelo cerceamento das liberdades individuais.

<sup>60</sup> BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a cidadania**: A reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. São Paulo: Editora 34, 1998, p. 38.

<sup>61</sup> Durante o *governo Goulart*, foi formada uma Comissão para elaboração de um projeto de reforma da administração pública (o *Anteprojeto de Lei Orgânica do Sistema Administrativo Federal*). Embora não tenha sido convertido em lei, após o golpe militar, inspiraria os trabalhos para a reforma administrativa entabulada pelo Decreto-lei no.200/67.

indireta, sujeita a um regime jurídico mais flexível a ponto de gerar, nas empresas estatais e de economia mista, uma autonomia mais condizente com a atividade econômica realizada.

Conforme Luciano Martins<sup>62</sup>, a função do Estado capitalista se expressa na garantia de condições materiais de produção e do sistema legal ordenador das relações entabuladas na sua base. Logo, na medida em que o sistema capitalista demanda novas condições para o seu desenvolvimento, caberá ao Estado provê-las, injetando recursos na economia ou desenvolvendo diretamente atividades econômicas. O Estado-empresário cresceu, acumulando funções<sup>63</sup>.

Mas com a descentralização da administração pública, não se discutia a influência da administração direta sobre a administração indireta. Isto refletia não exatamente a vontade descentralizadora, mas apenas a criação de outro regime jurídico, mais flexível, para a atuação do Estado-empresário<sup>64</sup>.

O modo de interferência estatal, em decorrência da natureza autoritária do governo, continuaria a abarcar o público como estatal. E o espaço de participação da sociedade mantinha-se bastante restrito, a contar pelas restrições aos direitos individuais e aos direitos políticos. De toda sorte, Carlos Nelson Coutinho<sup>65</sup> entende

---

<sup>62</sup> “Ora, sendo o Estado dependente do processo de acumulação, que está fora de seu poder organizar de forma não compatível com as relações capitalistas, o detentor do poder do Estado é basicamente interessado em promover as condições que sejam mais favoráveis à acumulação privada da qual ele depende.” MARTINS, Luciano. **Estado capitalista e burocracia no Brasil pós-64**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985, p.37; Ver também OFFE, Clauss. **Contradicciones em el estado del bienestar**. Trad. Antonio Escotado. Madrid: Alianza, 1990, pp.95/110.

<sup>63</sup> Contraditoriamente, à medida em que o Estado avança no domínio econômico para lograr os mesmos objetivos do capital, o êxito ou o fracasso no alcance destes objetivos passam a depender mais das ações e políticas dele que da ação dos particulares. MARTINS, Luciano. Op. cit., p.39.

<sup>64</sup> Neste sentido, observe-se o Art. 27, parágrafo único do Dec. Lei no.200 - “assegurar-se-á às empresas públicas e às sociedades de economia mista condições de funcionamento idêntico às do setor privado, cabendo a essas entidades, sob supervisão ministerial, ajustar-se ao plano geral do Governo.”

<sup>65</sup> Na sua interpretação, a sociedade cresceu no período ditatorial. O que foi possível porque a ditadura brasileira, contraditoriamente, foi uma ditadura modernizadora, que se empenhou em desenvolver o capitalismo no Brasil, organizando as forças produtivas. Embora que, para tanto, tenha se utilizado de empréstimos internacionais, plantando a crise que se estabeleceria no Brasil, no final dos anos setenta. COUTINHO, Carlos Nelson. O desafio dos que pensaram bem o Brasil. **Lua nova, revista de cultura e política (pensar o Brasil)**. 2001, no.54, São Paulo: CEDEC, p.111.

que a sociedade civil brasileira atingiu, ao longo do período populista, um significativo grau de autonomia em relação ao Estado. O golpe de 64 consubstanciou-se no instrumento por meio do qual uma burguesia unificada pode quebrar, pelo medo, o protagonismo crescente da sociedade civil. Celso Lafer<sup>66</sup> também acredita que, a partir dos anos trinta, em função do projeto do *nacionalismo de fins*, o Brasil se industrializou, se urbanizou e se democratizou, melhorando o seu *locus standi*, embora não tenha solucionado o problema da exclusão social.

O desenvolvimento de que fala Coutinho não se deu de maneira uniforme. O Brasil, com a sua marca característica da desigualdade social, é lembrado até por Hobsbawn<sup>67</sup>. Alguns setores cresceram, mas ainda existem espaços sociais no Brasil em franco primitivismo, revelando o dualismo lembrado por Edmar Bacha<sup>68</sup>, quando classificou o Brasil como uma *Belíndia*.

#### 1.1.4 Reforma desenvolvimentista dos governos militares

Por meio do Decreto-Lei no. 200/67 foi estruturada a reforma administrativa desenvolvimentista, cuja tônica básica seria fazer avançar a reforma de 1936, adequando-a à proposta desenvolvimentista com o desapego aos princípios rígidos da administração pública burocrática<sup>69</sup>. Para tanto, demarcar-se-iam as fronteiras entre a administração direta e a administração indireta, garantindo-se aos entes integrantes desta, uma maior autonomia de gestão.

---

<sup>66</sup> LAFER, Celso. Brasil: dilemas e desafios da política externa. **Estudos avançados da USP: liberalismo e escravidão**. 2000, Vol. 14 (38), Jan/Abr, São Paulo, USP: EDUSP, p. 262.

<sup>67</sup> Qualificando o Brasil, como “um monumento à negligência social”. HOBBSAWN, Eric. **A era dos extremos: o breve século XX**. Trad. Marcos Santarrita, São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p.555.

<sup>68</sup> Conforme observação de WEFORT, Francisco. **Qual democracia?** São Paulo: Cia das Letras, 1992, p.106.

<sup>69</sup> Inobstante, o DASP seria mantido como órgão condutor desta reforma desenvolvimentista, em conjunto com a SEMOR – Subsecretaria de Modernização e Reforma Administrativa, subordinada à SEPLAN (Secretaria de Planejamento da Presidência da República). O DASP, neste período, não se desligou dos princípios da reforma burocrática e sua atuação esteve voltada para a implementação de um Plano de Classificação de Cargos que não logrou êxito em revigorar o enfraquecido sistema de mérito e de carreiras (BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a cidadania: A reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. São Paulo: Editora 34, 1998, p.171).

Embora a reforma burocrática houvesse contribuído para profissionalizar e cientificizar a administração pública, não proporcionara a eficiência e a qualidade na prestação do serviço ao público. A administração burocrática é lenta, cara e pouco orientada para a cidadania<sup>70</sup>. Características que se tornaram mais evidentes num Estado social, cujas funções foram ampliadas nos setores de educação, saúde, cultura, investigação científica e seguridade.

Esta reforma seria uma tentativa de superação da rigidez burocrática para adequar o aparato administrativo às necessidades de desenvolvimento e para aprimorar a qualidade do serviço público. A administração excessivamente centralizada concentrava-se mais nos meios, em procedimentos, que nos fins, abalando a qualidade dos serviços pela falta de planejamento. Os ministérios não contavam com um assessoramento adequado para o desempenho das suas funções e os sistemas de controle eram insatisfatórios. Além do aspecto descentralizador, marcado pela emergência da administração indireta, o tripé da reforma estaria no planejamento, no orçamento-programa e na programação financeira para fazer deslanchar a administração pública e garantir a participação ativa do Brasil na ciência e na tecnologia<sup>71</sup>.

Por força do caráter descentralizador, dividiu-se a administração pública em duas vertentes - a administração direta e a administração indireta. Promoveu-se a transferência das atividades de produção de bens e serviços para as autarquias, fundações, empresas públicas e de economia mista, integrantes desta última. A administração indireta seria precisamente a gestão de serviços públicos por entidades públicas ou privadas distintas do centro - a pessoa jurídica pública política. Ambas as vertentes da administração voltadas para o desempenho de serviço público. À administração indireta somente caberia a gestão daqueles serviços não dependentes diretamente do poder estatal.

---

<sup>70</sup> BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. La reforma del aparato del Estado y la Constitución brasileña. *In Revista del CLAD*, no.4 (Jul. 1995), Caracas: CLAD, 1995, p.3.

<sup>71</sup> DIAS, J. de Nazaré. *A reforma administrativa de 1967*. Rio de Janeiro: FGV, 1969, p.37 e segs.

Visando à melhoria da qualidade do serviço público, instituiu-se como princípios de racionalidade administrativa: o planejamento e o orçamento, a descentralização e o controle de resultados. Admitiu-se, nas unidades descentralizadas, o regime de contratação celetista para os seus empregados. Buscou-se maior eficiência nas atividades econômicas do Estado, mediante a expansão das estatais e das fundações, com a flexibilização de sua administração. Fortalecia-se a aliança política entre a tecnoburocracia estatal, civil e militar, e a classe empresarial.

Com a autonomia dada às empresas de capital público, viabilizava-se o grande projeto de industrialização, com base nas áreas de infra-estrutura e serviços públicos. O Ministério do Planejamento e Coordenação Geral assumiria, contudo, importância destacada, vez que funcionava como agência central relativamente ao sistema de planejamento e ao sistema de contabilidade e auditoria interna, com unidades nos demais ministérios e em cada ente da administração descentralizada. Sucedido posteriormente pela Secretaria de Planejamento da Presidência da República-SEPLAN, também caberia a esta a função estratégica de controle central sobre as empresas estatais, autarquias e fundações, sobrepondo-se ao controle setorial exercido até então pelos diversos ministérios.

Mesmo na reforma desenvolvimentista, apesar da proposta descentralizadora, mantinha-se a força do capital estatal como agente da economia, quer isolada, quer em parceria com o capital privado (nos casos das empresas de economia mista). O controle das atividades era desempenhado com maior vigor pelo próprio Estado, por meio do Poder Executivo, caracterizando o regime autoritário de então.

A reforma administrativa seria definitivamente abandonada pelo regime democrático que se instalaria no Brasil, em 1985, talvez por sua gênese estar em um governo autoritário ou pela pouca importância que deu ao fortalecimento do núcleo estratégico do Estado. O enfraquecimento do núcleo estratégico do Estado foi decorrência da estratégia dos militares em optarem pela contratação dos escalões da administração por intermédio das empresas estatais, em vez de investirem na

formação dos administradores públicos selecionados por concursos públicos. Ademais, as contratações dos empregados sem concurso público, pelo regime celetista, facilitou as práticas patrimonialistas ainda presentes no cenário político-administrativo brasileiro.

Apesar do cerceamento dos direitos e liberdades individuais, o governo militar promovia o chamado *Milagre Brasileiro*, pois o crescimento médio anual do produto interno bruto chegou a 10% (dez por cento) entre 1968 e 1973<sup>72</sup>. O preço deste crescimento estaria no comprometimento dos recursos próprios do Estado e nos empréstimos internacionais.

A partir de 1974, foi elaborado o Segundo Plano Nacional de Desenvolvimento (II PND), enunciando um audacioso programa de substituição de importações e direcionado aos bens intermediários e de capital. Baseava-se numa concepção autárquica da economia nacional e ambicionava alcançar a proficiência técnica em todos os setores, em vez de buscar a competitividade internacional apenas em setores selecionados. A empreitada foi marcada pelo protecionismo intervencionista, com subsídios às indústrias nacionais de bens de capital e às exportadoras, e ainda pela reserva de mercado de bens intermediários e de energia para as empresas estatais.

O Estado brasileiro entrou em colapso com o aumento da dívida externa para financiamento de grandes obras, com a estagnação do consumo devido aos baixos salários e em função da crise do petróleo. O *Milagre Brasileiro*, por sua insustentabilidade, chegava ao fim assim como o próprio regime militar. Em paralelo, a sociedade civil seguia participando de um paulatino processo de redemocratização, até meados dos anos 80. Mas o processo de transição política, marcado pela agonia do regime autoritário militar e *as dores do parto de uma alternativa democrática de base civil*, ocorreu em meio a um conjunto de crises, dentre as quais a crise do padrão de articulação entre o capital local e o capital internacional e a crise

---

<sup>72</sup> MACHADO, Regina Helena. **Reforma do Estado ou reforma da Constituição**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, P.29.

entre o setor público e o setor privado no processo de desenvolvimento capitalista, pondo em xeque o próprio modelo de Estado desenvolvimentista<sup>73</sup>.

## 1.2 A crise do Estado nos anos 80

Os anos oitenta seriam marcados por uma crise econômica de dimensão mundial que reduziria o crescimento dos países centrais à metade do que foram durante os vinte primeiros anos após a segunda guerra mundial e implicaria na queda do regime soviético. Esta crise seria interpretada pelos neoliberais como a crise do Estado – uma crise fiscal, crise do modo de intervenção no domínio econômico e social, e uma crise no aparato burocrático-administrativo. Aumentaram as taxas de desemprego, principalmente na Europa, e até a economia japonesa soçobrou no despontar dos anos noventa. A economia mundial passou por transformações profundas em seus fundamentos<sup>74</sup>.

Enquanto a depressão dos anos trinta teve origem na crise do Estado liberal, a Grande crise dos anos oitenta teria origem nos problemas do Estado social<sup>75</sup>, um Estado que de promotor do desenvolvimento se transforma no seu obstáculo. A crise do Estado estaria associada ao caráter cíclico da intervenção do Estado<sup>76</sup>, de um lado, e à globalização, de outro, fenômeno que reduziu a autonomia das políticas econômicas e sociais dos Estados nacionais.

---

<sup>73</sup> SALLUM JR., Brasílio e KUGELMAS, Eduardo. O Leviatã acorrentado: a crise brasileira dos anos 80. **Estado, mercado e democracia**. Política e economia comparadas. Org. Lourdes Sola. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993, p.283. pp.280/299.

<sup>74</sup> Para Paul Singer, a transformação de maior vulto seria “a desregulamentação, na verdade a privatização, do mercado mundial de capitais, decisiva para que, a partir desta época, a hegemonia na economia mundial passasse das mãos dos governos nacionais articulados a empresas produtivas para as de multempresas internacionais, capitaneadas pelo que se pode chamar de *capital financeiro*” (O Brasil no limiar do terceiro milênio. **Estudos avançados**. No. 14 (38), 2000, p.248).

<sup>75</sup> BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle. **Cadernos MARE da Reforma de Estado**, no.1, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – MARE. Brasília – DF, 1997, p.9.

<sup>76</sup> BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. O caráter cíclico da intervenção estatal. **Revista de economia política**. 1989, vol.9, no.3, julho/setembro, São Paulo: Brasiliense, p.117.

A defasagem Estado-sociedade, a par da ineficácia do poder público na gestão de problemas prementes – como desequilíbrio econômico, desigualdade, exclusão social e violência, aumentaria a descrença do cidadão no aparato administrativo estatal.

Especificamente no Brasil, a explosão das demandas sociais com excesso de pressões desencadeadas pelo aumento acelerado da participação, a expansão do quadro político, a fragmentação da estrutura partidária, a indisciplina do Congresso e o desequilíbrio entre a capacidade de resposta do governo e o poder de pressão da sociedade seriam o estopim para crise<sup>77</sup>. Por outro lado, a incapacidade de articulação do governo se ressaltava na descontinuidade e na falta de garantia às políticas formuladas<sup>78</sup>. Neste sentido, Helio Jaguaribe<sup>79</sup> salienta que o Brasil é quase ingovernável em virtude dos graves defeitos dos sistemas político e institucional. Para ele, a *ingovernabilidade* brasileira somente poderá ser corrigida, no correr do século XXI, mediante profundas reformas de natureza partidária e institucional.

Bresser Pereira<sup>80</sup> sustenta que a crise brasileira não corresponde a uma crise de governabilidade; em sua opinião a crise do Estado no continente latino-americano se define pela crise fiscal, pela crise do modo de intervenção econômica e social e pela crise do aparato administrativo. A crise fiscal se manifesta na redução do crédito público e por um arrocho público negativo; a crise do modo de intervenção econômica decorre do esgotamento do modelo protecionista de substituição de importações e no fracasso do Estado providência. No Brasil, a crise do aparato administrativo que padecia diante do clientelismo e de uma profissionalização incompleta, ampliaria a ineficiência e a má qualidade da administração pública

---

<sup>77</sup> DINIZ, Eli. **Crise, reforma do Estado e governabilidade**: Brasil, 1985-1995. Rio de Janeiro: FGV, 1999, p. 180.

<sup>78</sup>“A opção das elites brasileiras privilegiaram vias coercitivas de implementação, o que traduziu na preferência por instrumentos legais capazes de garantir a precedência do Executivo em relação ao poder Legislativo”. O governo democrático deu continuidade ao governo por Decreto-lei, dali em diante, governo por medidas provisórias. (Cf. Diniz, Eli. Op. cit., p. 181)

<sup>79</sup> JAGUARIBE, Helio. Brasil, séc. XXI. *In Estudos avançados*, 14 (38), 2000, p. 217/220.

<sup>80</sup> BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. La reforma del aparato del Estado y la Constitución brasileña. *In Revista del CLAD*, no.4 (Jul. 1995), Caracas: CLAD, 1995, p.1.

central e dos serviços públicos em geral. Somava-se a isto a crise política do regime autoritário, representada pelo esgassamento do pacto social entre tecnoburocracia civil e militar e o empresariado. Todo esse diagnóstico corresponde ao que Eli Diniz<sup>81</sup> e Hélio Jaguaribe<sup>82</sup> nomeiam de crise de governabilidade.

Para Boaventura dos Santos<sup>83</sup> a crise da década de oitenta não representa exatamente uma crise do Estado, mas apenas a crise de um tipo de Estado – o Estado capitalista. O Estado sempre foi a arena política onde o capitalismo procurou realizar todas as suas potencialidades através do reconhecimento dos seus próprios limites. Assim, a cada projeto reformista inaugurado pelo Estado, teve-se em vista organizar a sociedade para a garantia do desenvolvimento capitalista. As reformas resultam da própria compreensão dos limites da lógica capitalista. Para garantia de continuidade, é preciso redirecionar os movimentos.

Conforme afirmação de Friedman<sup>84</sup>, o capitalismo nem é estável nem necessariamente ruirá. Mas a cada crise, demanda um novo modo de regulação pelo Estado, hábil para a garantia de sua preservação. Em semelhança, Boaventura dos Santos<sup>85</sup> e de Costa<sup>86</sup>, também entendem que as reformas realizadas ao longo da história, nos Estados capitalistas, visaram a readequação do sistema político à lógica e às necessidades do capitalismo<sup>87</sup>.

A crise que acenou para a soberania dos Estados a partir da década de oitenta representou a necessidade de reestruturação das funções do Estado diante do

---

<sup>81</sup> DINIZ, Eli. **Crise, reforma do Estado e governabilidade**: Brasil, 1985-1995. Rio de Janeiro: FGV, 1999, p. 180.

<sup>82</sup> JAGUARIBE, Helio. Brasil, séc. XXI. *In Estudos avançados (USP)*, 14 (38), 2000, p. 217.

<sup>83</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma reinvenção solidária e participativa do Estado. **Sociedade e Estado em transformação**. Org. Luiz Carlos Bresser Pereira; Jorge Wilhelm e Lourdes Sola. Brasília: ENAP, 1999, pp. 241/271.

<sup>84</sup> FRIEDMAN, Andrew L. Microregulation and pos-fordism: critique and development of regulation theory. **New political economy**. Vol.5, no.1, 2000. Capturado através do Proquest, p.61.

<sup>85</sup> Op.cit. p.241

<sup>86</sup> COSTA, Valeriano Mendes F. O novo enfoque do Banco Mundial sobre o Estado. *In Lua Nova: Revista de Cultura e Política*. No.44, 1998, Rio de Janeiro: CEDEC p.6.

<sup>87</sup> BUSCAGLIA, Edgard e RATLIFF, William. **Law and economics in developing countries**. Califórnia: Hoover Institution Press Publication. 2000, pp.20/27.

capitalismo de dimensão global<sup>88</sup>. O enfraquecimento do Estado não constituiu efeito da globalização da economia, mas o resultado de um processo político destinado a construir um outro Estado mais sintonizado com as exigências políticas do capitalismo global<sup>89</sup>.

Em concordância com Helio Jaguaribe<sup>90</sup>, a garantia da viabilidade nacional, dependerá da integração nacional por meio de medidas que diminuam o fosso social entre *as maiorias deseducadas e primitivas e a minoria educada e moderna*, ou seja, de medidas que reduzam as desigualdades sociais. Como também dependerá de uma administração competente do processo de globalização, preservando satisfatória margem de autonomia decisória e produtiva, ainda que incorporando capital e tecnologia forâneos.

### 1.2.1 A redemocratização do Estado Brasileiro e a elaboração da nova Constituição

Quando da assunção do governo pelos civis, por meio de eleições indiretas, mas com forte mobilização popular, o Brasil acalentou a expectativa de instauração de um regime democrático. Seguindo a promessa de Tancredo Neves, presidente eleito mas não empossado, José Sarney, o Vice que se tornou Presidente, favoreceu a elaboração de uma nova Constituição e assim foi feito. Sem dúvida que, na expressão Constitucional, a estrutura do Estado e do governo foram redesenhadas em favor da democracia<sup>91</sup>. Mas no aspecto da administração pública houve uma excessiva centralização, como forma de contenção das mazelas tradicionalmente presentes no

---

<sup>88</sup> Seria a queda da estratégia de substituição de importações, aprovada pela CEPAL como alternativa de desenvolvimento para os países da América Latina (Cf. SINGER, Paul. O Brasil no limiar do terceiro milênio. **Estudos avançados (USP)**. No. 14 (38), 2000, p.248).

<sup>89</sup> SINGER, Paul. Op. cit., p.244.

<sup>90</sup> JAGUARIBE, Helio. Brasil, séc. XXI. In **Estudos avançados (USP)**, 14 (38), 2000, p. 217.

<sup>91</sup> A própria qualificação do Estado como Estado democrático de direito, a definição dos direitos e garantias fundamentais, as cláusulas pétreas, o fim do Decreto-lei, mecanismos de efetivo controle e equilíbrio entre os poderes, foram matérias de elevado destaque constitucional, colaborando para o processo de democratização.

Estado Brasileiro, reflexo ainda da estrutura patrimonialista colonial<sup>92</sup>. Mas os problemas sociais e econômicos se acumulavam, levando os governos à elaboração de vários planos econômicos, avocando, algumas vezes, uma postura populista em semelhança com os governos anteriores<sup>93</sup>.

O *Governo Collor*, legitimado por eleições diretas, aderiu às orientações do mercado e adotou medidas estruturais voltadas para o ajuste fiscal, liberalização comercial e privatização, no intuito de estabilizar a economia. Mas em virtude de muitos percalços e episódios negativos que envolveram o seu governo, Collor perdeu a legitimidade política, ocorreu o *impeachment* e a presidência foi assumida por Itamar Franco, quando se iniciaram as medidas econômicas lideradas pelo então Ministro Fernando Henrique Cardoso, que haveria de sucedê-lo por dois mandatos consecutivos.

Se, durante o *governo Collor*, as pressões internacionais e do mercado orientavam reformas estruturais de ordem neoliberal, caracterizada pelo forte apelo às privatizações, durante o *governo Fernando Henrique Cardoso*, as orientações foram mais amenas, no sentido de não prescindir da presença regulatória do Estado.

### 1.2.2 *Entre o projeto neoliberal para o Estado mínimo e a alternativa do Estado subsidiário ou social-liberal*

A abordagem de Washington e dos países da OECD (*Organisation for Economic Co-operation and Development*) para a crise da América Latina se delineou a partir da década de 80 e apontou como principais causas: *o excessivo crescimento do Estado*,

---

<sup>92</sup> Nas conclusões de Eli Diniz, com a construção da nova ordem constitucional não se fundamentou uma ampla e profunda renovação político institucional. A transição caracterizou-se por um alto grau de continuidade política no plano das elites e das instituições, persistindo traços da cultura estatista, entre os quais a hipertrofia do Executivo e a fragilidade do sistema partidário (*In Governabilidade, democracia e reforma do Estado: os desafios de uma nova ordem no Brasil dos anos 90. Reforma do Estado e democracia no Brasil*. Organizadores: Eli Diniz e Sergio Azevedo. Brasília: EdUNB, 1997, p.24).

<sup>93</sup> BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Crise econômica e reforma do Estado no Brasil*: para uma nova interpretação da América Latina. São Paulo: Editora 34, p.39.

traduzido no protecionismo, no excesso de regulação, na ineficiência e multiplicidade de empresas estatais e o *populismo econômico*<sup>94</sup>. E como alternativa para a crise, para a retomada do crescimento, sugere aos países a suficiência da estabilização da economia, a sua liberalização e privatização.

O intento reformador partiu para a construção de um Estado mínimo, por entender o Estado como essencialmente ineficaz, parasitário e predador. Prosperou sobre a idéia de que a redução do tamanho do Estado seria a única solução para a redução dos danos gerados por ele. A partir daí, distinguiram-se as funções do Estado para confinar a sua ação no âmbito das funções exclusivas, deixando a terceiros a execução daquelas atividades que o Estado desenvolvia em concorrência com outras instâncias não estatais. Generalizou-se a postura antiestatista, com o revigoramento dos princípios de mercado e dos valores neoliberais, construindo uma pauta política dominada por temas como a desestatização, a reinserção no sistema internacional, a privatização, a abertura da economia, a desregulamentação e a privatização<sup>95</sup>.

Kenichi Ohmae<sup>96</sup> ganhou expressão por reacender os debates em torno da mão invisível, assegurando a sua capacidade de regular um mercado sem fronteiras

---

<sup>94</sup> Bresser Pereira, tratando sobre a crise do Estado, cita John Williamson (1990), economista do *Institute for International Economics* que escreveu um artigo sobre esta abordagem, atribuindo-lhe o qualificativo de "consenso de Washington". O consenso de Washington seria resultante da crise do consenso keynesiano e da correspondente teoria de desenvolvimento econômico elaborada nos anos 40 e 50, apresentando um rol de dez reformas: "1) a disciplina fiscal visando eliminar o *deficit* público; 2) a mudança das prioridades em relação às despesas públicas, eliminando subsídios e aumentando gastos com saúde e educação; 3) reforma tributária, aumentando os impostos se isso for inevitável, mas a base tributária deveria ser ampla e as taxas marginais deveriam ser moderadas; 4) as taxas de juros deveriam ser positivas e determinadas pelo mercado; 5) a taxa de câmbio deveria ser também determinada pelo mercado, garantindo-se ao mesmo tempo que fosse competitiva; 6) o comércio deveria ser liberalizado e orientado para o exterior; 7) os investimentos diretos não deveriam sofrer restrições; 8) as empresas públicas deveriam ser privatizadas; 9) as atividades econômicas deveriam ser desreguladas; 10) o direito de propriedade deveria ser tornado mais seguro". (BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **A crise do Estado**, ensaios sobre a economia brasileira. São Paulo: Nobel, 1992, p.15).

<sup>95</sup> DINIZ, Eli. **Crise, reforma do Estado e governabilidade**. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1999, p.12.

<sup>96</sup> O Estado-nação perplexo revelaria a sua disfuncionalidade em organizar as atividades econômicas globais. A incapacidade dos Estados em aceitar ou reconhecer a lógica global dissolveria lentamente a argamassa que os mantém coesos. OHMAE, Kenichi. **O fim do Estado Nação: ascensão das economias regionais**. Rio de Janeiro: Campus, 1996, pp.36/37.

nacionais. Na sua concepção, o fim da Guerra Fria não trouxe o fim da história, mas uma rede de ligações globais que tornou o mundo mais competitivo e fragilizou o Estado-nação, que já não dispõe de recursos suficientes para suprir suas ambições, necessitando atrair investimentos estrangeiros. Por esta razão, segundo aquele autor, o Estado deveria se armar de condições materiais capazes de atrair estes investimentos.

Sem dúvida que o movimento de globalização da Economia provocou conseqüências negativas para os Estados, na medida em que estes não conseguiram controlar interferências geradas por fatores de origem externa aos seus limites territoriais. A interdependência mundial de diversos processos findou por reduzir o poder de decisão dos Estados, mesmo que de direito, continuassem com poder soberano sobre a sua margem territorial<sup>97</sup>. Em contrapartida, ocorreu o fortalecimento de agências multilaterais, como o Banco Mundial e o FMI, extremamente influentes sobre os agentes financeiros internacionais e conseqüentemente sobre países endividados. Nesta medida, a proposta de Estado mínimo foi divulgada pelas agências multilaterais como alternativa viável de desenvolvimento para os Estados, em especial, aqueles do terceiro mundo<sup>98</sup>.

### **1.3 Alternativa social-liberal: reforma para o Estado subsidiário**

A reforma para o Estado mínimo atingiu seu clímax com as convulsões nos países comunistas da Europa Central e do Leste. Mas os limites de sua lógica reformadora começaram a se manifestar com a emergência das máfias, a corrupção política generalizada, o crescimento da violência e outros problemas decorrentes da má distribuição de riquezas. O próprio capitalismo global percebeu quão imprescindível é a presença do Estado para contornar as distorções do capitalismo, ainda que por meio de instrumentos diversos daqueles utilizados no Estado-

---

<sup>97</sup> VIEIRA, Litz. **Cidadania e globalização**. Rio de Janeiro: Record, 1997, p.105.

<sup>98</sup> Sobre a proposta de Washington e dos países da OECD - Vide nota 94.

Providência<sup>99</sup>. Recorrendo ao argumento de James Petras<sup>100</sup>, o capital multinacional não é antiestatista, pois exige um Estado ativo, capaz de desmontar o *welfare state* em favor da globalização.

Assim, o desenvolvimento capitalista global, ressentido da ausência da força do Estado<sup>101</sup>, admitiu a segunda rodada de reforma. Ao contrário do esperado pela abordagem de Washington, os investimentos privados não substituíram os investimentos públicos<sup>102</sup>. O relatório do Banco Mundial publicado em 1997 demonstrou o redirecionamento do movimento reformador, uma vez que repôs o Estado como ator principal no cenário das transformações do mundo contemporâneo, enfatizando o fortalecimento institucional do setor público como pressuposto para a flexibilização da relação Estado e sociedade<sup>103</sup>.

---

<sup>99</sup> Neste sentido, Jürgen Habermas afirma que “de um modo geral, no entanto, as intervenções do Estado, mesmo onde tenham sido obtidas contra interesses dominantes, estão no interesse da manutenção de um equilíbrio do sistema que não possa mais ser assegurado através do mercado-livre. (...) extraí-se daí a conseqüência, só *prima facie* paradoxal, de que exatamente a luta das forças democráticas contra o capitalismo é que possibilitou ao sistema continuar existindo (*In Mudança estrutural da esfera pública*. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1984, p.174).

<sup>100</sup> “Ao perseguir políticas de diminuição de salários, implementando cortes sociais no orçamento, transferindo aposentadorias para o capital privado, os Estados do Terceiro Mundo reconcentram renda para a expansão *ultramarina* (“globalização” ou “relocação de capital”). Esse processo é mais claramente evidente na atual fase “neoliberal” do capitalismo com as chamadas políticas de ajuste estrutural. Concebidas por Estados do Terceiro Mundo em colaboração com o FMI/Banco Mundial, elas aumentam a concentração de renda e a disponibilidade da propriedade pública nacional para a privatização por multinacionais e pelas elites nacionais abastadas.” PETRAS, James. **Armadilha neoliberal**: e alternativas para a América Latina. Trad. Luiz Bernardo Pericás, São Paulo: Xamã editora, 1999, pp.33/34.

<sup>101</sup> Nas linhas de Adam Przeworski, “a teoria econômica mais recente mostra que os mercados não são eficientes e que a intervenção do Estado pode melhorar as soluções de mercado. O Estado tem importante papel a desempenhar não só no que diz respeito à garantia a segurança material, mas também como promotor do desenvolvimento econômico” (*In Sobre o desenho do Estado: uma perspectiva agent x principal. Reforma do Estado e administração pública gerencial*. Org. Luiz Carlos Bresser Pereira e Peter Spink. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1998, p.40).

<sup>102</sup> Não é realista, sustenta Bresser Pereira, esperar que haja uma mudança abrupta na forma de exercício de funções historicamente públicas. A substituição dos investimentos diretos do Estado por investimentos privados deverá ser necessariamente gradual (*In A crise do Estado*, ensaios sobre a economia brasileira. São Paulo: Nobel, 1992, p.17).

<sup>103</sup> COSTA, Valeriano Mendes F. O novo enfoque do Banco Mundial sobre o Estado. *In Lua Nova*: Revista de Cultura e Política. No.44, 1998, São Paulo: CEDEC p.6.

A crise do Estado, de dimensões internacionais, provocou reações também universais e variadas, conforme o viés ideológico de cada grupo<sup>104</sup>. As agências internacionais que, na década de oitenta, apoiaram a proposta de reforma neoliberal, declinariam apoio à proposta social-democrata nos anos noventa, por entender que as leis do mercado não conduziriam à paz social e à equidade. Cederam diante das distorções das leis do mercado, incorrigíveis pela *mão invisível*<sup>105</sup>.

### Defendia-se a reconstrução do Estado por meio da

recuperação da poupança pública de superação da crise fiscal; redefinição das formas de intervenção no domínio econômico e social por intermédio da contratação de organizações públicas não-estatais para executar os serviços de educação, saúde e cultura; e reforma da administração pública com a implantação de uma administração pública gerencial<sup>106</sup>.

A proposta de reforma deveria reduzir o papel do Estado como agente

---

<sup>104</sup> Bresser Pereira classificou em quatro grupos ideologicamente distintos: a esquerda tradicional, a centro-esquerda pragmática, a centro-direita pragmática e a direita neoliberal. A esquerda tradicional restou paralisada. A centro-direita pragmática, definida como formada pelo *establishment* capitalista e burocrático nos países centrais e na América latina, determinou aos países altamente endividados, a obediência aos fundamentos macroeconômicos (com ajuste fiscal e liberação dos preços) e às reformas orientadas para o mercado (liberação comercial, privatização e desregulação). A direita neoliberal defendia as reformas orientadas para o mercado, desde que estivessem direcionadas para a construção de um estado mínimo com o controle da economia pelo mercado. Assim, a política macroeconomia deveria ser neutra, tendo por objetivo exclusivo o déficit público zero e o controle do aumento da quantidade de moeda para que o crescimento desta fosse constante à mesma taxa do crescimento natural do PIB. Não definia política industrial ou social. A centro-esquerda pragmática ou social-democrata adotaria as propostas da centro-direita pragmática quanto à política macroeconômica, alertando para a necessidade de superação das dificuldades do Estado mínimo, com a correção das falhas do mercado. O mercado auto-regulável do equilíbrio geral neoclássico e da ideologia neoliberal não garantiriam o desenvolvimento ou a paz social. Seria necessária a construção de mecanismos de intervenção ainda que mais modestos do que aqueles visíveis no Estado social (A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle. **Cadernos MARE**, Reforma do Estado, no.1, Ministério da Administração e Reforma do Estado, p.15).

<sup>105</sup> Ressalte-se aqui o uso meramente ideológico da expressão.

<sup>106</sup> Bresser Pereira, op.cit, p.19.

produtivo para concentrar forças no âmbito das políticas públicas e na regulação<sup>107</sup>. Mesmo assim, em toda a América Latina, a postura de grupos, como sindicatos, funcionários públicos e muitos políticos, foi a de discordar do projeto reformador<sup>108</sup>.

### 1.3.1 Elementos básicos da reforma

De todo modo, os componentes básicos da reforma implementadora do Estado Social-Liberal<sup>109</sup> ou Estado subsidiário<sup>110</sup> são em síntese:

- a delimitação das funções do Estado, com a redução do seu tamanho por meio de programas de privatização, terceirização e publicização;
- a redução do grau de interferência do Estado por intermédio de programas de desregulação que aumentam o recurso aos mecanismos de controle via mercado;

---

<sup>107</sup> Trata-se da construção do Estado subsidiário que na expressão de Juan Carlos Cassagne, deriva do momento de quebrantamento do Estado social, consubstanciando-se em um *mix* de características pertencentes ao Estado liberal e Estado social. Mantem funções exclusivas, indelegáveis, como também continua a exercer atividades para suprir as falhas e faltas da atividade privada (*In Derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, Tomo I, 1996, pp.62-74).

As características do Estado subsidiário são visíveis na reflexão de Francisco Queiroz Cavalcanti: “Vem-se, constatando, entretanto, nas duas últimas décadas, tendências de reversão nesse processo de crescimento da intervenção estatal na atividade econômica. Prega-se novamente o afastamento do Estado do cerne da atividade econômica, defende-se deixar o ente público de ser ente produtivo, com sensível e, em algumas situações, até drástica redução do seu papel na ordem econômica. As idéias básicas de competitividade, liberdade de mercado (inclusive e sobretudo em nível internacional) com restrições a quaisquer mecanismos protecionistas, privatização e globalização são facetas dessa nova conjuntura, que se apresenta, sobretudo após o desmoronamento da URSS, o período Tacher no Reino Unido, a consolidação das comunidades econômicas e a formação da OMC”. *In Reflexões sobre o papel do Estado frente à atividade econômica. Revista Trimestral de Direito Público*. 1997, São Paulo, no.20, p.68,

<sup>108</sup> SHNEIDER, Ben Ross. La política de la reforma administrativa: dilemmas insolubles y soluciones improbables. *In Revista Del CLAD Reforma y Democracia*, no.20 (Jun.2001). CLAD: Caracas, p.4.

<sup>109</sup> Expressão utilizada por Bresser Pereira, por adesão ao pensamento de Bob Jessop, cuja afirmação é de que o Estado social será substituído, no século XXI, pelo *Workfare State* que promoverá a inovação em economias abertas e subordinará a política social às necessidades da flexibilização dos mercados e das exigências de competição internacional. (Op.cit p.18)

<sup>110</sup> Ver Juan Carlos Cassagne, Op. cit. e Edílson Pereira Nobre Junior (*In Intervenção estatal sobre domínio econômico, livre iniciativa e proporcionalidade. Revista de Direito Administrativo*. 2001. No.225 (jul/set), Rio de Janeiro: Renovar, pp.180/181).

Explicação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro localiza o princípio da subsidiariedade na Doutrina Social da Igreja Católica Apostólica Romana. O Estado deve se abster de exercer atividades que o particular tem condições de exercer por sua própria iniciativa e com seus próprios recursos. (*In Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. São Paulo: Atlas, 1999, p.24/25).

- aumento da governança, ou seja, da capacidade de tornar efetiva as decisões do governo;
- aumento da governabilidade, ou seja, do poder do governo, por meio do fortalecimento de instituições políticas que garantam uma melhor intermediação de interesses e tornem mais legítimos e democráticos os governos, aperfeiçoando a democracia representativa e abrindo espaço para o controle social ou democracia direta.

### 1.3.1.1 Delimitação das funções do Estado

A reforma propõe um redimensionamento do Estado por intermédio da delimitação das suas funções, com a transferência de atividades não exclusivas aos particulares ou aos entes públicos não estatais, por meio de privatização, publicização e terceirização. Passíveis de transferência seriam os investimentos em infra-estrutura<sup>111</sup> e, nos serviços públicos, a produção de bens e serviços para o mercado, as atividades na área social e científica e atividades auxiliares.

As atividades na área social e científica que não envolvem necessariamente o poder do Estado, dentre elas, as escolas, universidades, os centros de pesquisas científica e tecnológica, creches, ambulatórios e hospitais, por exemplo, poderiam ser executadas por entidades públicas não estatais, mediante fomento e subsídio estatal. Trata-se aqui da execução de atividades relacionadas diretamente ao interesse público por pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, como as associações e outras entidades, atualmente denominadas de organizações públicas não estatais. Embora não fosse interessante o seu desenvolvimento pelo capital privado, não seria necessária a sua execução pelo Estado.

As atividades auxiliares, tais como serviços de limpeza, de suporte técnico em informática, vigilância e transporte, indispensáveis à execução de quaisquer atividades, inclusive das atividades principais do Estado, também não precisariam

---

<sup>111</sup> O Estado interveio nesta área por uma razão prática e não ideológica, qual seja na necessidade de suprir a falta do investimento privado para garantia do desenvolvimento.

ser realizadas pelo Estado, poderiam ser confiadas a particulares por meio da terceirização.

Somente seriam consideradas atividades de monopólio exclusivo do Estado aquelas caracterizadoras do Estado liberal, expressas pelo uso do poder soberano, dentre as quais, a atividade legislativa, jurisdicional, policial, fiscalizadora e reguladora; aquelas incorporadas pelo Estado social, relacionadas à formulação de políticas públicas na área econômica, cultural e social e, ainda, voltadas para a garantia da estabilidade da moeda. Tratam-se de atividades realizadas pelo núcleo estratégico, composto pelos políticos, pela alta burocracia estatal e pela média administração pública do Estado.

Esta primeira base da reforma sinaliza para a parceria a ser realizada entre o Estado e o capital privado ou entidades públicas não-estatais. Como instrumentais para a realização destas parcerias, tem-se a privatização, as concessões e permissões, a terceirização e os contratos de gestão.

### **1.3.1.2 Desregulamentação**

A reforma do Estado não propõe o retorno ao Estado liberal, no qual o mercado se auto-regula. É dever do Estado exercer o poder regulamentador das atividades privadas, especialmente exercendo um controle ambiental, a garantia da concorrência, um mínimo de justiça social, por meio de políticas econômicas específicas, valores que o mercado é incapaz de atingir. Contudo, é mister estabelecer os limites deste papel regulamentador, para evitar a redução da competitividade internacional das empresas. O objetivo básico é a definição do papel do Estado no mercado, de modo a contribuir para o aumento da competitividade internacional das empresas e ampliar os mecanismos de controle pela sociedade, dando maior publicidade às decisões de investimento que afetam o consumo.

A proposta da reforma do Estado dos anos noventa é ampliar as formas de controle social das organizações públicas e privadas, dando ênfase ao espaço democrático. Além do controle implementado primordialmente pelo Estado, como no modelo do Estado Social; do controle da economia apenas pela lei do mercado, como no modelo liberal de Estado, intenta-se envolver de modo mais intenso o controle social, desenvolvido formal ou informalmente pela sociedade civil. A reforma pretende o crescimento do espaço público não estatal como controle social do mercado. Combina o controle hierárquico gerencial, a democracia representativa, o controle social direto ou democracia direta e o mercado.

### 1.3.1.3 Governança

Corresponde à capacidade administrativa e financeira do Estado em executar as suas decisões. Um Estado em crise fiscal, com poupança pública negativa e sem recursos para realizar investimentos, é um Estado imobilizado, sem capacidade gerencial. Em situações deste nível, a reforma administrativa exsurge como instrumento fundamental. Quase todos os governos, em todos os tempos, falaram da necessidade de tornar a administração pública mais eficiente. O período capitalista assistiu a duas reformas estruturais – a *reforma burocrática*<sup>112</sup>, que substituiu a administração patrimonialista, e a *reforma gerencial*, implantada, nos anos 80, no Reino Unido, na Nova Zelândia e na Austrália, nos anos 90, nos Estados Unidos, chegando ao Brasil durante o governo Fernando Henrique Cardoso, a partir de 1995, com a aprovação do *Plano Diretor da Reforma do Estado*.

No aspecto da governança pretende desatar as amarras da burocracia racional-legal, que vincula as decisões do administrador aos procedimentos legalmente estabelecidos. Atribui maior liberdade na tomada de decisões, sob o argumento de que é impossível, nos dias de acentuadas transformações tecnológicas e sociais, uma racionalidade administrativa sem um julgamento discricionário. Ao passo que a

---

<sup>112</sup> Ocorreu no século XIX nos países europeus, no começo do século XX nos Estados Unidos e durante a década de 30 no Brasil

reforma burocrática visou a cercear a corrupção e o patrimonialismo, a reforma gerencial tem a finalidade de aparelhar a administração pública para uma gestão mais compatível com a realidade atual.

Assim, a reforma gerencial, que pretende trazer para a administração pública a lógica da administração da empresa privada, baseada fundamentalmente na satisfação do cliente e no controle de resultados, apresenta as seguintes características<sup>113</sup>:

- orientação da ação do Estado para o cidadão-usuário ou cidadão-cliente;
- ênfase no controle de resultados, por meio dos contratos de gestão e não no controle dos procedimentos;
- fortalecimento e aumento da autonomia da burocracia estatal, como núcleo estratégico do Estado;
- separação entre as secretarias formuladoras de políticas públicas, de caráter centralizado, das unidades descentralizadas executoras destas mesmas políticas;
- distinção das unidades descentralizadas em dois tipos: as agências executivas que executam atividades monopolistas do Estado e os entes públicos não-Estatais, executores dos serviços sociais e científicos de caráter competitivo, em que o poder do Estado não está envolvido;
- ampliação dos mecanismos de controle das unidades descentralizadas, envolvendo o controle social direto; o contrato de gestão, por meio do qual se definem os indicadores de desempenho, possibilitando a mensuração dos resultados e a formação de quase-mercados em que ocorre a competição administrada;
- terceirização das atividades auxiliares ou de apoio, por intermédio da licitação.

---

<sup>113</sup> BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle. **Cadernos MARE**, Reforma do Estado, no.1, Ministério da Administração e Reforma do Estado, p.42.

Ressalte-se que o fortalecimento da autonomia do núcleo estratégico do Estado não impõe o insulamento burocrático, como forma de combate ao populismo econômico e ao clientelismo. A burocracia dos Estados democráticos deve conservar uma autonomia que não lhe renda o alheamento das questões políticas e sociais. Integram o núcleo estratégico do Estado, o Chefe de governo, os ministérios, e respectivas secretarias, as agências executivas e as agências reguladoras.

#### 1.3.1.4 Governabilidade

A governabilidade corresponde à capacidade política de governar, em virtude da legitimidade de que gozam o Estado e o seu governo diante da sociedade. Sem governabilidade é impossível a governança. O conceito de governabilidade não depende apenas do sucesso das tecnocracias iluminadas, mas da articulação do aparato estatal com as instâncias da política democrática<sup>114</sup>. Envolve o aspecto político, enquanto a governança o aspecto administrativo. Pode haver boa governabilidade com uma governança deficiente. Uma boa governança tende a aumentar a legitimidade do governo, do mesmo modo que uma má governança pode prejudicar a governabilidade.

A crise política que os Estados ostentam é uma crise de governabilidade, seja em função da quebra da legitimidade social, seja em função da inadequação das instituições políticas para o exercício do poder político. O desafio da reforma do Estado é proporcionar o fortalecimento do pacto social mais democrático, ampliando a responsabilidade dos governantes, a transparência na gestão e a maior participação dos cidadãos. Para isso, além da alteração do aparato administrativo, é fundamental a presença de partidos políticos que correspondam a orientações ideológicas; a estruturação de um sistema eleitoral que permita a formação de governos mais representativos e com maiorias estáveis; a atuação de uma oposição mais vigorosa e

---

<sup>114</sup> DINIZ, Eli. Governabilidade, democracia e reforma do Estado: os desafios da construção de uma nova ordem no Brasil dos anos 90. **Reforma do Estado e democracia no Brasil**. Org. Eli Diniz e Sergio e Azevedo. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1997, p.31.

de uma imprensa livre e responsável; de um Judiciário que defenda os interesses do cidadão, mas também defenda o Estado daqueles que pretendem sujeitá-lo aos seus próprios interesses; é contar com um legislativo imune às práticas clientelistas; é desenvolver um sistema de responsabilização dos políticos e dos administradores públicos.

Adota-se como concepção de Estado – um Estado forte na execução e controle de políticas públicas, mas enxuto no que toca aos organismos voltados para a execução de atividades não consideradas exclusivas. O Estado não apenas privatiza, como também se utiliza da transferência da execução do serviço, mantendo a titularidade e, conseqüentemente, o poder de fiscalização. Para viabilidade da reforma, presume uma sociedade livre e capaz de participar da gestão da coisa pública tanto por meio das organizações do terceiro setor quanto por intermédio das agências e demais órgãos de defesa da cidadania.

Nas letras de Bresser Pereira<sup>115</sup>,

a reforma do Estado dos anos 90 é uma reforma que pressupõem cidadãos e para ele está voltada. Cidadãos menos protegidos ou tutelados pelo Estado, porém mais livres, na medida em que o Estado que reduz sua face paternalista, torna-se ele próprio competitivo, e, assim, requer cidadãos mais maduros politicamente. Cidadãos talvez mais individualistas porque mais conscientes dos seus direitos individuais, mas também solidários, embora isto possa parecer contraditório, porque mais aptos à ação coletiva e portanto mais dispostos a se organizar em instituições de interesse público ou de proteção de interesses diretos do próprio grupo.

A saída social-democrática, em aderir o projeto reformador de ascendência internacional, é criticada por muitos autores, dentre os quais, Virgílio Leite Uchoa<sup>116</sup>, para quem as reformas representam o reflexo de um novo tipo de colonização. Segundo ele, as medidas adotadas pelo *Governo Fernando Henrique Cardoso* foram

---

<sup>115</sup> BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle. **Cadernos MARE**, Reforma do Estado, no.1, Ministério da Administração e Reforma do Estado, p.53.

<sup>116</sup> UCHOA, Virgílio Leite. Balanço de expectativas frustradas. **Estudos avançados (USP)**, 39, No.14, Maio/Agosto, 2000, pp.47/9.

pactuadas em primeiro lugar com as agências internacionais, para após passarem ao exame do Congresso; sem a recorrência a uma política pública de inclusão, tendente a solucionar os problemas de desigualdade social tão debatidos em tempos de eleições quanto prejudiciais à construção da democracia.

### *1.3.2 Reflexos no aparato administrativo brasileiro – o trinômio Estado, mercado e sociedade*

A reengenharia do aparato administrativo, em 1995, difere do paradigma burocrático, segundo o qual o Estado age em separado da sociedade e da proposta neoliberal, na qual o Estado também se distancia da sociedade, sendo as decisões econômicas tomadas por indivíduos isolados – o mercado<sup>117</sup>. Propõe uma parceria contínua com a sociedade, por meio da criação de mecanismos que resgatem a participação social e o amadurecimento da cidadania. Anuncia a reconstrução do espaço público pela sociedade, no qual esta, a partir da interação dos diversos grupos, intenta a solução dos conflitos.

Nesta perspectiva, os fins de interesses coletivos deixam de ser perseguidos direta e imediatamente pelo Estado, o que implica num redimensionamento das funções públicas e do papel do Estado, bem como no estabelecimento de parcerias com o mercado e a sociedade. Contudo, estas ações que, no novo modelo de administração, são implementadas por meio de parcerias Estado, Mercado e Sociedade se desenvolvem sob a ordem reguladora do Estado. Na proporção que avança a transferência de atividades do Estado para os particulares, deve avançar a regulação.

Deriva daí uma dualidade de atividades econômicas – a atividade econômica de interesse geral e a atividade econômica de interesse individual, e

---

<sup>117</sup> CROZIER, Michel. La transición del paradigma burocrático a una cultura de gestión pública. **Revista del CLAD Reforma y democracia**. No.7, Enero/1997, Caracas. Disponível em: <[www.clad.org.ve](http://www.clad.org.ve)>; capturado em 12/dez/2002.

conseqüentemente, a necessidade de regimes jurídicos distintos na regulação<sup>118</sup>. Não se admite que o empresário invoque os princípios da livre iniciativa, da livre concorrência para a realização de atividades econômicas de interesse geral, antes realizadas pelo Estado, para viabilizar a dignidade da pessoa humana, por serem essenciais ao interesse coletivo, ao exemplo do fornecimento de água, luz e telefone.

Estas empresas que desenvolvem atividades de interesse público, como *public utility*, não se sujeitam aos mesmos princípios que as demais, em virtude do objeto que desenvolvem. Assim, não podem praticar tarifas discriminatórias, mas estabelecer tarifas que a um só tempo permitam um lucro razoável e garantam o acesso dos usuários - os cidadãos. Estas atividades de interesse público envolvem uma relação entre dois conceitos básicos - serviço público e atividade econômica.

Resta saber, contudo, como a sociedade brasileira pode ocupar este papel pró-ativo nesse modelo proposto, considerando o quadro geral de desigualdades sociais, no qual metade da população vive abaixo da linha da pobreza?

A transição democrática e a denominada Nova República não modificaram substancialmente a forma de relacionamento Estado/Sociedade, apesar dos apelos formalísticos à democracia participativa. Os principais avanços formais no sentido de institucionalização democrática, visando à publicização do Estado, dizem respeito à formação dos conselhos de gestão de políticas públicas que incluem representantes da sociedade civil. Tratam-se de conselhos que atuam em áreas de políticas sociais, em gestão de programas governamentais, em áreas de direito difuso e na gestão de políticas para o desenvolvimento sustentável. Porém, como assegura Frederico Lustosa da Costa<sup>119</sup>, a pulverização e multiplicação destes conselhos não têm

---

<sup>118</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p.322.

<sup>119</sup> COSTA, Frederico Lustosa da e CUNHA, Augusto Paulo. Termos de referência para uma avaliação da participação induzida na gestão de políticas públicas. Trabalho apresentado no **VI Congresso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública**. Buenos Aires, Argentina, 5-9 de novembro, 2001.

contribuído efetivamente para a construção da democracia participativa, em virtude da sua ação desordenada e do formalismo que contamina a sua estrutura.

Apesar da democracia política e do relativo crescimento econômico que fazem posicionar o país como a nona economia do mundo, 81% da população brasileira vive à berlinda do que se produz e consome, com uma renda bruta mensal inferior a R\$1.125,00 (hum mil, cento e vinte e cinco reais)<sup>120</sup>. Pesquisa recém-lançada pela Fundação Getúlio Vargas assegura que um a cada três brasileiros é miserável<sup>121</sup>. Na percepção de autores como Francisco Weffor<sup>122</sup>, isto é o reflexo de uma democracia desfalcada pela má distribuição de rendas. Grande parte da população brasileira ainda não alcançou um nível de cidadania ideal que garanta uma participação ativa na defesa do interesse público. Em verdade, trata-se de uma sociedade bastante heterogênea, com alguns setores bastante integrados à vida pública na defesa dos interesses coletivos, mas com um imenso quantitativo de miseráveis em estado de alienação, haja vista a carência de condições materiais que proporcionem o efetivo exercício da cidadania.

A sociedade brasileira sempre viveu uma espécie de tutela estatal e parece estranho, ou no mínimo um excesso de formalismo, esperar que o quadro se transforme mediante uma reforma estatal movida de cima para baixo. Considerando-se ainda que a própria reforma não se completou sequer no âmbito formal, pois a lei prevista pela Emenda Constitucional no. 19/98, para estabelecer os direitos do usuário e as formas de sua participação na condução dos serviços públicos, ainda não foi promulgada, passados cinco anos da alteração constitucional.

---

<sup>120</sup> Cf. dados do IBGE apresentados na reportagem: Só falta a grana. **Revista Carta Capital**: política, economia e cultura (ISSN 0104-6438) São Paulo: Editora Confiança Ltda. Ano VIII, no.183, 3/04/2002, pp.28/33.

<sup>121</sup> Segundo a pesquisa, lançada em 15 de abril de 2004, um total de 33,15% da população brasileira tem renda mensal abaixo de R\$79,00 (setenta e nove reais) – Cf. Mapa Fim da Fome, disponível em: <[http://www.fgv.br/cps/MapaFimFomeII/Apresentação/ESM2\\_Lançamento.pdf](http://www.fgv.br/cps/MapaFimFomeII/Apresentação/ESM2_Lançamento.pdf)>. Acesso em: 16 abr. 2004, 11h.

<sup>122</sup> WEFFORT, Francisco. **Qual democracia?** São Paulo: Cia das Letras, 1992, p.56.

Se na construção do espaço público houve a constante mediação do Estado, para possibilitar a mudança de paradigma, ou seja, de uma sociedade de matriz estadocêntrica<sup>123</sup> para uma sociedade de matriz sociocêntrica, é imprescindível a ação do Estado. Voltando a Boaventura dos Santos<sup>124</sup>, o Estado teria de intervir para deixar de intervir. Louve-se pela abertura constitucional à participação e ao controle social. Lamenta-se pelo fato de a previsão legal ainda não haver se concretizado, passados cinco anos da Emenda. Não que a simples promulgação de uma lei seja suficiente para implementar a participação, mas sem dúvida a sua inexistência revela a falta de vontade política em completar a reforma, neste sentido.

Ademais, as próprias agências reguladoras que se posicionam como entidades de regulação por excelência não fazem parte da consciência coletiva do cidadão brasileiro, que continua recorrendo aos *Procons* e *Decons* para reclamar das concessionárias do serviço público, pois não sentiram a ação destas agências em seu favor.

Resta, ainda, considerar o papel do capital privado, representado pelas concessionárias do serviço público, em garantir a universalização dos serviços. Como a iniciativa privada haverá de compatibilizar o intuito de lucro com o dever de garantir o acesso a estes serviços, numa sociedade marcada pela pobreza?

A reforma gerencial estabelece como meta a eficiência, a capacidade de resposta, a flexibilidade e mecanismos democráticos de controle por parte dos cidadãos. Firma parcerias com o setor privado e introduz conceitos deste na administração pública. Mas para que a implementação do modelo tenha sucesso, é

---

<sup>123</sup> A matriz estadocêntrica surge no período do intervencionismo pós-liberal, enfatizando o papel do Estado como agente de tudo. No entanto, este intervencionismo estatal tem como pano de fundo a estatização de interesses cujo desenvolvimento encontra limites na esfera privada. (In KEINERT, Tânia M.M. **Administração Pública no Brasil: crises e mudanças de paradigmas**. São Paulo: Annablume, 2000, p.76.).

<sup>124</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma reinvenção solidária e participativa do Estado. **Sociedade e Estado em transformação**. Org. Luiz Carlos Bresser Pereira; Jorge Wilhelm e Lourdes Sola. Brasília: ENAP, 1999, p.249.

fundamental a existência de uma cidadania madura no seio social, com condições de exercício deste controle<sup>125</sup>.

Frederico Lustosa da Costa<sup>126</sup> questiona “a possibilidade de integração efetiva entre dois mundos separados por racionalidades aparentemente inconciliáveis: a racionalidade instrumental da esfera da administração estatal e a racionalidade comunicativa do mundo social”, pois os avanços teóricos e práticos a respeito da democracia direta e da democracia social em países da Europa e nos Estados Unidos não encontram a mesma proporção na América Latina. Países latinos, segundo este autor, ainda se encontram dominados pela atomização de interesses e pela supremacia de grandes organizações produtoras de bens e serviços, o que dificulta sobremaneira a fluência da democracia participativa. A transição dos regimes autoritários ainda não se completou pela ausência de democracia social significativa.

A participação societária deve ser baseada numa institucionalidade que não se reduza ao aspecto formal do mandamento legal, mas que seja capaz de fazer do Estado um autêntico espaço público. É importante garantir-se que, neste reformismo, em nome da eficiência e da qualidade do serviço público, o Estado não faça prevalecer interesses do capital privado em detrimento da equidade e do direito do cidadão. É igualmente relevante cuidar para que a reforma não se resuma a mais um gesto formalista que tenha por finalidade a garantia de privilégios a alguns em prejuízo da dignidade e da cidadania nacional, tal qual o *Estado de Compromisso* antes referido<sup>127</sup>. Que a transferência da execução dos serviços públicos não venha a restringir o direito dos cidadãos brasileiros, mercantilizando o serviço sob a lógica pura dos interesses das empresas. A participação social no controle dos serviços tem de ser trabalhada institucionalmente, por meio da previsão legal e além dela, nas

---

<sup>125</sup> BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle. **Cadernos MARE**, Reforma do Estado, no.1, Ministério da Administração e Reforma do Estado, p.53.

<sup>126</sup> COSTA, Frederico Lustosa da e CUNHA, Augusto Paulo. Termos de referência para uma avaliação da participação induzida na gestão de políticas públicas. Trabalho apresentado no **VI Congresso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública**. Buenos Aires, Argentina, 5-9 de novembro, 2001.

<sup>127</sup> Vide nota 8.

ações educativas e na garantia da governança. Mesmo com tudo isto, o resultado não será pleno antes da solução ou minoração de um problema de tradição, no Brasil – a desigualdade social, arque-inimiga da democracia social.

A pauta mundial findou por reconhecer a importância do Estado como propulsor do desenvolvimento econômico, social e político de qualquer país, recomendando a sua reformatação para além do padrão nacional-desenvolvimentista. Mas o grande desafio é compatibilizar as tendências mundiais às particularidades nacionais e regionais, especificamente nos países da América Latina, conquanto os projetos de reformatação estatal devem atinar para a consolidação da democracia, a retomada do desenvolvimento econômico e para a redução das desigualdades regionais<sup>128</sup>.

---

<sup>128</sup> CLAD. Uma nova gestão pública para a América Latina. Documento do CLAD aprovado na sessão de 14 de outubro de 1998 pelo Conselho Diretor do CLAD, Conselho Latino Americano para Democracia. Caracas, Venezuela, pp.25/42.

## 2 A REFORMA ADMINISTRATIVA DE 1995

### 2.1 Principiologia básica da reforma estruturada pelo Ministério da Administração e Reforma do Estado – MARE quanto à prestação dos serviços

Sob a orientação ideológica da social-democracia, foi estruturada a Reforma do Estado e, em particular, a reforma administrativa ou reforma gerencial do aparato estatal, em 1995, sob a regência do Ministério de Administração e Reforma de Estado – MARE, ocupado por Luiz Carlos Bresser Pereira. Enfocando a crise do Estado brasileiro sob a perspectiva da crise fiscal, da crise no modelo de intervenção econômica e social e ainda da crise do aparato estatal, a reforma estaria orientada para parcerias com o mercado e com entes públicos não-estatais, para a justiça social e para a revisão da estrutura administrativa.

Diferentemente da administração burocrática<sup>129</sup>, a administração de linha *gerencial* adotou o pressuposto de que a sociedade chegou a um nível cultural e político em que o patrimonialismo está condenado e que é possível o desenvolvimento de técnicas de gestão baseadas na ampla delegação de autoridades e no controle de resultados *a posteriori*<sup>130</sup>.

---

<sup>129</sup> Adotada para substituir a administração patrimonialista do período imperial, onde o patrimônio público e o patrimônio privado eram confundidos e o nepotismo e o empreguismo eram a regra. Adotava a nítida separação entre o público e o privado, entre o administrativo e o político, com padrão rigoroso de decisão e estrutura hierárquica igualmente rígida, como antídoto contra o patrimonialismo.

<sup>130</sup> BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Crise econômica e reforma do Estado no Brasil**: para uma nova interpretação da América Latina. São Paulo: Editora 34, 1996, p.272.

Para dar prosseguimento ao intento reformador, o MARE elaborou um *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*, no qual foi apresentado um diagnóstico da crise da administração pública brasileira com as diretrizes gerais que consubstanciavam o projeto da reforma<sup>131</sup>. No tocante à reforma do aparato burocrático do Estado, referido *Plano Diretor* intentou edificar uma “administração pública gerencial” como o modelo que

emerge na segunda metade do século XX, como resposta, de um lado, a expansão das funções econômicas e sociais do Estado e, de outro, ao desenvolvimento tecnológico e à globalização da economia mundial, uma vez que ambos deixaram à mostra os problemas associados à adoção do modelo anterior<sup>132</sup>.

Diante da necessidade de reduzir custos e aumentar a qualidade dos serviços, a reforma do aparelho do Estado estabeleceu como valores proeminentes a eficiência e a qualidade na prestação dos serviços públicos, apostando no desenvolvimento de uma cultura gerencial nas organizações.

Para autores como Eli Diniz<sup>133</sup>, o modelo pós-burocrático da administração pública nasceu em meio a uma crise de governabilidade, visível no período de transição. Decorreu da necessidade de adequação do aparato administrativo à governabilidade democrática, mediante superação do insulamento burocrático. A

---

<sup>131</sup> Segundo as diretrizes definidas no Plano Diretor de Reforma do Estado, listavam-se os seguintes projetos: reforma do capítulo constitucional concernente à administração pública, elaboração de projetos de leis complementares à reforma constitucional, programa de reestruturação e qualidade dos ministérios, programa de organizações sociais, programa de agências executivas, sistema de contabilidade gerencial, sistema de informações gerenciais da administração pública, fortalecimento do núcleo estratégico por meio de políticas de carreiras, reformulação do sistema de remuneração dos cargos em comissão do Governo Federal, plano nacional de capacitação, programa de redução de custos de pessoal e eliminação de privilégios, principalmente contidos no Regime Jurídico Único, revisão e desburocratização da lei de licitações, aperfeiçoamento do sistema de serviços gerais do governo federal, estabelecimento da rede do governo (*intranet*), integração dos sistemas administrativo informatizados do governo federal, projeto de lei sobre processo administrativo, fortalecimento da *internet* como canal de comunicação entre o governo e os cidadãos. Tudo voltado para facilitar a descentralização, a desburocratização e o aumento da autonomia de gestão (cf. **Plano Diretor da Reforma do Estado**, Ministério da Administração e Reforma do Estado, Brasil, 1995).

<sup>132</sup> Cf. As três formas de administração pública. **Plano Diretor da Reforma do Estado**, Ministério da Administração e Reforma do Estado, Brasil, 1995.

<sup>133</sup> *In* Governabilidade, democracia e reforma do Estado: os desafios de uma nova ordem no Brasil dos anos 90. **Reforma do Estado e democracia no Brasil**. Organizadores: Eli Diniz e Sergio Azevedo. Brasília: EdUNB, 1997, pp. 23/25.

administração pública, pelos influxos do Estado democrático, deve envolver a sociedade e o mercado na execução de suas atividades, com o objetivo de atingir a satisfação do cidadão. Nisto, difere substancialmente da administração burocrática que, tendencialmente, exclui o público, a partir do paradigma de que política e administração se excluem mutuamente, caminhando em direções opostas<sup>134</sup>.

Na opinião de Bresser Pereira<sup>135</sup> a reforma do aparelho estatal tem a finalidade de otimizar a governança, melhorando a forma burocrática de administração e de prestação do serviço público. Trata-se de melhorar o funcionamento da administração pública que, nas letras de Cretella Junior<sup>136</sup>, corresponde a uma vasta usina de serviços públicos.

O problema central na otimização da governança é o estabelecimento de marco institucional para o governo e a administração pública, vale dizer um conjunto de normas e mecanismos que conduzam a ação do governo na direção do interesse público, fazendo benéfica a intervenção do Estado<sup>137</sup>. É fundamental a presença de um conjunto de normas que ofereçam os estímulos adequados aos entes da administração e aos particulares envolvidos na prestação dos serviços públicos; a promoção e a punição, na consecução dos objetivos; a responsabilização de administradores e administrados, afastando as possibilidades de influência dos interesses privados e o tráfico de influências na máquina estatal.

---

<sup>134</sup> BENTO, Leonardo V. **Governança e governabilidade na reforma do Estado: entre a eficiência e a democratização**. Barueri: Manole, 2003, p. 83.

<sup>135</sup> Para Bresser Pereira a reforma administrativa brasileira é derivada de uma crise de governança, da incapacidade do aparato administrativo estatal responder as demandas sociais. Discorda de Eli Diniz para quem a reforma deriva de uma crise de governabilidade. Conf. BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. São Paulo: Ed.34, 1998, p.33. Fernanda Cláudia Araújo destaca que a reforma administrativa com os seus instrumentos visou a reorganização das finanças públicas e como conseqüência possibilitou a otimização da governança (VACCARI, Fernanda Cláudia Araújo da Silva. Reforma estatal: instrumento de reestruturação das finanças públicas. **Revista do Centro de Ciências Administrativas**. Vol.8, no.2, Dezembro (2002), Fortaleza:Unifor, p.206).

<sup>136</sup> CRETELLA JUNIOR, José. **Administração indireta brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p.3.

<sup>137</sup> PRZEWORSKI, Adam. Sobre o desenho do Estado: uma perspectiva *agent x principal*. **Reforma do Estado e administração pública gerencial**. Org. Luiz Carlos Bresser Pereira e Peter Spink, Rio de Janeiro: FGV, 1998, p.38.

Os pontos centrais da reforma foram a *redução do custo*, com o enxugamento da máquina estatal, a partir da delimitação do papel do Estado e a *implementação da política da qualidade* voltada para o cidadão. O Estado deve cumprir apenas as suas funções, para que aja com eficiência.

### 2.1.1 A gestão pela qualidade

A ótica do *Plano Diretor da Reforma do Estado* teve como foco principal a satisfação do cidadão e como metas o enxugamento do aparato administrativo para a redução dos custos e a adoção de uma política de prestação de serviços pautada na eficiência e qualidade. Trouxe para a prestação do serviço público uma política adotada no setor privado – a qualidade para o consumidor<sup>138</sup>, segundo a qual o sucesso de uma empresa está diretamente associado à sua capacidade de manter um bom relacionamento com o consumidor<sup>139</sup>.

Assim, através do *Programa de Qualidade e Participação na Administração Pública*, a reforma adotou a *gestão pela qualidade total*<sup>140</sup>. Qualidade que na administração pública comporta uma dimensão formal – concernente à capacidade para produzir e aplicar métodos, técnicas e ferramentas -, e uma dimensão política – relacionada à competência das organizações públicas em atenderem às necessidades do cidadão-cliente.

Embora a administração pública gerencial se inspire na administração de empresas, não se confunde com esta pois, segundo o Plano,

---

<sup>138</sup> Recente pesquisa realizada pela Revista *Carta Capital* aponta as empresas mais admiradas no Brasil. O critério utilizado para a classificação foi a qualidade, mensurada no respeito ao consumidor seguido da conduta ética da empresa (As empresas mais admiradas do Brasil. **Revista Carta Capital**. No.262-A, São Paulo: Editora Confiança Ltda. ano2003, p.16).

<sup>139</sup> ZULZKE, Maria Helena. **Abrindo a empresa para o consumidor**. Rio de Janeiro: Qualitymark Editora Ltda., 1991, p.65.

<sup>140</sup> BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **A reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. São Paulo: Ed 34, 1998, p.217. Ver também CARVALHO, Tereza Monnica Xavier Bacelar de. Satisfação gerencial nas organizações públicas do Estado do Ceará. **Revista do Centro de Ciências Administrativas**. Vol.8, no.2, Dezembro (2002), Fortaleza:Unifor, p.216.

enquanto a receita das empresas depende do pagamento que os clientes fazem livremente na compra de seus produtos e serviços, a receita do Estado deriva de impostos, ou seja, de contribuições obrigatórias, sem contrapartida direta. Enquanto o mercado controla a administração das empresas, a sociedade – por intermédio de políticos eleitos – controla a administração pública. Enquanto a administração de empresas está voltada para o lucro privado, para a maximização dos interesses dos acionistas, esperando-se que, através do mercado, o interesse coletivo seja atendido, a administração pública gerencial está explícita e diretamente voltada para o interesse público.<sup>141</sup>

Com a adoção da *qualidade total*, é importante cuidar para que a administração não venha a ferir os interesses da democracia, voltando-se a proteger apenas os consumidores-usuários de serviços públicos, cuja voz se faça audível, em detrimento daqueles, cuja condição social, econômica, intelectual lhes impeçam de bradar em alto som as suas insatisfações. Na gestão de serviços, a administração pública não deve criar privilégios inconstitucionais<sup>142</sup>; deve voltar-se para a comunidade, para o cidadão, inclusive para aquele que não seja usuário direto do bem ou serviço, pois o seu fim último é o interesse público. Sendo a administração pública o braço que dá instrumentalidade ao Estado, ao Poder Executivo, incumbe-lhe agir em atenção aos fundamentos e objetivos político-constitucionais, respeitando o regime jurídico-constitucional imposto à ordem administrativa e os direitos fundamentais da pessoa<sup>143</sup>.

A idéia da qualidade total, focada na satisfação do cliente, não pode funcionar na administração pública sem os devidos ajustes. É preciso se ter em mente que a administração pública a que se pretende imputar a qualidade, está situada num Estado Democrático de Direito. A iconização da qualidade nos projetos reformadores da atualidade implica numa resposta global à idéia de ineficiência, de falta de qualidade dos serviços produzidos pelo Estado<sup>144</sup>. Contudo, impõem cuidados para

---

<sup>141</sup> **Plano Diretor da Reforma do Estado**, Ministério da Administração e Reforma do Estado, Brasil, 1995.

<sup>142</sup> BENTO, Leonardo Valles. **Governança e governabilidade na reforma do Estado**: entre eficiência e democratização. Barueri: Manole, SP, 2003, p.93.

<sup>143</sup> Vide artigos 1º. e 3º. da Constituição Federal de 1988.

<sup>144</sup> A receita neoliberal propõe que sobrevivam os mais fortes, os mais competentes, os mais talentosos, ou pelo menos, os mais espertos; todos na exata medida de sua eficiência (Cf. conclusão de Emerson Gabardo. **Eficiência e legitimidade do Estado**. Barueri: Manole, 2003, p.20).

evitar o enaltecimento de uma eficiência pautada em substratos meramente teleológicos, como um mecanismo simbólico para a legitimidade do Estado. Esta lógica tem respaldo na obra de Maquiavel, ainda na Idade Média<sup>145</sup>.

Hoje a idéia de eficiência teleológica não pode prosperar sem ofender os avanços da democracia, responsável pela inclusão constitucional de valores éticos que não permitem a justificação dos meios pelos fins. Nestes termos, esta eficiência não tem relação qualquer com a democracia, podendo representar, inclusive, um desfavor aos direitos e garantias conquistados historicamente. Em nome da eficiência de resultados, muitos Estados produziram efeitos nefastos para a humanidade.

Entre os fundamentos do Estado brasileiro está o respeito à cidadania e à dignidade da pessoa humana. No rol dos seus objetivos, a necessidade de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos. Portanto, em busca da qualidade, cumpre à administração pública a garantia da universalização dos serviços, a distribuição igualitária das riquezas e dos bens essenciais à vida digna. O conteúdo da qualidade que se imputa à administração há que se compatibilizar com o contexto no qual a administração está situada, qual seja, um Estado que no plano constitucional-legal tem um formato específico<sup>146</sup>, voltado, em última instância para a realização da dignidade humana. Assim, na gestão dos serviços públicos, a administração deste Estado tem de gerar condições para que

---

<sup>145</sup> Para Maquiavel, não é apenas a força física que garante a manutenção do Príncipe no poder. É necessária a construção do mito como fator de legitimidade, por esta razão, o Príncipe deve aparentar possuir grandes virtudes, como a piedade, fidelidade, a humanidade, a integridade e a religião, embora esteja preparado para agir contra estas mesmas virtudes se assim for necessário para a manutenção do Estado. A eficiência do soberano rege-se pelo somatório dos elementos *força e representação*, consubstanciando-se numa proposta de resultados, em dissociação com a ética, mas voltada para a garantia da governabilidade.

MAQUIAVELLI, Nicolò. **O príncipe**; Escritos políticos. Traduções de Lívio Xavier. 3ª. ed., São Paulo: Abril Cultural, 1983, pp. 63/64.

<sup>146</sup> Ao lado da eficiência, entende-se que a lei será outro mecanismo simbólico de ampliação da legitimidade do Estado. Na busca dos melhores resultados, os órgãos estatais devem atinar para a determinação da lei, pois segundo Emerson Gabardo, “uma dominação que repousasse apenas nesses fundamentos (relativos à moral e à eficiência) seria relativamente instável. É preciso verificar que nas relações entre dominantes e dominados existe, costumeiramente, um apoio de bases jurídicas em que se fundamenta a sua legitimidade, e o abalo na crença nessa legitimidade normalmente acarreta conseqüência de grande importância” (**Eficiência e legitimidade do Estado**. Barueri: Manole, 2003, p.67).

todos os brasileiros tenham acesso aos serviços e não somente promover a execução de serviços com a máxima satisfação dos seus usuários. Enquanto a qualidade total das empresas privadas apura a satisfação do cliente, a qualidade na administração pública deve voltar-se para a otimização das funções administrativas, em acordo com os princípios e regras estabelecidos, o que importará na satisfação da totalidade dos cidadãos.

### 2.1.2 Redimensionamento da idéia de interesse público

A administração pública, seja sob uma organização gerencial ou puramente burocrática, não pode descuidar da finalidade última que é a busca pela concretização do interesse público. Embora o presente estudo não tenha a pretensão de elaborar um conceito de “interesse público”, tentará demonstrar a idéia de interesse público assumida pela reforma administrativa. Enquanto na administração burocrática, a idéia de interesse público se confundia com interesse do Estado, na administração pública de vertente gerencial, o interesse público faz mais referência ao interesse da coletividade, ao interesse social<sup>147</sup>. Permitindo-se, pois, a persecução do interesse público por ente não estatal, sinaliza a separação entre o conceito de público e de estatal<sup>148</sup>. Reforçando esta assertiva, Sérgio de Azevedo e Luiz Aureliano

---

<sup>147</sup> A noção de interesse público tem uma carga inevitavelmente histórica, embora tenha sido, em todos os tempos, objeto da administração pública. A dificuldade hoje observada está na delimitação do conceito de interesse público. O Estado democrático de direito, com a erupção de uma multiplicidade de exigências de caráter social, a emergência de novos grupos de pressão e de entes exponenciais de direitos igualmente emergentes, faz salientar o delicado problema da individualização e qualificação da expressão *interesse público*. Não raro, dada a plasticidade do conceito, administradores tentam justificar ações ilícitas ou ilegítimas em nome do interesse público. Por esta razão, autores como Antunes propõem a delimitação normativa do *interesse público*. ANTUNES, Luís Filipe Colaço. **O direito administrativo e a sua justiça no início do século XXI**. Coimbra: Almedina, 2001, p.16.

<sup>148</sup> Na concepção do Plano de Reforma, “define-se por público aquilo que está voltado para o interesse geral, e como privado aquilo que está voltado para o interesse dos indivíduos e de suas famílias, estando claro que não pode ser limitado ao estatal...” (Presidência da República. **Plano Diretor da Reforma do Estado**. MARE, Brasília, p.26).

G. de Andrade<sup>149</sup> ressaltam que a desestatização (excluindo-se a modalidade de privatização), proposta pela reforma administrativa, importa na ampliação da esfera pública, uma vez que envolve a sociedade na execução do interesse público.

O serviço público concedido a empresas particulares também reforçaria esta premissa, pois, aqui, o particular, sob a regência do Poder Público, estaria trabalhando no fornecimento e universalização de bens públicos, como água, telefonia, energia elétrica e saneamento básico. Contudo, para garantir a atuação dessas empresas privadas nos limites do regime jurídico constitucional-administrativo, cujo fim é a realização do bem-estar social e da dignidade humana, seria imprescindível a presença de um Estado Regulador. Do contrário, a proposta de ampliação da esfera pública poderia cair por terra e o interesse público sofrer atentados de estruturas arcaicas presentes historicamente no cenário nacional que se utilizam da retórica bem planejada para privatização dos recursos públicos e promoção de privilégios meramente corporativos<sup>150</sup>.

A bem da verdade, quando o poder público produz ou permite ações contrárias ao interesse público, é contrário à sociedade e ao direito, pois o direito vincula o Estado aos ditames do interesse público e protege o indivíduo contra a autoridade arbitrária.

---

<sup>149</sup> Neste sentido, considera-se a alteração no conceito tradicional de “público”, sustentando que “mesmo que o conceito de público tenha estado tradicionalmente vinculado ao de “estatal”, funcionando até como sinônimos, hoje ele extrapolou este limite, adquirindo um significado muito mais amplo. Portanto, é fundamental entender o conceito de “público” como distinto e muitas vezes contraditório com o de estatal”. Cf. AZEVEDO, Sérgio de e ANDRADE, Luiz Aureliano. A reforma do Estado e a questão federalista: reflexões sobre a proposta de Bresser Pereira. **Reforma do Estado e democracia no Brasil**. Orgs. Eli Diniz e Sergio de Azevedo. Brasília: EdUnb, 1997, pp.62/63.

<sup>150</sup> “Muitas vezes em nome do interesse público mantêm-se estruturas arcaicas, que na verdade servem de biombos para garantir privilégios corporativos, para privatizar recursos públicos em prol de setores privilegiados – promovendo uma redistribuição de rendas às avessas – e para defender objetivos políticos de indivíduos, grupos e mesmo castas burocráticas” Cf. AZEVEDO, Sérgio de e ANDRADE, Luiz Aureliano. A reforma do Estado e a questão federalista: reflexões sobre a proposta de Bresser Pereira. *In Reforma do Estado e democracia no Brasil*. Orgs. Eli Diniz e Sergio de Azevedo. Brasília: EdUnb, 1997, p.63.

Muitos autores<sup>151</sup> consideram a supremacia do interesse público como um princípio da administração, embora não expresso constitucionalmente. No entanto, as tendências modernizadoras do direito administrativo dedicam preocupações em torno da indeterminação conceitual da expressão *interesse público*, existindo tese no sentido de desconsiderá-lo como princípio<sup>152</sup>. A par das discussões, o Supremo Tribunal Federal entende que a Constituição proclama a supremacia do interesse público com valor fundamental<sup>153</sup>.

Merece destaque a construção de Humberto Ávila<sup>154</sup> ao justificar a inexistência de um princípio da supremacia do direito público sobre o particular no direito brasileiro, apresentando-se, antes de tudo, como um axioma<sup>155</sup>. Não pode ser descrito como norma-princípio. Não se trata de norma-princípio, pois a suposta prevalência excluiria a possibilidade de ponderação com as demais normas-princípio do mesmo

---

<sup>151</sup> Confira DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2003, p.68; FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994, p.34; MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: RT, 2003, p.142; OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? **Revista de direito administrativo**. No.220, abril/junho, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.69.

<sup>152</sup> AVILA, Humberto Bergmann. Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. **O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel**. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p.103.

<sup>153</sup> Ver Voto do Min. Celso de Mello, na ADINC - 1003/DF: " A Constituição da República, ao fixar as diretrizes que regem a atividade econômica e que tutelam o direito de propriedade, proclama, como valores fundamentais a serem respeitadas, a supremacia do interesse público, os ditames da justiça social, a redução das desigualdades sociais, dando ênfase, dentro desta perspectiva, ao princípio da solidariedade, cuja realização parece haver sido implementada pelo Congresso Nacional ao editar o art. 1º. da Lei no.8.441/92". Julgado 01/08/94.<<http://www.stf.gov.br>>.

<sup>154</sup> AVILA, Humberto Bergmann. Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. **O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel**. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, pp.103/107.

<sup>155</sup> Humberto Ávila estabelece os conceitos de axioma, postulado e princípios para facilitar a construção de sua tese. Entende como axioma, aquela proposição cuja veracidade é aceita por todos, dado que não é possível nem necessário prová-la. Os postulados normativos são condições de possibilidade do conhecimento do fenômeno jurídico. Correspondem a argumentos substanciais para fundamentar uma decisão, mas apenas explicam-se como pode ser obtido o conhecimento do Direito. Para ele, a doutrina comumente confunde a idéia de postulado com a idéia de princípios. Esses fundamentos jurídicos decorrem da idéia de Direito e do princípio de justiça. Embora possuam caráter normativo, não possuem qualidade de normas de comportamento em face da ausência de determinação. Norma, por sua vez, é o conteúdo de determinada prescrição normativa, em função do qual é delimitado o que um ordenamento jurídico proíbe ou permite. A norma-princípio tem fundamento de validade no direito positivo, de modo expresso ou impresso (AVILA, Humberto Bergmann. Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. **O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel**. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p.101/102).

sistema, tal como determina o consagrado postulado da proporcionalidade. As normas-princípio guardam interesses diversificados e contraditórios, cuja tensão, no caso concreto, se resolve pela ponderação e não pela prevalência, resguardada, *a priori*, de qualquer delas.

Em oposição, Fabio Medina Osório<sup>156</sup> qualifica a supremacia do interesse público sobre o particular como um *princípio jurídico-constitucional implícito imanente*. Sustenta que diversamente do que afirma Ávila, ninguém afirma a existência de um *apriorístico* e absoluto princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, no Brasil. Inobstante, a sua existência emana do conjunto dos princípios positivados na Constituição para a regência da atividade administrativa. Corresponde a um princípio diretamente relacionado ao aspecto finalístico da atividade administrativa, que se presta a orientar o controle da Administração Pública. A impessoalidade administrativa e a finalidade pública devem nortear a atividade administrativa, que não pode atuar em benefício ou prejuízo de determinadas pessoas, pois o interesse público despersonalizado deve nortear o seu comportamento. Não sem razão, o desvio de finalidade corresponde a ofensa ao princípio tão mencionado.

Por meio da supremacia do interesse público, cuida-se para que a lógica do mercado ou os interesses do administrador não venham prejudicar os interesses da coletividade, fazendo prevalecer as vontades particulares. Especialmente, com a paulatina transferência do dever-poder do Estado, em garantir os direitos essenciais e fundamentais ao poder econômico privado - *o soberano privado supra-estatal e difuso*<sup>157</sup>, é importante sobrelevar o interesse público ao interesse privado.

---

<sup>156</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? **Revista de direito administrativo**. No.220, abril/junho, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp.81, 86 e 89.

<sup>157</sup> DOURADO, Maria Cristina César de Oliveira. O repensar do conceito de serviço público. **Interesse público**. No.9, jan/mar, Sapucaia do Sul: Notadez, 2001, pp.97.

Mas a delimitação da expressão interesse público deve ser perscrutada, para evitar que em nome de uma expressão axiomática<sup>158</sup> se venha perpetrar abusos de direito ou esconder pretensões clientelistas. É preciso inicialmente separar a idéia de interesse público do interesse da administração, pois nem sempre o interesse manifesto em um ato administrativo é por si, referente ao interesse público.

Autores como Colaço Antunes<sup>159</sup> defendem a necessidade de normatização do conteúdo dessa expressão tão fluida, como forma de garantir maior segurança jurídica. Mesmo uma definição complexa e minuciosa oferecida pelo legislador não seria suficiente para abarcar todos os fatos que eventualmente podem se considerar pertinentes ou enquadráveis na expressão interesse público. Assim, como o legislador não pode dar conta de todos esses interesses que o Estado passou a tutelar, alargaram-se amplamente as possibilidades de fixação do interesse público pela administração. E ainda que a lei adotasse fórmulas explícitas na determinação do interesse público, restaria à administração o papel de interpretação<sup>160</sup>. É certo que a determinação do conteúdo de interesse público por parte do legislador avoca uma certa legitimidade, mas não exclui a possibilidade de utilização indevida da expressão.

A idéia da supremacia do interesse público deriva do princípio da legalidade, com o advento do Estado liberal. Estando a administração vinculada ao princípio da legalidade, as suas funções estariam definidas em lei como relativas ao bem comum, e nesta medida afinadas com o interesse público. Em face do princípio da legalidade, o interesse público deveria sempre ser satisfeito, diversamente do interesse particular, cuja satisfação estaria a depender da vontade particular<sup>161</sup>.

---

<sup>158</sup> BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.184.

<sup>159</sup> ANTUNES, Luís Filipe Colaço. **O direito administrativo e a sua justiça no início do século XXI**. Coimbra: Almedina, 2001, p.16.

<sup>160</sup> BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.195.

<sup>161</sup> São as conclusões de Patrícia Baptista se filiando ao entendimento de Rogério Ehrhardt Soares. Cf. BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.192/193.

Cristiane Derani<sup>162</sup> identifica o interesse público com o interesse da coletividade, quando o espaço público é organizado em razão da existência coletiva. Para a autora, o Estado democrático oferece condições para fazer do espaço público um *locus* do livre desenvolvimento do cidadão, justificando a equivalência entre o público e a coletividade. É a partir do respeito ao interesse público que se erigem os laços de coesão social e se legitima a ação estatal.

Quando se faz do interesse público, interesse de classes ou de indivíduos, ele se desvincula da sociedade, passando a ela se opor. O interesse público está inscrito entre as finalidades do Estado, cujo campo de ação está bem definido no âmbito constitucional. Não se reserva no âmbito do arbítrio do governante ou administrador, extrai-se do conjunto de princípios e regras constitucionais.

Mas a questão se complica diante da teoria dos direitos fundamentais e de conceitos como interesse difuso, interesse coletivo e interesse individual homogêneo. Há uma forte aproximação entre interesse privado e interesse público, na medida em que os direitos fundamentais podem, em casos pontuais, resistir à superioridade do interesse público. Em ocorrendo problema semelhante no caso concreto, caberia a ponderação dos interesses, a interpretação dos princípios pela alternativa da proporcionalidade. A teoria dos direitos fundamentais é capaz de operar a publicização do interesse privado<sup>163</sup> e/ou a fuga do público para o privado<sup>164</sup>.

---

<sup>162</sup> Embora a autora utilize a expressão interesse da coletividade, não está se referindo à idéia de interesse coletivo, tal como descrito no Código de Defesa do Consumidor, como o interesse de um grupo de pessoas ligadas entre si ou com a parte adversa por um liame jurídico específico. Refere-se muito mais à idéia de interesse da sociedade em contraposição ao interesse meramente privado. DERANI, Cristiane. **Privatização e serviços públicos**, as ações do Estado na produção econômica. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.46.

<sup>163</sup> TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 17

<sup>164</sup> Neste sentido, em nome da eficiência, expressa na maior satisfação do usuário do serviço público, a atividade pública foi transferida ao particular, embora sob controle do Estado. Sob esta justificativa o titular de direitos fundamentais como: o acesso à água, à educação, à saúde, teria condições de gozar de um serviço mais adequado por quem tivesse maiores condições econômicas e tecnológicas – o capital privado. Assim, o serviço, instrumento de realização daquele direito fundamental, passa a ser prestado não sob a lógica puramente privada, mas sob a influência de um regime misto, permeado por derrogações administrativo-constitucionais.

A complexidade da vida social contemporânea se não quebrou a dicotomia *interesse público x interesse privado*. No mínimo, dificultou a classificação. Os interesses difusos e coletivos são tão importantes para a sociedade em geral, quanto para o indivíduo em particular, daí a possibilidade de sua tutela individual ou coletiva<sup>165</sup> e o dever de tutela por parte da administração<sup>166</sup>.

Isto demonstra que o conteúdo da expressão *interesse público* não é estático. Do Estado liberal até hoje, com o Estado pós-social ou subsidiário, houve diferentes percepções em torno do binômio espaço público e espaço privado, valendo a compreensão de que nos diversos momentos históricos houve constante tensão entre o público e o privado.

Se por um lado, o Estado utiliza o direito como instrumento de manutenção da ordem capitalista, por outro lado, e como forma de garantir este modo de produção, procura diminuir as distorções do mercado, assumindo políticas sociais, ambientais, a defesa do trabalhador. A fim de preservar o modo de produção, o Estado assume a realização de premissas de existência contínua como a garantia da legislação civil, da propriedade privada, da liberdade de contratar, dos direitos trabalhistas, do equilíbrio ambiental, tutelando exemplarmente interesses públicos estranhos ao sistema capitalista, mas indispensáveis ao equilíbrio do capitalismo organizado<sup>167</sup>.

Por outro lado, a sociedade heterogênea vai ampliando o espaço da esfera pública, influenciando nas decisões políticas, sem que isso deixe de representar uma influência do privado sobre o público. A sociedade civil passa a construir a esfera pública a partir da opinião pública, intermediando as necessidades sociais na

---

<sup>165</sup> Considere-se que quanto aos interesses difusos, o indivíduo prejudicado por uma ofensa que atingiu uma coletividade indeterminada pode se insurgir para obter provimento individual, posto que a lei não excluirá da apreciação do poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito (Cf. art. 5º., XXXV, CF/88).

<sup>166</sup> ESTORNINHO, Maria João. **A fuga do público para o direito privado**. Contribuindo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública. Almedina: Coimbra, 1999, pp. 47 e segs. e 167.

<sup>167</sup> GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2001, p.125

construção das políticas públicas do Estado<sup>168</sup>. Nesta medida há uma ampliação do conceito de interesse público. Especialmente com a evolução das práticas participativas, a própria sociedade, em virtude da necessidade de emancipação, é chamada a assumir o patrocínio destes interesses, seja desenvolvendo ações executivas ou de controle.

Trata-se da busca por mais sociedade e menos Estado, possibilitando a construção do coletivo a partir do individual<sup>169</sup>. A idéia de interesse público, conduzida pela reforma administrativa brasileira, atribui maior potencial participativo à sociedade na esfera do fazer administrativo. Regina Linden Ruaro<sup>170</sup> identificou na “reforma gerencial” brasileira a tentativa de ampliação da esfera pública no sentido habermasiano, a partir da sua relação com os sistemas administrativo e econômico.

Tem-se que a supremacia do interesse público na administração pública dá lugar à conciliação dos interesses envolvidos como fundamento e fim da atividade administrativa com a minimização dos sacrifícios<sup>171</sup>. Assim, a supremacia do interesse público deve ser interpretada sob a ótica do Estado democrático e com o auxílio do princípio da proporcionalidade, a fim de determinar, num caso concreto, a ação administrativa mais compatível aos fins da administração e aos demais valores constitucionais, como os direitos fundamentais, os demais princípios da administração, a participação cidadã, a dignidade da pessoa humana.

---

<sup>168</sup> HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural na esfera pública**. Rio de Janeiro: Tempo universitário, 1984, p.46. Conforme Habermas, “uma esfera pública funcionando politicamente aparece primeiro na Inglaterra na virada para o século XVIII. Forças que querem então passar a ter influência sobre as decisões do poder estatal apelam para o público pensante a fim de legitimar reivindicações ante esse novo fórum” (Op. cit., p.75).

<sup>169</sup> GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2001, p.131.

<sup>170</sup> RUARO, Regina Linden. Reforma administrativa e a consolidação da esfera pública brasileira: o caso do orçamento participativo no Rio Grande do Sul. **Interesse público**. Ano 5, no.19, maio/junho de 2003, Porto Alegre:Notadez, 2003, p.81.

<sup>171</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo em evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.143.

Paulo Bonavides<sup>172</sup>, utilizando o entendimento de Müller, assevera que tanto os que exercem quanto os que padecem do poder devem atender ao princípio da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade é caracterizado pela relação adequada entre os fins e os meios utilizados para atingi-los, sendo o fim a proteção dos direitos fundamentais, em cujo centro está a dignidade da pessoa humana. Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>173</sup> consagra o princípio da supremacia do interesse público como inerente a qualquer sociedade, mas adverte que jamais caberia invocá-lo contra a Constituição, sob pena do controle judicial<sup>174</sup>.

### 2.1.3 *Descentralização e redefinição dos setores do Estado*

Embora represente um rompimento com a administração burocrática, mantém alguns dos seus princípios básicos como a admissão de funcionários segundo rígidos critérios de mérito, a existência de um sistema estruturado e universal de remuneração, as carreiras, avaliação de desempenho, etc. A diferença central está na forma de controle, que deixa de basear-se em processos para concentrar-se em resultados e ainda na delimitação do papel do Estado. Assim, manteve também a estrutura descentralizada da administração proposta pelo Dec.lei no. 200/67, com relativa ampliação.

Apesar do mérito descentralizador da reforma desenvolvimentista dos

---

<sup>172</sup> Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1996, pp.358/359.

<sup>173</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1993, p.44/45.

<sup>174</sup> Fernando M. Osório, utilizando-se das conclusões de Eduardo Garcia de Enterría diz que o interesse público é um conceito indeterminado, passível de ser judicialmente controlado. “A noção de interesse público serve para justificar algumas atuações administrativas e excluir outras. Não se trata de uma expressão inútil, aberta à imaginação arbitrária do intérprete, que comporte qualquer alternativa. (...) Ao contrário, se há algum sentido nessa expressão, tal sentido é limitador” (GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. **Democracia jueces y control de la administración**. Madri: Civitas, 1998, p.135 *apud*, OSÓRIO, Fernando Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? **Revista de direito administrativo**. No.220, abril/junho de 2000, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.73).

militares<sup>175</sup>, os intelectuais da Reforma de 1995 criticaram-na em virtude do enfraquecimento do núcleo burocrático e estratégico do Estado. Por esta razão, o projeto reformador procurou reestruturar o papel do Estado com o fortalecimento deste setor, ao tempo em que ampliou as parcerias com a sociedade e o mercado nos setores não exclusivos, redimensionando a idéia de descentralização.

Na reforma desenvolvimentista do Dec.lei no. 200/67, a descentralização era efetivada por via de lei, por meio da qual o Poder Público criava entidade de direito público ou privado, para quem transferia a titularidade e a execução de determinado serviço público. Na principiologia descentralizadora da reforma gerencial, inclui-se a descentralização por colaboração, operacionalizada por intermédio de contrato administrativo ou ato administrativo unilateral. Nesta modalidade de descentralização, ocorre transferência da execução de serviços públicos para pessoas jurídicas de direito privado, previamente existentes, conservando-se a titularidade do serviço no Poder Público.

O Estado controla a prestação dos serviços públicos, embora a execução seja por conta e risco do setor privado. Nesta medida, Di Pietro<sup>176</sup> sustenta que as pessoas jurídicas de direito privado não estatais que desenvolvem serviço público deveriam integrar a administração indireta, em razão da atividade que desenvolvem. Na prestação do serviço estão sujeitas às derrogações constitucionais e legais que buscam adequar os seus resultados à fluência do interesse público e à satisfação do usuário. A supremacia do interesse público, por exemplo, deve orientar tanto a

---

<sup>175</sup> Por força da reforma desenvolvimentista dos militares, a administração pública brasileira foi dividida em administração pública direta e indireta. A administração direta federal é o conjunto de órgãos integrados na estrutura da chefia do Executivo (Presidência da República e seus Ministérios). A administração indireta federal é constituída por todas as entidades dotadas de personalidade jurídica própria, pública ou privada, identificadas no art.4º, II, do Dec.Lei no.200/67 (autarquias, fundações públicas, empresas públicas e empresas de economia mista). São pessoas jurídicas de direito público ou privado criadas para o desenvolvimento de serviços públicos ou de atividades econômicas de interesse do Estado.

<sup>176</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Z. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 357.

atividade de direito privado, desenvolvida pela administração pública, quanto a atividade pública executada por entidades privadas<sup>177</sup>.

Na delimitação da atividade do Estado foram definidos quatro setores: o núcleo estratégico, as atividades exclusivas, os serviços não exclusivos e a produção de bens e serviços para o mercado, deixando a cargo do Estado apenas os dois primeiros.

*As atividades relacionadas ao núcleo estratégico são dependentes diretamente do poder do Estado. Correspondem às atividades relacionadas ao poder Legislativo, ao poder Judiciário, à instituição do Ministério Público e ao Poder Executivo. Relativamente ao Executivo federal, integram o núcleo estratégico a Presidência da República e a cúpula dos Ministérios, envolvendo a formulação de políticas públicas e a função regulatória. Em razão da importância estratégica destas atividades para a consolidação das funções públicas, somente podem ser exercidas pelo Estado, ou seja, pela pessoa jurídica pública política competente.*

No âmbito do núcleo estratégico, surgem as agências reguladoras, instituições responsáveis por atividades de regulamentação e regulação de mercados. São definidas por lei como entes públicos autônomos em relação ao governo, aos quais compete o cumprimento de políticas de Estado em defesa do cidadão. O papel das agências reguladoras é de relevância estratégica para que se garanta o cumprimento das funções do Estado pelos particulares. Representam o elo entre o particular e o Estado, na garantia do bem-estar da sociedade, devendo exercer forte controle na condução das políticas do Estado.

Relacionadas às atividades do núcleo estratégico e às atividades exclusivas estão as chamadas atividades auxiliares classificadas como serviços de limpeza, vigilância, transporte, coperagem, etc. São atividades que podem ser realizadas pelo

---

<sup>177</sup> ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**. Contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública. Coimbra: Almedina, 1999, 168.

mercado, dispensando para a sua realização a presença do poder estatal. Pela reforma, estas atividades serão executadas por particulares por meio de contratos de terceirização.

*O setor de atividades exclusivas* também corresponde àquele cujas atividades somente podem ser prestadas pelo Estado (cobrança de impostos, polícia, previdência social, fiscalização, serviço de trânsito, controle de meio ambiente etc.). Como não se compreendem no âmbito do núcleo estratégico, podem ser executadas pelas autarquias e fundações públicas mediante contratos de gestão.

*Os serviços não exclusivos* não exigem o poder do Estado na sua prestação, por esta razão podem ser prestados em concorrência com a iniciativa privada, a exemplo da saúde, educação e cultura. Mas considerando a sua alta relevância para os direitos fundamentais não podem ser legados inteiramente às mãos da iniciativa privada. Devem ser transferidos aos entes públicos não estatais – as chamadas organizações sociais, mediante garantia básica do Estado, que os subsidiará.

Nesta hipótese não há privatização porque as atividades não passarão ao controle exclusivo do mercado. Continuarão sendo subsidiadas pelo Estado, mas desenvolvidas pelo setor público não estatal – as organizações sociais, ocorrendo o que se convencionou denominar de *publicização*. As organizações sociais são entes de natureza jurídica privada mas voltados para a realização do interesse coletivo, daí o caráter público não estatal<sup>178</sup>. Surgem da reformulação da idéia de interesse público a partir dos novos paradigmas da ação coletiva. Consubstanciam-se em contrapoderes sociais, organizados em torno da defesa ou prestação de direitos

---

<sup>178</sup> No atual estágio do capitalismo, a propriedade não mais se classifica apenas no simples binômio propriedade pública/propriedade privada. Existe a propriedade privada, voltada para a realização do lucro ou do consumo privado (individual ou familiar); propriedade pública estatal; propriedade pública não estatal e propriedade corporativa, que caracteriza os sindicatos, associações de classe e clubes. Este redimensionamento da estrutura da propriedade induziu uma transformação da relação público e privado, inclusive no que concerne ao critério que distingue o Direito Público do Direito Privado, levantando a discussão em torno da publicização do Direito Privado e dos novos paradigmas da ação coletiva (Cf. LORENZETTI, Ruis Ricardo. **Fundamentos do Direito Privado**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 170 e segs.)

difusos ou coletivos, assumindo um nível intermediário entre os cidadãos e o Estado<sup>179</sup>. Como em sua origem não existe um interesse privado de acumulação de lucros e sim o exercício de uma atividade compatível com o interesse coletivo ou difuso, estando sujeitas a um controle social mais amplo, entende-se a sua configuração como entidades públicas não-estatais. Assemelham-se com o setor privado pela forma de constituição. Mas pela ausência do intuito de lucro, pela orientação para um interesse coletivo, distinto do interesse privado, e ainda pela gestão democrática e independente, aproximam-se do setor público estatal<sup>180</sup>. Para evitar a feudalização das organizações sociais, é preciso a adoção de cautelas legais e de um sistema de controles por resultados. A transferência de atividades e o controle de resultados também se faz por meio dos contratos de gestão.

*A produção de bens e serviços para o mercado* corresponde à área de atuação das empresas, por esta razão deve voltar, através da privatização, para a iniciativa privada. Se o Estado a organizou foi pela falta do capital privado, como uma forma de fomentar o desenvolvimento.

Relativamente aos *serviços públicos prestacionais*, considerados necessários à vida coletiva, a exemplo do fornecimento de água, energia elétrica, telefonia e transporte urbano<sup>181</sup>, continuam sob a mesma qualificação e titularidade. Entretanto passarão a ser executados, mediante concessão ou permissão, por particulares.

A transferência dos serviços públicos para particulares é resultado do processo de desestatização e de descentralização que se instalou no Brasil no final da década de oitenta e se materializou por meio das Emendas Constitucionais de números 5, 6,

---

<sup>179</sup> “Iniciativas privadas que não visam ao lucro; iniciativas na esfera pública que não são feitas pelo Estado. Nem empresas nem governo, mas sim cidadãos participando, de modo espontâneo e voluntário, em um sem-números de ações que visam ao interesse comum.” (FERNANDES, Rubem César. **Público porém privado: o terceiro setor na América Latina**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, p.11).

<sup>180</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma reinvenção solidária e participativa do Estado. **Sociedade e Estado em transformação**. Org. Luiz Carlos Bresser Pereira; Jorge Wilhelm e Lourdes Sola. Brasília: ENAP, 1999, p. 257.

<sup>181</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo:RT, 2003, pp.337/338.

7 e 8. Nesta linha, o poder público deve concentrar-se no planejamento e controle da atividade para assegurar a sua prestação acessível a todos, embora não esteja na sua execução.

#### 2.1.4 Desestatização

O programa de enxugamento da máquina estatal, materializado a partir do Plano de Desestatização da Economia e das sucessivas emendas constitucionais (e não apenas da EC no. 19/98), possibilitou as privatizações de determinadas empresas estatais e a concessão de determinadas atividades à iniciativa privada, mesmo aquelas antes consideradas monopólio da União (descentralização por colaboração).

O artigo 175 da Constituição Federal<sup>182</sup> determinou a possibilidade de prestação dos serviços públicos pelo particular, deixando ao legislador ordinário a tarefa de disciplinar sobre:

- I. o regime das empresas concessionárias ou permissionárias de serviço público, bem como as especificidades da contratação; as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
- II. os direitos do usuário;
- III. a política tarifária e a obrigação de manter o serviço adequado.

Nessas hipóteses em que o serviço público continua sob a gestão do Estado, o prestador do serviço tem que atender ao princípio da eficiência, interface da qualidade do serviço, e a supremacia do interesse público. Eficiência que está relacionada à satisfação social e à equidade. Neste aspecto, a prestação do serviço público por particular enfrentará uma contradição de difícil solução: como uma empresa privada, movida pela lógica concorrencial, na qual a eficiência envolve a maximização do lucro e a expansão do capital, assumirá a lógica da atividade pública

---

<sup>182</sup> CF/88, "Art.175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação dos serviços públicos".

- cuja finalidade é a garantia do interesse coletivo, do bem-estar social, da justiça distributiva? Como respeitar as imposições financeiras e dar cabo das necessidades do cidadão?

Os serviços públicos devem inspirar-se na solidariedade, na idéia de coesão social, na prestação dos serviços ditados pelo interesse coletivo e não no lucro, na supremacia do interesse público sobre o interesse privado. É difícil compreender como uma empresa privada, especialmente de origem multinacional, poderá desenvolver uma missão desta natureza, cercada muito mais de deveres que de direitos. Para a prestação do serviço público pela via da concessão, a empresa concessionária se submete a uma série de restrições que, num primeiro momento, são incompatíveis com a idéia do lucro. O desafio será garantir o equilíbrio entre dois imperativos: o respeito às imposições financeiras e o atendimento das necessidades dos cidadãos-usuários<sup>183</sup>.

As lei no. 8.987/1995 e no. 9.074/95 regem as concessões de serviço público e de obras públicas, estruturando os critérios que definem a qualidade do serviço e que portanto intentarão assegurar o equilíbrio entre estes dois imperativos. A lei das concessões apresenta um pequeno rol de direitos e deveres do usuário do serviço público, mas, em grande parte, faz menção ao Código de Defesa do Consumidor para a defesa do cidadão.

Os contratos de concessão e de permissão envolvem uma atividade fim do Estado - a prestação de serviços públicos. Concessão é contrato por meio do qual a Administração Pública delega a um particular a gestão e a execução, por sua conta e risco, sob controle do Estado, de uma atividade definida em lei como serviço público. Ao Estado, poder concedente, cabe fiscalizar a adequada execução do contrato e o atendimento do interesse público, podendo, a qualquer tempo, retomar a atividade.

---

<sup>183</sup> DERANI, Cristiane. **Privatização e serviços públicos**: as ações do Estado na produção econômica. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.152.

No exercício da função fiscalizadora e reguladora, o Estado se utiliza das agências reguladoras.

A privatização também foi um recurso muito utilizado na proposta reformadora, pois corresponde à alienação de direitos que asseguram ao Poder Público diretamente, ou por meio de controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade. É objeto de privatização aquela atividade que não deve ser desenvolvida pelo Estado, seja por ferir o princípio da livre iniciativa (art.173, CF/88), seja por ferir o princípio da economicidade (art.70, CF/88).

### *2.1.5 Ampliação da função regulatória: emergência das agências reguladoras do serviço público*

Como resultante da postura descentralizadora, especificamente do movimento de desestatização, surgiram as agências reguladoras dos serviços públicos<sup>184</sup>. Como o Estado continua com a titularidade do serviço público, incumbe-lhe o cuidado na sua prestação. Mesmo porque, a função do Estado é promover o interesse público, importando-lhe garantir a universalização e a equidade na prestação destes serviços que envolvem este interesse. A função fiscalizatória ganha visibilidade porque o Estado deixa de protagonizar o fornecimento do serviço público<sup>185</sup>, assumindo uma função de articulador social dos interesses envolvidos na sua prestação<sup>186</sup>.

As agências reguladoras são criadas por lei, sob a forma de autarquia, dotadas de autonomia político-administrativa e econômico-financeira. Cabe-lhes o controle sobre os preços públicos, a garantia da universalidade dos serviços, a garantia da

---

<sup>184</sup> TÁCITO, Caio. A reforma do Estado e a modernidade administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. 1999, Vol.215, Rio de Janeiro: Renovar, p.5.

<sup>185</sup> BARROSO, Luis Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformação do Estado e legitimidade democrática. In **Revista forense**. 2003. Vol.365, Rio de Janeiro: Forense, p. 89.

<sup>186</sup> OSZLACK, Oscar. ¿Estado y sociedad: nuevas reglas de juego? **Revista del CLAD Reforma y Democracia**. No.9 (Oct.1997), Caracas, 1997. [www.clad.ve.org](http://www.clad.ve.org). Capturado em 15/12/2002.

concorrência e do cumprimento do contrato de concessão, bem como a proteção aos interesses dos administrados.

Muitas são as discussões em torno da legitimidade democrática destas agências e adiante serão examinadas. A questão mais polêmica está situada na investidura dos dirigentes das agências, na sua estruturação e especialmente no poder regulamentar. É fundamental a discussão em torno das agências pois são elas a ligação entre o mercado e o Estado, para a garantia da preservação do interesse público na prestação do serviço. Principalmente num contexto social marcado por uma sociedade desigual, na qual metade dos usuários dos serviços públicos estão entre os brasileiros mais pobres.

## 2.2. O princípio da eficiência como fator de legitimidade

A viabilização desta reforma, em um Estado cuja Constituição é rígida, somente foi possível pela via da Emenda Constitucional. Daí a previsão do Projeto de Emenda Constitucional (PEC) no *Plano de Reforma*. O PEC da reforma foi construído pelo MARE, de maneira bastante detalhada para facilitar a discussão no Congresso Nacional, deixando clara a proposta do Executivo. Os altos funcionários do MARE converteram-se em promotores do debate em todo o país, contribuindo para a discussão nas instituições federais, estaduais e municipais. A Casa Civil foi a responsável pelo avanço das negociações com os partidos políticos e com os parlamentares. E instâncias internacionais de fomento se propuseram a financiar a reforma<sup>187</sup>. Em paralelo, o MARE estruturou um sítio de acesso na *internet*, visando à divulgação dos intentos reformadores.

Por meio da Emenda Constitucional no. 19, de 4 de junho de 1998, à Constituição da República Federativa do Brasil, inaugurou-se uma série de modificações, alterando-se cerca de oitenta preceitos constitucionais, dentre artigos,

---

<sup>187</sup> GAETANI, Francisco. La intrigante reforma administrativa brasileña. In **Revista Del CLAD Reforma y Democracia**, no.16 (Feb.2000). CLAD: Caracas, p. 8.

incisos e alíneas, além de acrescentar mais sete. Os principais pontos da reforma estão centrados na previsão de mecanismos de flexibilização da estabilidade do servidor público<sup>188</sup>, na ênfase gerencial para a melhoria da qualidade e da eficiência na prestação do serviço público e na redução dos custos, no estímulo à participação popular, visando à melhoria de resultados do aparato administrativo estatal. Traduz a dimensão constitucional da reforma administrativa tendo por referência um Estado subsidiário, caracterizado pela intervenção regulatória na Economia, haja vista o abandono da atividade de produção de bens e serviços pelo Estado<sup>189</sup>. Assim, delineou-se o papel do Estado por meio de dois processos que se implicam mutuamente - a desestatização e a regulação, buscando a qualidade na prestação do serviço público. Em regra, como já mencionado, apenas as atividades que dependem do poder estatal continuam sendo executadas por pessoas jurídicas de direito público.

Com o objetivo de atingir maior eficiência e qualidade ao serviço público, o Estado transferiu a sua execução a novos atores distintos daqueles que integram a concepção legal de administração indireta. Entretanto, por executar serviço de inegável interesse público, o particular passa render a obediência ao regime jurídico

---

<sup>188</sup> A flexibilização da administração se dará mediante:

- a) permissão de existência de mais de um regime jurídico dentro do Estado, de modo a possibilitar que a administração direta volte a adquirir autonomia e flexibilidade administrativo-financeira;
- b) garantia do regime estatutário somente para os funcionários do núcleo estratégico;
- c) manutenção da estabilidade rígida com a possibilidade de demissão:
  - por falta grave (para aqueles funcionários das carreiras que necessitam desta proteção para garantia de maior autonomia diante de possíveis ameaças)
  - motivos adicionais tais como insuficiência de desempenho e excesso de pessoal, para os demais funcionários, garantindo-se a adoção de critérios objetivos para a tomada de decisão, bem como a possibilidade de indenização e mediante processo administrativo;
- d) Aposentadoria proporcional ao tempo de serviço;
- e) Possibilidade de concursos públicos internos;
- f) Definição de critérios para o estabelecimento de carreiras fundamentais do núcleo burocrático do Estado;
- g) Exigência de projeto de lei para aumento de remuneração de quaisquer poderes;
- h) Eliminação da idéia de isonomia como um direito subjetivo do servidor (art.37, inciso XIII)
- i) Autonomia gerencial, orçamentária e financeira para os órgãos da administração pública direta e indireta (art. 37, §8º).

<sup>189</sup> Emendas constitucionais anteriores, a exemplo das ECs de números 5, 6, 7 e 8, sinalizaram o intento desestatizador, estabelecendo a possibilidade de prestação dos serviços públicos por particulares, mediante concessão.

informado por princípios e regras caracterizados pela supremacia do interesse público<sup>190</sup>. Admitindo-se que o capital privado possa desenvolver um serviço público, é forçoso o estabelecimento de contratos rígidos, de instrumentos de controle e regulação institucionais e sociais.

A EC no. 19/98 intentou ampliar a desestatização<sup>191</sup>, delimitando os campos de atuação do Estado e, quanto à prestação do serviço público, seja por órgãos da administração direta ou indireta, seja por particulares, adotou a principiologia da qualidade, mensurada com base em critérios objetivos, passíveis de controle interno e externo. Como interface da qualidade do serviço, promoveu o destaque constitucional do princípio da eficiência na administração pública<sup>192</sup>.

### *2.2.1 Entre a eficiência e a democracia*

Registre-se, inicialmente, que o quadro constitucional brasileiro não comporta uma eficiência pautada meramente pela busca de resultados. Não está em jogo a eficiência puramente econômica, mas uma eficiência contaminada por aspectos políticos, uma eficiência que não prescinde da influência ética e valorativa dos demais princípios constitucionais. Neste sentido, ressalta-se a percepção de Claus Offe<sup>193</sup>, para quem tanto a legitimidade quanto a eficiência devem ser tarefas primordiais dos regimes democráticos.

---

<sup>190</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Z. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2003, p.96 e 99.

<sup>191</sup> Ver redação dada ao art. 175, CF/88. “Desestatização é a retirada da presença do Estado de atividades reservadas constitucionalmente à iniciativa privada (princípio da livre iniciativa) ou de setores em que ela possa atuar com maior eficiência (princípio da economicidade); é o gênero do qual são espécies a privatização, a concessão, a permissão, a terceirização e a gestão associada de funções públicas” (SOUTO, Marcos Juruena V. **Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p.30).

<sup>192</sup> A eficiência já era considerada um dever do administrador. O Superior Tribunal de Justiça já considerava a eficiência um princípio constitucional implícito da administração pública (Cf. STJ. 6ª. T – RMS no.5.590/95-DF – Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, Diário da Justiça, Seção I, 10 jun. 1996, p.20.395). O próprio Dec.Lei No.200/67 já submetia a atividade administrativa ao controle de resultados, reflexo do princípio da eficiência.

<sup>193</sup> OFFE, Claus. **Contradicciones em el estado del bienestar**. Trad. Antonio Escotado. Madrid:Alianza, 1990, p.118.

É certo que o projeto efficientista global surge em meio à descrença nas instituições do Estado e do próprio Direito. Principalmente nos Estados subdesenvolvidos que pretendem por vezes governar *per leges*, a fim de concretizar a igualdade e o atendimento das demandas sociais. Nestes, tem-se a demonstração mais clara da insuficiência do Direito para tanto<sup>194</sup>: diante de um sistema jurídico ineficaz, de legitimidade deficitária, a eficiência pretende destaque isolado, como caminho para a restauração desta legitimidade. Trata-se portanto de evitar que o enaltecimento da eficiência não gere uma ampliação excessiva dos poderes discricionários do administrador, em prejuízo da legalidade.

No entendimento de Gabardo<sup>195</sup>, a proposta da eficiência auto-satisfativa, abdicatória da moral e do Direito, importa num caráter mitológico do projeto efficientista que finda por colonizar, gradualmente, os critérios racionais das outras lógicas emancipatórias. As elites propagam a idéia de ineficiência do Estado e a proposta de um movimento de desestatização voltado para a eficiência, alimentando a desesperança e a descrença dos cidadãos em relação à política, de modo a legitimar o crescimento dos interesses particularistas, segundo os quais os homens anseiam muito mais pela sua satisfação enquanto usuários ou clientes do Estado que pela fruição da democracia.

É importante que os direitos fundamentais não sejam manipulados pelo uso de uma eficiência meramente teleológica. Por esta razão, impõe-se a interpretação da eficiência em atenção aos demais valores constitucionais consagrados. O problema que se apresenta é como assegurar que a eficiência propugnada pelo projeto reformador não venha a imiscuir-se nas garantias constitucionais, quando muitas destas não se emanciparam do conteúdo abstrato da constituição escrita.

---

<sup>194</sup> A esse respeito Gabardo se utiliza da expressão de Luigi Ferrajoli para dizer que “ o modelo jurídico contemporâneo, embora atuando como parâmetro de legitimidade do sistema não passa de um instrumento de mistificação ideológica, considerando-se a sua ausência de efetividade” (GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**. Barueri: Manole, 2003, p.74).

<sup>195</sup> GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**. Barueri: Manole, 2003, p.82.

A ineficiência do Direito em si, em países como o Brasil, não pode legitimar a atuação do poder em busca de uma política de resultados, mediante a ofensa aos valores constitucionais. A crise de legitimidade, ou a crise da governabilidade, não justifica a ampliação do poder em nome de uma eficiência de resultados, esperando que a partir desta se reconstrua a governança e a governabilidade.

Se o projeto reformador adota a desestatização, a parceria com o mercado para a execução dos serviços públicos como forma de garantia da eficiência, ressalte-se que esta não se atinge apenas com a maximalização dos resultados. A otimização dos resultados na prestação dos serviços somente será considerada eficiente, no Estado Democrático de Direito, se, para a sua consecução, houver respeito aos demais princípios constitucionais.

Embora a idéia de qualidade e eficiência, baseada na satisfação do cliente tenha raízes na *Administração da Qualidade Total (Total Quality Management - TQM)*, a qualidade na administração pública tem foco no cidadão. Nesta perspectiva, o cidadão difere do consumidor, pois a cidadania é um conceito mais amplo que envolve uma dimensão ativa de participação e responsabilização<sup>196</sup>. O cidadão reivindica, no Estado democrático, uma participação ativa na formulação de políticas públicas e na implementação e gestão dos serviços públicos. Trata-se de resignificar a esfera pública que passa a ser vista como um *locus* da discussão democrática.

Eficiência, enquanto qualificativo de um objeto, implica no seu bom funcionamento. Para dizer da eficiência de um objeto é preciso não somente conhecê-lo, mas compreender o seu modo de operar e o fim a que se destina. Uma administração pública eficiente tem também um sentido que precisa ser investigado, a partir do conhecimento do seu objeto (ela própria), da sua finalidade (o interesse público e a justiça distributiva) e seu modo de operar, por meio do atendimento aos princípios e regras que fazem o regime jurídico-constitucional da administração.

---

<sup>196</sup> BENTO, Leonardo Valles. **Governança, governabilidade na reforma do Estado**: entre a eficiência e a democratização. Barueri: Manole, 2003, p.92.

Assim, uma administração pública eficiente é aquela capaz de cumprir todas as suas funções em atendimento aos princípios e regras afetas à sua atividade, de modo a concretizar a sua finalidade – a ampliação do bem estar ou de distribuição eqüitativa da riqueza social por todos os integrantes da sociedade<sup>197</sup>.

Segundo Hely Lopes Meireles<sup>198</sup>, o princípio da eficiência importa no dever que tem

o agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros. Este dever de eficiência, bem lembrado por Carvalho Simas, corresponde ‘ao dever da boa administração’ da doutrina italiana, o que se acha consagrado , entre nós, pela Reforma Administrativa Federal do Dec.-lei 200/67.

No dizer de João Carlos Gonçalves Loureiro<sup>199</sup>, o princípio da eficiência é percebido como decorrência da idéia de justiça. É a medida da administração gerencial que busca imprimir a cultura da qualidade<sup>200</sup> na prestação do serviço público, figurando expressamente na Constituição Federal como critério para o controle de resultados dos entes da administração pública<sup>201</sup>. Não se limita às esferas da administração pública direta e indireta, conquanto deve nortear toda a atividade de prestação de serviços públicos<sup>202</sup>. O legislador constitucional “quis dar destaque

---

<sup>197</sup> DERANI, Cristiane. **Privatização e serviços públicos**: as ações do Estado na produção econômica. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.143.

<sup>198</sup> MEIRELES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1996, p.90.

<sup>199</sup> LOUREIRO, João Carlos Gonçalves. **O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares** (algumas considerações). Boletim da Faculdade de Direito (STVDIA IVRIDICA 13). Coimbra: Editora Coimbra, 1995, p.145.

<sup>200</sup> Transportando para a administração pública o conceito de qualidade utilizado na iniciativa privada – a administração da qualidade total – *Total Quality Management – TQM*. Ver ABRUCIO, Fernando Luiz. Os avanços e os dilemas do modelo pós-burocrático: a reforma da administração pública à luz da experiência internacional recente. **Reforma do Estado e administração pública gerencial**. Org. Luiz Carlos Bresser Pereira e Peter Spink. Rio de Janeiro: FGV, 1998, p.186.

<sup>201</sup> Vide artigos 71, VII, 74, II e 144, §7º. da Constituição da República Federativa do Brasil.

<sup>202</sup> Segundo Maria Sylvia Z. Di Pietro, a gestão do serviço público é incumbência do Estado que poderá fazê-lo direta ou indiretamente, por meio de concessão ou permissão, ou de pessoas jurídicas por ele criadas com essa finalidade (*In Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2003, p.99/100).

ao desejo de maximizar-se sempre os resultados em toda e qualquer atuação do serviço público, impondo-lhe um agir dentro de padrões aceitáveis de presteza, perfeição e rendimento”<sup>203</sup>.

Cumprida ainda destacar a aplicação do princípio da eficiência nos atos administrativos vinculados e nos atos administrativos discricionários. Nos primeiros, a autoridade administrativa deve expedir seu ato, com base na forma e no conteúdo previsto pela lei. Inexiste, aqui, a margem de liberdade para perquirição da conveniência e oportunidade do agir administrativo. Em nome da segurança jurídica contida no princípio da legalidade, o administrador encontra-se impossibilitado de adotar solução diversa daquela prevista no comando legal. Já nos atos administrativos discricionários, caracterizados pela margem de liberdade do administrador em escolher a solução mais pertinente ao interesse público, o princípio da eficiência pode ser mais acuradamente cobrado. Nos limites da liberdade de agir, da legalidade, da razoabilidade, o administrador deve decidir pela alternativa mais eficaz, mais compatível com o interesse dos cidadãos. Nota-se que a eficiência não está desvinculada do cumprimento de outros princípios de renomado valor ético, o que rechaça a idéia de eficiência pautada somente nos resultados.

Na conceituação proposta por Alexandre de Moraes<sup>204</sup>,

**o princípio da eficiência é o que impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social (Grifo intencional).**

---

Assim, conclui-se que, mesmo o serviço público prestado por concessionárias particulares deve estar adequado aos princípios da qualidade e eficiência aplicáveis à administração pública.

<sup>203</sup> VASCONCELOS, Cristiane B. O princípio da eficiência: uma análise de sua conformação na Constituição de 1988. **Revista Justiça do Direito**. 2002, V.1, no.16, RS: Universidade de Passo Fundo, p.135.

<sup>204</sup> MORAES, Alexandre de. **Reforma administrativa: Emenda Constitucional no.19/98**. São Paulo: Atlas, 1999, p.28.

Nota-se que o princípio da eficiência é inerente à prestação do serviço público, daí a sua incidência não se limitar apenas aos entes integrantes da administração pública direta ou indireta<sup>205</sup>. É extremamente oportuna a sua incidência para além dos órgãos da administração direta e indireta num modelo de Estado que se estrutura a partir da parceria com o setor privado. Até porque foi na busca desta propugnada eficiência que a administração empreendeu todo um processo de privatização e desestatização<sup>206</sup>. Di Pietro<sup>207</sup> entende que as empresas privadas concessionárias ou permissionárias de serviço público deveriam integrar a administração indireta, pelo fato de prestarem serviços públicos e estarem sujeitas às derrogações constitucionais que levam a prossecução do interesse público.

Compreendendo o princípio da eficiência administrativa numa dimensão ética, vinculada aos demais princípios constitucionais que fazem a estrutura do Estado Democrático de Direito, vê-se a sua função de limitar a lógica do capital, cuja atenção está mais emblematicamente voltada para os resultados. Em nome do princípio da eficiência, as empresas privadas prestadoras do serviço público não podem se guiar pela maximização do lucro e devem estabelecer como foco a

---

<sup>205</sup> Paulo Modesto afirma que o princípio da eficiência “pode ser percebido como uma exigência inerente a toda atividade administrativa. Se entendermos a atividade de gestão pública como atividade necessariamente racional e instrumental, voltada a servir ao público, na justa proporção das necessidades coletivas, temos de admitir como inadmissível juridicamente o comportamento administrativo negligente, contraprodutivo, ineficiente.” (Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. **Interesse público**. No.4, Porto Alegre: Notadez, 2000, p.70).

<sup>206</sup> “O alargamento desmesurado da actividade administrativa de prestação conduziu à sobrecarga e ineficiência da Administração Pública e, assim, tal como um naufrago procura, a todo o custo, agarrar-se à tábua de salvação, a Administração Pública procura hoje desesperadamente encontrar a eficiência, nomeadamente através de fenómenos de privatização e revalorização da sociedade civil” Cf. ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**: contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública. Coimbra: Almedina, 1999, p.48.

<sup>207</sup> “O Dec.Lei no.200/67 tem sido objeto de crítica, nessa parte, por não abranger todas as entidades da Administração Indireta e por incluir, entre elas, algumas que não são. Com efeito, se era intenção do legislador mencionar, com a expressão administração indireta, as entidades que prestam serviços públicos descentralizados, ele o fez de maneira imperfeita; primeiro, porque não mencionou as entidades que são concessionárias e permissionárias de serviços públicos (descentralização por colaboração) e que exercem administração indireta ou descentralizada”. PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2003, p.357.

qualidade, a satisfação do usuário, o interesse coletivo e a garantia da equidade. A eficiência na prestação do serviço público é encontrada na satisfação social, na disponibilização do serviço à sociedade e no atendimento aos princípios da gestão administrativa dos serviços públicos. Nesta linha, o princípio da eficiência difere substancialmente da eficiência da economia neoclássica, segundo a qual “uma alocação será tanto mais eficiente quanto maior for o diferencial entre utilidade e custo”<sup>208</sup>.

Consustancia-se numa resposta às acusações historicamente formuladas à administração pública brasileira, permeada de corrupção, nepotismo e baixa qualidade dos serviços<sup>209</sup>. Assim, a atuação do administrador e do prestador do serviço, em busca da eficiência, não pode descuidar dos demais princípios - deverá se fazer nos exatos limites da lei, sempre voltada para o alcance do interesse público e respeitados os parâmetros morais válidos e socialmente aceitáveis<sup>210</sup>. Perseguindo a finalidade pública não pode a administração atuar com vistas a prejudicar ou a beneficiar pessoas determinadas.

### 2.2.2 *A participação democrática como supedâneo da eficiência*

Na perspectiva da “reforma gerencial”, o princípio da eficiência pressupõe maior participação do usuário<sup>211</sup>, uma vez que se impõe a partir da satisfação deste. Nas letras de Leonardo Valles Bento<sup>212</sup>, “a grande maioria dos governos em processo de reforma busca uma governança que não apenas seja mais eficiente, logrando otimizar a relação custo-benefício na atuação da administração pública, mas que também contribua para tornar o Estado mais democrático”.

<sup>208</sup> DERANI, Cristiane. **Privatização e serviços públicos**: as ações do Estado na produção econômica. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.144.

<sup>209</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa na Constituição Federal. In **Revista de Direito constitucional e internacional**. 2001, n.35, abril-junho, São Paulo: Revista dos Tribunais, p.182.

<sup>210</sup> NOBREGA, Airton R. O princípio constitucional da eficiência. **Fórum administrativo**. 2002, V.2, Belo Horizonte: Editora Fórum, p.24.

<sup>211</sup> CF/88, Art. 37, §3º.

<sup>212</sup> BENTO, Leonardo Valles. **Governança e governabilidade na reforma do Estado**: entre a eficiência e a democratização. Barueri: Manole, 2003, p.218.

Na afirmativa do autor, antevê-se a tendência do direito administrativo moderno em rechaçar o insulamento burocrático como forma de oposição ao clientelismo e ao nepotismo. A participação da sociedade na administração pública emerge como forma de garantir a legitimidade desta, fazendo crer que a democracia participativa e a atuação estatal eficiente não são exigências contraditórias. Nesta linha de pensamento, acredita-se que governos que asseguram a participação dos cidadãos na formulação e implementação de políticas públicas tornam-se mais eficientes do que os governos puramente tecnocratas, em razão da sustentabilidade política e legitimidade que logram para os seus programas de ação. Na concepção de Gonçalves Loureiro<sup>213</sup>, por meio do paradigma participativo, da colaboração dos cidadãos na transformação do poder em ato ou contrato administrativo, a administração pública passa a concorrer com o procedimento legislativo, em busca da legitimidade democrática.

Assim, as estratégias governamentais para a ampliação da governança incluem a possibilidade de intervenção da sociedade, na tentativa de aumentar a base de representação social. Emerge num contexto de crise da democracia representativa, posto que a própria lei, por vezes, alberga em seu texto, elementos particularistas de determinados grupos de interesse. Não sem razão, Nuria Cunill Grau<sup>214</sup> sustenta que uma das direções para a qual apontam as reformas é a implementação de políticas públicas que prevejam ou facilitem a intervenção de grupos interessados na sua formulação e controle. Trata-se da ampliação da democracia participativa que, no âmbito das políticas públicas setoriais e focalizadas, permitem um melhor controle pelos seus destinatários.

Esta vertente contemporânea da Administração Pública, que certamente está relacionada ao crescimento da teoria dos direitos fundamentais, tem por finalidade

---

<sup>213</sup> LOUREIRO, João Carlos S. Gonçalves. **O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares** (algumas considerações). Boletim da Faculdade de Direito (STVDIA IVRIDICA 13). Coimbra: Editora Coimbra, 1995, p.94.

<sup>214</sup> CUNILL GRAU, Nuria. **Repensando o público através da sociedade**: considerações sobre o novo paradigma. Trad. Carolina Andrade. Rio de Janeiro: Renavan; Brasília: ENAP, 1998, p.68.

integrar a complexidade da dignidade humana à atividade administrativa. Mário Bombardelli<sup>215</sup> sintetiza esta nova dimensão da administração, dizendo que cada vez mais freqüentemente defende-se a necessidade de colocar os aparatos administrativos em uma dimensão que lhes ponha a serviço da pessoa humana e lhes dirija no sentido da colaboração com os indivíduos para o desenvolvimento de suas potencialidades e capacidade de contribuir, seja para o seu bem individual, seja para o da sociedade. Tornar-se importante para a administração travar relações freqüentes com os cidadãos, com os grupos e com as empresas, relações essas que não mais sejam caracterizadas pela ótica do conflito, da mesma forma que as disposições normativas expressas devem conduzir ao aparelhamento (da administração), de modo permanente, para o diálogo com todos os sujeitos envolvidos no seu agir, por meio de figuras organizativas de tipo absolutamente novo.

Na administração pública participativa, o mais importante objetivo é assegurar o exercício da cidadania coletiva. Denis Galligan<sup>216</sup> ressalta que a participação não se dissocia do sentido de cidadania, isto é, de pessoas ativamente engajadas na construção de suas comunidades em todos os seus aspectos. Corresponde ao direito dos indivíduos em participarem dos processos que envolvem seus interesses. Para este autor, não há vínculo direto entre a participação na administração e a valoração da dignidade da pessoa humana. Segundo ele, a dignidade da pessoa humana pode ser contemplada pela atividade da administração que prescindia da influência dos cidadãos. Em sua visão, o fundamento da participação está na idéia de que os indivíduos são os responsáveis primários pela defesa dos seus interesses. No âmbito da administração pública, é uma forma especial de garantir a impessoalidade e ampliar a legitimidade, posto que favorece a

---

<sup>215</sup> BOMBARDELLI, Marco. **Decisioni e pubblica amministrazioni**: la determinazione procedimentale dell' interesse pubblico. Torino: G. Giappichelli, 1996, p.192/3.

<sup>216</sup> GALLIGAN, Denis J. **Due process and fair procedures**: a study of administrative procedures. Oxford: Clarendon Press, 1996, pp.129/130.

aceitação das decisões administrativas pelos seus destinatários. Nesta mesma medida, favorece à administração o alcance de melhores resultados<sup>217</sup>.

Em que pese a opinião do professor Galligan, entende-se que há uma ligação fundamental entre a participação e a dignidade da pessoa humana no momento em que esta participação atesta a posição de sujeito do cidadão que não é um mero objeto da ação administrativa.

Além da ampliação da esfera pública, a participação cidadã efetiva também reforça a transparência na administração pública ou na prestação do serviço público, fundamental para o cumprimento do princípio da eficiência. Pois é certo que a satisfação do usuário está relacionada não apenas à fruição do serviço público, mas ao acesso à informação clara e objetiva, ao direito de ser ouvido, ao direito de participação<sup>218</sup> indispensáveis a mensuração da eficiência<sup>219</sup>.

A informação é uma das missões fundamentais da Administração Pública, sobretudo em um Estado democrático, por esta razão não deve estar circunscrita à mera publicidade ou respostas relatoriais aos usuários. Importa na criação de uma administração mais próxima ao cidadão, moldada pela transparência nas suas motivações, até mesmo para a facilitação do controle e para superação do *déficit* de legitimidade da administração pública<sup>220</sup>.

A contrapartida da informação é o direito do cidadão em ser ouvido. Neste aspecto, a administração pública deve estar preparada para ouvir o cidadão, levando

---

<sup>217</sup> GALLIGAN, Denis J. **Due process and fair procedures: a study of administrative procedures**. Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 132.

<sup>218</sup> ROLLA, Giancarlo e CECCHERINE, Eleonora. Entablar relaciones más amistosas entre los ciudadanos y la administración. **Revista del CLAD Reforma y Democracia**, no.12 (Oct.1998). Caracas, p. 9.

<sup>219</sup> Neste mesmo sentido, Kathleen E. Halvorsen destaca a participação como uma forma de preservação do interesse público (*In Assessing the effects of public participation*. **Public administration Review**. Washington. Sep/oct, 2003, Academic Research Library, p.539. Capturado através do Proquest)

<sup>220</sup> BAPTISTA, Patricia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp.114/115.

em consideração suas críticas e sugestões. É preciso que “seja suficientemente flexível para remodelar sua estrutura organizacional em forma coerente, de acordo com as necessidades específicas dos cidadãos, de modificar sua maneira de operar sobre a base das críticas recebidas e, finalmente, de renovar sua estrutura à luz das várias propostas formuladas”<sup>221</sup>, zelando, contudo, por todos os princípios constitucionais-administrativos. A Constituição Brasileira assegura, na qualidade de direito fundamental, o acesso à informação por parte dos órgãos públicos (art.5º., XXXIII) sobre matérias de interesse particular ou geral e o direito de petição aos poderes públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º., XXXIV, a).

A figura formal do ouvidor (*ombudsman*) não importa necessariamente na fluência do canal de comunicação entre a administração e o administrado, entre o prestador de serviço e o usuário, entre o Estado e o cidadão. Importa saber o impacto que as reclamações e críticas são capazes de operar no sistema de prestação do serviço. O direito do cidadão em ser ouvido, quando efetivamente deferido, é capaz de convulsionar uma organização, pois as informações e as queixas geradas devem retro-alimentar a forma de prestação do serviço em cada uma das suas etapas, na busca da efetiva satisfação dos cidadãos. A participação popular, como espécie do gênero controle social, deve coexistir com o controle estatal, firmando-se como ponte entre sociedade e Estado, essencial à ampliação da governabilidade.

Os direitos à informação e à participação são imprescindíveis ao sucesso da reforma gerencial<sup>222</sup>, pois sua falta implica no prejuízo do controle social. É importante que o cidadão tenha acesso à informação e conheça os setores

---

<sup>221</sup> “esto implica que la administración sea lo suficientemente flexible como para ser capaz de remodelar su estructura organizacional en forma coherente, de acuerdo con las necesidades específicas de los ciudadanos, de modificar su manera de operar sobre la base de las críticas recibidas, y finalmente, de renovar su estructura a la luz de las varias propuestas formuladas”. ROLLA, Giancarlo e CECCHERINE, Eleonora. Entablar relaciones más amistosas entre los ciudadanos y la administración. **Revista del CLAD Reforma y Democracia**, no.12 (Oct.1998). Caracas, p.10.

<sup>222</sup> PRZEWORSKI, Adam. **Sobre o desenho do Estado: uma perspectiva *agent x principal***. In Reforma do Estado e administração pública gerencial. Orgs. Luiz Carlos Bresser Pereira e Peter Spink. Rio de Janeiro: FGV, 1998, p.40.

responsáveis por aplicação das sanções, bem como os tipos de sanções aplicáveis, para exigir que sejam alijados os maus executores do serviço público. Em paralelo, é importante o funcionamento de instituições sérias e comprometidas com o projeto gerencial pela qualidade, aptas a sancionar o mau administrador ou prestador do serviço.

De toda sorte, o respeito ao princípio da eficiência é atingido quando a ação administrativa alcança os fins materiais, por vias lícitas, impessoais, razoáveis e mediante satisfação de seu destinatário – o cidadão. Nesse contexto, será que o termo *usuário* empregado pela EC no. 19/98, quando se refere à participação na administração pública, é adequado? É importante considerar que a qualidade do serviço público, a participação popular na formulação e implementação das políticas públicas não dizem respeito apenas ao usuário, em particular. Trata-se de interesse da cidadania.

Quando a emenda citada utiliza a terminologia *usuário do serviço público*, revela a influência da administração privada, especialmente da filosofia consumerista. Os direitos à informação, à participação e o direito de ser ouvido são, inclusive, originários do movimento consumerista<sup>223</sup> e correspondem aos direitos internacionais do consumidor, conforme Resolução no. 39 da ONU.

A terminologia é empregada de forma um tanto distorcida, porque não apenas os consumidores de serviços públicos devem ter acesso à participação, mas também toda a gama de cidadãos, daí a universalidade e impessoalidade da administração. Restringir a participação apenas ao usuário do serviço seria uma antinomia diante dos demais elementos constitucionais brasileiros, ou no mínimo o reconhecimento da pecha de que nem todos os brasileiros são de fato, usuários dos serviços. Especialmente quando se refere aos serviços de interesse geral como energia elétrica,

---

<sup>223</sup> Esta percepção é compartilhada por Leonardo Valle Bento (*In Governança e governabilidade na reforma do Estado: entre a eficiência e a democratização*. Barueri: Manole, 2003, p.223).

água, esgoto e telefonia, que nos moldes da sociedade atual são essenciais a uma vida digna.

Em nada diferencia a idéia de usuário e consumidor, ambos podem ser qualificados como sujeitos mais atentos aos seus interesses pessoais, individuais, motivando as suas decisões sobre estes interesses. O termo *cidadão*, por outro lado, induz à idéia daquele que constrói a sua decisão em cima de um projeto coletivo, ou em atenção ao interesse geral. Neste contexto, falar em participação dos usuários ou direitos dos usuários, implica na atribuição de faculdades a sujeitos individuais, sem a atenção devida ao projeto coletivo que deve ter a administração pública, cujo fim é a busca do interesse público.

Favorecer a participação do usuário seria reduzir o aspecto coletivo da cidadania e, de um modo particular, reproduzir a essência particularista presente historicamente na sociedade brasileira. Ainda que por falha puramente terminológica, a EC no. 19/98 reproduziu a tendência individualista da sociedade brasileira e, de certa forma, revelou um aspecto mal resolvido da qualidade gerencial. Qualidade para quem? Para aquele que pode utilizar o serviço ou para aquele que tem direito ao serviço, mesmo sem dispor de condições econômicas ou intelectuais para exigí-los?

A administração focada na participação do usuário não se presta a politizar a administração pública e a prestação do serviço. Embora os objetivos dessa nova governança revelem preocupação com a qualidade dos serviços, com a reversão da cultura auto-referente da administração burocrática, com a ampliação da participação, em verdade restringe os mecanismos de participação aos seus próprios interesses. Evidencia uma tendência dominante em relação à participação por várias razões: primeiro porque a participação é organizada em torno de dimensões setoriais; segundo, porque considera a participação do usuário, reduz a idéia de cidadania à idéia de consumidor, um cliente; e terceiro, porque a participação está relacionada sempre a questões gerenciais e não estruturais.

Corresponde a uma participação não inclusiva e confinada aos aspectos menos nevrálgicos para a Administração, que não facilita o exercício da democracia participativa. O ideal de cidadão como participante cede lugar ao cidadão-consumidor participante, ao mesmo tempo que a discussão e deliberação públicas são substituídas por pesquisas de mercado, por urnas de reclamações ou *callcenters* completamente autômatos. Aqui consubstancia-se uma das dificuldades centrais da participação – o perigo de excesso de retórica. A participação ampla fica reduzida ao plano abstrato e completamente teórico. Talvez pela dificuldade inerente ao próprio reformismo em alterar a cultura burocrática presente tanto nos técnicos, quanto nos políticos e cidadãos.

Registre-se ainda, o fracasso das democracias na promoção da efetiva participação cidadã. Em geral, apesar de certos segmentos da administração pública despenderem esforços para a ampliação da esfera participativa, atraem apenas um segmento populacional limitado, representantes de grupos de interesses organizados e que, via de regra, já tinham presença ativa nos assuntos daquele segmento específico. Esta limitação reflete a apatia política e a resistência à participação da sociedade brasileira, considerada de modo global<sup>224</sup>, demonstrando o alheamento social diante das questões políticas. Se o consumidor brasileiro está adquirindo, lentamente, o hábito de levar adiante as reclamações, o cidadão ainda não está envolvido em questões políticas que transcendam a esfera dos seus interesses individuais.

Apesar das tendências democratizantes do direito administrativo, ainda há argumentos, de cunho manifestamente antidemocráticos, que qualificam os procedimentos administrativos participativos como lentos, caros e ineficientes, enaltecendo a administração unilateral por sua pretensa agilidade. Sem dúvida que o processo democrático é mais dispendioso, até mesmo pelo fato de envolver maior número de pessoas. Se todas as decisões fossem tomadas por um autocrata, haveria

---

<sup>224</sup> Ressalvando-se aqueles grupos organizados (Ver CARVALHO, José Murilo de. Cidadania na encruzilhada. **Pensar a república**. Org. Newton Bignotto. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p.107).

menos custo financeiro e maior agilidade. Contudo, tais decisões dificilmente contariam com legitimidade popular<sup>225</sup>. Se o custo econômico da participação é mais alto, sem dúvida os resultados políticos serão mais legítimos. Quanto ao argumento de que a participação induz à ineficiência, é preciso ressaltar que a eficiência que a administração pública deve ter como alvo não é exatamente a eficiência de resultados.

### 2.2.3 Controle da eficiência na administração pública

O princípio da eficiência é de fundamental valia, embora juridicamente seja de difícil controle em virtude da sua fluidez. França<sup>226</sup> é mais incisivo em afirmar que o princípio da eficiência não pode ser objeto de controle judicial, sendo objeto de controle interno e legislativo, por intermédio do Tribunal de Contas. Para este autor, analisar a eficiência é apreciar a esfera da discricionariedade. A opção por um critério técnico específico, conciliado com os demais princípios e regras do regime administrativo, não pode gerar a invalidação do ato por ineficiência. Assim, não caberia ao Poder Judiciário definir a melhor técnica aplicável, mas apenas se esta figura nos limites do ordenamento jurídico. A administração, sim, teria competência e aptidão para invalidar o ato que mostrou-se ineficiente para a satisfação do interesse público. O Poder Legislativo, por intermédio do Tribunal de Contas, também teria a competência constitucional para impugnar o ato administrativo ineficiente, sustentando-o, caso fosse mantida a sua execução (art.71, inciso X e §1º).

É importante considerar que os princípios da administração pública não são estanques e compartimentalizados. A eficiência administrativa, como mencionado, guarda ligação com os demais princípios, de modo que, na apreciação do ato administrativo, a eficiência, a legalidade, a moralidade, a razoabilidade, a

---

<sup>225</sup> BAPTISTA, Patrícia. **Transformações no Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.157.

<sup>226</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa na Constituição Federal. *In Revista de Direito constitucional e internacional*. 2001, n.35, abril-junho, São Paulo: Revista dos Tribunais, p.182.

publicidade são elementos que devem estar conjugados, compondo a unidade que caracteriza o regime jurídico-administrativo.

Ademais, a EC no. 19, adotando o regime jurídico-constitucional da administração pública gerencial, seguiu a tendência do direito administrativo contemporâneo, que abandona a vertente autoritária da administração burocrática para valorizar a participação cidadã na formação da conduta administrativa<sup>227</sup>. E neste diapasão, criou um mecanismo de controle da qualidade do serviço público, cuja raiz está no art. 37, §3º <sup>228</sup>, por meio do qual o cidadão tem o direito subjetivo à informação, à participação e a reclamação. A participação cidadã é a forma mais concreta de viabilizar um controle social da qualidade e eficiência do serviço público<sup>229</sup> e, conseqüentemente, amplia as possibilidades de controle da atividade administrativa. No plano formal, a operacionalização deste controle se fará com a Lei de Proteção do Usuário do Serviço Público, cuja previsão constitucional foi também estabelecida pela Emenda<sup>230</sup>.

Infelizmente, esgotou o prazo constitucional sem que referida lei tivesse sido elaborada. Do mesmo modo as formas de participação do usuário na administração pública ainda não foram objeto de regulamentação, levando a crer na ausência de vontade política em garantir-se esta reforma. Vale resgatar a lição de Marcelo Neves<sup>231</sup> sobre a imagem de um Estado que responde apenas normativamente aos problemas reais da sociedade, gerando um tipo de *legislação-álibi*.

---

<sup>227</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa na Constituição Federal. In **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. 2001, Ano 9, no.35 (abril/junho), São Paulo: Revista dos Tribunais, p.190.

<sup>228</sup> CF/88 - "Art. 37, §3º. A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; (...)"

<sup>229</sup> GORDILLO, Agostin. **Tratado de derecho administrativo**. Tomo 1 (parte geral). Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de derecho administrativo, 2003, p.II-15.

<sup>230</sup> A EC no.19/98 estabeleceu o prazo de cento e vinte dias para a aprovação da lei de proteção ao usuário do serviço público (art. 27).

<sup>231</sup> NEVES, Marcelo. **A Constituição simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, p.37 e segs; 49 e segs.

Por meio de um movimento reformista<sup>232</sup>, marcado pela interferência do Estado na construção da reforma da sociedade e dele próprio, a reforma gerencial não se completou sequer no patamar normativo, denotando mais uma vez a tradição luso-brasileira de natureza formalista, em importar, de maneira incompleta, modelos alienígenas, descompensado da sua aplicabilidade prática.

Nem mesmo no plano formal, a reforma gerencial se fez participativa, vez que tarda a publicação da lei viabilizadora da participação popular. Admitindo a publicação da lei, que cumpre as últimas etapas do procedimento legislativo, restará todo um processo de educação e conscientização do cidadão para que passe a expor suas insatisfações e descontentamentos em relação ao serviço prestado.

Sabe-se que a sociedade brasileira teve o seu amadurecimento tardio e ainda enfrenta problemas na seara da participação política, em função da baixa qualidade da cidadania. Uma reforma imposta não transformará facilmente o quadro de inércia de parte da população brasileira, quiçá quando esta reforma não se completou. Além disso, resta saber o grau de comprometimento da própria administração pública com o princípio da eficiência e a qualidade do serviço público, pois o controle social por parte do cidadão não será suficiente para imprimir a qualidade na prestação do serviço público, se não houver comprometimento nas esferas dos poderes Executivo e Legislativo.

É preciso implementar a administração participativa, sob pena da reforma gerencial não lograr êxito social, especialmente num Estado cujos serviços públicos prestacionais foram praticamente legados à execução de particulares. Nas palavras de Bonavides<sup>233</sup>, é imperioso reforçar a “hermenêutica da justiça, da materialidade normativa, da concretude jurídica do poder popular, da realização moral do

---

<sup>232</sup> Sobre reformismo e a diferença entre reformismo e revolução ver SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma reinvenção solidária e participativa do Estado. **Sociedade e Estado em transformação**. Org. Luiz Carlos Bresser Pereira; Jorge Wilhelm e Lourdes Sola. Brasília: ENAP, 1999, pp. 243.

<sup>233</sup> BONAVIDES, Paulo. O direito constitucional da democracia participativa: um direito de luta e resistência. **Teoria constitucional da democracia participativa**. Org. Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001, p.28.

princípio da dignidade da pessoa humana”. Como ressalta Paulo Antonio de Menezes Albuquerque<sup>234</sup>, é importante superar a visão positivista que “cinde os sujeitos em categorias abstratas e limita o espaço da cidadania no âmbito das liberdades constitucionais a uma participação meramente formal de unção de práticas previamente decididas”. Se as garantias participativas constitucionalmente asseguradas forem embargadas, reitera Bonavides, no texto citado acima, tal hermenêutica constitucional perderá seu fim e o espírito da Constituição chegará ao seu termo como princípio da legitimidade.

---

<sup>234</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. Interpretação constitucional e cânone democrático: a criação normativa no Estado de direito. **Revista da academia brasileira de direito constitucional** (Anais do IV Simpósio Nacional de Direito Constitucional). Academia brasileira de direito constitucional. No. 3, Curitiba: Paraná, 2003, pp.503/504.

## 3 O SERVIÇO PÚBLICO E O REGIME DE CONCESSÃO

### 3.1 O serviço público objeto de concessão

Considerando as queixas históricas acerca da má qualidade do serviço prestado pela administração pública, bem como a necessidade de redução dos custos para o Estado, a reforma administrativa propôs a transferência da execução de parte destes serviços aos particulares, impondo-lhes o dever da eficiência e da qualidade. Nem todo o serviço público, como visto anteriormente, passa a ser executado pelos particulares; aqueles que integram o chamado núcleo estratégico, permanecem sob a titularidade e execução do Estado.

O programa de desestatização importou num redimensionamento da idéia de interesse público. Desvinculando o público do Estatal, materializou a possibilidade de realização do serviço público pelo particular e pela sociedade civil, em vista de um regime voltado, em princípio, para a satisfação do usuário sob a máxima da eficiência.

No Brasil, como em qualquer Estado capitalista, o serviço público é compreendido, tradicionalmente, em oposição às atividades econômicas, como função estatal típica, embora a sua prestação possa ser realizada por particulares<sup>235</sup>. O Estado também poderá exercer atividades econômicas nos limites estabelecidos

---

<sup>235</sup> Não é novidade a realização de funções públicas por particulares, pois em certa medida, estes sempre assumiram um *munus* público. No período Colonial, especificamente, através do sistema de Capitâneas Hereditárias, o Estado português delegou à iniciativa privada atribuições essencialmente públicas (AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p.118).

pela Constituição<sup>236</sup>. A Constituição Brasileira dispõe expressamente que incumbe ao Poder Público, na forma da lei, a prestação do serviço público, diretamente ou através de particulares<sup>237</sup>. Impõem-se indagar sobre a conceituação de *serviço público*; e sobre o tipo de serviço público que pode ser desenvolvido pelos particulares<sup>238</sup>.

Para Hely Lopes Meireles<sup>239</sup>, serviço público “é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado”. Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>240</sup> observa que a noção de serviço público há de compreender dois elementos básicos: o seu substrato material, que é a prestação de utilidade ou comodidade fruível diretamente pelos administrados; e o traço formal, referente ao regime específico a que está subordinado – qual seja, o regime de direito público.

Toshio Mukai<sup>241</sup> não distingue as diversas modalidades de serviços públicos, porque todos se sujeitam ao mesmo regime jurídico de direito público. Assim, o serviço público é considerado uma atividade que, por sua essencialidade à comunidade, deve ser prestada pelo Estado; mas quando for possível ao particular gerir um serviço público deve submeter-se ao regime de direito público.

Odete Medauar<sup>242</sup> e Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>243</sup> colacionam um conceito em sentido amplo e um conceito em sentido restrito para serviço público. No sentido

---

<sup>236</sup> Cf. CF/88, Art.173 - “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividades econômicas pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

<sup>237</sup> Cf. CF/88, Art. 175 - “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação dos serviços públicos.”

<sup>238</sup> O conceito não encontra uniformidade na doutrina que ora fornece uma conceituação orgânica, como o serviço prestado por órgão público; ora uma conceituação material, em função do objeto; ora uma conceituação formal, elaborada em função das suas características extrínsecas.

<sup>239</sup> MEIRELES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1996, p.296.

<sup>240</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1993, pp. 18,19.

<sup>241</sup> MUKAI, Toshio. **Concessões, permissões e privatizações de serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 1998, p.3.

<sup>242</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. São Paulo: RT, 2003, p.337.

<sup>243</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2003, pp. 96/97.

amplo, a expressão importa em toda atividade do Estado. Mas é no sentido restrito que a expressão tem uma melhor adequação técnica, passando a referir-se às atividades realizadas no âmbito das atribuições da Administração Pública, cujo objeto é o atendimento das necessidades da vida coletiva.

Apesar da existência de um sem número de conceitos oferecidos para serviço público, extrai-se um elemento comum – o atendimento das necessidades coletivas. Luis Martín Rebollo<sup>244</sup> assevera que este aspecto finalístico do conceito de serviço público já era presente na idéia de Leon Diguít.

De fato, o serviço público somente pode ser definido em função do interesse público, motor da atividade estatal<sup>245</sup>. É da noção de interesse público, do interesse da coletividade, que o serviço público retira a sua razão de ser. Como os interesses da coletividade se modificam com o passar das épocas e em função de peculiaridades das diversas sociedades, não é possível enumerar genérica e universalmente o que se considera por serviço público. Por esta razão, Caio Tácito<sup>246</sup> entende que não há um conceito apriorístico de serviço público, o seu teor é incerto, casuístico e pragmático. Infere-se da leitura de Eros Roberto Grau<sup>247</sup> a mesma posição, pois segundo este autor, a noção de serviço público é construída sobre as idéias de coesão e de interdependência social.

---

<sup>244</sup> REBOLLO, Luis Martín. Servicios públicos e servicios de interés general: la nueva conceción y operatividad del servicio público en el Derecho Administrativo Español. *In* **Uma avaliação de las tendencias contemporâneas del Derecho Administrativo**, en homenaje a Eduardo Garcia de Enterría. São Paulo: Renovar, 2003, p.89.

<sup>245</sup> DERANI, Cristiane. **Privatização e serviços públicos**: as ações do Estado na produção econômica. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.55.

<sup>246</sup> TÁCITO, Caio. O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público. **Revista de direito administrativo**. Ano 1961, abr/jun, vol.64, FGV: Rio de Janeiro, 1961, p.16.

<sup>247</sup> Eros Grau utiliza a expressão interesse social como distinta de interesse da coletividade, embora na interpretação sistemática entre os dois autores, o conteúdo das expressões referidas seja análogo (*In* Constituição e serviço público. **Direito constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. Organizadores: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 265).

Luis Martín Rebollo<sup>248</sup> trata da crise do conceito de serviço público na Europa, como consequência da liberalização econômica que gerou a abertura ao mercado de atividades antes monopolizadas pelo Estado. A idéia tradicional de serviço público, de cunho orgânico e subjetivo, envolve o monopólio estatal e a exclusão do mercado. Com os recentes documentos da União Européia surgem conceitos como *serviços de interesse geral*, *serviços de interesse econômico geral* e *serviços universais*, demonstrando, em síntese, a ruptura com a identificação entre serviço público e titularidade pública. A idéia de serviço público se divide entre o conceito orgânico e subjetivo e entre a sua compreensão como um conjunto de obrigações impostas na execução de atividades de interesse geral.

O direito brasileiro adota uma compreensão positivista de serviço público, cuja qualificação depende da previsão constitucional ou legal, deixando aos conceitos doutrinários apenas um papel didático<sup>249</sup>. Mantém a titularidade pública mesmo

---

<sup>248</sup> O autor apresenta uma definição para estas expressões a partir da interpretação dos documentos da União Européia. Assim, a Comissão Européia de 1996, titulada *Los servicios de interes general em Europa*, alude à função simbólica dos serviços públicos e serviços de interesse geral na Europa, como a base do Estado europeu. Chama de serviços de interesse geral aquelas atividades às quais se lhes impõem certas obrigações que o documento chama de serviço público. Novo documento emitido pela Comissão, a Comunicação de janeiro de 2001, ora refere-se a *serviço público* no conceito subjetivo ou orgânico, ora utiliza a expressão como indicativo do conjunto de obrigações (obrigações de serviço público ou *serviços universais*) que se podem impor ao desenvolvimento de determinadas atividades de interesse geral. Os serviços de interesse geral, por sua vez, se referem àquelas atividades, públicas ou privadas, submetidas às obrigações de serviço público. Podem abarcar todos os serviços que as autoridades públicas consideram de interesse geral. Os serviços de interesse econômico geral compreendem os serviços de mercado aos quais se impõem obrigações de serviço público em função do interesse geral que envolvem. São exemplos desta modalidade de serviços, o transporte, a energia elétrica, as comunicações, etc. (REBOLLO, Luis Martín. *Servicios públicos e servicios de interés general: la nueva conceción y operatividad del servicio público en el Derecho Administrativo Español. Uma evaluación de las tendencias contemporâneas del Derecho Administrativo*, en homenaje a Eduardo Garcia de Enterría. São Paulo: Renovar, 2003, p.107/108).

<sup>249</sup> Conforme descreve Hely Lopes, serviço público não é uma categoria *a priori*, sua conceituação varia das exigências de cada povo e de cada época. Assim, não são as necessidades coletivas vitais que caracterizam o serviço, porque ao lado delas existem outras que são realizadas pelo Estado na condição de serviço público. Também não é a atividade em si que pode ser qualificada como serviço público, afinal tem algumas atividades que podem ser realizadas concorrentemente pelo Estado e pelo particular, a exemplo do ensino e da saúde. Por estas razões, o autor citado entende que a vontade soberana do Estado prevalece na definição do que seja serviço público (*In Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 300. pp.296/297). Em certa medida, Fernando Aguillar compartilha da opinião de Helly ao salientar que é equivocada a premissa absoluta de que existem atividades essencialmente estatais, “pois o conceito de Estado e de suas atividades é histórico, significando a transposição dos fenômenos fáticos para o terreno das idéias pela construção de um modelo delimitado de um objeto”. Lembra ainda que a história desmente essa pretendida estanqueidade de atribuições essencialmente estatais ou privadas, pois através das Capitânias Hereditárias, por exemplo, o Estado português delegou à iniciativa privada atribuições que seriam classificadas como essencialmente públicas e como tais indelegáveis. Conclui que é “impossível distinguir entre as atividades essencialmente estatais e privadas segundo sejam delegáveis ou não, tudo dependendo do contexto histórico e das exigências político-econômicas de cada momento” (*In Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999, pp.118/119).

quando permite a sua execução por particulares<sup>250</sup>. E embora o texto constitucional não relacione a idéia de serviço público à satisfação das necessidades coletivas de modo direto, fê-lo indiretamente quando estabeleceu as diretrizes gerais sobre a regulação destes serviços.

Conforme o parágrafo único do art. 175 da CF/88, coube ao legislador ordinário dispor sobre o regime da concessão e da permissão dos serviços públicos, os direitos do usuário, a política tarifária e a obrigação de manter-se o serviço adequado. A Lei de Concessões considera serviço adequado como aquele que satisfaz as necessidades coletivas dentro de um patamar de segurança e respeito à dignidade da pessoa humana. Assim, o texto constitucional contribui para relacionar o serviço público ao atendimento das necessidades coletivas.

É certo que o artigo constitucional refere-se ao serviço público como aquele cuja *titularidade* pertence ao Estado, embora a sua prestação possa ser feita por particulares sob regime de concessão ou permissão<sup>251</sup>. O vínculo orgânico que tais serviços guardam com a Administração Pública importa: 1) na presunção de que é serviço público o que a Administração desenvolve ; e, 2) na relação de dependência entre a atividade e a administração, quando a prestação é feita por particulares<sup>252</sup>.

---

<sup>250</sup> Diferente do que ocorre tradicionalmente nos Estados Unidos e do que vem se manifestando na Europa. Nos EUA, parte do serviço público é desenvolvido por particulares, mediante autorização e controle estatais. Utilizam-se do termo *public utility* para designar a categoria de negócios sujeitos a intenso controle público em virtude dos privilégios que usufruem. É na aplicação a um fim de interesse público que se firma o elemento primário das empresas de utilidade pública no quadro estadunidense (TÁCITO, Caio. O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público. **Revista de direito administrativo**. Ano 1961, abr/jun, vol.64, FGV: Rio de Janeiro, 1961, pp.17/18).

<sup>251</sup> Nisto pouco difere da concepção inicial de serviço público tal como floresceu na França. Segundo Agostín Gordillo “La noción de serviço público nació y floreció em Francia caracterizada como actividad de determinado tipo realizada por la administración em forma directa, o indirectamente através de concessionarios y fue el concepto que sérvio para la construcción del viejo derecho administrativo (GORDILLO, Agostin. **Tratado de Derecho Administrativo: La defensa del usuario y del administrado**. Tomo 2, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. VI-1).

<sup>252</sup> Neste sentido, importa lembrar a lição de Hely Lopes Meirelles ao mencionar que a regulamentação e controle dos serviços públicos caberão sempre ao Poder Público (*In Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1996, p.300).

No Brasil não se aplica a classificação dos serviços que é feita na Europa porque todo serviço público é da titularidade do Estado e, quanto àqueles que podem ter a execução transferida a particulares, remanesce com o Poder Público tanto a titularidade quanto o controle. A idéia de serviço público é por natureza estatal, ficando sempre sob o regime de direito público.

Para Odete Medauar<sup>253</sup>, nem se deve considerar o serviço público como atividade econômica, pois a sua prestação não é informada pela liberdade de iniciativa porquanto, depende da decisão unilateral do Poder Público. Tampouco a ele se aplica o disposto no parágrafo único do art. 170 (CF/88), haja vista a titularidade e a necessidade de autorização do Poder Público. Expressa uma atividade não submetida unicamente às leis do mercado, mas às regras de funcionamento do Estado que impõem certas exigências, tais qual a proteção de classes menos favorecidas, ou mesmo a proteção de toda a coletividade. Eros Roberto Grau<sup>254</sup> também assevera que, do ponto de vista constitucional, é inquestionável a distinção entre atividade econômica desenvolvida pelo Estado e o serviço público.

Mas como se demarca o tipo de serviço público passível de concessão?

Para Hely Lopes<sup>255</sup>, considerando os critérios da essencialidade, da adequação, da finalidade e os destinatários dos serviços, é possível classificá-los em: públicos e de utilidade pública; próprios e impróprios do Estado; administrativos e industriais; *uti universi* e *uti singuli*.

---

<sup>253</sup> MEDAUAR, Odete. Serviços públicos e serviços de interesse econômico geral. In **Uma evaluación de las tendencias contemporâneas del Derecho Administrativo**, en homenaje a Eduardo Garcia de Enterría. São Paulo: Renovar, 2003, p.124/126..

<sup>254</sup> GRAU, Eros Roberto. Constituição e serviço público. **Direito constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. Organizadores: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho. São Paulo: Malheiros, 2001, p.259.

<sup>255</sup> In **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1996, p.297 e segs.

Conforme o primeiro critério, são serviços públicos aqueles prestados diretamente pela própria Administração, por reconhecer a sua essencialidade à população. Figuram como serviços privativos do Estado não delegáveis a terceiros, correspondendo a verdadeiras funções públicas, conforme sustenta Fernando H. Aguillar<sup>256</sup>. Marcelo Caetano<sup>257</sup> diferencia funções jurídicas das funções técnicas, correspondendo estas últimas aos serviços públicos. Roberto Martins Rodrigues<sup>258</sup> explica a distinção entre funções públicas e serviços públicos de modo semelhante, facilitando a percepção de que apenas as funções públicas são indelegáveis aos particulares<sup>259</sup>. Na linguagem do Plano da Reforma seriam aquelas desenvolvidas no âmbito do núcleo estratégico ou as atividades exclusivas, tão somente pelo Poder Público, a exemplo da segurança pública, defesa nacional, etc. Os serviços de utilidade pública<sup>260</sup> são aqueles que a administração, reconhecendo a sua conveniência e não essencialidade, para os membros da coletividade, presta-os direta ou indiretamente, por meio das concessionárias ou permissionárias, mantendo sempre o controle e a regulamentação.

Marçal Justen Filho e César Pereira<sup>261</sup> argumentam que a essencialidade e a compulsoriedade do serviço não são óbices à sua delegação. A outorga da concessão é forma de regulação da prestação do serviço. Ainda mais no quadro atual, em que a

---

<sup>256</sup> AGUILLAR, Fernando H. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999 p.118.

<sup>257</sup> Enquanto as funções jurídicas correspondem a criação do Direito e a sua execução, figurando como suporte jurídico da atividade estatal, os serviços públicos são conceituados por Marcelo Caetano como “o serviço administrativo cujo objecto consiste em facultar a quantos deles careçam os meios idôneos para a satisfação de uma necessidade colectiva individualmente sentida”. (*In Manual de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1975, pp.2 e 511/512).

<sup>258</sup> O serviço público integra o conteúdo de função pública, mas com ela não se confunde. A função pública importa numa atividade jurídica, revestida de poder de autoridade, enquanto o serviço público corresponde a uma técnica de satisfação das necessidades coletivas (Conceito de serviço público. **Revista da Faculdade de Direito** (UFC). No.1, Fortaleza: UFC, pp.57/59).

<sup>259</sup> Nas palavras de Marcelo Caetano, os modos de gestão do serviço público são fundamentalmente dois: a gestão directa e a gestão indirecta (Op. cit. p.513).

<sup>260</sup> Considere-se, no entanto que a expressão *utilidade pública* pode ser utilizada genericamente pela doutrina para designar não só a prestação de serviços essenciais, como também a exploração de bens públicos e das assim chamadas *essencial facilities* (Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Universalização de serviços públicos e competição, o caso da distribuição de gás natural. **Revista de direito administrativo**. No. 223, jan/mar, Rio de Janeiro:Renovar, 2001, p.134).

<sup>261</sup> JUSTEN FILHO, Marçal e PEREIRA, César A. Guimarães. Concessão de serviços públicos de limpeza urbana. **Revista de direito administrativo**. 2000, no.219, jan/mar, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp.276/277.

concessão dos serviços públicos aos particulares não importará na transferência da titularidade pois trata-se de uma modalidade de gestão do serviço.

Veja-se que a Constituição Federal, no art. 9º., ao assegurar o direito de greve, estabeleceu que a lei definiria os serviços essenciais. Sobrevinda a lei no. 7.783/89, tais serviços foram definidos como: a distribuição de água, de energia elétrica, gás e combustíveis; o de saúde; o de distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; o funerário; o de transporte coletivo; o de captação e tratamento de esgoto e lixo; o de telecomunicações; o relacionado com substâncias radioativas; o de tráfego aéreo; o de compensação bancária e o de processamento de dados, ligados a esses serviços (art. 10).

Alguns serviços são considerados essenciais e, ainda assim, o direito brasileiro autoriza a sua concessão, a exemplo do tratamento e distribuição da água, de energia elétrica e as telecomunicações. Quanto à compulsoriedade, tem-se os serviços de distribuição de água tratada e o tratamento de esgotos, que mesmo assim podem ser objeto de concessão e serão remunerados mediante tarifa e não taxa. O fato da imposição compulsória do serviço não impede que o pagamento se realize por tarifas, haja vista princípios relevantes, como a garantia de saúde pública, o princípio do poluidor-pagador e do ônus social etc.

No entendimento de Marçal Justen Filho e César Pereira<sup>262</sup>, a concessão está mais caracterizada pela ausência de remuneração do prestador do serviço pela Administração Pública e pela assunção dos riscos do negócio pelo concessionário.

---

<sup>262</sup> JUSTEN FILHO, Marçal e PEREIRA, César A. Guimarães. Concessão de serviços públicos de limpeza urbana. *Revista de direito administrativo*. 2000, no.219, jan/mar, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.277.

Pelo critério da adequação<sup>263</sup>, os serviços próprios do Estado seriam aqueles relacionados diretamente às atribuições do Poder Público (segurança, polícia, higiene e saúde públicas etc.), cabendo a sua execução aos órgãos ou entidades públicas sem delegação aos particulares. Os serviços impróprios seriam aqueles que não afetam diretamente às necessidades da comunidade, mas satisfazem interesses comuns dos seus membros, e, por isso, a Administração os presta mediante remuneração, por seus órgãos, por entidades da administração indireta ou por particulares concessionários, permissionários ou autorizados.

Serviços administrativos são os que a administração utiliza para atender necessidades internas ou para preparar serviços outros que serão prestados ao público. São serviços comerciais ou industriais aqueles que produzem renda para quem os presta, órgãos públicos ou concessionários, permissionários ou autorizados, a partir da remuneração pelo usuário. Di Pietro<sup>264</sup>, cuja opinião é compartilhada por Medauar<sup>265</sup>, observa que, dentre os serviços públicos considerados comerciais/industriais, estão apenas aqueles voltados para a satisfação das necessidades coletivas, não se confundindo com atividades econômicas.

---

<sup>263</sup> Diferentemente desta classificação proposta por Hely, tem-se a classificação desenvolvida pelo italiano Arnaldo de Valles, aceita por Rafael Bielsa e, entre nós difundida por José Cretella Júnior (*In Tratado de direito administrativo*. Vol.4, Rio de Janeiro: Forense, 1967, pp.46/48). Para este autor Serviços próprios são aqueles prestados pelo Estado direta ou indiretamente, através das concessionárias e permissionárias, enquanto os serviços públicos impróprios correspondem àquelas atividades desenvolvidas por particulares, mediante autorização. Estes últimos correspondem àquelas atividades que, por atenderem às necessidades coletivas estão sujeitas à autorização do Poder Público e a um regime especial, mas como não são da incumbência do Estado, foram legadas por lei à iniciativa privada (são exemplos as desenvolvidas por instituições financeiras, previdência privada, transporte de passageiros). Maria Sylvia Zanella Di Pietro discorda desta classificação argumentando que os serviços públicos impróprios não podem ser considerados serviços públicos. Correspondem às atividades privadas que por atenderem ao interesse geral, necessitam de autorização do Poder Público, sendo por este fiscalizadas (*In Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2003, pp. 103/104). Para Di Pietro, impropriamente são chamados de serviços públicos, e em razão mesmo desta impropriedade Hely Lopes afirma que os mesmos não constituem atividades públicas típicas, embora os denomine de serviços públicos autorizados (*In Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1996, p.357).

<sup>264</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 103/104.

<sup>265</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo em evolução*. São Paulo: RT, 2003, pp. 216/217.

Por fim, há os serviços *uti universi* ou gerais e os serviços *uti singuli* ou individuais. Os primeiros são prestados pela Administração à coletividade como um todo, como a polícia, a pavimentação de ruas, a limpeza dos espaços públicos. Os segundos, são caracterizados pela utilização particular do usuário, de modo específico, mensurável e facultativo, mediante remuneração por tarifa pública.

Seguindo a classificação organizada por Hely Lopes<sup>266</sup>, tem-se que os chamados serviços próprios<sup>267</sup>, *uti singuli*, de utilidade pública, são objetos de concessão ou permissão. Na ótica da reforma administrativa de 1995 são objeto de concessão os serviços públicos que envolvem *a produção de bens ou serviços para o mercado*. Correspondem, em certa medida, àqueles que a doutrina europeia qualifica como *serviços de interesse geral*<sup>268</sup>, quais sejam, as telecomunicações, a distribuição de água, energia elétrica e gás, por exemplo. Ressalve-se apenas que tais serviços, no Brasil, continuam sob a titularidade e controle do Poder Público.

Di Pietro<sup>269</sup> apresenta um outro critério de classificação, trata-se da exclusividade ou não do Poder Público na prestação do serviço. Na Constituição Brasileira de 1988 existem serviços exclusivos como o serviço postal e o correio aéreo nacional (art. 21, X), as telecomunicações (art. 21, XI), os de radiodifusão, energia elétrica, navegação aérea, transporte e demais indicados no art.21, XII, os serviços de gás canalizado (art.25, §2º.) Outros serviços que podem ser executados concorrentemente pelo Estado e pelo particular serão deferidos a estes por via de autorização.

---

<sup>266</sup> Vide nota 254.

<sup>267</sup> Não poderiam ser objeto de concessão parte dos serviços próprios, os serviços *uti universi*, os serviços administrativos. Embora parte dos serviços administrativos, qualificados pela Reforma como serviços auxiliares possam ser terceirizados.

<sup>268</sup> "Em nosso entender são os seguintes os serviços de interesse geral: o fornecimento de energia elétrica, as telecomunicações, os serviços postais, os serviços de rádio e televisão, o fornecimento de água, de gás, os transportes coletivos, etc." (GOLVEIA, Renato. **Os serviços de interesse geral em Portugal**. CEDIPRE, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p.17/18).

<sup>269</sup> PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2003, p.106/107.

Dentre os serviços exclusivos apresentados na Constituição Federal, existem aqueles que podem ser concedidos. No art.21, inciso XI, a Constituição Federal dispõe ser da competência da União a exploração direta ou mediante autorização, concessão ou permissão, dos serviços de telecomunicações. No inciso seguinte, dispõe ainda que compete à União explorar diretamente, ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens; os serviços e instalações de energia elétrica e aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; a navegação aérea, aeroespacial e de infra-estrutura aeroportuária; de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; de portos marítimos, fluviais e lacustres. A lei no. 9.074/95 também lista serviços passíveis de concessão ou, quando couber, de permissão.

É certo que, no Brasil, existe um núcleo pacífico dos serviços públicos, passíveis de concessão, quais sejam, a distribuição de água, luz, iluminação pública, coleta de lixo e limpeza de rua, dentre outros. Trata-se aqui da produção de bens de interesse de toda a coletividade, razão pela qual estão submetidos aos ditames do interesse público.

A exigência de acessibilidade de todos e a indiferença da prestação ao potencial econômico de cada usuário levam a que tais atividades estejam sujeitas a uma lógica própria de fornecimento diversa da lógica puramente capitalista. A acessibilidade é objetivo fundamental do serviço<sup>270</sup>. Não sem razão, o Parlamento Europeu qualifica os serviços de interesse geral como “actividades (...) consideradas

---

<sup>270</sup> DERANI, Cristiane. **Privatização e serviços públicos**: as ações do Estado na produção econômica. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.68.

vitais para os cidadãos e a sociedade como um todo (...)”<sup>271</sup>.

No Brasil, o serviço público pode exorbitar em parte ao regime jurídico especial, quando passa a ser exercido pelo particular, por meio da concessão. Mesmo nesta hipótese, a empresa concessionária não estará imune às determinações do regime publicista que continua qualificando o serviço como público. Na fruição destes serviços, os usuários gastam boa parcela da sua receita mensal, pois correspondem àquelas atividades de extrema importância no tecido social, figurando como verdadeiros direitos sociais<sup>272</sup>.

### 3.2 Serviços públicos de interesse geral como suporte dos direitos fundamentais

Como visto, são serviços públicos de interesse geral aqueles que satisfazem as necessidades da generalidade dos cidadãos, sejam elas econômicas, sociais ou culturais e cuja existência seja essencial à vida, à saúde ou à participação social, de

---

<sup>271</sup> Conforme salienta Rodrigo Golveia (**Os serviços de interesse geral em Portugal**. CEDIPRE, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p.17), em Portugal, a expressão serviço de interesse geral não tem correspondência exata com a ideia de serviço público, porque o particular pode assumir a responsabilidade da prestação daquele. Serviço público é definido por Pedro Gonçalves como “uma actividade de que a administração é titular e por cujo exercício é responsável (responsabilidade de execução)” (GONÇALVES, Pedro. **A concessão de serviços públicos**. Coimbra: Almedina, 1999, p.25/26). Doutra banda Jean Rivero, sustenta que apenas a Administração Pública é capaz de assumir genuinamente os serviços de interesse geral, ainda que a sua execução seja realizada por particulares (RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1999, pp.494/495). É possível que o particular exerça atividade econômica de interesse geral, mas aqui o benefício que se gera à coletividade é indireto, pois o alvo do seu empreendimento será inequivocamente um interesse privado, um interesse pessoal. A satisfação do interesse geral é um fim exclusivo do serviço público. Tanto a criação do serviço público quanto a sua própria preservação depende de uma autoridade pública, importa na decisão da soberania estatal. É certo que determinados tipos de serviços podem depender apenas indiretamente da autoridade pública, quando esta transfere sua gestão à pessoa privada e limita-se a intervir em pontos fundamentais. Do exposto resulta que na doutrina europeia, os serviços de interesse geral compreendem os serviços públicos, embora sejam mais abrangentes que estes. Mesmo assim, o direito administrativo se aplica a certos aspectos das atividades de interesse geral que não são consideradas serviço público e estão sob a exploração do capital privado. Ver COM 580/2000, (Apud Rodrigo Golveia. **In Os serviços de interesse geral em Portugal**. CEDIPRE, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p.21).

<sup>272</sup> Vide a Comunicação COM 96/443 da Comissão Europeia (Apud Rodrigo Golveia. **In Os serviços de interesse geral em Portugal**. CEDIPRE, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p.21).

sorte que a sua ausência pode afetar a dignidade humana<sup>273</sup>. O conteúdo deste conceito será sempre determinado conforme o nível de desenvolvimento da sociedade, ou seja, é passível de ampliação na medida em que evoluem as necessidades da população pelo incremento e difusão de novas técnicas e recursos tecnológicos<sup>274</sup>.

A Carta de Direitos Fundamentais da União Européia, de 8 de dezembro de 2000 (Diário Oficial das Comunidades Européias, de 18 de dezembro de 2000), anuncia no art. 36<sup>275</sup>, o solene compromisso em garantir o “acesso aos serviços de interesse econômico geral”, figurando tais serviços como direitos de cidadania, estruturantes da sociedade moderna. É certo que cada Estado europeu tem liberdade na positivação constitucional destes direitos, sem que sejam permitidas distorções comerciais quando da satisfação desse interesse geral.

Negar o acesso dos cidadãos a estes serviços é negar as suas necessidades econômicas, atentar contra a sua dignidade e contra os seus direitos<sup>276</sup>. O acesso a esses serviços é condição constitutiva de direito fundamental, “sendo indispensável

---

<sup>273</sup> Diogo R. Coutinho destaca a importância desses serviços, afirmando que “a sua ausência, na vida moderna, tem forte impacto sobre o desenvolvimento econômico e, em certos casos, chega a afetar a dignidade humana” (Privatização, regulação e o desafio da universalização do serviço público. **Regulação, direito e democracia**. São Paulo: Editor Fundação Perseu Abramo, 2002, p.70).

<sup>274</sup> GOLVEIA, Rodrigo. **Os serviços de interesse geral em Portugal**. CEDIPRE, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p.17.

<sup>275</sup> “La Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios de ineres económico general, tal como disponen las legislaciones y practicas nacionales, de conformidad con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión”. No âmbito dos compromissos de ordem social, tem-se uma ampliação das liberdades públicas, especialmente no que toca ao acesso aos serviços de interesse geral, um aprofundamento do princípio de solidariedade. Corresponde à vitória da aspiração social em ter generalizado serviços aos quais parte da humanidade por séculos não teve acesso, tais como energia elétrica, transportes, telecomunicações, água, etc. Importa no redimensionamento do serviço público protagonizado de forma mais ou menos intensa pela Administração Pública, mediante regime jurídico qualificado (BAQUER, Lorenzo Martín-Retortillo, Actualidad de los servicios públicos. **Uma evaluación de las tendencias contemporâneas del Derecho Administrativo**, en homenaje a Eduardo Garcia de Enterría. São Paulo: Renovar, 2003, pp.68/69).

<sup>276</sup> O Governo Federal Brasileiro lançou o Programa LUZ PARA TODOS, através do Decreto no.4.873, de 11 novembro de 2003, com a demonstração inequívoca da importância que se atribui à universalização da distribuição da energia elétrica. O objetivo do programa, coordenado pelo Ministério de Minas e Energia, é levar a energia elétrica para mais de 12 milhões de pessoas, hoje excluídas do serviço, até o ano 2008.

para assegurar a cada cidadão a realização efetiva dos seus direitos, em termos de mobilidade, informação ou inserção social”<sup>277</sup>.

Trata-se de prestações ou atividades do Estado que constituem categorias de direitos econômicos, sociais ou culturais.<sup>278</sup> Por esta razão, os poderes públicos têm responsabilidade no desempenho das tarefas econômicas, sociais e culturais, incumbindo-lhes pôr à disposição dos cidadãos prestações de variada espécie<sup>279</sup>, como instituições de ensino, saúde, segurança, transportes, telecomunicações, etc.

Segundo Canotilho<sup>280</sup>, existem direitos originários a prestações quando: a partir da garantia constitucional de certos direitos se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado de criação dos pressupostos materiais necessários e a faculdade do cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos. Embora alguns direitos econômicos e sociais constituam verdadeiros direitos auto-executáveis, como o direito à profissão, à liberdade sindical etc, outros são direitos prestacionais porque dependem da atitude mediadora estatal. Contudo, a deficiência de exequibilidade de tais direitos não pode cassar a sua natureza de direitos fundamentais<sup>281</sup>.

---

<sup>277</sup> Conforme Cristiane Derani tratam-se, na verdade, de direitos fundamentais, pois “favorecendo ao acesso a bens e serviços de base, como o transporte, o correio, o telefone, a eletricidade; as redes de serviço público preenchem uma função social essencial. **O acesso a estes serviços aparece como um direito fundamental.**” (**Privatização e serviços públicos**: as ações do Estado na produção econômica. São Paulo: Max Limonad, 2002, pp.68/69).

<sup>278</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1992, p.538.

<sup>279</sup> A este respeito, conforme apresenta André Ramos Tavares, “os direitos sociais, como direitos de segunda dimensão, convém lembrar, são aqueles que exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante na implementação da igualdade social dos hipossuficientes” (**In Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002, p.555).

<sup>280</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1992, p.554.

<sup>281</sup> Conforme sinaliza Canotilho, “embora os direitos sociais, econômicos e culturais estejam dependentes de uma reserva de medida legislativa (a *Massgabevorbehalt* de Häberle), e sejam considerados como *leges imperfectae* (Martens), eles possuem relevante significado jurídico como direitos subjetivos:

- (1) as normas constitucionais consagradoras dos direitos sociais, econômicos e culturais implicam uma interpretação das normas legais de modo conforme com elas (por ex., no caso de dúvida sobre o âmbito de segurança social deve seguir-se a interpretação mais extensiva possível).
- (2) A inércia do Estado quanto à criação de condições de efectivação pode dar lugar a *inconstitucionalidade por omissão* (art.283º.)
- (3) As normas constitucionais consagradoras de direitos econômicos, sociais e culturais implicam a inconstitucionalidade das normas legais que não desenvolvem a realização do direito fundamental ou a realizam diminuindo a efectivação legal anteriormente atingida” (Op cit , p.556).

Na expressão do citado autor português<sup>282</sup>,

À medida que o Estado vai concretizando as suas responsabilidades no sentido de assegurar prestações existenciais dos cidadãos (é o fenómeno que a doutrina alemã designa por *Daseinsvorsorge*), resulta, de forma imediata, para os cidadãos: o direito de igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições públicas criadas pelos poderes públicos (exs.: igual acesso às instituições de ensino, acesso aos serviços de saúde, igual acesso à utilização das vias e transportes públicos);

Na vida moderna, a indústria e a tecnologia são supedâneos da dignidade humana, de sorte que a prestação de serviços públicos se torna cada vez mais importante para o exercício de direitos sociais, incluindo nestes as telecomunicações, o fornecimento de energia elétrica, de água e os transportes<sup>283</sup>. Estes serviços participam em grande medida como instrumentos de coesão social, funcionando como direitos sociais, razão porque devem ser prestados com qualidade e a preços acessíveis<sup>284</sup>.

Na Teoria do Estado Social, o Poder Público tem o dever de concretizar materialmente as liberdades constitucionais. É obrigação do Estado a garantia de um *status* mínimo de satisfação dos indivíduos. O fornecimento de água, energia elétrica, telecomunicações são itens incorporados à vida diária do cidadão moderno como quesitos dotados, para muitos, de uma certa obviedade. A vida digna numa sociedade atual não se completa sem o acesso a estes bens que integram a pauta das necessidades coletivas gerais.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 projeta um Estado democrático, desenvolto, forte, com princípios voltados para a realização da dignidade da pessoa humana e a ampliação da cidadania. Nesta ordem, a

---

<sup>282</sup> Op cit., p.552/553.

<sup>283</sup> KRELL, Andréas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. **Constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.41/42.

<sup>284</sup> BAQUER, Lorenzo Martín-Retortillo. Actualidad de los servicios públicos. **Uma evaluación de las tendencias contemporâneas del Derecho Administrativo**, en homenaje a Eduardo Garcia de Enterría. São Paulo: Renovar, 2003, p.75.

preservação dos vínculos sociais e a promoção da coesão social pelo Estado assumem relevância, cabendo a ele a responsabilidade pela provisão dos serviços públicos basilares à realização e ao desenvolvimento desta coesão e interdependência social<sup>285</sup>.

E como a dignidade da pessoa humana é adotada no Brasil tanto como fundamento da República (art. 1º, III, CF/88) quanto como fim da ordem econômica (art. 170, *caput*, CF/88), finda por comprometer todo o exercício da atividade econômica, seja em sentido amplo, seja em sentido restrito, no projeto de sua realização. Todos, tanto o setor público quanto o setor privado, devem se empenhar para a realização e promoção da dignidade da pessoa humana<sup>286</sup>.

Neste sentido, aqueles bens públicos passam a desempenhar uma função de 'guarda de flanco' dos direitos que promovem a realização da dignidade humana. Constituem direitos econômicos, categoria dos direitos sociais, em cuja essência está a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; a defesa do consumidor e da concorrência<sup>287</sup>.

Como a distribuição destes bens (a exemplo da água, luz e telefonia) já é fato comum na sociedade global, seria discriminatória a exclusão do fornecimento para uma parcela da sociedade<sup>288</sup>. Ademais, por meio da última reforma administrativa brasileira, a universalidade dos serviços públicos ficou bem patente, através do

---

<sup>285</sup> GRAU, Eros Roberto. Constituição e serviço público. **Direito constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. Organizadores: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho. São Paulo: Malheiros, 2001, p.259.

<sup>286</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. interpretação e crítica. São Paulo: RT, 1991, pp.217/218.

<sup>287</sup> Conforme André R. Tavares, os direitos sociais se agrupam em algumas categorias, dentre elas: os direitos sociais dos trabalhadores, os direitos sociais da seguridade social, os direitos sociais de natureza econômica e os direitos sociais da cultura (*In Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002, pp.555/556).

<sup>288</sup> O governo federal brasileiro mapeou os excluídos do consumo de energia elétrica, e o resultado apontou que os municípios de menor IDH (Índice de Desenvolvimento Humano) são aqueles onde a exclusão é mais intensa. Brasileiros, principalmente da região norte e nordeste ainda vivem *no escuro*, sem o acesso ao serviço de distribuição de energia. No Estado do Maranhão (cujo IDH é igual a 0,638), mais de 49% (quarenta e nove por cento) da população rural ainda não foi beneficiada pelo serviço (Exclusão Elétrica X IDH, Disponível em: <<http://www.mme.gov.br/LuzParaTodos/tbdomiciliosuf.html>>. Acesso em: 05/02/2004, às 17h45min).

princípio da eficiência. Eficiente é o serviço público que garante a satisfação do usuário, em respeito aos demais princípios administrativo-constitucionais, inclusive o da universalidade.

O direito do consumidor, por outro lado, coincidente com o direito de cidadania, também não permite a exclusão ou o tratamento desigual. Por esta via, o Estado teria de garantir o serviço adequado à universalidade dos cidadãos no âmbito do seu território, sem exclusão regional ou limitação aos lugares de mais fácil acesso. A expressão clara destes direitos na Constituição Brasileira é visualizada no art.175, quando se refere aos direitos dos usuários de serviços públicos passíveis de concessão ou permissão. Os direitos dos usuários dos serviços públicos, neste sentido, são análogos aos direitos dos consumidores, na medida em que podem ser vislumbrados como verdadeiros direitos coletivos.

Nas palavras de Golveia<sup>289</sup>, o conceito de utente é mais abrangente que o de consumidor. No entanto, o utente dos serviços de interesse geral não pode ser visto apenas em termos econômicos, ou seja, como mero cliente. A essencialidade dos serviços de interesse geral para a participação social plena implica que são eles um importante fator na consagração de uma nova dimensão de cidadania, e os seus utilizadores, mais do que consumidores, são cidadãos, titulares de direitos fundamentais.

Mesmo que tais serviços não sejam marcados pela gratuidade é de considerar que devam ser acessíveis a todos os cidadãos, mediante preços razoáveis. Quanto aos cidadãos de baixa renda, é imperioso o estabelecimento de programas de fornecimento especiais, daí por que tais serviços não podem ser fornecidos nos termos específicos das regras de mercado, sob pena de ter o fornecimento

---

<sup>289</sup> GOLVEIA, Rodrigo. **Os serviços de interesse geral em Portugal**. CEDIPRE, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p.19.

prejudicado pela falta de rentabilidade<sup>290</sup>. Neste sentido, tem-se que os serviços de interesse geral, dentre os quais se incluem os chamados serviços próprios, de utilidade pública, revestidos pelo caráter da essencialidade por força da lei no. 7.783/89 (art.10) devem atender às exigências do serviço universal, como uma forma de obstar efeitos indesejáveis da atuação das regras do mercado<sup>291</sup>.

É direito do povo, conquista da cidadania, a prestação de determinados serviços pelo Estado. Do vínculo de cidadania decorre o dever que tem o Estado de garantir a qualidade de vida do ser humano, indispensável à dignidade humana. A impossibilidade de concretização das prestações juridicamente asseguradas implica, portanto, a exclusão de parcelas consideráveis da população dos sistemas prestacionais econômicos, jurídicos, políticos, médicos, educativos, etc<sup>292</sup>. Na prática, retira-se dos excluídos a dignidade humana, admitindo, cotidianamente, a negação dos seus direitos fundamentais. A luta do jurista deve ser, conforme Müller<sup>293</sup>, pela implementação da igualdade de todos, no tocante à dignidade da pessoa humana.

A postura de Müller é semelhante a de Weffort<sup>294</sup>, quanto à necessidade de democracia social para o fortalecimento da verdadeira democracia constitucional. Os direitos fundamentais não estão à disposição dos excluídos, “as normas constitucionais manifestam-se para eles quase só nos efeitos limitadores da liberdade”<sup>295</sup>. Enquanto isto perdurar, incurrerá a verdadeira democracia social.

---

<sup>290</sup> O pagamento do consumo de utilidades como energia elétrica tem dificultado o acesso às populações pobres até mesmo nos EUA e isto tem sido um dos principais problemas para os entes reguladores americanos (Cf. Mikyong; WILLIAMS, Sue E. and WEBER, Margaret J. Utility averaging policies – impact on consumer’s energy usage. **The journal of consumer affairs**. Winter, 1993; Vol. 27, no.2. Academic Research Library. Capturado através do Proquest).

<sup>291</sup> GOLVEIA, Rodrigo. Op. cit., p.26.

<sup>292</sup> “Fala-se então de exclusão no sentido de que esses grupos populacionais dependem (negativamente) das prestações dos mencionados sistemas funcionais da sociedade, sem que tenham simultaneamente acesso às mesmas (no sentido positivo)”. MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 2003, pp.91/92.

<sup>293</sup> Op. cit., p.92.

<sup>294</sup> WEFFORT, Francisco. **Qual democracia?** São Paulo: Cia das Letras, 1992, p.54.

<sup>295</sup> MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 95.

### 3.3 O serviço público no Código de Defesa do Consumidor brasileiro (Lei no. 8.078/90)

É evidente a preocupação do Código de Defesa do Consumidor - CDC com a qualidade do serviço público. Inicialmente admite a possibilidade de o serviço público funcionar como objeto de uma relação de consumo, uma vez que define como serviço (art. 3º., §2º.), *qualquer atividade fornecida no mercado de consumo mediante remuneração*. Logo, pessoa jurídica de direito público ou privado que ofereça serviço mediante remuneração (por preço público ou tarifa) pode ser considerada fornecedora, sendo o usuário, por consequência, consumidor.

No Capítulo que traz o rol dos direitos básicos do consumidor, inclui-se o direito à *adequada e eficaz prestação dos serviços públicos, em geral* (art. 6º., X), e no art. 22, dispõe-se acerca da obrigatoriedade dos órgãos públicos, por si ou por suas empresas, concessionárias, permissionárias, ou sob qualquer outra forma de empreendimento, de fornecer serviços adequados, eficientes e seguros, quando essenciais, contínuos<sup>296</sup>.

Apesar da vasta literatura no campo do Direito do Consumidor, poucos são os estudos que tratam da aplicabilidade das suas normas em favor do usuário do serviço público e, quando o fazem, não tocam em questões consideradas fundamentais. Antonio Herman Benjamin<sup>297</sup> defende uma interpretação extensiva do CDC, aceitando a sua aplicabilidade a todos os serviços públicos, tanto aos *uti universi* quanto aos *uti singuli*; na sua compreensão, o Estado é um dos que compõem o gênero fornecedor.

---

<sup>296</sup> Importa saber se é permitida a incidência do CDC nas relações que envolvam a prestação dos serviços públicos em geral, ou somente daqueles remunerados. Da interpretação teleológica e sistemática do citado diploma legal, entende-se que somente caberá a sua aplicação no âmbito de uma relação de consumo, ou seja, quando presentes as figuras do consumidor, do fornecedor e a prestação do serviço remunerado oferecido no mercado de consumo.

<sup>297</sup> BEJAMIM, Herman A. **Comentários ao Código de Proteção do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991, p.110.

Regina Helena Costa<sup>298</sup> entende que a remuneração é condicionante da relação de consumo. Mas admite que podem figurar como objeto de uma relação de consumo até mesmo os serviços públicos que originam o pagamento de taxa, entendendo que neste tipo de serviço há a divisibilidade e a remuneração. Por fim, exclui os serviços públicos *uti universi* e aqueles não remunerados. Contudo, é bom lembrar a lição dos tributaristas - taxa é um tributo e não um preço público. Não se trata aqui de remuneração ou contra-prestação de serviço, porque o cidadão pode ter de pagar uma taxa sem efetivamente utilizar o serviço<sup>299</sup>. Filomeno<sup>300</sup> contra-argumenta também neste sentido, inadmitindo que impostos, taxas e contribuições de melhoria sejam entendidos como remuneração. Claudia Lima Marques<sup>301</sup> entende que apenas os serviços remunerados mediante tarifa podem ser enquadrados no tipo prescrito no art. 3º., §2º. do CDC, de modo a figurar objeto de uma relação de consumo.

Boa parte da doutrina admite a aplicação do CDC, na relação que se estabelece entre o usuário e o prestador dos serviços públicos remunerados. Como síntese pode-se dizer que o CDC é aplicado no interesse dos usuários dos serviços públicos nas hipóteses:

- a) em que pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, especialmente por concessão ou permissão, presta serviço público próprio, *uti singuli*, mediante remuneração por tarifa;
- b) em que o serviço impróprio é prestado por particulares autorizados;

---

<sup>298</sup> COSTA, Maria Regina. A tributação e o consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. No.21, São Paulo: RT, 1997, p.99.

<sup>299</sup> MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2002, p.369.

<sup>300</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2001, p.53.

<sup>301</sup> Cláudia Lima Marques também concorda que os serviços *uti universi* não podem integrar uma relação de consumo, embora também devam ser prestados segundo os princípios da adequação e eficiência (*In Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2002, p.486). No mesmo sentido, vê-se a afirmativa de Adalberto Paqualotto (Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. Vol.1, São Paulo:RT, 1992, p.135).

c) em que o Estado está à frente de atividade econômica<sup>302</sup>, prestando serviço ou fornecendo produtos, na qualidade de empresário, nos ditames do art.173. Assim, não poderiam ser considerados serviços, para efeito do art.3º., §2º. do CDC, aqueles serviços próprios *uti universi* prestados genericamente pelo Estado ou os serviços públicos gratuitos, como educação e saúde, por exemplo.

Não há dificuldade quanto à aplicação do CDC nas hipóteses descritas nas alíneas *b e c* acima numeradas. Tratam-se ali de atividades remuneradas consideradas ora como serviços públicos impróprios, ora como meras atividades econômicas.

Entende-se que o usuário de serviços próprios, incluindo-se aqui aqueles *uti singuli*, remunerados por tarifa, deveria ter um tratamento específico. Diante da ausência de lei específica de proteção ao usuário do serviço é que se justifica a aplicação do CDC. A própria lei de concessões estabelece a aplicação do CDC quando trata dos direitos dos usuários.

Antônio Carlos Cintra do Amaral<sup>303</sup> discorda da aplicação do CDC mesmo nas relações entre concessionários e usuários, por entender que a mesma não pode ser equiparada à existente entre consumidor e fornecedor, cujo objetivo básico é o lucro. A concessionária é um fornecedor que não pode, em absoluto, descuidar do dever de universalidade do serviço e dos demais princípios relativos ao serviço público.

Não sem razão, a própria Constituição estabeleceu a possibilidade de tratamento diverso ao consumidor e ao cidadão usuário. O artigo 5º., XXXII, e o art.170, V dispõem sobre a defesa do consumidor, enquanto o art. 175, parágrafo único inciso II, prevê a necessidade de proteção ao usuário do serviço público. Justifica-se, portanto, a indagação: se consumidor e usuário do serviço público

---

<sup>302</sup> Registre-se aqui o entendimento de autores como Odete Medauar e Sylvia Di Pietro (notas 263 e 264) que não consideram como serviço público a atividade econômica desenvolvida pelo Estado seguindo os ditames da iniciativa privada.

<sup>303</sup> *In* Distinção entre usuário de serviço público e consumidor. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, no.225, jul/set, 2001, pp.217/218.

fossem, de fato, conceitos idênticos, passíveis de igual tratamento, por qual razão o texto constitucional faria tal separação?

Nas letras de Carlos Alberto Bittar<sup>304</sup>, a expedição do CDC

veio a responder a antiga exigência da economia de mercado, que estava à míngua de mecanismos jurídicos adequados para contrabalançar os desníveis existentes entre os grandes fornecedores de bens e de serviços, inclusive os públicos, e os consumidores em geral, para efeito de aquisição e gozo das utilidades próprias.

A finalidade básica do CDC é assegurar o equilíbrio das relações de consumo, ressaltando os direitos do consumidor diante dos fornecedores, exercentes das atividades de capital. Regula relações privadas por excelência, apesar de também resguardar interesses coletivos e difusos. Tem origem na preocupação de frear os ânimos do capital em direção ao lucro, tendo em vista a defesa do consumidor contra as mais diversas práticas abusivas. Visa a resguardar o consumidor das investidas dos fornecedores, representantes de um poder econômico, cujo império se mantém sob as bases de uma cultura de consumo, alimentada por publicidades, pelas mais diversas formas de vendas e estratégias mercadológicas, capazes de violentar a autonomia do consumidor subliminarmente<sup>305</sup>.

Nas palavras de Ronaldo Porto Macedo Junior<sup>306</sup>, muitos instrumentos do CDC estão à disposição dos usuários de serviços públicos. Do ponto de vista principiológico, porém, muito haveria que melhorar quanto às medidas de participação do usuário, uma das tendências do direito administrativo

---

<sup>304</sup> BITTAR, Carlos Alberto. O advento do Código de Defesa do Consumidor e o seu regime básico. **Revista de Direito do Consumidor**. No. 2, São Paulo: RT, 1992, p.137.

<sup>305</sup> Neste sentido, Newton De Lucca argumenta que, "talvez não se esteja a praticar nenhum exagero quando se afirma que a real necessidade de consumo de um produto ou de um serviço, na sociedade dita de consumo, de nosso tempo, que muito freqüentemente, não se acha ligada à realidade psicobiológica ou social dos indivíduos e sim aos interesses prevalecentes daqueles que fornecem tais bens ou serviços" (**Direito do consumidor**. São Paulo: Quartier Latin, 2003, 51).

<sup>306</sup> MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. A proteção dos usuários do serviço público: a perspectiva do Direito do Consumidor. In **Direito administrativo econômico**. Coord. Carlos Ari Sunfeld. São Paulo: Malheiros, 2000, p.251.

contemporâneo. Principalmente porque tais medidas fogem ao objetivo do citado código.

É certo que o serviço público próprio pode ser prestado por empresa privada, mediante remuneração, mas mesmo assim, continuará sendo atividade do Estado, sujeita às derrogações constitucionais e caracterizada pela finalidade de satisfação das necessidades coletivas. Não se compara à atividade econômica desenvolvida pelo Estado ou mesmo aos chamados serviços impróprios, desenvolvidos pela iniciativa privada mediante autorização do Poder Público<sup>307</sup>.

No Brasil, a idéia de serviço público próprio e essencial (vide lei no. 7.783/89) não se enquadra como atividade fornecida no mercado de consumo, trata-se aqui de atividade pública em contraposição a atividade econômica<sup>308</sup>. Tampouco a Constituição Brasileira considera o Estado como um agente econômico<sup>309</sup>, do contrário, restringe-lhe a possibilidade do exercício de atividade econômica aos imperativos da segurança nacional e do interesse público.

Cuide-se que *mercado de consumo* é uma expressão que também condiciona o serviço, objeto de uma relação de consumo. Mercado de consumo é “a cadeia das relações de troca de bens e de prestação de serviços, realizadas pelos diversos agentes econômicos”<sup>310</sup>. Mercado de consumo é expressão relacionada à economia de mercado baseada no fato econômico *troca*, aprimorada com instrumentos como *moeda* e *crédito*. O funcionamento da economia de mercado envolve a concorrência, a livre iniciativa e até mesmo a intervenção do Estado<sup>311</sup>. No caso dos serviços públicos

---

<sup>307</sup> Cf. notas 263 e 264.

<sup>308</sup> Ver art. 175 e art.173 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

<sup>309</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo da economia**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p.4.

<sup>310</sup> Recorrendo mais uma vez a Newton De Lucca, tem-se que o CDC muitas vezes faz referência ao mercado de consumo como a arena onde se estabelece a relação jurídica que justifica o tratamento diferenciado ao consumidor (Art.3º., §2º.; art. 4º. incisos II, 'c', IV, VI, VIII, etc.). Assim, o mercado de consumo corresponde a um componente indispensável para a devida caracterização da relação de consumo (**Direito do consumidor**. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p.148/149).

<sup>311</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. São Paulo: LTr, 2003, p.238.

próprios prestados direta ou indiretamente, porém, não parece tratar-se de atividade econômica pura e simplesmente; correspondem a um dever do Estado, indispensável à realização de muitos direitos fundamentais. Para Marcos Juruena V. Souto<sup>312</sup>,

os serviços públicos podem comportar exploração comercial ou industrial, mas não são atividades econômicas inseridas na liberdade de iniciativa. São atividades disciplinadas e fiscalizadas pelos Poderes competentes, na forma das respectivas leis regedoras.

A aplicação do CDC às relações entre concessionária e usuário somente se justifica pela ausência de lei específica, especialmente no que toca à responsabilidade pelos vícios, defeitos, práticas e cláusulas contratuais abusivas decorrentes do fornecimento. Mesmo assim, a responsabilidade do fornecedor de serviço público não poderia ser diferente do que impõe o CDC, haja vista o princípio da responsabilidade objetiva contido no art. 37, §6º. da Constituição Federal.

O CDC é lei geral principiológica<sup>313</sup>, norma de ordem pública, de raiz constitucional imediata<sup>314</sup>. Por força do art. 170, V, a defesa do consumidor constitui princípio limitador da atividade econômica, visando ao redirecionamento da atividade do fornecedor ao respeito à dignidade do cidadão consumidor. Mas não parece que esteja apto a operar mudança na lógica em que se baseia a prestação do serviço público próprio pela empresa particular. A prestação desse tipo serviço público exige uma postura distributiva que a empresa privada por si só não será capaz de proporcionar. É necessário que o cidadão possa se resguardar de modo mais específico contra os possíveis abusos que o particular prestador de serviço público concedido possa perpetrar.

---

<sup>312</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo da economia**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p.355.

<sup>313</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Proposta de uma teoria geral de serviços com base no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. Vol.33. Jan/Março. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.84

<sup>314</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: RT, 2002, p.548.

A própria terminologia *consumidor* talvez não seja a mais adequada para referir-se ao usuário do serviço público próprio<sup>315</sup>. A presença do consumidor subentende uma relação econômica ou a influência de uma atividade econômica, enquanto a idéia de serviço público próprio importa na viabilização de um direito fundamental. Consumidor é aquele destinatário final de um produto ou serviço lançado no mercado de consumo. O destinatário final do serviço público próprio é o cidadão, independentemente de sua condição social e econômica, o qual muitas vezes é obrigado, por questão de saúde pública, a aderir ao fornecimento do serviço, como na hipótese do fornecimento de água potável tratada e do tratamento de esgoto.

Sem tirar o mérito e as vantagens da aplicação do CDC às relações entre usuários e concessionária dos serviços públicos, entende-se ser oportuna a urgente edição de lei específica capaz de regular o assunto, respeitando as suas peculiaridades, ainda que o CDC seja aplicado de forma subsidiária. A propósito destas particularidades, cite-se como exemplo a responsabilidade civil das concessionárias. Enquanto o CDC estabelece como princípio básico a responsabilidade solidária da cadeia de fornecedores, a lei no. 8.987/95 impõe a responsabilidade direta da concessionária pelos prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários e a terceiros (art.25). A contradição entre o CDC e a Lei de Concessões quanto à responsabilidade civil por danos, resolve-se com a preferência desta sobre aquele. Como ambas as leis são ordinárias e especiais, o conflito de sua aplicação será resolvido pelo critério temporal, optando-se pelo diploma mais novo, qual seja, a lei de concessões.

---

<sup>315</sup> Cláudia Lima Marques, defendendo uma teoria geral dos serviços no CDC, faz menção à necessidade de proteção maior ao consumidor cativo, a partir da integração dos princípios da própria lei. Qualifica o consumidor cativo a partir das características do serviço ou do fornecedor. O consumidor de água, esgoto, telefonia e energia elétrica é um consumidor cativo em função de ser o serviço essencial e territorialmente monopólico (*In* Proposta de uma teoria geral de serviços com base no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. Vol.33. Jan/Março. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.101).

Outra questão diz respeito ao usuário do setor industrial ou comercial. Parte da doutrina<sup>316</sup>, guiada pela orientação finalista, exclui do conceito de consumidor o grande produtor que utiliza o bem ou serviço na sua cadeia produtiva. Nesta medida o usuário industrial seria excluído da proteção deferida pelo CDC ao usuário comum?

Usuário do serviço público tanto é o destinatário final do serviço quanto aquele que o utiliza como insumo. É também usuário do serviço público aquele destinatário de serviços *uti universi*, executados com recursos provenientes de tributos em geral, por exemplo<sup>317</sup>.

### **3.4 Empresas privadas prestadoras de serviços próprios: entre o lucro e o dever de universalidade**

A partir do programa de desestatização, concluído pela Reforma Administrativa de 1995, boa parte dos serviços públicos próprios de interesse geral como água, esgoto, energia elétrica e telecomunicações passaram a ser executados por empresas privadas, por meio do sistema de descentralização por colaboração.

Todos os cidadãos deveriam ser beneficiados com a sua utilização, mediante pagamento de preços razoáveis, sendo isto um imperativo para a manutenção e melhoramento do nível de coesão econômica e social. Todavia, com o processo de privatização e a crescente parceria entre o setor público e privado, levantou-se a preocupação sobre a possibilidade do mercado, por si só, assegurar aos cidadãos o

---

<sup>316</sup> Liderada por Claudia Lima Marques (vide nota.312).Ver também decisão recente do STJ, nesta mesma orientação, AGRg na SL 22-CE, Rel. Originário Min. Nilson Naves, Rel. para acórdão Min César Asfor Rocha, julgado em 4/2/2003. Informativo de Jurisprudência STJ no.197. <http://informativo.stj.gov.Br/pesquisa.php>. Capturado em 21 de fevereiro de 2004.

<sup>317</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo da economia**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p.356.

acesso a estas comodidades essenciais. Por esta razão, segundo Eros Grau<sup>318</sup>, devem ser prestados à sociedade pelo Estado, direta ou indiretamente.

É incontestado que na relação comercial ou industrial privada, o lucro é o alvo de todo o empreendimento. Por outro lado, é crescente em todo o mundo a transferência de tarefas tradicionalmente atribuídas ao Estado à iniciativa privada. Seguindo a linha do liberalismo econômico, a doutrina dos interesses privados propunha que, mesmo quando os indivíduos ou agentes econômicos perseguem seus interesses individuais, o resultado final seria não apenas a satisfação do interesse privado, mas, também, do interesse geral da sociedade. Caberia ao Estado a organização da economia a partir da compreensão de que o suprimento das necessidades sociais caberia aos agentes econômicos privados<sup>319</sup>, de modo que, ao defender a empresa privada, o Estado não estaria beneficiando este ou aquele interesse privado, mas o interesse coletivo.

Registre-se contudo que o agente econômico capitalista não está, em princípio, interessado em perseguir nenhum interesse que não o seu próprio bem. Mesmo quando cumpre as normas de Direito Econômico, Direito do Consumidor, Direito Ambiental ou desenvolve ações de responsabilidade social, age segundo a lógica utilitarista, fá-lo no interesse de não ser sancionado, de ampliar a clientela, de ser premiado etc.

Embora seja natural que, no sistema capitalista, a organização da economia pressuponha a participação do setor privado na solução para os problemas sociais, também é pacífico que, para a garantia da equidade e da justiça distributiva, exija-se a participação efetiva e forte do Estado. A interferência do Estado no mercado não induz à extinção deste, senão a sua própria preservação.

---

<sup>318</sup> GRAU, Eros Roberto. Constituição e serviço público. **Direito constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. Organizadores: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho. São Paulo: Malheiros, 2001, p.265.

<sup>319</sup> AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999, pp.61/62.

Ao agir como protetor de empresas privadas, o Estado é, no mais das vezes, levado a pôr em prática medidas que beneficiam o interesse geral de algumas empresas, enquanto prejudicam o de outras, não legitimando assim sua atividade nos limites do interesse público. No Brasil contemporâneo, sustenta Aguillar<sup>320</sup>, são muitos os exemplos práticos de ação interventiva do Estado endossada pelo mesmo pensamento empresarial que reivindica a redução de impostos, a privatização de empresas estatais, o financiamento dos investimentos privados nos setores privatizados, favorecendo a conclusão de que não raro a proteção estatal às empresas ainda se assemelha ao período inicial da república.

Nos países capitalistas periféricos, a proteção do cidadão tende a oscilar em torno da sua situação econômica. Embora o governo desenvolva políticas de combate à pobreza, por força de fatores sistêmicos, a materialização e eficácia da cidadania são maiores para os proprietários que para os não-proprietários. Diante disto, como garantir aos cidadãos, de um modo geral, o acesso aos serviços públicos essenciais e de utilidade pública quando estes são executados por particulares, por meio do sistema de concessão? Sendo o caráter determinante da mecânica capitalista a busca do lucro e a negação do prejuízo, como o investidor privado poderá negar esta lógica, antecipando a distribuição e a equidade na prestação do serviço ao próprio lucro?

A resposta que se apresenta, pelo menos no plano formal, é a regulamentação jurídica da atividade, por intermédio de normas que imponham o comportamento distributivo em atenção ao espírito constitucional. Ou seja, o dever das concessionárias em garantir a equidade seria atribuído pelo Direito positivo, demandando ainda um forte papel regulador do Estado para a garantia de aplicação das normas.

Considere-se porém que no processo legislativo de elaboração das normas de Direito Econômico concorre uma gama de interesses corporativos buscando a

---

<sup>320</sup> AGUILLAR, Fernando Herren. Op. cit., p.64.

premiação das suas vontades. De sorte que a norma emanada pelo próprio Estado não necessariamente estará isenta dos interesses dos agentes econômicos devidamente representados no órgão legislativo. Mesmo a atividade discricionária do administrador, no âmbito do Poder Executivo, pode se fundamentar mais em interesses particulares que no interesse público, muito embora se justifique em nome deste. Como sustentou Max Weber<sup>321</sup>, “por trás de cada ato de um governo autenticamente burocrático existe em princípio um sistema de motivos racionalmente discutíveis, ou seja, uma subsunção a normas ou um exame de fins e meios”.

Os fins e interesses que culminam na elaboração das leis ou na sua aplicação podem ser mais ou menos aparentes e podem ou não coincidir com os fins declarados pelo Estado, mas sempre existem. Em uma sociedade globalizada, cada vez mais apoiada no desenvolvimento tecnológico, tais interesses se tornam mais difusos.

Não se pode, portanto, tratar o Estado como um bloco homogêneo de interesses porque inexiste uma vontade uníssona, partilhada por todos os setores da sociedade. Os poderes Judiciário e Legislativo são arenas que explicam perfeitamente a diversidade de interesses e de vontades no âmbito do Estado. A bem da verdade, quando as instituições políticas são moldadas pelas regras da democracia, amplia-se a pluralidade de interesses na orientação da vontade estatal.

Segundo Eros Roberto Grau<sup>322</sup>, o Direito, no modo de produção capitalista, funciona como um instrumento de mudança social dinamizado por interesses bem definidos, com um compromisso histórico de proteção da propriedade. Muito embora não seja produto unicamente das forças econômicas ou se apresente como o querer de uma classe dominante, o Direito, para Eros Grau, aqui compartilhando da mesma idéia de Hesse<sup>323</sup>, traduz a correlação das forças produtivas existentes.

---

<sup>321</sup> WEBER, Max. **Economia y sociedad**. México: Fondo de Cultura, 1984, p.735.

<sup>322</sup> GRAU, Eros Roberto. **Direito posto e direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2002, p.54.

<sup>323</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1992.

Assim, “acolhe as contradições das relações sociais, reproduzindo-as, de sorte que, nele, os paradoxos não configuram anomalias, porém elementos essenciais do seu discurso”<sup>324</sup>.

Não se nega a força constitucional dos princípios que regem a ordem econômica. Tratam-se de princípios orientados para a justiça social, para a dignidade da pessoa humana, para a materialização do interesse público e, ao mesmo tempo, para a livre concorrência, para a propriedade privada.

As políticas veiculadas pelo Direito Econômico condensam, em certa medida, determinadas concepções dos titulares do poder sobre a forma de combater este ou aquele problema social. Em relação à regulação dos serviços públicos, especificamente, o interesse público pode ser empregado sob dois enfoques, conforme sustenta Aguillar<sup>325</sup>. O primeiro, corresponde à teoria do interesse público, segundo a qual a regulação estatal é imposta como forma de corrigir as distorções de mercado, beneficiando a coletividade, o usuário. Aqui, a idéia de interesse público é sinônimo de interesse social.

O segundo enfoque, informa que na regulação é possível a *captura* do regulador pelo setor regulado, de modo que aquele passe a atender os interesses deste, pervertendo-se a idéia de interesse público. Por este enfoque, que na verdade representa uma distorção do primeiro, o Estado permitirá a recorrência de certas falhas, quando sob sua ótica não configurarem falhas. Seria a hipótese de *captura* do interesse público pelo interesse privado.

Adam Przeworski<sup>326</sup> debate o tema, admitindo a possibilidade do administrador, figura humana que age em nome do Estado, desvirtuar o dever de

---

<sup>324</sup> GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p.44.

<sup>325</sup> AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999, pp.78/79.

<sup>326</sup> PRZEWOSKI, Adam. Sobre o desenho do Estado: uma perspectiva *agent x principal*. In **Reforma do Estado e administração pública gerencial**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1998, pp.52/53.

atender o interesse público e passar a favorecer o interesse privado por questões pessoais. Inadmita a idéia de que o Estado se desvie do interesse público, em virtude da sua existência abstrata. O desvio de finalidade somente se verifica quando o agente do governo, figura humana, sujeita a paixões e ambições particulares, deslinda dos princípios básicos que regem a ação administrativa.

Não se deixa de perceber a importância do envolvimento do capital privado na prestação de serviços públicos. A realidade atual do Estado certamente não permite que o mesmo possa executar tantos serviços que passaram a responder às necessidades coletivas da população. É fundamental cuidar-se para que as tarefas públicas legadas ao capital privado não se tornem acessíveis apenas àqueles que podem pagar. Especialmente os serviços de distribuição de água, esgoto, energia elétrica, transportes, telecomunicações devem ser disponibilizados, mediante preços acessíveis, a todos os cidadãos. Para tanto, especialmente os serviços citados não podem ser desenvolvidos apenas sob uma lógica mercantilista. A sua prestação deve atender à ordem distributiva, voltada para a garantia da equidade e da universalidade do serviço.

A essência do Estado democrático é a igualdade política que, na visão de Adam Przeworski<sup>327</sup>, não se restringe à capacidade de votar e de ser votado, envolve o direito a um governo efetivo, o direito que cada cidadão tem de que o patrimônio público seja de todos e para todos. Assim, a parceria com o capital privado somente apontará para a realização do interesse público se o Estado mantiver forte controle, sob pena de tornar-se presa fácil dos especuladores de mercado, para os quais o lucro é o resultado mais importante<sup>328</sup>. Outro dado, não menos importante, é a coesão social capaz de possibilitar o controle popular sobre as atividades concedidas.

---

<sup>327</sup> PRZEWORSKI, Adam. O Estado e o cidadão. **Sociedade e Estado em transformação**. Org. Luiz Carlos Bresser Pereira, Lourdes Sola, Jorge Wilhelm, São Paulo: Editora UNESP, 1999, p.326.

<sup>328</sup> UCHOA, Virgílio Leite. Balanço de expectativas frustradas. **Estudos avançados (USP)**, Vol.14, no.38, jan/abr, 2000, p.36.

O atendimento às políticas econômicas dependerá da eficácia das leis que as veiculam. Utilizando a explicação de Przeworski<sup>329</sup>, o cumprimento destas leis dependerá tanto de mecanismos de controle horizontais (*checks and balances*), por meio dos quais os órgãos do governo controlarão uns aos outros, quanto de mecanismos verticais que envolvam a participação dos cidadãos. Ocorre que, em relação a estes últimos, haverá tanto maior prejuízo quanto mais profundas as situações de desigualdade social<sup>330</sup>. Por esta razão, nas sociedades com alto padrão de desigualdade social, as instituições estatais têm dificuldade de fazer respeitar as leis.

### 3.5 Regime jurídico dos serviços públicos

O regime jurídico dos serviços públicos é uma das formas de condicionar o seu exercente, o prestador do serviço, seja pessoa jurídica de direito público, seja pessoa jurídica de direito privado, a prestar um serviço adequado.

Como visto anteriormente, a qualificação de uma determinada atividade como serviço público corresponde a uma decisão política, que pode estar fixada na

---

<sup>329</sup> PRZEWORSKI, Adam. O Estado e o cidadão. **Sociedade e Estado em transformação**. Org. Luiz Carlos Bresser Pereira, Lourdes Sola, Jorge Wilhelm, São Paulo: Editora UNESP, 1999, pp.328/331.

<sup>330</sup> A esse respeito, o autor constata que “para a existência de liberdade e de proteção contra as arbitrariedades do Estado, é necessário que os cidadãos exerçam seus direitos políticos positivos, expressem suas opiniões, formulem vontades coletivas e escolham bons governos; resumindo, fazer governos executarem o que os cidadãos querem e precisam. Entretanto, liberdade não pode ser suficiente para o controle dos cidadãos sobre as ações do governo, a menos que instituições políticas forneçam efetivos instrumentos de controle, bem como todas as pessoas desfrutem condições econômicas e sociais mínimas necessárias para o exercício de seus direitos políticos” (PRZEWORSKI, Adam. Op.cit., p.337).

Constituição ou na lei<sup>331</sup>, o que reforça a conclusão de que inexistente um serviço público por natureza<sup>332</sup>.

No momento em que a atividade é qualificada como serviço público, passa a ser regida por regime jurídico específico, demarcado por normas de caráter cogente. Isto não impede que haja uma regulamentação específica para cada tipo de serviço, conforme as suas peculiaridades. Impõe-se, contudo, o dever de prestar o serviço adequado, núcleo constitucional do regime jurídico dos serviços públicos.

Embora o conceito de serviço adequado tenha sido apresentado no texto constitucional, de forma genérica e indeterminada, teve o seu devido detalhamento pela Lei Federal no. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe a lei, no art.6º., parágrafo primeiro, que “serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade ou universalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”<sup>333</sup>.

Importa distinguir serviços públicos da atividade econômica desenvolvida pelo Estado, à qual se aplica o mesmo regime jurídico da iniciativa privada. A atividade econômica do Estado é aquela assumida por este, por entendê-la pertinente ao interesse público. A distinção se dá por meio do corpo constitucional: a Constituição atribui tal atividade à iniciativa privada, autorizando-a ao Estado somente diante dos imperativos da segurança nacional e do interesse coletivo relevante (art. 173). Por outro lado, a empresa que por via da concessão ou permissão passa a prestar serviço público deve submeter-se às derrogações constitucionais e

---

<sup>331</sup> Há autores como Aguillar, qualificados como convencionalistas-legalistas, que entendem ser o conceito de serviço público dependente de disposições constitucionais ou legais (AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999, pp.160/161). Já autores como Maria Sylvia Zanella Di Pietro (**Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2003, pp.98/99) e Celso Bandeira de Mello (**Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1993, p.308) enfileiram a corrente que enxerga o serviço público onde houver necessidade relevante da população, cuja satisfação não pode ser bem atendida pela iniciativa privada.

<sup>332</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. *In* **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, p.45.

<sup>333</sup> O Código de Defesa do Consumidor refere-se ao serviço público adequado como um direito subjetivo do consumidor (Lei no. 8078/90, art. 6º., X e ainda no art.22).

legais, que não recaiam sobre a atividade econômica comum, obrigando-se invariavelmente à prestação do serviço adequado.

Para auxiliar na compreensão do que seja serviço adequado, é importante analisar os princípios que o qualificam como tal. O serviço adequado é aquele que busca a plena satisfação dos usuários, em atenção aos princípios da: continuidade, regularidade, igualdade ou uniformidade, neutralidade, generalidade ou universalidade, obrigatoriedade, mutabilidade ou da adaptação constante, modicidade, participação dos usuários, cortesia, eficiência e responsabilidade. Tais princípios são exatamente os que ordenam o serviço público, em geral, sendo aplicáveis também quando o executor é o próprio Estado.

Tem-se por *continuidade* o fato de que a prestação do serviço público não poderá ser interrompida sem motivo justificável. Deriva de sua indispensabilidade e do seu caráter essencial para o interesse geral que satisfaz. Em se tratando de serviço concedido, o Poder Concedente poderá, para garantir a continuidade do serviço, assumir as medidas necessárias em lugar do concessionário. A lei autoriza a interrupção da prestação dos serviços, mediante prévio aviso, em duas situações: em casos de ordem técnica ou para garantir a segurança das instalações e, como medida sancionatória, nos casos de inadimplência do usuário<sup>334</sup>. Apesar de forte embate jurisprudencial em torno do tema, as decisões parecem estabilizar o entendimento de

---

<sup>334</sup> Sobre a possibilidade de suspensão do serviço por inadimplência do usuário, muitas discussões foram travadas na doutrina e nos tribunais, havendo aquelas posições contrárias à possibilidade de suspensão como medida sancionatória. Dinorá Grotti entende que não pode haver a suspensão dos serviços obrigatórios, cuja prestação se faz no interesse público ou é essencial à dignidade da pessoa humana, como é o caso específico do fornecimento de água tratada e da coleta de esgotos (*In Teoria dos serviços públicos e sua transformação. Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p.53). Assim como a água, também a energia elétrica não pode ter o seu fornecimento suspenso. Nos dias atuais, o fornecimento desses bens está diretamente associado à qualidade de vida dos cidadãos. No mesmo sentido é a posição de Gouveia, referindo-se ao serviço de interesse geral em Portugal, inadmitindo a interrupção do serviço na hipótese de mora (*In. Os serviços de interesse geral em Portugal*. CEDIPRE, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p.29).

possibilitar a suspensão do fornecimento para não estimular a inadimplência e com isso afetar o equilíbrio financeiro das concessionárias<sup>335</sup>.

Entende-se que a interrupção de um serviço indispensável à materialização da dignidade humana em face da mora do contratante não se justifica: primeiro, por que a medida sancionatória estaria suspendendo não apenas o direito do usuário-contratante, mas o de toda a sua família; segundo, porque cabe à concessionária a utilização das vias normais para a cobrança do seu crédito; terceiro porque, na hipótese do fornecimento de água tratada e coleta de esgoto, principalmente, a suspensão pode representar um problema para a saúde pública local.

O princípio da *regularidade* dispõe que o serviço seja prestado em observância às normas jurídicas e técnicas pré-estabelecidas. A *eficiência* importa na satisfação das necessidades do usuário, em atenção aos requisitos da qualidade. Segundo Marçal Justen Filho<sup>336</sup>,

a eficiência consiste no desempenho concreto de atividades necessárias à prestação das utilidades materiais, de molde a satisfazer as necessidades dos usuários, com imposição de menor encargo possível, inclusive do ponto de vista econômico. Eficiência é a aptidão da atividade para satisfazer as necessidades, do modo menos oneroso.

O autor inclui no conceito de eficiência a razoabilidade da tarifa aliada à qualidade funcional do serviço, mensurada pela aptidão em satisfazer a necessidade do usuário. Pela ótica constitucional, insiste-se em grifar que, conforme mencionado

---

<sup>335</sup> “A companhia energética cortou o fornecimento de eletricidade da empresa têxtil em razão da falta de pagamento da fatura de consumo, além de constatar irregularidades na instalação de equipamentos. Porém a empresa conseguiu antecipação de tutela que lhe garantia o religamento ao fundamento de que esse serviço essencial não poderia ser interrompido. Diante disso, a Corte Especial, por maioria, deu provimento ao agravo regimental na suspensão de liminar interposta pela companhia, pois, vistos isoladamente, os valores em questão não colocariam em risco a ordem e a economia públicas, mas a persistência dessa situação e o exemplo que essa pode acarretar têm o poder de interferir em todo o sistema de energia elétrica. Ressaltou-se também que a empresa usa a energia como insumo e certamente repassa seu custo no preço de suas mercadorias” (AgRg. Rel. originário Min. Nilson Naves, Rel. para acórdão Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 4/2/2003; cf. Informativo de Jurisprudência do STJ ns. 195, 186, 182 e 94. Disponível em: <<http://stj.gov.br/webstj/>>. Acesso em: 16/04/2004, às 13h).

<sup>336</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessão de serviço público**. São Paulo: Dialética, 1997, p.124.

no capítulo segundo deste trabalho, a eficiência também está ligada à satisfação da cidadania e à ampliação da democracia, na medida em que o serviço deve ser acessível a todos. Nisto consiste a eficiência do serviço público: na capacidade de ampliação do acesso dos cidadãos, independentemente do seu potencial aquisitivo, mantendo-se a garantia de qualidade, segurança, funcionalidade e satisfação das necessidades.

A *segurança* integra o conceito de eficiência e visa a resguardar o usuário de surpresas desagradáveis que possam gerar riscos à sua saúde. Não basta que a água, na hipótese de distribuição deste bem, chegue às torneiras do cidadão; é fundamental que tenha sido tratada devidamente e esteja apta ao consumo humano. O *princípio da atualidade* também está associado à idéia de eficiência e se materializa a partir de três pressupostos básicos: a modernidade do *know how*, a boa conservação dos recursos materiais e a melhoria ou expansão do serviço público. Na prestação do serviço devem ser utilizados os equipamentos mais modernos, com a meta de constante expansão dos serviços.

O *princípio da generalidade* ou da *universalidade* caracteriza-se pela dispensa de tratamento isonômico aos usuários. Representa o dever de atender a todos indistintamente, uma vez satisfeitas as condições legais do seu fornecimento<sup>337</sup>. Está relacionado ao princípio da igualdade, consagrado constitucionalmente como direito fundamental. Assim, a prestação do serviço deve ser igual para todos aqueles que se encontram em situações comparáveis. Qualquer discriminação deve respeitar o espírito constitucional e justificar-se em razão da situação subjetiva de cada usuário<sup>338</sup>. O princípio da igualdade no serviço público está ligado imediatamente à idéia de que o Estado não pode criar privilégios específicos e irrazoáveis para grupos

---

<sup>337</sup> As concessionárias prestadoras do serviço de distribuição de água, esgoto e de energia elétrica têm obrigação de atender a população de baixa renda, mediante programas especiais determinados pelo governo. Ver também norma genérica, contida na lei de concessões, no.8.987/95, art. 6º, 1º, e Lei no.9.074/95, art.3º, IV.

<sup>338</sup> A lei no.8.987/95 prevê a possibilidade de tarifas diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos diferentes segmentos de usuários (art.13).

ou indivíduos. Todos são iguais perante a lei e perante a administração, logo não podem ser excluídos dos serviços públicos, especialmente dos serviços próprios fornecidos mediante remuneração.

Do princípio da universalidade resultam algumas implicações:

- a) o serviço deverá ser prestado mediante preço acessível, uma vez que o preço é um dos principais fatores de exclusão;
- b) os serviços devem ser prestados à universalidade dos cidadãos, independentemente do local onde residam;
- c) nenhum fator como idade, deficiência física, etnia, condição econômica poderá impedir ou dificultar o acesso aos serviços.

Pelo *princípio da cortesia*, o prestador se obriga à urbanidade no tratamento do usuário e ao bom relacionamento com este. O *princípio da modicidade* das tarifas implica no estabelecimento de tarifas justas que não representem preços excessivos, mas também que garantam condições para que o particular possa prestar um serviço adequado. A *modicidade* aqui não poderá comprometer o equilíbrio econômico e financeiro do contrato, uma vez que o particular não tem obrigação de custear atividades públicas<sup>339</sup>. Mas a tarifa não pode dificultar o acesso às populações de baixa renda, como nos casos de serviços essenciais, como o fornecimento de água, coleta de esgoto, energia elétrica, transportes etc. Para favorecer a modicidade das tarifas, a lei de concessões autoriza a composição da receita das concessionárias por meio de outras atividades, conforme se comentará adiante.

Além destes princípios, Di Pietro<sup>340</sup> acrescenta o *princípio da mutabilidade* do regime jurídico, segundo o qual o poder público poderá alterar unilateralmente as regras regulamentadoras do contrato de concessão para atender às razões de interesse público.

---

<sup>339</sup> BLANCHET, Luis Alberto. **Concessão e permissão de serviços públicos**. Curitiba: Juruá, 1995, p.56.

<sup>340</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. São Paulo: Atlas, 1999, p.77.

É importante lembrar o princípio da participação do usuário, do cidadão, pois embora não esteja positivado como qualificador imediato do serviço adequado, está implícito na idéia de eficiência. Como a eficiência busca a satisfação do usuário, é certo que esta será mais facilmente alcançada na medida em que se permita a participação deste, através do direito à informação<sup>341</sup> e ao direito de ser ouvido, por exemplo. A Constituição em seu art. 37, §3º., estabeleceu o direito de participação do usuário, ainda que prescindindo de mediação legislativa ulterior.

Embora ainda não tenha sido promulgada a lei de defesa do usuário, conforme recomendado pelo texto constitucional, a lei de concessões deferiu-lhe alguns direitos, inclusive o de participação e de cooperação no controle do serviço concedido. Portanto, seja qual for a forma de prestação do serviço público, o cidadão terá o direito constitucional de participar de sua fiscalização e controle.

Outro princípio que também poderia ser lembrado para integrar o regime jurídico dos serviços públicos, é o princípio da responsabilidade, expresso constitucionalmente no art. 37, §6º. Corresponde a um dever inerente à Administração Pública que se estende a quaisquer pessoas jurídicas de direito privado, executora do serviço público ou ente despersonalizado. Qualquer executor de serviço público sofrerá incidência do mandamento constitucional que impõe a responsabilidade objetiva de indenizar pelos danos causados a terceiros.

Conforme Carlos Roberto Gonçalves<sup>342</sup>, tem-se decidido que a pessoa jurídica de direito privado, na qualidade de concessionária do serviço público, responde, objetivamente, de modo imediato e direto, pelos danos que causar a terceiros, cabendo ao Poder Público concedente a responsabilidade subsidiária nas hipóteses em que a empresa concessionária estiver em insolvência.

---

<sup>341</sup> A propósito da precariedade desse direito, do direito à informação, registra-se o fato de muitas famílias não terem ainda procurado as concessionárias de energia elétrica para o enquadramento no programa de atendimento à população de baixa renda.

<sup>342</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, p.177.

### 3.6 A concessão do serviço público no direito brasileiro

No Brasil, a concessão do serviço público é “a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”<sup>343</sup>. Di Pietro<sup>344</sup> apresenta críticas ao conceito legal pela falta de referência ao pagamento do serviço pelo usuário e, assim, passa a definir a concessão do serviço público como “o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu nome próprio, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço”.

Somente aquele serviço público que admite uma exploração comercial será objeto de concessão, pois é característica da concessão, a possibilidade de produção de renda em favor do concessionário, a partir do pagamento de tarifa ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço. Não significa dizer que o serviço público em si seja comercial, apenas a forma de sua gestão ou prestação se revestirá da natureza empresarial.

A regulamentação da concessão e da permissão de serviços públicos se dá pelas regras estabelecidas nas leis no. 8.987/1995 e no. 9.074/95, com aplicação subsidiária da lei no. 8.666/93. Trata-se de uma forma de gestão do serviço público que permanece sob a titularidade do poder concedente.

Ao Estado, poder concedente, cabe fiscalizar a adequada execução do contrato e o atendimento do interesse público, podendo, a qualquer tempo, retomar a atividade. O concessionário deve remunerar-se da tarifa cobrada do usuário e fixada de acordo com a proposta vencedora da licitação. A permissão difere da concessão

---

<sup>343</sup> Definição estabelecida no art.2º., II, da Lei no.8.987/95.

<sup>344</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Parcerias na administração pública**, concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. São Paulo: Atlas, 1999, p.77.

por se expressar em um ato administrativo precário e não em um contrato, aplicando-se, no mais, os princípios da concessão.

Poder concedente é a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município em cuja competência se encontra o serviço público (art.2º., I, Lei no. 8.987/95). Concessionário é a pessoa jurídica ou consórcio de empresas<sup>345</sup> que ganhou o processo licitatório (art. 2º., II, Lei no. 8.987/95) e que, por contrato de concessão, exercerá o serviço por sua conta e risco.

Tanto a concessão quanto a permissão refletem a parceria que o Estado faz com a iniciativa privada para a realização de atividades de renomado interesse público. Entretanto, o Estado não se desobriga do dever de prestar o serviço, que continua, repita-se, sob a sua titularidade. Delega ao particular a sua execução, mas sob a sua supervisão e cooperação, podendo, inclusive, retomar o serviço por meio da encampação, no caso de concessão.

A concessão do serviço público, que mais especificamente interessa à presente tese<sup>346</sup>, envolve duas idéias antitéticas: a de que o serviço público deve funcionar no interesse geral e sob a autoridade da administração pública e, por outro lado, a de que o pensamento de uma empresa capitalista é a busca imediata do lucro. O equilíbrio entre estas duas idéias constitui toda a teoria do contrato de concessão, razão por que se funda num regime jurídico híbrido<sup>347</sup>. De uma parte a empresa se

---

<sup>345</sup> Pela leitura do art.2º., II, da Lei no.8.987/95, entende-se que somente pessoa jurídica ou consórcio de empresas poderiam participar das licitações. Contudo, o art. 35, talvez por impropriedade técnica, arrola entre as causas da extinção da outorga, o falecimento ou incapacidade do titular, quando a empresa for individual. A empresa individual não é pessoa jurídica, embora a esta se equipare para efeitos tributários. Por esta via, Blanchet entende que a pessoa física também poderia participar do processo licitatório, uma vez satisfeitos todas as condições para habilitação (*In Concessão de serviços públicos*. Curitiba: Juruá, 1999, p.33).

<sup>346</sup> Embora o objetivo deste trabalho não comporte uma análise pormenorizada dos contratos de concessão, é importante abordar alguns dos seus aspectos mais relevantes e relacionados ao poder regulatório, pois é através da concessão que se dá a parceria entre o Estado e os particulares para a realização dos serviços públicos de interesse geral.

<sup>347</sup> George Vedel e Pierre Delvolvé citados por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*In Parcerias na administração pública*, concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. São Paulo: Atlas, 1999, p.73).

sujeita ao direito privado, quanto à constituição, contratação, aquisição de produtos, não se submetendo ao controle de contas pelo Tribunal de Contas, por exemplo. De outra, todo o mecanismo de prestação do serviço público é regido pelo direito público.

A dualidade presente na elaboração do contrato de concessão é clara e resultante de duas vontades distintas: a realização do interesse público, inerente ao serviço público, e o intuito de lucro, natural à empresa privada. A regulamentação contratual terá por objetivo garantir a execução do serviço adequado, mediante controle do Poder Concedente, respeitado o equilíbrio econômico-financeiro, capaz de assegurar à empresa concessionária a justa remuneração.

Assim, o contrato de concessão será construído a partir da presença de cláusulas regulamentares ou de serviço e de cláusulas contratuais ou financeiras<sup>348</sup>. As cláusulas regulamentares são impostas unilateralmente pela Administração Pública ou constam da própria lei. Tratam da definição do objeto, da forma de execução, da fiscalização, dos direitos e deveres das partes, das hipóteses de rescisão, das penalidades, dos direitos do usuário etc. Já as cláusulas contratuais ou financeiras, são aquelas que não podem ser estabelecidas unilateralmente pela Administração. Certamente a política tarifária será um importante elo entre aquelas duas idéias antagônicas, vez que a insistência na busca do lucro não pode estabelecer tarifas elevadas de modo a vedar o acesso.

### *3.6.1 Concessão como modalidade de gestão do serviço público*

Conforme dito anteriormente, do fato de a concessão envolver a gestão dos serviços públicos, ressaltam alguns elementos dignos de nota, quais sejam: o aspecto regulamentar da concessão, as prerrogativas públicas do concessionário, a prestação

---

<sup>348</sup> Essa distinção, originariamente formulada por Duguit, é reconhecida tanto pela doutrina brasileira quanto pela doutrina estrangeira (Cf. WALD, Arnaldo et al. **O direito de parceria e a lei de concessões**. São Paulo: Saraiva, 2004, p.102.

do serviço adequado, os direitos do usuário e os poderes da administração concedente.

Como forma de preservar o interesse público, reserva-se à Administração o poder de definir unilateralmente aquilo que diz respeito à organização do serviço. Trata-se do aspecto regulamentar da concessão, que mesmo constando no contrato, mantém uma natureza regulamentar e não contratual. O Estado concedente continua sendo Estado-Príncipe e não Estado-cliente.

Em virtude da execução do serviço, caberão ao concessionário algumas prerrogativas próprias do Poder Público. A mais evidente é aquela descrita no art.31, inciso VI, qual seja a de “promover desapropriações e constituir servidões autorizadas pelo poder concedente, conforme previsto no edital e no contrato”. Segundo Di Pietro<sup>349</sup>, dos encargos estabelecidos no art. 31, incisos VII e VIII, também se refletiriam prerrogativas públicas do poder concedente. Contudo, o zelo pelos bens vinculados à prestação do serviço é de fato um ônus, um encargo da concessionária<sup>350</sup>. Não se trata aqui de prerrogativa do Poder Público, embora se entenda que o fato daqueles bens se sujeitarem ao regime jurídico publicista gera também para o concedente o dever de por eles zelar. A captação, gestão e aplicação

---

<sup>349</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Parcerias na administração pública**, concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. São Paulo: Atlas, 1999, p.77.

<sup>350</sup> A propósito disto, a concessionária responderá objetivamente pelos danos causados em decorrência da negligência em adotar as medidas necessárias a conservação e manutenção destes bens. Como exemplo tem-se a sentença condenatória que definiu a responsabilidade de concessionária de energia elétrica pela queda de um helicóptero sobre os cabos de alta tensão desativados em local onde não havia sinalização. ApC. No.2156/96, 3ª. Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, julgado em 19 de outubro de 1996 e publicada no Diário Oficial do Estado em 20/9/1996. Rel. Des. Antonio Eduardo F.Duarte.

dos recursos necessários à execução do serviço também constituem deveres do concessionário que se submeteu às regras da licitação e do contrato para explorar a atividade por sua conta e risco, devendo, sobretudo, oferecer um serviço público adequado em função do regime jurídico dos serviços públicos.

Os direitos dos usuários também são quesitos essenciais à gestão do serviço público. A lei no. 8.987/95, no Capítulo III, intitulado *Dos Direitos e Obrigações dos Usuários*, elenca alguns direitos básicos, sem prejuízo do estabelecido no Código de Defesa do Consumidor (Lei no. 8.078/90). São direitos do usuário a prestação do serviço adequado, o direito à informação e o direito de escolha entre vários prestadores de serviço, quando for o caso. No mesmo artigo (art. 7º, incisos IV a VI), consideram-se direitos-deveres do usuário: a comunicação de irregularidades de que tenham conhecimento à concessionária e ao Poder Público; a comunicação ao poder concedente dos atos ilícitos prestados pela concessionária, na prestação do serviço, e o zelo pelas condições dos bens públicos por meio dos quais os serviços lhes são prestados.

Entende-se que somente constitui dever do usuário o zelo pelos bens públicos colocados à sua disposição. A comunicação de irregularidade ou mesmo a denúncia dos atos ilícitos praticados pela concessionária deveriam estar centrados no âmbito do direito à participação. Sem dúvida que os últimos incisos do artigo 7º não têm uma boa adequação no âmbito da lei. Talvez uma lei de proteção aos interesses do usuário pudesse enquadrá-los de modo mais elaborado, apontando, inclusive, as conseqüências do descumprimento.

Como a Administração Pública não transfere a titularidade do serviço e continua sendo por ele responsável, deve zelar pela fiel observância do interesse público e pela execução do contrato<sup>351</sup>. No âmbito do poder de controle insere-se a

---

<sup>351</sup> Os poderes da administração concedente são classificados em: poder de controle, poder sancionatório, poder de extinguir a concessão por caducidade ou encampação, poder de intervenção, poder de utilização compulsória dos recursos da empresa e poder de exigir garantia.

possibilidade de alteração unilateral e o poder de fiscalizar a execução do contrato. A lei no. 8.987/95 previu todas as formas de controle, atribuindo ao poder concedente o poder de fiscalização estabelecido genericamente no art. 3º.; a competência para regulamentar e fiscalizar permanentemente a prestação do serviço (art. 29, I); o poder de homologar reajustes e proceder à revisão de tarifas (art. 29, V); o poder de cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares e contratuais referentes à concessão (art. 29, VI); o poder de fiscalização nas áreas administrativa, contábil, econômica, técnica e financeira da concessionária, com acesso a todos os danos (art. 30 e art. 31, inciso V).

O poder de fiscalização e controle da Administração é amplo em razão da titularidade do serviço, devendo ser encarado como um poder-dever<sup>352</sup>. Qualquer falha relacionada à omissão do Poder Público no dever de fiscalizar poderá resultar na sua responsabilidade por omissão<sup>353</sup>. Pela leitura do art.30, parágrafo único do 8.987/95, o controle pode ser realizado permanentemente por um órgão técnico do poder concedente ou por entidade conveniada<sup>354</sup>. Além do controle permanente, haverá o controle periódico a ser feito por comissão composta por representantes do poder concedente, dos usuários e da concessionária.

O poder sancionatório é a consequência do poder de fiscalização, implementando a aplicação das penalidades aos infratores. A lei no. 8.987 não indica as penalidades cabíveis, embora determine no art. 38 que “a inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições do art.27 e as normas convencionais entre as partes”. O legislador

---

<sup>352</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Parcerias na administração pública**, concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. São Paulo: Atlas, 1999, p.80.

<sup>353</sup> A esse respeito v. Fernando Facury Scaff (*In Responsabilidade civil do Estado intervencionista*. São Paulo: Renovar, 2001, p.251).

<sup>354</sup> A lei no.9.074/95, no art. 36, prevê a possibilidade de elaboração de convênio de cooperação, para credenciamento dos Estados e Distrito Federal, com o fim de permitir a estes a realização de atividades de fiscalização complementar e controle dos serviços prestados nos seus respectivos territórios. Em virtude disto, através de convênio, a Agência Reguladora do Estado do Ceará - ARCE exerce complementarmente a fiscalização do serviço de distribuição de energia elétrica no Estado.

poderia ter sido menos tímido neste sentido, afinal, pelo princípio da legalidade (art.5º., II, CF/88), as penalidades somente poderiam ser previstas em lei e não em editais ou contratos. Neste sentido, a lei de licitações (no. 8.666/93), em seus artigos 86 e 87, estabelece algumas sanções administrativas que poderiam, em caráter subsidiário, se aplicar ao descumprimento dos contratos de concessão<sup>355</sup>.

Para garantir a adequação do serviço, o cumprimento das normas contratuais e legais, o poder público poderá intervir na concessão (art. 32, Lei no. 8.987). A intervenção será viabilizada por decreto do poder concedente, no qual serão indicados o interventor, o prazo da intervenção, os seus objetivos e limites. Não assume um caráter punitivo; trata-se de uma medida fiscalizatória extrema, de acordo com a qual há uma substituição temporária da concessionária pelo poder concedente enquanto se instaura e conclui o procedimento administrativo tendente a apurar irregularidades.

Após o decreto de intervenção o Poder Público concedente terá até trinta dias para instaurar procedimento, cuja conclusão deve se fazer em cento e oitenta dias, respeitando-se o princípio da ampla defesa. O procedimento administrativo instaurado poderá concluir pela extinção da concessão, pela nulidade da intervenção, pela aplicação de penalidades ou pela continuidade do contrato, hipótese em que o interventor haverá de apresentar uma prestação de contas relativamente ao período da intervenção.

O poder de extinguir a concessão é outra prerrogativa do poder concedente. É certo que o modo natural de extinção ocorre pelo termo final do contrato, mas, além desta, a lei de concessões (art. 35, Lei no. 8.987/95) prevê outras modalidades, dentre as quais a encampação e caducidade. Na hipótese de encampação, o serviço é retomado pelo poder concedente, ainda no prazo de vigência do contrato, por motivo

---

<sup>355</sup> No que toca à concessão de energia elétrica, o Decreto no.2.335/97 (instituidor da ANEEL) definiu algumas penalidades para os agentes do setor de energia elétrica, muitas delas coincidentes com as sanções estabelecidas pela lei de licitações. Mas, a principal crítica que se faz ao diploma, invoca o princípio da legalidade, afirmando-se que um decreto não poderia definir penalidades.

de interesse público. Em linhas gerais, a encampação se assemelha à rescisão unilateral do contrato, prevista no art. 78, inciso XII, da Lei de Licitações, com a particularidade de exigir prévia autorização legislativa. Como não constitui medida punitiva, caberá à concessionária o direito à justa indenização<sup>356</sup>, na forma dos arts. 36 e 37 da lei de concessões.

A extinção por caducidade corresponde à rescisão por inadimplemento contratual da concessionária e se dá nos termos do art. 38 da lei referida. Antes da extinção do contrato, cabe ao Poder Público conceder um prazo para correção das falhas e enquadramento da concessionária às propostas contratuais. A falta do enquadramento poderá resultar na instauração de um processo administrativo de inadimplência que, uma vez comprovada, possibilitará a extinção da concessão sem direito à indenização, salvo pelos bens revertidos para o patrimônio do concedente.

O poder de utilização compulsória dos recursos da concessionária, previsto no art. 35, parágrafos 2º. e 3º., tem por fim assegurar a continuidade do serviço público na hipótese de extinção da concessão. Por esta via, o poder concedente está autorizado a ocupar as instalações e utilizar todos os bens essenciais à prestação do serviço. Por força do art. 58, inciso V, da Lei de Licitações, para acautelar da apuração administrativa de faltas contratuais em caso de serviços essenciais, o poder concedente também terá a prerrogativa de utilizar compulsoriamente estes recursos.

São também características inerentes à gestão do serviço público: o poder de exigir garantia (art. 23, inciso V, Lei no. 8.987/95), a natureza pública dos bens da concessionária afetados à prestação do serviço (os chamados bens reversíveis), a responsabilidade civil da concessionária orientada por normas de direito público (art. 37, §6º. c/c art. 25, Lei no. 8.987/95) e os efeitos trilaterais da concessão sobre o concedente, o concessionário e o usuário.

---

<sup>356</sup> Segundo Arnold Wald, a indenização tem de ser plena e abranger inclusive os lucros cessantes (Cf. WALD, Arnoldo et al. **O direito de parceria e a lei de concessões**. São Paulo: Saraiva, 2004, p.412).

### 3.6.2 As cláusulas econômicas ou financeiras de interesse da empresa privada – o princípio do equilíbrio econômico-financeiro

A empresa privada sequer participaria do processo licitatório se não tivesse em vista a realização do lucro, mesmo ciente de todas as restrições inerentes à prestação do serviço público pela via da concessão. Assim, além das cláusulas exorbitantes, o contrato de concessão apresenta alguns elementos relacionados à proteção dos interesses da empresa que culminam com a garantia do *equilíbrio econômico-financeiro*, a fim de possibilitar a sua justa remuneração pela prestação do serviço.

Em verdade, a garantia da equação financeira, da equação econômica ou do equilíbrio econômico financeiro tem sede constitucional no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e amparo infraconstitucional na lei no. 8.987/95, no art.9º. e parágrafos, e art.10. Para Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>357</sup>, a equação financeira “é a relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro lado, pela compensação econômica que lhe corresponderá”. Trata-se do reconhecimento da boa fé objetiva nos contratos, preservando os direitos do contratante mesmo diante do poder de império da administração. No dizer de Garcia de Enterría e Tomaz-Ramon Fernandez<sup>358</sup>, a idéia do equilíbrio financeiro reside na justa medida que se deve estabelecer entre o que se concede e o que se exige do concessionário. Assim, argumenta Cretella Junior<sup>359</sup> que “a administração tem o poder-dever de tomar providências imediatas para, por

<sup>357</sup> *In Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1993, p.294.

<sup>358</sup> Explicam a idéia do equilíbrio financeiro a partir das questões sobre a *Cie Français des Trammways de 11.3.10*, quando o Comissário do Governo Leon Blum destacou o que a partir daquele momento iria inspirar a trajetória da jurisprudência e os próprios textos positivos: “É da essência mesma de todo contrato de concessão o buscar e realizar, na medida do possível, uma igualdade entre as vantagens que se concedem ao concessionário e as obrigações que lhe são impostas. As vantagens e as obrigações devem compensar-se para formar a contrapartida entre os benefícios prováveis e as perdas previsíveis. Em todo contrato de concessão está implicada, como um cálculo, a honesta equivalência entre o que se concede ao concessionário e o que se lhe exige. É o que se chama a equivalência comercial e a equação financeira do contrato de concessão” (*In Curso de direito administrativo*. Trad. Arnaldo Setti, colaboração de Almudena Marin López e Elaine Alves Rodrigues. São Paulo: RT, 1990, p.654).

<sup>359</sup> CRETELLA JUNIOR, J. *Das licitações públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.360.

aditamento, restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, sempre que ocorrer alteração do ajuste que aumente os encargos do interessado licitante”. Conforme Helly Lopes Meirelles<sup>360</sup>, citando Marcel Waline, a manutenção do equilíbrio financeiro corresponde a um direito fundamental de quem contrata com a Administração Pública.

Assim, além dos aspectos básicos sobre a definição da tarifa e das possibilidades de revisão, interessa observar os efeitos do aleatório na equação financeira do contrato de concessão. A lei, a jurisprudência e a doutrina brasileiras classificaram essas circunstâncias em álea empresarial, álea econômica e álea administrativa, para os fins de atribuição de responsabilidade às partes contratantes, pelos impactos gerados em contratos administrativos<sup>361</sup>.

A regra básica é que a concessionária assume os riscos do negócio derivados da álea empresarial ordinária (art. 25, Lei no. 8.987). Os riscos econômicos, inobstante, correspondentes aos efeitos de circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis, alheias à vontade das partes e supervenientes à assinatura do contrato administrativo, devem ser arcados pela Administração Pública com base nas teorias da equação financeira e da imprevisão. Ou seja, a Administração responderá pelos efeitos dos fatos econômicos que geram forte impacto no equilíbrio financeiro do contrato.

Para Pietro<sup>362</sup>, a álea administrativa implica em três espécies de situações: o fato da administração, o fato do príncipe e a alteração unilateral do contrato pela Administração. O fato da administração deriva da omissão ou de ato praticado pela Administração (enquanto autoridade pública e não como parte do contrato) mas que, incidindo diretamente sobre o contrato, retarda ou impede a sua execução, de sorte a

---

<sup>360</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Reajustamento e recomposição de preços em contrato administrativo. **Revista de direito administrativo**. No. 139, jan/março, Rio de Janeiro: FGV, 1980, p.12.

<sup>361</sup> WALD, Arnaldo et al. **O direito de parceria e a lei de concessões**. São Paulo: Saraiva, 2004, p.181 e PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Parcerias na administração pública**, concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. São Paulo: Atlas, 1999, pp.94 e segs.

comprometer a equação econômica, ou seja, o equilíbrio econômico-financeiro. Ocorre, como ilustra Hely Lopes<sup>363</sup>, quando “a Administração deixa de entregar o local da obra ou do serviço, ou não providencia as desapropriações necessárias, ou atrasa os pagamentos por longo período de tempo, ou pratica qualquer ato impeditivo dos trabalhos a cargo da outra parte” (art. 78, XIV a XVI, da Lei no. 8.666/93).

Na hipótese, não poderá o particular interromper a prestação do serviço, devendo pleitear a rescisão contratual administrativa ou judicial por culpa do Poder Público<sup>364</sup>. No caso de concessão, o particular somente poderá pleitear a rescisão do contrato pela via judicial, nas hipóteses de descumprimento contratual sem a possibilidade de suspensão imediata da execução do serviço<sup>365</sup>.

Nos casos de alteração unilateral do contrato, a Lei no. 8.987/95 determina expressamente a responsabilidade da Administração pelo restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato (art. 9º., §4º.)<sup>366</sup>. O fato do príncipe, por sua vez, abrange as medidas de ordem geral que, embora não relacionadas diretamente ao contrato, nele repercutem, alterando o equilíbrio econômico-financeiro<sup>367</sup>.

---

<sup>362</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Parcerias na administração pública**, concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. São Paulo: Atlas, 1999, pp.94/95.

<sup>363</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1996, p.223.

<sup>364</sup> A Lei no.8666/93 prevê uma hipótese bem clara em que é dado ao particular o direito de suspender a prestação do serviço. Trata-se da hipótese prevista no art. 78, XV, quando ultrapassados 90 dias sem que a Administração efetue os pagamentos em atraso.

<sup>365</sup> Art.39, Lei no.8.987/95 - “O contrato de concessão poderá ser rescindido por iniciativa da concessionária, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder público concedente, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim”.

<sup>366</sup> A respeito disto, o art. 18, inciso VII também estabelece que o edital de licitação tem de prevê “os direitos e obrigações do concedente e da concessionária nas hipóteses de alterações e expansões a serem realizadas no futuro, para garantir a continuidade da prestação do serviço”. No mesmo sentido, é a disposição do art. 23, inciso V.

<sup>367</sup> O art.9º.,§3º. da Lei no. 8.987, apresenta uma hipótese de fato do príncipe, como também a Lei no. 8666, no art.65, inciso II, alínea *d*, faz referência expressa.

Segundo Hely Lopes<sup>368</sup>, “o fundamento da teoria do fato do príncipe é o mesmo que justifica a indenização do expropriado por utilidade pública ou interesse social, isto é, a Administração não pode causar danos ou prejuízos aos administrados, e muito menos a seus contratados, ainda que em benefício da coletividade. Quando isto ocorre, surge a obrigação de indenizar”. Em contraposição às hipóteses de alteração unilateral do contrato, nas quais emerge a responsabilidade contratual, o fato do príncipe ocasiona uma responsabilidade extra-contratual<sup>369</sup>.

Os tribunais<sup>370</sup> têm consagrado o direito à equação financeira do contrato de concessão, consolidando a posição da doutrina. Em síntese, a lei prevê a revisão de cláusulas financeiras para o restabelecimento do equilíbrio econômico nos casos do fato do príncipe (art. 9º, §3º.) e da alteração unilateral das cláusulas (art.9º, §4º.). Mas é inarredável que em outras circunstâncias não previstas expressamente, mas que caracterizam o fato da administração, o fato do príncipe ou a álea econômica, aplicar-se-ão subsidiariamente os dispositivos no art. 65, da Lei no. 8.666/93, especialmente o inciso II, *d* e §§ 5º e 6º . Sem esquecer do reconhecimento doutrinário e jurisprudência das áleas já mencionadas que autorizam a revisão dos contratos em atenção aos princípios da boa fé e à necessidade de continuidade do serviço público.

### **3.7 Regulação tarifária: o desafio de compatibilizar o interesse público e o interesse privado**

A regulação tarifária envolve questão de elevada importância pois trata-se, de um lado, de equacionar o interesse público, representado pela necessidade de generalizar o acesso ao serviço, e, de outro, do direito do concessionário à justa remuneração pelo serviço e pelo investimento. Como contraprestação de um serviço de interesse geral, a tarifa não pode ser estabelecida ao sabor da empresa privada.

---

<sup>368</sup>MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1996, p.223.

<sup>369</sup> Ressalva-se que parte da doutrina considera que o fato do príncipe abrange a alteração unilateral do contrato.

<sup>370</sup> STJ, Recurso Especial no.32.534-5. Rel. Min. César Asfor Rocha, **Revista dos tribunais**, São Paulo, no.706, p.193-210, ago.1994.

Para a sua determinação, dois princípios haverão de ser harmonizados: a modicidade das tarifas e a equação financeira do contrato. A tarifa não pode ser onerosa a ponto de inviabilizar o acesso ao serviço, mas também não pode ser irrisória, haja vista que deve remunerar a concessionária e compensar o investimento realizado.

A Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL<sup>371</sup> divulgou o conceito de tarifa como:

a síntese de todos os custos incorridos ao longo da cadeia produtiva da indústria de energia elétrica: geração, transmissão, distribuição e comercialização. O seu valor deve ser suficiente para preservar o princípio da modicidade tarifária e assegurar a saúde econômica e financeira das concessionárias, para que possam obter recursos suficientes para cobrir seus custos de operação e manutenção, bem como remunerar de forma justa o capital prudentemente investido com vista a manter a continuidade do serviço prestado com qualidade desejada.

A lei no. 8.987/95, no art.9º., dispõe que “a tarifa será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta lei, no edital e no contrato”. Como forma de preservar o equilíbrio financeiro do contrato, a Constituição (art. 37, XXI) e a lei garantiram ao concessionário não apenas a rentabilidade da operação mas também a compensação pelo seu investimento financeiro<sup>372</sup>.

Se a tarifa é inicialmente fixada no momento da licitação, o cerne da questão é como revê-la para garantir-se a equação financeira. A lei de concessões estabelece que os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas (art. 9º., §2º) e que os reajustes serão periódicos para a atualização da tarifa. Embora o edital e o contrato possam estabelecer critérios para a revisão da tarifa, haverão de respeitar a modicidade da tarifa, entendendo-se esta como acessível a todos os usuários, vez que

---

<sup>371</sup> *Apud* Arnold Wald (*In O direito de parceria e a lei de concessões*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.198).

<sup>372</sup> Na avaliação do investimento financeiro deve se ter por base, segundo Wald, o valor efetivo e real de todo o investimento empresarial, ou seja, o valor de mercado dos ativos imobilizados, dos materiais corpóreos e da capacidade de geração de receita (Op. Cit. p.196).

toda concessão pressupõe a prestação do serviço adequado ao pleno atendimento do usuário (art. 6º. caput e §1º. Lei no. 8.987/95)<sup>373</sup>.

A revisão corresponde à recomposição dos preços ajustados no contrato, considerando as particularidades de uma determinada atividade e os fatos e situações que ocorreram em relação à mesma. Envolve a idéia de novo preço, por força de condições econômicas específicas que afetaram o contrato, alterando o equilíbrio econômico-financeiro. Assim, se a tarifa resultante de reajuste não foi revista, corresponde à mesma tarifa anterior. A tarifa decorrente da recomposição equivale a tarifa nova, cuja estipulação está destinada à garantia da equação econômico-financeira, alterada por incidência de áleas extraordinárias, econômica ou administrativa.

Os processos de reajuste e revisão terão início a partir do requerimento da concessionária ao poder concedente. Nas hipóteses dos setores para os quais existe agência reguladora, a exemplo da energia elétrica e das telecomunicações, tal requerimento deve ser a ela encaminhado<sup>374</sup>. O pedido de revisão será acompanhado do relatório técnico ou do laudo pericial que demonstre o impacto de qualquer ocorrência sobre os principais componentes de custos definidores do valor da tarifa, assim como os seus reflexos sobre a receita. No prazo contratual caberá ao órgão regulador se manifestar, considerando na sua apreciação, dentre outros fatores, o consumo estimado, a conta mínima de serviços básicos a usuários de baixa renda, o nível do inadimplemento, o equilíbrio econômico-financeiro e a legislação monetária<sup>375</sup>.

---

<sup>373</sup> Arnold Wald estabelece a diferença entre reajuste e revisão. Entende por reajuste a atualização, mediante homologação do poder concedente, do preço com base nos índices que reflitam a variação do custo do serviço. A revisão, por sua vez, é a restauração do equilíbrio-financeiro. Enquanto no reajuste não há aumento, mas mera atualização, na revisão trata-se de uma alteração do valor (Op. cit. pp.193/194).

<sup>374</sup> Vide Lei n.9.427, de 26/12/1996 (Institui a ANEEL), art. 3o. - Além das atribuições previstas nos incisos, II, III, V, X, XI e XII do art. 29 e no art. 30 da Lei no.8.987, de 1995, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no §1º., compete à ANEEL:" (grifo intencional) e Lei no.9.472, de 16/07/1997 (Institui a ANATEL), art. 1º., parágrafo único.

<sup>375</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p.302.

Com efeito, a regulação tarifária é fundamental, principalmente quando se trata dos setores privatizados. Cabe ao poder concedente intentar a compatibilização entre os dois fatores de difícil conciliação: o lucro e a equidade, especialmente num país marcado por um terrível quadro de desigualdade social.

A modicidade do serviço deve permitir a todos, independentemente de condição sócioeconômica ou localização geográfica, o acesso ao serviço. Para isso a lei de concessões permite a cobrança de tarifas diferenciadas para o atendimento dos distintos segmentos de usuários, ou seja, as chamadas tarifas sociais (art.13). Como também poderá permitir, com base no edital e no contrato, outras fontes alternativas ou acessórias de receitas à concessionária, para complementar-lhe a remuneração, favorecendo a modicidade das tarifas e o equilíbrio econômico-financeiro (art. 11).

Já a universalização é princípio que qualifica o serviço adequado e portanto deve ser um dos objetivos do órgão regulador. Como visa à ampliação do serviço para toda a população, algumas metas gerais são estabelecidas: a ampliação do atendimento, a modicidade das tarifas e os programas de tarifas diferenciadas. Tendo em vista este princípio, a ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica) estabeleceu: as metas de universalização através de ato normativo próprio, que foram superadas pelo Programa Luz Para Todos, citado anteriormente, bem como o programa de atendimento ao consumidor de baixa renda, caracterizado pela utilização de tarifas diferenciadas, as chamadas tarifas sociais. A ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) estabeleceu as metas de universalização para os serviços de telefonia fixa comutada sob o regime de direito público, através do Decreto no. 2.592, de 15 de maio de 1998.

### **3.8 Mecanismos de controle da concessão – a regulação dos serviços públicos**

As concessões estão sujeitas aos mais diversos mecanismos de controle. Já na fase de elaboração de edital de licitação submetem-se ao controle administrativo e do

Judiciário. Mas o objetivo maior é firmar o controle sobre a execução do serviço pelo poder público concedente, que mantém ingerência no que toca ao reajuste e revisão das tarifas, no cumprimento das normas do edital, do contrato e da legislação, visando à realização da sua plena adequação.

Aguillar<sup>376</sup> fala do controle prévio das concessões, exercido na fase dos editais de licitação para a concessão, e na fase de privatização das empresas estatais. Caberia nesta fase preliminar, segundo o autor, o controle da concorrência pelo próprio Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE<sup>377</sup>. Corroborando a afirmativa desse autor, Marusa Vasconcelos Freire<sup>378</sup> defende a possibilidade de interferência do CADE nas privatizações quando ficar evidenciado que o procedimento de privatização resultou em uma situação de prejuízo à concorrência, ferindo as exigências legais.

Além do controle realizado pela própria unidade contratante, na fase de edital, há algumas modalidades de controle externo<sup>379</sup>, como o controle estabelecido no art.41 da Lei no. 8.666/93, que dispõe sobre a impugnação do edital por irregularidade perante a própria Administração, enquanto o art.113, §1º, da mesma lei, traz a possibilidade de representação ao Tribunal de Contas por eventual irregularidade<sup>380</sup>.

---

<sup>376</sup> AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p.274.

<sup>377</sup> Justifica o seu argumento no art.54, da Lei no.8.884/94 que estabelece da seguinte forma: "Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos a apreciação do CADE".

<sup>378</sup> FREIRE, Marusa Vasconcelos. A atuação do CADE diante da desestatização. **Revista de direito econômico**. No. 199, abr/jun, pp.67 e segs.

<sup>379</sup> GRANZIERA. Maria Luiza Machado. **Contratos administrativos**, gestão, teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2002, pp.202/203.

<sup>380</sup> Em parecer elaborado por Adilson de Abreu Dallari, observa-se o caso em que o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo decidiu julgar ilegal o edital de concorrência para a concessão de todo um sistema viário. A decisão considerou excessiva a garantia estipulada no edital, qualificada muito mais como quesito utilizado para restringir a concorrência. Veja-se por oportuno, que o controle do Tribunal de Contas refere-se a uma modalidade de controle externo dos atos da administração pública. (*In* Concessão de serviço público: garantias exigíveis dos proponentes - legislação aplicável. Parecer. **Revista trimestral de direito público**. No.16/96, São Paulo: Malheiros, 1996, p.87).

O edital de concorrência deve respeitar os princípios gerais do contrato administrativo, dentre outros a legalidade, a isonomia, a impessoalidade, a probidade administrativa (art. 3º., Lei no. 8.666/93) e até mesmo a razoabilidade. Embora se saiba que o edital para concessão de serviços públicos deve atender às exigências da lei específica, não poderá a administração pública fugir dos princípios que orientam a sua atividade.

Quanto à realização do serviço, com o integral cumprimento do contrato e da legislação pertinente, tem-se o controle pelo ente regulador e o controle do usuário por meio da participação. O termo *regulação* designa não somente o estabelecimento de regras de prestação dos serviços, mas o estabelecimento de regras de constituição e funcionamento dos entes reguladores. No Brasil, como visto, a ampliação da idéia de regulação deriva da reforma administrativa, com as possibilidades de parceria entre o Poder Público e o capital privado.

No que importa a esse item, a regulação será entendida nos seus aspectos econômico e social. O aspecto econômico traduz o melhoramento da eficiência e do equilíbrio dos setores regulados, e o aspecto social corresponde à tentativa de correção do desequilíbrio que o mercado origina<sup>381</sup>. A regulação de caráter social importa no importante papel de gerir os diversos interesses envolvidos, muitas vezes contraditórios, a exemplo da estrutura tarifária. Em última análise, a intervenção regulatória visa à regulamentação dos contratos em prol da efetiva concorrência e do acesso ao serviço público adequado.

Em regra, o próprio poder concedente exerce a regulação, porém, podem ser criados entes reguladores dotados de autonomia, como o exemplo das agências reguladoras nos setores de distribuição de energia elétrica e de telecomunicações. No exercício das suas atribuições, o órgão disporá de uma competência normativa para reanimar as disposições contratuais a longo prazo, traduzindo as obrigações legais e

---

<sup>381</sup> GOLVEIA, Rodrigo. **Os serviços de interesse geral em Portugal**. Coimbra: Coimbra editora, 2001, pp.39/40.

contratuais em prol da qualidade e atualidade do serviço, bem com do respeito ao seu usuário.

A lei de concessões traz um rol básico de direitos para os usuários, incluindo genericamente o direito à participação, e as leis que tratam das agências reguladoras estabelecem, em algumas passagens, a participação do usuário. No capítulo que se segue, serão analisadas a estrutura básica das agências reguladoras no âmbito da Administração Pública e as suas finalidades, em especial, a sua atuação na defesa do usuário.

## 4 AGÊNCIAS REGULADORAS DOS SERVIÇOS PÚBLICOS E A DEFESA DO USUÁRIO

### 4.1 Razões que justificam a difusão das agências reguladoras

Embora presentes tradicionalmente no direito americano<sup>382</sup> e de certo modo no direito inglês<sup>383</sup>, as agências reguladoras passaram a integrar as pautas das discussões sobre as estratégias intervencionistas do Estado, a partir dos anos 80<sup>384</sup>. A sua aceitação nos mais diversos Estados ocidentais deriva das alterações no conceito de atividade administrativa, provocadas pelas crises no Estado do bem-estar e

---

<sup>382</sup> Originariamente as agências derivam do direito americano, posto que os EUA foram o primeiro Estado a adotar este modelo organizativo, em virtude do papel diminuto que exercem na persecução de necessidades coletivas, em geral, satisfeitas na forma de atividades econômica desenvolvidas por particulares. A doutrina justifica que o modelo de agências americano guarda inspiração no modelo administrativo policêntrico inglês. (In ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.226).

<sup>383</sup> No direito inglês, suas raízes guardam relação com os *quangos* (*quase non governmental organizations*) criados a partir do século XIX. Como não havia a idéia de Administração Pública, mas apenas de Governo, na medida em que editava-se uma lei para dar conta de determinado interesse público, instituíam-se um órgão, relativamente independente em relação ao governo, para implementá-la. De sorte que foram criados *quangos* para as mais diversas finalidades (assistenciais, de controle, reguladoras, etc), chegando a alcançar o número de mil e quinhentas organizações. Típicos da experiência britânica são os seguintes *quangos*: *Monopolies and Mergers Commission* (com competência na área da concorrência), *British Broadcasting Corporation - BBC* (para controle da televisão privada), *Independent Broadcasting Authority* (para regulação da repartição de fundos entre as universidades e os centros de investigação). Durante o Governo Thatcher, adepto da *desregulation*, muitos *quangos* foram extintos e tantos outros foram criados, já com a denominação americana *agencies* ou *commissions* para regular atividades desestatizadas (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp.224/225 e MOREIRA, Vital e MAÇAS, Fernanda. **Autoridades reguladoras independentes: Estudo e projeto de lei-quadro**. Coimbra: Coimbra editora, 2003, p.21).

<sup>384</sup> Observa-se, nas últimas duas décadas, uma tendência geral nos países europeus em matéria de regulação, seguindo a tradição norte-americana de mais de um século, consistente em entregar as tarefas regulatórias a entidades públicas fundamentalmente independentes do governo e da administração direta do Estado. Especificamente, com o processo de privatização na Inglaterra, o objetivo da regulação foi o de tornar a parceria entre o Estado e particulares interessante para as três partes envolvidas: Estado, capital privado e usuário (SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização: privatização, concessões, terceirização e regulação**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p.439).

conseqüente ascensão do princípio da subsidiariedade que impõe a realização de atividades públicas por particulares<sup>385</sup>.

Uma das manifestações mais visíveis do redimensionamento do papel do Estado traduz-se na criação destas entidades, independentes do Governo, com finalidades específicas de regulação para a garantia da constituição e o funcionamento de um mercado concorrencial, respeitando-se os interesses dos usuários e dirimindo-se os abusos do poder econômico<sup>386</sup>. O Estado passa a ser essencialmente regulador de uma economia crescentemente privatizada, uma vez que tem reduzido o seu papel enquanto empresário e enquanto prestador direto de serviços públicos. Embora a regulação continue sob a tutela do Estado, alcança notável independência do Governo, revestindo-se de elevada feição técnica, cotejadora dos interesses setoriais envolvidos, mas infensa das pressões político-eleitorais presentes nas decisões governamentais.

A regulação da atividade econômica e dos serviços públicos por agências reguladoras ou autoridades administrativas independentes<sup>387</sup> corresponde ainda a uma resposta ao processo de elevada tecnicização dos diversos subsistemas sociais bem como ao processo de interpenetração dos espaços *público* e *privado*. Pois uma regulação estatal homogênea, centralizada e meramente política, sem o recurso aos meios técnicos não seria suficiente para produzir os efeitos necessários à sociedade que deve servir<sup>388</sup>. Neste sentido, a necessidade de conhecimentos especializados na

---

<sup>385</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, pp.31/32.

<sup>386</sup> ARAÚJO, Helena Caetano e PIRES, José Cláudio Linhares. Regulação e arbitragem nos setores de serviços públicos no Brasil: problemas e possibilidades. **Revista de administração pública**. Vol.34, no.5, setembro/outubro, 2000, Rio de Janeiro: FGV, 2000, pp.11/12.

<sup>387</sup> Na Europa, as autoridades reguladoras independentes assumiram uma feição mais ampla, como autoridades administrativas independentes (AAI), de cunho francês, integradas por outras autoridades independentes dotadas de outras funções que não apenas a regulação econômica. Integram-se ali, por exemplo, entidades criadas para a defesa de certos direitos fundamentais, como na área de audiovisual, da proteção de dados pessoais informatizados etc (MOREIRA, Vital e MAÇAS, Fernanda. **Autoridades reguladoras independentes: Estudo e projeto de lei-quadro**. Coimbra: Coimbra editora, 2003, pp.22/23).

<sup>388</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.205.

regulação de certos setores justificou a admissão do poder regulamentar das agências reguladoras pela doutrina e jurisprudência americanas<sup>389</sup>.

Para Vital Moreira<sup>390</sup>, os governos manietados pelos interesses eleitorais e partidários, muitas vezes se inibem na tomada de determinadas decisões necessárias mas onerosas para o partido, em curto prazo. A criação das agências reguladoras vislumbra uma gestão pública politicamente neutralizada, com legitimidade assentada na especialidade técnica. Desse modo,

as autoridades administrativas independentes surgem essencialmente em domínios onde se pretende que certas funções de regulação e de ordenação da vida social, econômica, ou cultural, ainda que materialmente integradas no executivo, se desenvolvam de acordo com as próprias regras do sector, à margem de quaisquer pressões sejam de natureza política, econômica, profissional, pessoal ou mesmo técnica<sup>391</sup>.

Etimologicamente, o conceito de regulação envolve duas idéias básicas: o estabelecimento e implementação das regras e a manutenção ou garantia do funcionamento equilibrado de um sistema. Envolve o estabelecimento das regras do jogo e a garantia de sua implementação, mediante fiscalização e sanção das infrações, na tentativa de alcançar os objetivos públicos determinados.

O surgimento das agências reguladoras corresponde à tendência da administração pública moderna<sup>392</sup> em romper com a estrutura monolítica de controle para adotar um modelo policêntrico, caracterizado pela pluralidade de centros de decisão e de responsabilidade. Tanto mais a coletividade se especializa e se diferencia técnico-profissionalmente e ético-culturalmente, quanto mais haverá a necessidade

---

<sup>389</sup> Mesmo nos EUA houve discussões em torno da constitucionalidade do poder regulamentar das agências reguladoras. Inicialmente os tribunais americanos entendiam que a delegação do poder legislativo aos entes reguladores feria a separação dos poderes e, portanto, padecia da inconstitucionalidade. Porém, a doutrina da não-delegação não perdurou em virtude da incapacidade do Legislativo em tratar sobre matérias tão específicas (CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2002, pp.71/72).

<sup>390</sup> MOREIRA, Vital e MAÇAS, Fernanda. **Autoridades reguladoras independentes**. Estudo e projeto de lei-quadro. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 49.

<sup>391</sup> MOREIRA, Vital e MAÇAS, Fernanda. Op. cit., p.50.

<sup>392</sup> Expressão utilizada por Odete Medauar (*In Direito administrativo moderno*. São Paulo: Renovar, 2003, p.48).

de diferenciação político-administrativa capaz de corresponder à realidade social. Como salienta José Eduardo Faria<sup>393</sup>, o Estado tende a perder a centralidade, a unidade e a exclusividade diante da extrema diversidade de interesses privados e do crescente número de decisões econômicas tomadas fora do alcance de sua jurisdição.

É certo que, nos Estados de organização administrativa tipicamente unitária e centralizada, a inserção destes organismos pode surpreender não apenas os doutrinadores, mas os aplicadores do direito e a própria sociedade. Não sem razão a presença das agências reguladoras, com a sua singular autonomia, na estrutura administrativa de Estados, como a França, Portugal, Argentina e Brasil, suscita dúvidas e discussões, que vão desde a roupagem jurídica por elas assumida até a sua constitucionalidade diante do princípio da separação dos poderes<sup>394</sup>.

De toda sorte, emergem como alternativa às estruturas da administração pública tradicional de estirpe puramente burocrática, central-hierarquizadas, morosas, inspiradas em critérios preponderantemente políticos, que se revelaram inadequadas ao enfrentamento dos novos desafios com os quais se depara o Estado. Em função das crises internas (de governança e de governabilidade) e das pressões externas, o Estado brasileiro também teve de redesenhar a sua organização administrativa, em busca da propalada eficiência. Como já visto anteriormente, reduziu o seu tamanho, entabulou parcerias com a iniciativa privada para a execução dos serviços públicos e, conseqüentemente, teve de reestruturar o papel regulador<sup>395</sup>.

---

<sup>393</sup> FARIA, José Eduardo. Globalização, autonomia decisória e política. **Uma década de constituição**. Org. Margarida Maria Lacombe Camargo. São Paulo: Renovar, 1999, pp.307/308.

<sup>394</sup> CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes. **Revista de direito administrativo**. No.219, jan/mar, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp.261/265.

<sup>395</sup> Luis Roberto Barroso ressalta que o Estado brasileiro sempre teve o encargo de zelar pela boa prestação do serviço público. Todavia esta função regulatória não era tão visível quando os serviços eram prestados pelo próprio Estado ou pelos entes da administração indireta (*In* Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. **Revista forense**. Vol.365, janeiro/fevereiro, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.91). Vê-se que a função reguladora sempre esteve presente entre as funções estatais de ordenação da economia, conforme sustenta Aragão, citando os exemplos do Instituto Brasileiro do Café - IBC, o Instituto Brasileiro do Alcool - IBA, o Instituto Nacional de Pesos e Medidas - INMETRO, o Conselho Nacional de Seguros Privados - CNEN, a Câmara de Comércio Exterior - CACEX, a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileiras - ICP-Brasil, subordinados, entretanto, aos Ministérios aos quais se vinculavam (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.298).

A atividade administrativa de regulação entrou em cena para orientar e acompanhar a atuação dos agentes privados em setores diretamente ligados à satisfação das necessidades coletivas. Nos Estados Unidos da América são objeto da atividade regulatória, as *public utilities*<sup>396</sup>; em países da Europa, os serviços públicos de interesse geral, nem sempre considerados serviços públicos. No Brasil, são objeto da ação regulatória estatal, o serviço público executado por particular, por meio do regime de concessão ou permissão; as atividades econômicas que exercem impacto sobre o interesse público; e, a exploração de monopólios públicos. Em linhas gerais, compete à autoridade reguladora do serviço público garantir o respeito ao regime jurídico dos serviços públicos que, na Europa, se designa por obrigações de serviço público, em benefício dos utentes.

As entidades de regulação são caracterizadas por alguns traços essenciais: estabilidade do mandato dos seus reguladores, que não podem ser destituídos, exceto por falta grave; autonomia no exercício das funções reguladoras; natureza definitiva das suas decisões que só podem ser impugnadas nos tribunais, não podendo ser revistas pelo Governo; e substancial autonomia na sua gestão financeira e dos recursos humanos.

As críticas que se opõem às agências reguladoras traduzem-se na idéia de déficit democrático que ronda as entidades haja vista a forma de investidura dos dirigentes, a impossibilidade de sua exoneração *ad nutum* pelo chefe do Executivo, a diferença entre tecnicidade e imparcialidade, o elevado poder normativo deferido pelas *leis-quadro*, a falta de *accountability*<sup>397</sup> perante o Legislativo e a sociedade e o perigo da *captura* pelos entes regulados.

---

<sup>396</sup> PORRAS, Eloísa Carbonell e MUÑOZ, José Luís Muga. **Agencias y procedimiento administrativo em Estados Unidos de América**. Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, p.42.

<sup>397</sup> CAMPOS, Ana Maria. *Accountability*: quando poderemos traduzi-la para o português. **Revista de administração pública**. No.24, fev/abr, 1990, Rio de Janeiro: FGV, 1990, p.54.

## 4.2 As agências reguladoras no Brasil

As agências reguladoras surgiram no Brasil como resultado do processo de privatização e de desestatização<sup>398</sup>. E em que pese a inspiração norte-americana na adoção do instituto, especialmente quanto à terminologia, a natureza de autarquia indica uma influência notadamente francesa. Integram a estrutura da administração pública indireta, na condição de autarquias especiais de reforçada autonomia, com as implicações que adiante se aduzirão.

A expressão *agência reguladora* não tem definição legal no Brasil. O termo agência é empregado pela Constituição Federal em referência às agências financeiras (art.165, §2º., CF/88), numa acepção bem diversa daquela que se atribui às agências reguladoras. Mesmo com as Emendas no. 8 e 9 do ano de 1995, a inserção constitucional das agências reguladoras ocorre por meio do termo *órgão regulador*<sup>399</sup>. A Lei no. 9.472/1997, que institui a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, utiliza a expressão européia *autoridade administrativa independente* (art. 9º.). De toda sorte, a regulação dos setores de infra-estrutura no Brasil assume a missão de incentivar e garantir os investimentos necessários, promover o bem-estar dos consumidores e usuários e aumentar a eficiência econômica.

A doutrina portuguesa conceitua as autoridades administrativas independentes como “organismos com funções administrativas especializadas e com independência orgânica e funcional – ou seja, os seus órgãos são inamovíveis e não estão submetidos ao controlo hierárquico, nem a qualquer tutela de outro órgão

---

<sup>398</sup> Embora o Plano Diretor da Reforma do Estado não tenha feito referências específicas às agências reguladoras, estas surgem como consequência das novas estratégias de regulação. E especialmente quanto às agências reguladoras de serviços públicos, para conduzir as políticas públicas para cada setor, visando a prestação do serviço adequado.

<sup>399</sup> CF/88, art. 21, XI e art.177, §2º., III.

administrativo ou governamental, nem de qualquer outra entidade pública ou privada”<sup>400</sup>.

No Brasil, são classificadas segundo vários critérios: quanto à esfera federativa a que pertencem, podem ser federais, estaduais ou municipais; quanto à especialização setorial, podem ser unissetoriais, quando tratam de setores específicos, como as agências federais ou multissetoriais como a maioria das agências estaduais que, por exemplo, regulam os serviços públicos em geral; quanto à autonomia organizacional, tem-se aquelas que editam o seu regimento interno, a exemplo da ANATEL<sup>401</sup>, e aquelas que têm o seu regimento editado pela Administração Central, a exemplo da Agência Nacional de Energia Elétrica -ANEEL<sup>402</sup>; quanto à atividade regulada, critério que interessa de per si, tem-se as agências reguladoras de serviços públicos (Agência Nacional de Telecomunicações -ANATEL; Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL; Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ; Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT e agências estaduais); as agências reguladoras de atividades econômicas privadas (Agência Nacional de Saúde Suplementar -ANS e Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA) e as agências reguladoras da exploração de monopólios públicos (Agência Nacional de Petróleo - ANP e Agência Nacional de Águas - ANA).

Na ótica da reforma administrativa, as agências reguladoras de serviço público assumem a função de garantir a supremacia do interesse público, na mediação dos interesses envolvidos na prestação e utilização do serviço adequado, preservando ainda a equação econômico-financeira dos contratos de concessão. A

---

<sup>400</sup> SANTOS, Antonio Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; e MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito econômico**. Coimbra: Almedina, 2002, p.128.

<sup>401</sup> Lei no.9.472/1997, “Art.19. À agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

.....  
 XXVIII - aprovar o seu regimento interno”

<sup>402</sup> Lei no.9.427/1996, “Art. 34. O Poder Executivo adotará as providências necessárias à constituição da autarquia Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, em regime especial, com a definição da estrutura organizacional, aprovação do seu regimento interno e nomeação dos Diretores, a que se refere o §1º. do art. 29, e do Procurador-Geral.”

agência ANEEL foi instituída pela Lei no. 9.427, de 26 de dezembro de 1996, embora tenha sido efetivamente constituída em outubro de 1997, pelo Decreto no. 2.335. Entretanto, apresentou uma séria falha no momento do seu nascedouro, sucedendo, em vez de anteceder, a reestruturação do setor elétrico pelas Leis no. 8.031/90, 8.631/93, 9.074/95, pelos Decretos no. 1.717/95 e 2.003/96. A ANATEL, dotada de previsão constitucional por meio da Emenda constitucional no. 8, de 1995, foi criada pela Lei no. 9.472, de 16 de julho de 1997. As unidades federativas também podem criar agências reguladoras<sup>403</sup>, mas para efeito deste trabalho serão cotejadas as agências reguladoras de serviços públicos da esfera federal.

#### *4.2.1 Finalidades básicas e as diferentes atividades das agências*

Recorrendo à síntese feita por Pires e Piccinini<sup>404</sup>, as agências reguladoras de serviços têm, em linhas gerais, os seguintes objetivos:

- buscar a eficiência econômica, garantindo o serviço ao menor custo para o usuário;
- evitar o abuso do poder de monopólio, assegurando a menor diferença entre preços e custos, de forma compatível com os níveis desejados de qualidade de serviço;
- assegurar o serviço universal;
- assegurar a qualidade do serviço prestado;

---

<sup>403</sup> Os Estados da Bahia, Ceará, Espírito Santo, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, São Paulo e Sergipe já instituíram agências reguladoras de serviços públicos. Em nível municipal, existe a Agência Municipal de Regulação dos Serviços de Saneamento de Cachoeiro de Itapemirim - AGERSA (Espírito Santo) e a Agência Reguladora dos Serviços de Campo Grande (Mato Grosso do Sul).

<sup>404</sup> PIRES, José Cláudio Linhares e PICCININI, Maurício Serrão. A regulação dos setores de infraestrutura no Brasil. **A economia brasileira nos anos 90**. Organizadores: Fabio Giambiagi e Mauricio Mesquita Moreira. Rio de Janeiro: BNDES, 1999, p.225.

- estabelecer canais para atender às reclamações dos usuários ou consumidores sobre a prestação dos serviços;
- estimular a inovação (identificar oportunidades de novos serviços, remover obstáculos e promover políticas de incentivo à inovação);
- assegurar a padronização tecnológica e a compatibilidade entre equipamentos; e
- garantir a segurança e proteger o meio ambiente.

Mas cabe à lei instituidora, bem como ao respectivo regulamento, a definição das finalidades e atribuições específicas da agência reguladora. À ANEEL compete o exercício das funções do poder concedente dos serviços de energia elétrica e do uso de potenciais de energia elétrica, a gestão dos contratos de concessão, a regulação e fiscalização do serviço concedido, o estabelecimento de metas de universalização, a solução de conflitos levados a seu exame (art.3º, Lei no. 9.427/96). A ANATEL, por sua vez, reúne dentre suas competências (arts. 10, 18 e 19, Lei no. 9.427/97), a implementação da política nacional de telecomunicações, definição das metas de universalização do serviço de telecomunicações, com definição do regime jurídico (público ou privado), expedição de normas de outorga de serviços, a normatização dos padrões dos equipamentos utilizados pelas prestadoras do serviços, a repressão das infrações aos direitos dos usuários etc. A ANTT e a ANTAQ possuem leques de competência incidentes tanto sobre serviços públicos quanto sobre atividades

econômicas privadas<sup>405</sup>.

Nota-se que, para o atendimento das suas finalidades, as agências desenvolvem atividades executivas, normativas e decisórias, mas sempre imbuídas da idéia de eficiência, tanto que as respectivas leis autorizam a celebração de contratos de gestão<sup>406</sup> para ampliação dessa eficiência no cumprimento de determinadas atividades e da responsabilidade dos seus dirigentes. Representam a substituição do modelo de gestão com base em controles formais e na intervenção direta do Estado-empresário, pelo modelo gerencial, com base na avaliação do desempenho e avaliação condicionante da eficiência, por meio da regulação e regulamentação<sup>407</sup>.

É no exercício de suas atribuições, especialmente quanto ao poder regulamentar, que se dá um dos embates doutrinários acerca de sua

---

<sup>405</sup> Caberá à ANTT (arts. 24 a 26, Lei no.10.233/2000), entre outras atribuições, a edição de atos de outorga e de extinção de direitos de exploração de infra-estrutura e de prestação de serviços de transporte terrestre; a elaboração e edição de normas e regulamentos relativos à exploração de vias e terminais; a revisão e reajuste de tarifas dos serviços prestados; a fiscalização de prestação dos serviços e a manutenção dos bens arrecadados, cumprindo e fazendo cumprir as cláusulas e condições avençadas; estabelecimento de padrões e normas técnicas relativas às operações de transporte terrestre de cargas especiais perigosas; publicação dos editais, julgamento de licitações e celebração de contratos de concessão para serviços de transportes ferroviário e rodoviário interestadual e internacional; autorização de transporte de passageiros, realizado por empresas de turismo; autorizar o transporte de passageiros por via de afretamento, etc. À ANTAQ (art. 27) caberá a elaboração e edição de normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária; celebrar atos de outorga e permissão de prestação de serviços pelas empresas de navegação fluvial, lacustre, de travessia, de apoio marítimo, etc; o controle, acompanhamento e a revisão e reajuste de tarifas nos casos de serviços públicos de transporte de passageiros etc.

<sup>406</sup> A experiência da Administração Pública britânica desenvolveu as agências executivas que, em divergência dos órgãos reguladores, não têm atividade normativa. Agem com base no contrato de gestão celebrado entre seus dirigentes e o Ministério responsável, gozando de uma autonomia mais flexível e um controle menos intenso do Parlamento. O contrato de gestão, no Brasil, foi introduzido pela EC no.19/98 (art. 37, §8º.) como uma forma de entabular compromissos com entes da administração pública ou da sociedade civil, para a realização de metas, no contexto de maior autonomia gerencial, orçamentária e financeira. As Agências Reguladoras podem celebrar contratos de gestão com a Administração Pública (Vide art.7º., Lei no.9.427/96; arts. 15, VIII, 19 e 20 da Lei no.9.782/99; art. 14, Lei no.9.961/00). A celebração do contrato de gestão independe da prévia qualificação como agência executiva e o descumprimento dos contratos pode levar a exoneração dos dirigentes das respectivas agências reguladoras (arts.8º., IV e 15 da Lei no.9.961/00; art.12, Lei no.9.782/99).

constitucionalidade. Muitos autores criticam-nas por sua autonomia reforçada diante do Executivo, como ofensa ao princípio da separação dos poderes e o amplo poder regulamentar dos entes reguladores como ofensa ao princípio da legalidade. Não há muito que questionar sobre as chamadas competências quase judiciais, porque as decisões das agências reguladoras brasileiras estão sujeitas ao pleno controle jurisdicional.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>408</sup> utiliza-se das conclusões de Jacqueline Morand-Deville, para afirmar que as agências reguladoras gozam de legitimação administrativa, em função da participação democrática e da eficiência técnica no equacionamento administrativo e na aplicação da solução reguladora específica ao setor. Por esta perspectiva, a legitimidade do ente regulador se instrumentaliza na processualidade administrativa, por meio da participação de todos, da transparência, do contraditório e da ampla defesa, bem como pela eficiência técnica. Outros autores, a exemplo de Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>409</sup>, são categóricos em questionar à legitimidade da atuação das agências reguladoras, em virtude da insipiência do tratamento constitucional. Tércio Sampaio Ferraz Jr.<sup>410</sup> reconhece que a inserção das agências reguladoras no Brasil ocorreu sem uma fundamentação constitucional muito consciente.

Genericamente, incumbe às agências mediar os interesses do poder concedente, das concessionárias e dos usuários, quando tantas vezes são contraditórios. A empresa concessionária tem, como qualquer empresa privada, o intuito de lucro, mas está sujeita aos deveres regulamentares de fornecimento do serviço adequado. O desafio da agência reguladora é assegurar, a um só tempo, o

---

<sup>407</sup> FERRAZ, Tercio Sampaio. Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade. **Revista tributária e de finanças públicas**. No.35, Ano 8, novembro/dezembro, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 143.

<sup>408</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório**. A alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2003, p.155.

<sup>409</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2003, p.407.

<sup>410</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade. **Revista tributária e de finanças públicas**. No.35, Ano 8, novembro/dezembro, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 145.

interesse do poder concedente, os direitos dos usuários e a equação financeira do contrato, preservando aqui os interesses da empresa privada. Neste mister, haverá de recorrer aos princípios da proporcionalidade e da supremacia do interesse público sobre o particular<sup>411</sup>, pois a Agência não pode priorizar um interesse sobre o outro, sem acomodar a sua opção nos ditames principiológicos que regem a atividade administrativa, na legislação e nas normas contratuais pertinentes. Ainda que sua atitude implicasse no reajuste ou revisão da tarifa (o que aparentemente pode representar uma ofensa ao interesse do consumidor) não seria necessariamente uma ofensiva ao interesse público, se tal medida fosse necessária ao equilíbrio financeiro do contrato<sup>412</sup>.

A tarefa regulatória de serviços públicos se reveste de grande complexidade. Além do encargo de conciliação de interesses por vezes contraditórios, cabe ao regulador enfrentar a assimetria de informações pró-produtores na monitoração dos regulados. O fenômeno da *informação assimétrica* é explicado por Pires e Piccinini<sup>413</sup>, em duas dimensões básicas: uma exógena e outra endógena. A dimensão exógena, também chamada *seleção adversa*, é provocada pelo fato do regulador não ter o mesmo nível de acesso às informações que a empresa regulada tem sobre os fatores exógenos que afetam a eficiência desta. A dimensão endógena ou *perigo moral* compreende o fato de que somente a empresa regulada tem conhecimento de movimentos endógenos (custos, resultados de medidas administrativas etc.) tendentes à manipulação para a obtenção de vantagens na revisão dos contratos ou na estipulação de metas regulatórias.

---

<sup>411</sup> Entenda-se, como discutido no capítulo segundo, a supremacia do interesse público não se deduz aprioristicamente, mas através da mediação entre os princípios da administração pública e o interesse particular, no caso concreto.

<sup>412</sup> Conforme Helly Lopes Meirelles, citando Marcel Waline, a manutenção do equilíbrio financeiro corresponde a um direito fundamental de quem contrata com a Administração Pública. (*In* Reajustamento e recomposição de preços em contrato administrativo. **Revista de direito administrativo**. No. 139, jan/março, Rio de Janeiro: FGV, 1980, p.12.

<sup>413</sup> PIRES, José Cláudio Linhares e PICCININI, Maurício Serrão. A regulação dos setores de infraestrutura no Brasil. **A economia brasileira nos anos 90**. Organizadores: Fabio Giambiagi e Mauricio Mesquita Moreira. Rio de Janeiro: BNDES, 1999, p.221.

Adam Przeworski<sup>414</sup> verifica esta problemática como inerente à relação do tipo *agent* e *principal*. Para ele a economia é uma rede de relações diferenciadas e multifacetadas em classes de *agents* e *principals* (gerentes e empregados, proprietários e administradores, investidores e empresários, regulados e reguladores; reguladores e políticos; reguladores e cidadãos etc), em que o *agent* deve atuar no interesse do principal. A questão é que o *agent* dispõe de certas informações que o *principal* não observa diretamente, dificultando-lhe o controle sobre as atividades desenvolvidas por aquele. O equilíbrio dessas relações dependerá dos instrumentos que o *principal* se utilizará para garantir ou se certificar de que o *agent* agirá no seu interesse (dele, *principal*).

Pires e Piccinini<sup>415</sup> sugerem, como garantia de uma ação regulatória mais eficaz, a coalizão de diversos instrumentos: existência de agências independentes; controle de entrada e saída de mercado, por intermédio de concessão, permissão ou autorização, conforme o caso; defesa da concorrência; definição do valor e do critério de revisão e de reajuste tarifário, com a introdução de mecanismos de eficiência; e monitoramento dos contratos de concessão, especialmente quanto à qualidade dos serviços e à universalização do atendimento. No Brasil, estes instrumentos estão presentes na legislação específica sobre as agências reguladoras e nas leis que disciplinam a concessão e permissão dos serviços públicos.

Os problemas que se antevêm na atividade de regulação, são a possibilidade de captura dos entes reguladores pelos entes regulados e as questões formais sobre a constitucionalidade dos seus poderes quase legislativos e quase regulamentares em face do princípio da reserva legal, da competência privativa do Presidente e ainda do princípio da separação dos poderes. Tramita no Congresso Nacional, Projeto de Lei n.3337/04 tendente a reduzir a autonomia das agências reguladoras, através da

---

<sup>414</sup> PRZEWORSKI, Adam. Sobre o desenho do Estado: uma perspectiva *agent x principal*. **Reforma do Estado e administração pública gerencial**. Organizadores: Luiz Carlos Bresser Pereira e Peter Spink, Rio de Janeiro: FGV, 1998, p.44/46.

<sup>415</sup> PIRES, José Cláudio Linhares e PICCININI, Maurício Serrão. A regulação dos setores de infraestrutura no Brasil. **A economia brasileira nos anos 90**. Organizadores: Fabio Giambiagi e Mauricio Mesquita Moreira. Rio de Janeiro: BNDES, 1999, p.223.

utilização ampliada dos contratos de gestão, de uma maior transparência e de mecanismos ensejadores de maior controle social.

#### 4.2.2 *A independência das agências reguladoras: autarquias especiais de autonomia reforçada*

É fundamental para o cumprimento da função regulatória, que as agências gozem de independência<sup>416</sup> em relação a todos os atores envolvidos: poder concedente, usuários e empresas concessionárias ou prestadoras de serviços públicos. Por esta razão, as agências reguladoras ou autoridades administrativas independentes assumem no direito brasileiro a estrutura de autarquias especiais. Apesar de integrarem a Administração Pública indireta, na condição de autarquias, gozam de considerável autonomia, manifesta na impossibilidade de exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes pelo Presidente da República e pela não sujeição ao controle hierárquico no âmbito do Executivo<sup>417</sup>, além da autonomia financeira.

Em Portugal, as autoridades administrativas independentes não integram a administração indireta<sup>418</sup>, dispõem de uma identidade orgânica e funcional própria que as diferencia das demais estruturas administrativas tradicionais<sup>419</sup>. A natureza jurídica dos entes reguladores foi motivo de perplexidade até mesmo pela doutrina

---

<sup>416</sup> Apesar da discussão de alguns autores sobre possíveis distinções entre os vocábulos independência e autonomia, opta-se por considerá-los equivalentes tal como procedeu Marçal Justen Filho (**O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p.397).

<sup>417</sup> Corresponde, respectivamente, ao que Vital Moreira e Fernanda Maçãs designam por independência em sentido orgânico e independência em sentido funcional, respectivamente (*In Autoridades reguladoras independentes*. Estudo e projeto de lei-quadro. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.25).

<sup>418</sup> SANTOS, Antonio Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; e MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito econômico**. Coimbra: Almedina, 2002, p.128.

<sup>419</sup> VITAL, Moreira e MAÇAS, Fernanda. **Autoridades reguladoras independentes**. Estudo e projeto de lei-quadro. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.41

estadunidense<sup>420</sup>. Inobstante, nas conclusões de Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>421</sup>,

embora exista uma impressionante diversidade de modelos em todo um mundo, que vão desde as entidades privadas reguladoras, passando pelo modelo híbrido dos *Quangos* britânicos, até o regime público administrativo prevalecente na Europa continental, que também é o de nosso país, a tendência parece ser instituir esses entes estatais com características reconhecidas às autarquias tradicionais, diferenciadas por um certo reforço de sua autonomia para bem exercerem as peculiaridades da função administrativa regulatória, um fato que as mantém no âmbito científico tradicional do Direito Administrativo.

Se, no Brasil, a complexidade e especialização das funções do Estado moderno impuseram a descentralização funcional, criando-se as autarquias<sup>422</sup>, o Estado regulador aproveitou o instituto, ampliando-lhe a autonomia para operacionalizar as agências reguladoras<sup>423</sup>. O Decreto no. 2.338/97, que regulamenta a lei instituidora da ANATEL diz no art.1º., §1º. que, da sua natureza especial, decorrem as seguintes características: independência administrativa; autonomia financeira; ausência de subordinação hierárquica; mandado fixo e estabilidade dos dirigentes. O parágrafo seguinte do mesmo artigo salienta que a agência atuará como autoridade administrativa independente. Quanto à ANEEL, dispõe o Decreto no. 2.335, de 6 de outubro de 1997, no art. 1º. que a autarquia, de regime especial, caracteriza-se pela autonomia patrimonial, administrativa e financeira. A Lei no. 10.233/2001, no art. 21,

---

<sup>420</sup> Neste sentido, esclarece Diogo Figueiredo Moreira Neto, “estudiosos desse fenômeno, que constataram que o setor público estatal dos Estados Unidos contém um grande número de entidades de difícil catalogação, híbridas que se movem entre o público e o privado, havendo, de modo geral, para quem quer se acerque do setor público daquele país, uma grande dificuldade em discriminar o que sejam entes do estamento burocrático estatal e entes da sociedade civil organizada, tão nele expandido e nela imbricado é o setor público não estatal” (**Direito regulatório**. A alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2003, pp.147/148).

<sup>421</sup> Op. cit., p.148.

<sup>422</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p.13.

<sup>423</sup> Não há novidade no termo *autarquia especial*. No passado designava as universidades, em virtude da maior independência administrativa comparativamente às autarquias comuns. Embora desprovidas do poder regulamentar, era vedado ao Presidente da República exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes. Outras autarquias também foram privilegiadas com o regime especial pelo legislador, a exemplo do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários (Lei no.3.807/60). Entretanto, o Supremo Tribunal Federal – STF, à época, considerou inconstitucional a autonomia reforçada daquelas autarquias sob a alegativa de comprometimento do poder de direção do Presidente da República. A posição jurisprudencial foi consolidada na súmula no.25, segundo a qual “a nomeação a

§2º., estabelece que o regime autárquico especial conferido à ANTT e à ANTAQ envolve a independência administrativa, a autonomia financeira e funcional e o mandato fixo dos seus dirigentes.

No direito norte-americano as agências reguladoras gozam de relativa independência em relação aos poderes do Estado, exercendo funções típicas de cada um, com a chancela jurisprudencial, em oposição à vencida tese de inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da separação dos poderes. Exercem função normativa, em virtude da especialidade técnica necessária à regulação. Suas decisões não estão sujeitas à revisão, inexistindo o controle hierárquico. E ainda dispõem de função quase-jurisdicional posto que podem resolver os litígios ocorrentes no âmbito das atividades controladas<sup>424</sup>.

No Brasil, lembra Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>425</sup>, a independência das agências reguladoras deve ser entendida com as ressalvas do sistema constitucional pátrio. A independência administrativa não corresponde a um cheque em branco, conquanto está sujeita ao controle parlamentar e jurisdicional. Acresça-se ainda a possibilidade do controle social a ser exercido pelos cidadãos.

Optando pelo termo autonomia em vez de independência, Carlos Ari Sundfeld<sup>426</sup> entende que a reforma do Estado promove a autonomia das agências reguladoras para garantir maior estabilidade na execução de políticas públicas, de modo a oferecer mais segurança aos investidores nacionais e estrangeiros. O desafio que acompanha esse processo de autonomização é a construção de mecanismos de controle que assegurem uma atuação democrática e atenta ao interesse público e à ordem jurídica, envolvendo a participação social.

---

termo não impede a livre demissão, pelo Presidente da República, de ocupante de cargo de dirigente de autarquia”.

<sup>424</sup> MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. **Direito administrativo econômico**. Coord. Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Malheiros, 2000, pp.121/122.

<sup>425</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2003, pp.405/406.

<sup>426</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. **Direito administrativo econômico**. Coord. Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Malheiros, 2000, p.24.

Adotando a classificação proposta por Vital Moreira e Fernanda Maças<sup>427</sup>, a independência das agências reguladoras se subdivide em: independência em sentido orgânico, independência em sentido funcional e independência diante dos regulados.

#### 4.2.2.1 Independência ou autonomia em sentido orgânico

A autonomia em sentido orgânico ou estrutural diz respeito à especialidade técnica e à vedação de exoneração *ad nutum* dos dirigentes, integrantes de colegiados da agência reguladora, como garantia de maior imparcialidade de suas decisões frente às pressões dos governantes. Os dirigentes são recrutados em virtude das suas habilidades técnico-científicas e de sua ilibada reputação para o desempenho da função<sup>428</sup>, com vistas a reduzir a assimetria das informações pró-produtores e os riscos da captura<sup>429</sup>. As agências devem ter capacidade técnica e poderes suficientes para regular uma série de questões complexas que exigem conhecimentos específicos. Daí a preferência por agências setoriais às agências multissetoriais. Agostín Gordillo<sup>430</sup> justifica a independência orgânica e funcional dos órgãos reguladores, lembrando a dificuldade que tem o poder político de escapar da tentação em sacrificar objetivos a longo prazo para atender a metas imediatas, impostas pelas conveniências do momento. É importante ainda que o mandato seja fixo, irrenovável e não coincidente com o período de legislatura e de mandato do

---

<sup>427</sup> MOREIRA, Vital e MAÇAS, Fernanda. **Autoridades reguladoras independentes**. Estudo e projeto de lei-quadro. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.28.

<sup>428</sup> Embora incorra a investidura através de concurso público, o recrutamento dos dirigentes de agências reguladoras não é inconstitucional. Apoia-se no art.37, inciso I da Constituição Federal, que permite à lei definir o acesso aos cargos públicos. No caso das agências reguladoras de serviços públicos, as leis específicas estabelecem que tais cargos sejam ocupados por profissionais de formação técnico-científica adequada e reputação ilibada (art.5º., Lei no.9.986/200; art. 23, Lei no.9.472/97; art.53, §1º., Lei no.10.233/2001).

<sup>429</sup> PIRES, José Cláudio Linhares e PICCININI, Maurício Serrão. A regulação dos setores de infraestrutura no Brasil. **A economia brasileira nos anos 90**. Organizadores: Fabio Giambiagi e Mauricio Mesquita Moreira. Rio de Janeiro: BNDES, 1999, p.224.

<sup>430</sup> GORDILLO, Agostín. **Tratado de derecho administrativo**. Parte general (Tomo 1). Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de derecho administrativo, 2003, pp.XV-4/XV-5.

governo. Considere-se que um mandato muito curto pode contribuir para a politização das nomeações e comprometer a independência<sup>431</sup>.

Cuéllar<sup>432</sup> entende que a impossibilidade de exoneração *ad nutum* dos dirigentes das agências pelo Executivo é inconstitucional, pois “ainda que indiretamente viola princípio da República, ao possibilitar que pessoa nomeada por um governante, porque de sua confiança, permaneça no exercício das funções para as quais foi designado durante o governo posterior”. Entende que a independência da agência não está associada ao ato de nomeação dos seus dirigentes mas às garantias quanto ao exercício das prerrogativas atribuídas à entidade.

Em sentido contrário, Marçal Justen Filho<sup>433</sup> adverte que a interpretação da liberdade de nomeação e exoneração (art. 37, II da Constituição Federal) não exclui a possibilidade de previsão legal de certas exigências, formalidades ou restrições. A própria Constituição determina que a lei pode impor, para a nomeação de determinados servidores, a necessidade de aprovação pelo Senado Federal. Ademais a nomeação de certas pessoas por um determinado governo não pode se sustentar apenas no elemento *confiança*, especialmente quando a natureza do cargo exige do seu ocupante elevados conhecimentos técnicos ou habilidades especiais. A lei, portanto, ao instituir cargos em comissão relacionados com competências especiais, poderá subordinar a decisão de nomeação ou exoneração a restrições e limites. A impossibilidade de exoneração *ad nutum* dos dirigentes das agências pelo Chefe do Executivo foi examinada pelo Supremo Tribunal Federal em medida liminar na Ação

---

431 A Lei no.9.986/2000 que trata da gestão dos recursos humanos das agências reguladoras, dispôs, em linhas gerais, que os mandatos dos dirigentes de cada agência serão fixos e regidos pelas respectivas leis (art.6o.), sendo cabível a perda de mandato apenas nas hipóteses de renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar (art.9o.).

432 CUELLAR, Leila. **As agências reguladoras e o seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001, p.100.

433 JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, pp.428/432.

Direta de Inconstitucionalidade (no. 1.949-RS)<sup>434</sup> proposta pelo Estado do Rio Grande do Sul.

Registre-se ainda que a estabilidade provisória de que gozam os dirigentes, não se estende para todos os cargos da autarquia especial de regulação. A Lei no. 9.986/2000 trata de modo restritivo apenas sobre as hipóteses em que os Conselheiros e Diretores podem perder os mandados (art.9º.). Os ocupantes de outros cargos em comissão<sup>435</sup>, que não aqueles, poderão perder o mandato por decisão do Chefe do Executivo, estando sujeitos aos procedimentos e condições estabelecidos na lei no. 8.112/90 (Estatuto dos Servidores).

O anteprojeto de lei, posto em consulta pública pela Casa Civil da Presidência da República ao final do ano de 2003, e já apresentado ao Congresso Nacional, estabelece que o contrato de gestão com forma de administração das agências<sup>436</sup>. Sendo aprovada tal disposição, a independência das agências sofrerá uma redução, uma vez que as condições desse contrato serão ajustadas com o Ministério,

---

<sup>434</sup> Tratou a medida de suspender a eficácia do art.8º. da lei estadual no10.931/97 (redação original) e redação dada pelo art.1º. da Lei no.11.292/98, que impunha a necessidade de manifestação do Legislativo na exoneração dos conselheiros da citada agência reguladora. Na decisão o plenário do STF legitimou a restrição à demissibilidade dos Conselheiros da Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul, sem justo motivo e o devido processo administrativo. Conforme o voto do Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, a exoneração dos Conselheiros somente pode ocorrer se justificada e após processo administrativo. Posição semelhante já constava no voto vencido do Ministro Victor Nunes Leal (prolatado em MS no8693 - *in* <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 1/3/2003), no início da década de sessenta, que opinou pela impossibilidade de demissão *ad nutum*, pelo chefe do Executivo, dos titulares de *mandato* determinado, como forma de garantir a *continuidade de orientação* e a *independência de ação* dos entes autônomos. Na fundamentação do voto, o Ministro citado ressalta que a vedação de exoneração *ad nutum* não fere as competências do Presidente da República, posto que a figura da Presidência deve ser considerada impessoalmente, independentemente de quem a esteja exercendo. A vedação de exoneração *ad nutum*, quando prevista em lei, resulta da discricionariedade do Poder Legislativo em definir a estrutura organizacional que melhor se adegue à implementação de suas políticas, acautelando-se contra este ou aquele governante, particularmente considerado. <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=ADIN&u=http://www.stf.gov.br/processos>>. Acesso em: 1/3/2004, às 15h45min.

<sup>435</sup> A exemplo daqueles preenchidos nos termos do art. 10 da Lei no.9.427/96.

<sup>436</sup> Cf. Art. 8º. - "A administração das Agências Reguladoras será objeto de contrato de gestão, negociado e celebrado entre a Diretoria Colegiada ou Conselho Diretor e o titular da Pasta a que estiver vinculada a Agência, ouvidos previamente os Ministros de Estado da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão, no prazo de cento e vinte dias após a nomeação do Diretor-Geral, Diretor-Presidente ou Presidente". *In* <[https://www.presidencia.gov.Br/ccivil\\_03/consulta\\_publica/agencias\\_reguladoras.htm](https://www.presidencia.gov.Br/ccivil_03/consulta_publica/agencias_reguladoras.htm)>. Capturado em: 20 de setembro de 2003.

importando o seu descumprimento na destituição dos seus dirigentes.

#### 4.2.2.2 Independência ou autonomia em sentido funcional

A independência funcional está assentada na ausência de controle hierárquico ou tutelar do Executivo sobre os atos das agências reguladoras, que desenvolvem suas atividades sem qualquer sujeição às ordens ou instruções do governo<sup>437</sup>. Fortalecendo a independência funcional, ressalta-se a autonomia financeira e orçamentária<sup>438</sup> dos entes regulados<sup>439</sup>.

A impossibilidade de controle hierárquico pela via do recurso impróprio, visa a preservar a inteireza das decisões do ente regulador, de caráter notadamente técnico, de qualquer valoração político-administrativa. Entende-se que a atividade regulatória dos serviços públicos será mais eficaz na preservação do interesse público na medida em que se pautar pela lógica estritamente técnica<sup>440</sup>. Assim, descaberia controle administrativo quanto ao mérito dos atos da agência, em virtude da sua especialidade e tecnicidade. A legitimidade da decisão estaria assentada exatamente nestas características.

---

<sup>437</sup> Na Argentina, os entes reguladores são dotados de menor autonomia que as *agencias* americanas, uma vez que estão sujeitos ao controle hierárquico dos Ministérios (CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes. **Revista de direito administrativo**. No.219, jan/mar, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.269).

<sup>438</sup> Embora Alexandre Aragão inclua a autonomia orçamentária no âmbito da independência administrativa das agências, ressalta que não se pode desprezar as limitações que são impostas em virtude do princípio da unidade orçamentária (**Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.334). Fernando Henren Aguillar também entende que não existe uma autonomia orçamentária solidificada entre as agências brasileiras, por força da possibilidade do Executivo efetuar cortes nas propostas elaboradas pelas autarquias (**Controle social de serviços públicos**. Max Limonad: São Paulo, 1999, p.239).

<sup>439</sup> Além de dotações orçamentárias gerais, o legislador possibilitou-lhes uma fonte de receitas própria, oriunda da outorga de concessões; das taxas cobradas pela fiscalização; multas, emolumentos e retribuição de serviços prestados a terceiros; recursos provenientes de convênios, acordos ou contratos celebrados, etc.

<sup>440</sup> Nos debates que antecederam a criação da agência norte-americana *Securities Exchange Commission*, encarregada de ordenar o mercado financeiro, após o *crack* da Bolsa de 1919, discutia-se o aumento da eficiência e legitimidade com a separação entre a formulação de política pública e a administração, encarregada de sua implementação sem ingerências político-partidárias (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático. **Direito regulatório**. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2003, p.154).

Nas leis pertinentes, não se vislumbra a possibilidade de recurso administrativo hierárquico impróprio contra as decisões das agências reguladoras para outra esfera da Administração. Como o controle administrativo é matéria de reserva legal, não se fazendo por mera presunção, conclui-se que as decisões das agências reguladoras são decisões terminativas na esfera da administração. Leila Cuéllar<sup>441</sup> qualifica este aspecto da independência das agências como uma espécie de *poder jurisdicional*, na medida em que têm competências para apreciar e desenvolver processos administrativos sem controle ou possibilidade de recursos administrativos para a Administração Central. O controle do Executivo sobre essas agências limita-se à escolha dos seus dirigentes, embora estes tenham de atender às diretrizes políticas gerais expedidas pela Chefia do Poder Executivo<sup>442</sup>.

Por esta via, a instituição das agências reguladoras parece estabelecer uma espécie de *governo dos sábios*<sup>443</sup>, os iluminados egressos das cavernas. É importante anotar que nem sempre a decisão técnica é marcada pela neutralidade política ou pela imparcialidade em face dos interesses envolvidos. Determinada solução técnica pode se revestir de aparente neutralidade, mas esconder uma determinada vertente ou posição política, do mesmo modo que uma decisão técnica pode ser parcial, favorecendo excessivamente determinados interesses em detrimento de outros. Isto porque quanto maior a especificidade do conteúdo da decisão, quanto menor será o número de pessoas com aptidão para dimensionar os seus reais efeitos. A exemplo disto tem-se o estudo sobre a revisão de tarifas no setor de telecomunicações ou de energia elétrica. Provavelmente as informações técnicas que autorizam a elevação da tarifa, em virtude dos investimentos realizados, não serão de fácil compreensão para todos os cidadãos.

---

<sup>441</sup> CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e o seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001, p.94.

<sup>442</sup> BARROSO, Luis Roberto. Agencias reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. **Revista forense**. Vol.365, janeiro/fevereiro, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.98.

<sup>443</sup> MOREIRA, Vital e MAÇAS, Fernanda. **Autoridades reguladoras independentes**. Estudo e projeto de lei-quadro. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.29.

O objetivo da independência funcional das agências reguladoras é a garantia de uma atuação técnica, adequada ao setor regulado, respeitadas a neutralidade política e a imparcialidade de modo a não privilegiar ou discriminar quaisquer dos interesses públicos e privados em jogo. Seria, contudo, ingênuo assegurar que este resultado será alcançado invariavelmente na atuação das agências reguladoras. Nem mesmo o Poder Judiciário está completamente isento dos influxos políticos ou da produção parcial de uma decisão, pois afinal é ocupado por homens. Quanto mais as agências reguladoras, inseridas abruptamente no âmbito de uma administração pública marcada pela influência de interesses nepotistas e clientelistas.

O projeto de lei antes referido, embora não estabeleça a revisão das decisões da agência por outras entidades da administração direta, amplia o controle administrativo do Ministério respectivo sobre a agência reguladora, por meio do contrato de gestão que deve especificar os parâmetros para a administração interna da Agência e ainda especificar uma série atribuições paralelas<sup>444</sup>. Por meio do contrato de gestão, o Executivo interferirá na condução administrativa da agência, exercendo controle amíúde sobre as suas atividades. Embora essa alternativa se apresente como uma forma de evitar distorções, acaba esvaziando a idéia de independência, cuja tônica é evitar a influência de interesses político-partidários na condução da atividade regulatória. A independência das Agências se resumirá à fase de elaboração do contrato de gestão. Uma alternativa possível poderia ser a definição de políticas públicas específicas, vinculantes da atividade reguladora.

---

<sup>444</sup> PL no.3337/04, “Art. 9º. – Além de estabelecer parâmetros para a administração interna das Agências Reguladoras, o contrato de gestão deve especificar minimamente:

- I – as metas de desempenho a serem atingidas, prazos de consecução e respectivos indicadores e os mecanismos de avaliação que permitam quantificar, de forma objetiva, o seu alcance;
- II – a estimativa dos recursos orçamentários e cronograma de desembolso dos recursos financeiros necessários ao alcance das metas pautadas;
- III – as obrigações e responsabilidades das partes em relação às metas definidas;
- IV – a sistemática de acompanhamento e avaliação, contendo critérios, parâmetros e prazos;
- V – as penalidades aplicáveis aos signatários, em caso de descumprimento injustificado de metas e obrigações pactuadas, bem como de eventuais faltas cometidas”.

### 4.2.2.3 Independência diante dos setores regulados

A independência dos setores regulados é imprescindível para assegurar uma atuação regulatória imparcial. Cabe à agência equilibrar os interesses antagônicos presentes no contrato de concessão, mas é preciso armar a função regulatória contra possíveis investidas do setor regulado, sob pena de restar comprometida a própria legitimidade do ente regulador.

São adotadas algumas medidas formais, como as chamadas *quarentenas*, estabelecendo-se como pré-requisito, para investidura dos dirigentes, a ausência de quaisquer vínculos entre os mesmos e as empresas reguladas etc. A Lei no. 9.986/2000, que trata da gestão dos recursos humanos das Agências Reguladoras, é mais incisiva, uma vez que veda o exercício de outra atividade profissional àqueles que exerçam cargos ou funções, incluindo-se os requisitados, pelos entes regulados<sup>445</sup>. Impede os ex-dirigentes de prestarem serviço ou exercerem quaisquer atividades no setor regulado pelo período de quatro meses contados da sua exoneração ou termo final do mandato (art.8º.)<sup>446</sup>. A Lei no. 9.472/97 é extensiva neste sentido, dispondo que até um ano após deixar o cargo, os dirigentes não poderão representar qualquer pessoa ou interesse perante a ANATEL ou se utilizar de informações privilegiadas obtidas por força do cargo exercido (art.30 *caput* e parágrafo único). Neste mesmo sentido é a Lei no. 9.427/96 quanto à ANEEL (art.9º.). O regulamento da ANATEL<sup>447</sup> veda que os seus dirigentes tenham qualquer interesse direto ou indireto junto às empresas reguladas. A Lei no. 9.427/96 (art.6º., incisos e parágrafo único) aponta como impedimento ao exercício do cargo de direção, qualquer vínculo com as empresas ligadas ao setor bem como aqueles que

---

<sup>445</sup> “Art. 2º., parágrafo único - É vedado aos empregados, aos requisitados, aos ocupantes de cargos comissionados e aos dirigentes das Agências Reguladoras o exercício de outra atividade profissional, inclusive gestão operacional de empresas, ou direção político-partidária, excetuados os casos admitidos em lei.” Ver também o art. 28, Dec.2.338/97 (aprova o Regulamento da ANATEL).

<sup>446</sup> Para não ferir o direito ao livre exercício profissional, o ex-dirigente ficará vinculado à agência, recebendo uma remuneração compensatória, nos termos do parágrafo segundo do mesmo artigo.

<sup>447</sup> Art.28, Dec.2.338/97.

participem de qualquer associação representativa de interesses dos agentes envolvidos na regulação (empresas, empregados desta ou classe de consumidores).

A transparência, repita-se, é fundamental para a legitimidade da atuação independente da agência. A agência deve assegurar o máximo de canais de comunicação com o consumidor e seus órgãos de representação, de forma a obter uma visão pluralista e balanceada. Para tanto deve dar publicidade de todos os seus atos e documentos de interesse dos usuários e, sobretudo, utilizar-se das consultas públicas e audiências anteriormente à tomada de decisões.

As agências estão sujeitas ao princípio da legalidade e aos demais princípios impostos à Administração Pública, portanto devem ter as suas funções e atribuições previamente definidas pelo Legislador como uma forma de promover a segurança dos investidores e de ampliar a capacidade de fiscalização pelos usuários. É necessário o cuidado contínuo para evitar que a autonomia legada a estes entes não venha a privilegiar interesses privados em detrimento do interesse público e do interesse dos usuários. Como alerta Carlos Ari Sundfeld<sup>448</sup>,

É inevitável reconhecer que a defesa apaixonada de um modelo de agências independentes pode carregar, no mínimo, uma forte carga de ingenuidade. Protótipos abstratos costumam gerar monstros no mundo real, cujas complexidades com frequência se encarregam de distorcer, mesmo sem negá-los explicitamente, todos os belos princípios de que se partiu. Sonhar com autoridades equilibradas, imparciais, tecnicamente preparadas, democráticas, comprometidas com os interesses gerais, respeitadoras do direito etc., em nada garante que a realidade vá se ajustar aos sonhos. Cada instituição comporta um lento e dolorido processo de criação e depuração.

A adoção das agências do Brasil não poderá resultar da simples cópia de institutos e procedimentos alienígenas, a sua adoção deve se fazer com alguns ajustes. A realidade sócio-econômica brasileira não assume as mesmas matizes da realidade americana, de sorte que o exercício da regulação deverá ser determinado segundo as características nacionais.

---

<sup>448</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. **Direito administrativo econômico**. Coord. Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Malheiros, 2000, p.25.

### 4.2.3 O poder normativo das agências no âmbito do Estado democrático de direito

Conforme observa Juan Carlos Cassagne<sup>449</sup>, as agências reguladoras são entes dotados de *variada natureza e extensão*, consubstanciando uma multiplicidade de funções, que abrangem poderes administrativos fiscalizatórios, disciplinares, sancionatórios e preventivos das condutas prejudiciais aos interesses coletivos tutelados.

O exercício do poder normativo é intenso para que a agência exerça suas funções, especialmente em virtude da peculiaridade técnica do setor. Assim, compete-lhes editar normas em matéria de segurança da atividade regulada, procedimentos técnicos de mediação, possibilidade de suspensão da prestação dos serviços, acesso a imóveis etc.

É exatamente em função da especialização técnica dos órgãos reguladores que se justifica esse poder normativo. O fato de os membros do Poder Legislativo serem eleitos diretamente pelo povo, não lhes confere à capacidade técnica superior à aquela que se pode verificar nos postos dirigentes da agência reguladora. As agências unissetoriais, em especial, cujos dirigentes apresentam notável saber técnico naquela área objeto de regulação, apresentam melhores condições para uma regulação<sup>450</sup> mais adequada e eficaz.

Mas o exercício do poder normativo pelas agências reguladoras têm gerado debates doutrinários, especialmente, no que toca à possível afronta ao princípio da legalidade e ao princípio da separação de poderes, fundamentos do Estado

---

<sup>449</sup> Los nuevos entes regulatorios. **El derecho público actual**. (Obra coletiva). Buenos Aires: Depalma, 1994, pp.45/46.

<sup>450</sup> Entenda-se por regulação “o estabelecimento de regras, independentemente de quem as dite, seja o Legislativo ou o Executivo, ainda que por meio de órgãos da Administração direta ou entidades da Administração indireta” (PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. São Paulo: Atlas, 2001, p.140).

democrático de direito. Argüem sobre a possibilidade constitucional da delegação de tantas competências aos entes reguladores autônomos<sup>451</sup>, ainda que sob autorização legal, em face da tripartição dos poderes<sup>452</sup>.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>453</sup> é incisiva ao negar a constitucionalidade da função normativa daquelas agências que não têm uma previsão direta na Constituição Federal, como a ANATEL e a ANP. Admitindo-se o poder normativo das agências descendentes diretamente da Constituição, somente se lhes autorizaria a edição de normas de estrito caráter técnico, em atenção aos parâmetros e princípios estabelecidos em lei<sup>454</sup>. Em oposição à percepção mais fechada de Maria Sylvia, José Carlos Franciso<sup>455</sup> entende que as demais agências reguladoras extrairiam do art. 174, da Constituição, justificativa para o seu poder normativo.

Na contra-argumentação de Di Pietro, Tércio Sampaio Ferraz Jr.<sup>456</sup> afirma que o advento do Estado regulador trouxe a necessidade de uma reflexão mais detida sobre a atividade normativa das Agências Reguladoras, para a perscrutação dos seus fundamentos e limites no seio da Constituição brasileira.

---

<sup>451</sup> Especialmente em face do art.25, do ADCT. – “Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a:

I. ação normativa;

II. alocação ou transferência de recursos de qualquer espécie.”

<sup>452</sup> Note-se porém que o poder é um só e a idéia de tripartição dos poderes não pode ser compreendida na perspectiva oitocentista, pois a *separação* enfatiza muito mais uma combinação de poderes (Cf. MORAES FILHO, José Filomeno de. *Separação dos poderes no Brasil pós-88: princípio constitucional e práxis política. Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp.163/164).

<sup>453</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2003, p.407.

<sup>454</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. São Paulo: Atlas, p.146.

<sup>455</sup> FRANCISCO, José Carlos. Agência reguladora: atividade normativa. Direito da regulação. **Revista de direito da associação dos Procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro**. Coord. Alexandre dos Santos Aragão. Vol. XI, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p.138.

<sup>456</sup> FERRAZ, Tercio Sampaio. Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade. **Revista tributária e de finanças públicas**. No.35, Ano 8, novembro/dezembro, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.149.

No Brasil é vedada a delegação do poder-dever de legislar que importe na renúncia do *âmbito* intransferível dessa competência política (CF/88, art. 25, ADCT), de sorte a ofender o princípio da reserva legal<sup>457</sup>. Por esta proibição, não poderia a administração pública tratar sobre matérias de reserva legal. Mas em que medida poderia se dar uma delegação admissível constitucionalmente? Tércio Sampaio responde a questão por meio do recurso ao princípio da proporcionalidade, de modo a sopesar os limites do princípio da legalidade em face dos demais princípios aos quais se sujeita a atividade administrativa. Utilizando o entendimento de Sotirios Barber (*The constitution and the delegation of congressional power*)<sup>458</sup>, diz que é possível ao Congresso efetivar tal delegação, e aqui seria uma espécie de delegação instrumental, a órgãos independentes, desde que sejam destacados previamente, em lei, eventuais pontos de dúvida sobre a questão. Por fim, conclui Tércio<sup>459</sup>, “tais delegações, enquanto autênticas delegações complementares, nessas condições, e se for possível encontrar-lhes fundamento na Constituição brasileira, não feririam o princípio da irrenunciabilidade do poder-dever de legislar, até porque, no plano dos fatos, *emergem da necessidade de lidar com a complexidade social e econômica em termos de técnicas e saberes especializados*”.

O Estado regulador cria para a Administração Pública o dever de corrigir as assimetrias de informação que funcionem como incentivo ao comportamento oportunista da iniciativa privada, gerando uma disfunção do mercado. Neste sentido, gera a possibilidade de uma delegação instrumental para possibilitar o exercício do princípio da eficiência, dotando o administrador de competências reguladoras de natureza técnica e especializada. Diogo Figueiredo Moreira Neto<sup>460</sup> atribui à competência normativa das agências reguladoras o elemento que justifica a sua criação. O poder de emitir normas de ordem técnica, como já mencionado, tem

---

<sup>457</sup> Op. cit., pp.150/151.

<sup>458</sup> Citado por Tércio Sampaio Ferraz Jr, Op. cit., p.150.

<sup>459</sup>FERRAZ, Tercio Sampaio. Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade. **Revista tributária e de finanças públicas**. No.35, Ano 8, novembro/dezembro, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.150.

<sup>460</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Natureza jurídica, competência normativa, limites de atuação. **Revista de direito administrativo**. No. 215, janeiro/março, Rio de Janeiro:Renovar, 1999, p.74.

em vista tanto evitar o obsoletismo das técnicas cristalizadas em lei, como também evitar que, na sua determinação, interfiram fatores de natureza partidária.

Para Moreira Neto<sup>461</sup>, o fenômeno em questão corresponde a uma espécie de delegação denominada *deslegalização*, através da qual o próprio legislador retira certas matérias do domínio da lei para situá-la no campo do regulamento. A lei de deslegalização, não penetrando na matéria de que trata, atribui a outras fontes normativas a tarefa de fazê-lo. Segundo ele, a deslegalização não tem proibição constitucional, merecendo, inclusive, referência em alguns artigos. Assim, conclui

parece que tanto a tendência flexibilizadora, que tem caracterizado a evolução do Direito Público contemporâneo, quanto a própria ausência de regra vedatória, corroboram-na, no sentido de que a deslegalização legal será sempre possível. Só não o será, todavia, se a própria Constituição proibi-la expressamente, isso porque, a admitir-se de outro modo, se estaria aceitando uma redução dos poderes do Congresso para dispor, conforme as circunstâncias, sobre como deverá exercer a sua própria competência<sup>462</sup>.

Para atender adequadamente ao princípio da legalidade, o Poder Legislativo deve editar uma lei estabelecadora de políticas setoriais específicas, apontando, inclusive, os objetivos a serem atingidos. Em virtude da especialidade técnica, ausente no Poder Legislativo, os meios e fins específicos para a aplicação concreta daquela lei, podem ser editados pela Administração Pública<sup>463</sup>. A delegação instrumental deferida, tem relação direta, portanto, com a eficácia limitada da lei que propõe funções programáticas e de resguardo. A lei estabelece políticas setoriais, decidindo sobre macro-alternativas e indicando os meios gerais que, mediante a

---

<sup>461</sup> Op. cit., pp.77/79.

<sup>462</sup> Op. cit. p.79.

<sup>463</sup> Neste sentido, recorra-se a Paulo Roberto Ferreira da Motta, em cuja lição sobre o tema, têm-se que a lei, em sentido formal, “deixa de ser garantia para o exercício de direitos e obrigações e se torna um óbice ao livre desenvolvimento dos indivíduos, de suas idéias, de seus produtos e de suas riquezas. O que antes era manifestação racional da sociedade, passa a ser aparato custoso e sem sentido. Ao Parlamento, como satisfação às massas, que, afinal, periodicamente o elegem, reservam-se outras funções. A elaboração da lei, e tudo em nome da liberdade, passa para aqueles que têm o conhecimento técnico necessário para tanto. É como os pós-modernos dizem: não podemos estar subordinados a quem não conhece a tecnologia que criamos e usamos para progredir”. (In **Agências reguladoras**. Barueri, SP: Manole, 2003, p.150).

delegação instrumental, lograrão maior detalhamento por meio dos atos do ente regulador.

É importante que o Estado, descreve Vital Moreira<sup>464</sup>, limite-se a definir o quadro-geral da regulação, deferindo para a autoridade reguladora toda a competência de regulação. Além de leis específicas por setor, uma *Lei Quadro*<sup>465</sup> deve estabelecer os *standards* necessários ao funcionamento das agências reguladoras, conformando a sua atuação administrativa com o princípio da legalidade, sem prejuízo da autonomia necessária<sup>466</sup>. No Brasil, ainda não existe uma lei geral sobre agências reguladoras, embora cada uma delas tenha sido criada por lei e vigore, a partir de 2000, uma lei (no. 9.986) que trata do regime dos recursos humanos das agências reguladoras<sup>467</sup>.

Em síntese, não se vê ofensa ao princípio da separação dos poderes ou ao princípio da legalidade, quando da ocorrência do poder normativo dos entes reguladores. Veja-se que tal poder continua sob o manto da legalidade, submetendo-se a limites externos e internos<sup>468</sup>. Com a deslegalização, os órgãos especializados de regulação exercem discricionariedade técnica para o exercício do poder normativo, de sorte que o conteúdo válido das normas baixadas está integralmente definido no

---

<sup>464</sup> MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração pública**. Coimbra: Almedina, 1997, p.113.

<sup>465</sup> MOREIRA, Vital e MAÇÃS, Fernanda. **Autoridades reguladoras independentes**. Coimbra: Coimbra editora, 2003, p.260.

<sup>466</sup> Também nos EUA, o desempenho das funções regulamentares pelas agências deve estar orientado por lei com *standards* mínimos, funcionando como verdadeiros parâmetros de atuação (PORRAS, Eloísa Carbonell e MUÑOZ, José Luís Muga. **Agencias y procedimiento administrativo em Estados Unidos de América**. Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, pp.25/29).

<sup>467</sup> O Projeto de Lei sobre a gestão, a organização e o controle social das agências reguladoras, já citado, estabelece normas gerais, mas minimiza a autonomia das agências através da celebração de contrato de gestão minuciosamente detalhado.

<sup>468</sup> Consideram-se limites externos aqueles pertinentes a um dado sistema jurídico, aos quais se sujeitam todos os atos normativos legislativos ou não. Entende-se por limites internos aqueles aos quais se submetem todas as normas derivadas, no caso, aos parâmetros formais e materiais definidos na norma delegante (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Natureza jurídica, competência normativa, limites de atuação*. **Revista de direito administrativo**. No. 215, janeiro/março, Rio de Janeiro:Renovar, 1999, p.80).

âmbito da escolha técnico-científica que a legislação delegante possibilitou à exclusiva discrição dos respectivos agentes técnicos<sup>469</sup>.

Nas conclusões de Alexandre Aragão<sup>470</sup>,

as competências complexas das quais as agências reguladoras independentes são dotadas, fortalecem o Estado de Direito, vez que, ao retirar do emaranhado das lutas políticas a regulação de importantes atividades sociais e econômicas, atenuando a concentração de poderes na Administração Pública central, alcançam, com melhor proveito, o escopo maior – não meramente formal – da separação de poderes, qual seja, o de garantir eficazmente a segurança jurídica, a proteção da coletividade e dos indivíduos empreendedores de atividades ou por elas atingidos, mantendo-se sempre a possibilidade de interferência do Legislador, seja para alterar o regime da agência reguladora, ou mesmo para extingui-la.

Eros Roberto Grau<sup>471</sup> analisa esse processo como um declínio da legalidade tradicional. A legislação perde o caráter essencialmente político para incorporar um caráter eminentemente técnico, realçando a incapacidade do Legislativo que, a par da legitimidade, é desprovido de muitas habilidades técnicas. Neste momento há uma interpenetração dos campos de atuação do Executivo e do Legislativo, “aquele, a exercitar, amplamente, função normativa; este, a produzir leis-medida”. A esse respeito, lembre-se da posição declinada por Victor Nunes Leal<sup>472</sup>, quando advertiu que o Estado contemporâneo não funciona sem mecanismos de transferências de função do Legislativo para o Executivo. Grau<sup>473</sup> alerta para que esse processo, em razão da possível hipertrofia normativa, não venha a gerar uma insegurança para as relações jurídicas em face do postulado *ignorantia legis neminen excusat*, bem como

---

<sup>469</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Natureza jurídica, competência normativa, limites de atuação. **Revista de direito administrativo**. No. 215, janeiro/março, Rio de Janeiro:Renovar, 1999, p.81.

<sup>470</sup> ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp.375/376.

<sup>471</sup> GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2002, pp.181/185.

<sup>472</sup> Mediante citação de Jean Paul Cabral Veiga da Rocha (*In* Regulação econômica e separação dos poderes: a delegação legislativa na tradição do direito público brasileiro. Direito da regulação. **Revista de direito da associação dos Procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro**. Coord. Alexandre dos Santos Aragão. Vol. XI, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p.78).

<sup>473</sup> GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 185 e 195.

critica o amplo poder discricionário depositado no administrador.

A par das preocupações de Grau acima resumidas, entende-se que na estrutura do Estado subsidiário, as agências reguladoras não podem prescindir do questionado poder normativo, pois a desgovernamentalização da regulação leva a esta conseqüência. Importa estabelecer os parâmetros legais da ação da agência reguladora, para balizar seus atos normativos nos limites da legalidade, sujeitando-os ao controle jurisdicional quer por descumprimento da Lei, quer por que a lei geral deve ser respeitada, quer porque eventual abuso do poder discricionário. O que merece um maior zelo não está exatamente nos mecanismos formais que estruturam as agências reguladoras, mas na sua operacionalização prática. A preocupação está muito mais centrada no exercício dos poderes pelos dirigentes destas agências na sociedade brasileira. O modelo foi importado para uma administração pública que sofre com o tradicional desrespeito ao interesse público, em que os atos administrativos gozam de legitimidade presumida para, por muitas vezes, falsear o interesse público em nome do interesse privado<sup>474</sup>.

### **4.3 A atuação das Agências reguladoras na defesa do usuário do serviço público**

É indiscutível que na gênese das agências reguladoras dos serviços públicos está também a necessidade de proteção dos interesses dos usuários. Rafael Bielsa, citado por César Carlos Neira<sup>475</sup>, diz que “em el control de servicios públicos prestados por concesionarios, el relativo funcionamiento del servicio tiene una gran importancia. La potestad reglamentaria (polícia del servicio) tiene por objeto comprobar la eficiencia, la regularidad, continuidad y seguridad de los servicios, lo que debe ser estrictamente observado porque concierne a miles o millones de

---

<sup>474</sup> Ver neste sentido, Eros Roberto Grau ( *In O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2002, p.171).

<sup>475</sup> NEIRA, César Carlos. *Entes reguladores de servicios: la defensa del usuario*. Buenos Aires: AD-HOC S.R.L., 1997, p.22.

usuários". Assim, continua César Neira<sup>476</sup>, o Estado deve garantir um controle efetivo dos serviços concedidos, tendo como prioridade a defesa dos interesses dos usuários, ainda que isto se contraponha ao desenvolvimento de uma atividade econômica. São dois bens jurídicos que estão em jogo e devem ser harmonizados, mas tendo-se sempre em vista os imperativos do interesse público coincidentes com os interesses sociais<sup>477</sup>. Gordillo<sup>478</sup>, ao tratar dos entes reguladores, esclarece que dentre as suas atribuições está a de "controlar los monopolios naturales o legales, em defensa de los intereses económicos etc, del usuario o consumidor, que el sistema constitucional impone ahora a todas las autoridades públicas, administradores y jueces incluidos".

No Brasil, as Agências Reguladoras têm a missão de fiscalizar a execução do serviço público por empresas privadas, no intuito de garantir aos usuários um serviço adequado caracterizado pela regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, universalidade e cortesia na sua prestação<sup>479</sup>. Na medida em que zelam pelo cumprimento dos contratos de concessão ou pelas disposições relativas às permissões, diligenciam para a prestação do serviço adequado, em benefício do usuário. E como expressão do seu poder fiscalizatório e disciplinador, podem aplicar sanções às concessionárias ou permissionárias que inatendam às imposições legais, contratuais e administrativas do serviço adequado. Os direitos à participação e de reclamação, garantidos nas codificações de defesa do consumidor, também estão presentes na estrutura da função regulatória brasileira, como forma de legitimar a atuação do ente regulador, ampliar o controle sobre o serviço público prestado e garantir a satisfação do usuário.

---

<sup>476</sup> Op. cit. p.24.

<sup>477</sup> GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2002, p.147.

<sup>478</sup> GORDILLO, Augustín. **Tratado de derecho administrativo**. A defensa del usuario y del administrado. Tomo 2, Belo Horizonte: Del Rey e Fundación del Derecho Administrativo, 2003, p.VI-24.

<sup>479</sup> Ver Art. 6º., §, Lei no.8.987/1995 e os comentários deduzidos no capítulo terceiro.

### 4.3.1 Garantia do serviço adequado

Como dito, todas as agências reguladoras de serviço público brasileiras albergam em suas atribuições a diligência pelo serviço adequado<sup>480</sup>. A prestação do serviço adequado é dever estabelecido por lei (Lei no. 8.987/95, art. 31, I) para o particular prestador de serviço público, cabendo à agência fiscalizar o seu cumprimento e aplicar as penalidades decorrentes do inatendimento<sup>481</sup>. No exercício da fiscalização, as agências terão livre acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da empresa prestadora do serviço<sup>482</sup>. Registre-se que a fiscalização das agências subsiste em duas modalidades, uma permanente e outra periódica, a ser implementada com a participação dos usuários<sup>483</sup>.

#### 4.3.1.1 Universalização

Como a universalidade é uma das características do serviço adequado, compete às agências reguladoras: o estabelecimento de metas periódicas de universalização, visando à ampliação do seu fornecimento a todos os cidadãos<sup>484</sup>, e o estabelecimento de tarifas diferenciadas, que beneficiem os usuários de baixa renda<sup>485</sup>.

---

<sup>480</sup> Ver art.3º. e incisos, Lei no.9.472/97; art. 2º., XIX, Lei no.9.427/1996; art. 3º., VI, VII, IX; art. 4º., XVI, Dec. No.2.335/97; art. 24, IV e art. 27, IV, Lei no.10.233/2001.

<sup>481</sup> Pois constitui poder-dever do Poder Concedente, nos termos do art. 30, Lei no.8.987/95, “cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão”.

<sup>482</sup> Art.30, parágrafo único, Lei no.8.987/95.

<sup>483</sup> Apesar da previsão legal (art.30, parágrafo único, Lei no.8.987/95), não se tem notícia sobre a realização efetiva dessa modalidade de fiscalização.

<sup>484</sup> O Poder Público tem o dever de garantir a toda população, o acesso às telecomunicações mediante tarifas razoáveis. Para tanto o Poder Executivo aprovará o plano de metas de universalização apresentado pela ANATEL (Lei 9472/97, art2o, I e art. 18, III). No plano de Energia Elétrica, a ANEEL também tem competência para apresentar metas de universalização (Lei 9427/96, XII e Dec. 2.335/97,Art.3º., VI, entretanto, o Governo Federal, através do Programa *LUZ PARA TODOS*, estabeleceu uma meta que supera a previsão da ANEEL no sentido de eliminar a exclusão elétrica no Brasil.

<sup>485</sup> A tarifa diferenciada é reflexo do princípio da igualdade que, conforme Lúcia Lopez de Castro Garcia-Morato, está relacionado diretamente à idéia de eficiência (*In Las tarifas eléctricas: el caso español. Precios y tarifas en sectores regulados*. Org. Gaspar Ariño Ortiz. Granada: Comares Editorial, 2001, p.3).

Inobstante a chamada crise da telefonia trouxe à tona o fiasco que tem sido a universalização nesse setor. Se é certo que o número de assinantes foi ampliado em virtude da redução do valor da assinatura, não menos certo é que a tarifa cobrada se tornou um óbice ao acesso, considerando que existem onze milhões de linhas ociosas, sem comprador, e dez milhões de linhas desligadas por falta de pagamento<sup>486</sup>. Como forma de facilitação do acesso das populações mais pobres, foi criado o Fundo de Universalização de Serviços de Telecomunicações – FUST. Mas a criação deste Fundo parece denunciar uma tendência sempre presente no Estado brasileiro em socorrer, de um jeito ou de outro, o insucesso dos investimentos privados<sup>487</sup>.

#### 4.3.2 *Participação dos usuários*

Como visto no capítulo segundo, a participação é um dos elementos característicos do direito administrativo moderno e está presente, ainda que formalmente, na estrutura das agências reguladoras. A garantia de participação do usuário amplia a legitimidade da ação reguladora independente do governo por envolver o usuário do serviço no processo decisório. No Brasil, a legislação pertinente às agências prevê a abertura para a participação dos usuários por meio de consultas e das audiências públicas, nas medidas fiscalizadoras, do direito à informação e do direito de ser ouvido. Infelizmente a participação prevista não parece alcançar os níveis desejados. A própria existência e natureza das agências reguladoras não está muito bem definida no imaginário dos usuários<sup>488</sup>. O elevado

---

<sup>486</sup> FARENA, Dulcirian Van M. Telefonia: crise do modelo e desrespeito ao consumidor. **Revista de direito do consumidor**. No.44, out/dez, 2002, São Paulo: RT, 2002, p.106.

<sup>487</sup> FARENA, Dulcirian Van M. Telefonia: crise do modelo e desrespeito ao consumidor. **Revista de direito do consumidor**. No.44, out/dez, 2002, São Paulo: RT, 2002, pp. 107/108. Ver também Castor, para quem a regulação no Brasil vem se estruturando com o resíduo da tradição anterior: o capitalismo protegido, inaugurado nos tempos do império mas mantido ao longo da República (*In O Brasil não é para amadores: Estado, governo e burocracia na terra do jeitinho*. Curitiba: Ebel-IPQP-PR, 2000, 65).

<sup>488</sup> É obrigatória a divulgação do número do teletendimento da ANEEL nas contas de energia enviadas ao usuário pela Concessionária, mesmo assim, a grande maioria das reclamações são canalizadas para os Procons. A ANATEL também possui um número para teletendimento gratuito, mas não recebe tantas reclamações quanto os procons. O fato de cada Agência Reguladora, especialmente a ANATEL e a ANEEL, disporem de páginas na *internet*, riquíssimas em informações, não importa na sua real divulgação, afinal o acesso aos recursos de informática é considerado luxo de uma minoria.

índice de reclamações contra as empresas concessionárias dos serviços essenciais nos órgãos de defesa do consumidor dos diversos Estados<sup>489</sup> demonstra que estes órgãos têm mais difusão no meio social do que as agências<sup>490</sup>.

O Dec. 2335/97, que institui a ANEEL estabelece a necessidade de audiência pública antecedente ao processo decisório que afetar os direitos dos agentes econômicos do setor elétrico e dos consumidores (art. 21). A Lei no. 9.472/97 que criou a ANATEL, dispõe no art. 42, que os atos normativos serão submetidos à consulta pública, formalizada após publicação no Diário Oficial da União, devendo as críticas e sugestões serem objeto de exame. A legislação determina o recurso às audiências públicas<sup>491</sup> e consultas públicas. Entretanto, a dificuldade em garantir a participação efetiva por via destes mecanismos se inicia a partir da própria convocação, que é realizada através das *home pages* das citadas agências ou através do Diário Oficial da União.

Ao tempo em que concretizam o princípio da publicidade, as audiências públicas viabilizam a participação dos indivíduos ou grupos determinados, na exposição das suas idéias, preferências e sugestões e, conseqüentemente, conduzem à Administração Pública a decidir com maior probabilidade de acerto<sup>492</sup>. Mas para que operem resultados produtivos, tanto a audiência quanto a consulta pública devem

---

<sup>489</sup> No Ceará, as concessionárias se mantêm no *ranking* das dez empresas mais reclamadas (Cf. diagnóstico do Decon, nos anos de 2002/2003 (<http://www.decon.ce.gov.br>). No Rio de Janeiro, a realidade não é diversa, pois a empresa *Telecomunicações do Rio de Janeiro S.A.* foi a empresa mais reclamada no ano de 2002, com um total de 18.153 reclamações, enquanto a *Light Serviços de Eletricidade S. A.* ficou em segundo lugar, com um total de 2.486 reclamações (<http://www.consumidor.rj.gov.br/relatoriossited.asp>). No Estado de São Paulo, as reclamações contra os prestadores de serviços essenciais representaram um total de 17% de todas as reclamações processadas no ano de 2002 (<http://procon.sp.gov.br>).

<sup>490</sup> E esta realidade não é exclusiva do Brasil, Neira iniciou o seu trabalho revelando que 54% (cinquenta e quatro por cento) da população da Argentina desconhecia a existência dos entes reguladores dos serviços públicos (Cf. NEIRA, César Carlos. **Entes reguladores de servicios**: la defensa del usuario. Buenos Aires: AD-HOC S.R.L., 1997, p.15).

<sup>491</sup> O recurso à audiência pública é um instrumento capaz de envolver a participação direta dos administrados favorecendo a prática da democracia direta. Corresponde a um verdadeiro direito difuso, conforme sustenta Lúcia Valle Figueiredo (*In Instrumentos da administração consensual: audiência pública e sua finalidade. Interesse público*. No.18, março/abril, 2003, Porto Alegre: Nota Dez, 2003, pp.21/22).

extrapolar os limites meramente formais, para funcionar como instrumentos de realização da legitimidade e da eficiência. Sem uma execução adequada, representarão uma formalidade inútil, sem qualquer efeito na promoção do Estado democrático de direito<sup>493</sup>.

Para Dulciran Farena<sup>494</sup>, as audiências públicas apenas forjam uma aparência de legitimação, pois de fato não discutem assuntos acessíveis e de interesse ao cidadão, desestimulando a sua participação. Trata-se da *burocratização da participação* que, nas linhas de Boaventura de Sousa Santos e Leonardo Avritzer<sup>495</sup>, representa a perversão do fenômeno participativo “pela reintrodução de clientelismo sob novas formas, pela instrumentalização partidária, **pela exclusão de interesses subordinados através do silenciamento ou da manipulação de instituições participativas**” (grifo intencional). No ano de 2003, a ANEEL convocou 46 audiências públicas, contando com uma presença mínima de usuários e uma participação maior dos representantes das concessionárias, inequivocamente mais organizadas, assinando as contribuições apresentadas<sup>496</sup>. A participação mais expressiva é realizada através dos grupos organizados. Como os grupos econômicos são mais bem estruturados, acumulam mais poderes nos processos decisórios, que os indivíduos isolados<sup>497</sup>. O déficit de cidadania participativa na condução da coisa pública<sup>498</sup> somente realça a representação utilitarista dos grupos empresariais.

---

<sup>492</sup> BARCELLAR FILHO, Romeu Filipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. **Interesse público**. No.16, out/dez, 2002, Porto Alegre: Nota Dez, 2002, p.22.

<sup>493</sup> Cf. Lúcia Valle Figueiredo, Op. cit., pp.32/33.

<sup>494</sup> A esse respeito cita o caso em que uma audiência pública organizada pela ANATEL sobre telefonia digital foi suspensa porque envolvia assuntos essencialmente técnicos, ininteligíveis para o leigo, fugindo aos objetivos de um procedimento desta natureza (FARENA, Dulciran Van M. O Código de Defesa do Consumidor e os direitos do usuário do sistema de telefonia fixa. **Revista de direito do consumidor**. No.40, out/dez, 2001, São Paulo: RT, 2001, p.94).

<sup>495</sup> Segundo os autores, a democracia participativa em países como o Brasil apresenta ambiguidades tendentes a falsear o processo participativo (*In Democratizar a democracia*, os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, pp.60 e 75).

<sup>496</sup> In [http://www.aneel.gov.br/aplicações/audiência\\_pública](http://www.aneel.gov.br/aplicações/audiência_pública); Acesso em 18/03/2004.

<sup>497</sup> BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p.36.

<sup>498</sup> CARVALHO, José Murilo de. Cidadania na encruzilhada. **Pensar a república**. Org. Newton Bignotto. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003, pp.111/112.

No que toca ao direito de informação, o Dec. 2335/97 estabelece no art.16 I que, na ação fiscalizadora, a ANEEL deverá instruir os agentes e consumidores quanto as suas obrigações contratuais e regulamentares. No setor de telecomunicações o acesso à informação adequada sobre às condições de prestação do serviço público, inclusive tarifas e preços (Lei no. 9.472/97, art.3º.IV), constitui direito do usuário. A legislação que trata da ANATEL também é expressa quanto ao direito de reclamação (Dec. 2.338, art. 69). Neste aspecto a ANEEL tem competência para dirimir conflitos entre consumidores e concessionárias, inclusive com a oitiva dos envolvidos (Dec. 2.335/97, art. 18, I). Para o processamento das reclamações dos usuários, as agências contam com uma ouvidoria que, na maioria dos casos, é acionada pelo telefone, através do número de ligação gratuita. Como o público nacional ainda não incorporou a idéia das agências reguladoras, o serviço não tem sido utilizado suficientemente<sup>499</sup>.

#### *4.3.4 Solução de conflitos entre usuários e concessionárias em face do Código de Defesa do Consumidor e Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*

A legislação básica de cada agência reguladora autoriza a solução de conflitos entre as partes envolvidas, incluindo aqueles estabelecidos entre usuários e concessionárias, na esfera administrativa<sup>500</sup>. Em semelhança, a ANATEL poderá compor situações de conflito e reprimir as infrações contra os direitos do usuário<sup>501</sup>. Desta forma, na medida em que a agência atua na defesa do usuário e este se faz

---

<sup>499</sup> Mesmo assim, houve um considerável aumento no número de telefonemas dirigidos à ANEEL entre os anos de 2000 a 2002. Em 2000 foram recebidas 168.327 ligações, enquanto que em 2002, o número de ligações subiu para 1.586.683. Mas as ligações destinadas especificamente à ouvidoria somente tiveram representatividade no ano de 2002, somando um total de 207.952 ligações (Informações obtidas no site da ANEEL - <http://www.aneel.gov.br/73.htm>. Acesso em 18/03/2004).

<sup>500</sup> Art. 2º, V, Lei 9427/96 e Dec. 2.335/97, art. 4º., XIX e art. 18, I.

<sup>501</sup> Art. 19, XVIII, Lei no.9472/97 e Art. 16, XIX, Dec. 2.338/97. Inobstante, segundo os comentários de Dulciran Faren, até 2002, poucos Processos de Apuração por Descumprimento de Obrigação - PADO foram decididos, culminando com a aplicação de multas às concessionárias. Dentre cem processos instaurados contra uma grande concessionária, houve somente três decisões, que pelo *quantum* irrisório estabelecido como multa, causam vergonha e demonstram um descaso em face da agressões perpetradas contra os interesses dos consumidores. (FARENA, Dulciran Van M. *Telefonia: crise do modelo e desrespeito ao consumidor*. **Revista de direito do consumidor**. No.44, out/dez, 2002, São Paulo: RT, 2002, p.110).

coincidir com a figura de consumidor prevista na Lei no. 8.078/90 – CDC, deve-se aplicar esta lei na dissolução da querela, mesmo porque a legislação específica (art. 19, Dec. 2.338/97) dispõe que a agência deverá articular sua atuação com o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor -SNDC.

Mas o parágrafo único do art. 19 (Dec. 2.338/97) padece de legalidade ao estabelecer que a ANATEL tem preferência sobre os integrantes do SNDC, quando da apreciação de conflitos envolvendo usuários-consumidores e concessionárias. Enquanto não for promulgada e publicada a lei de proteção ao usuário, e se decidir de modo diverso, admite-se a aplicabilidade do CDC no interesse dos usuários do serviço público, inclusive quanto à competência concorrente das entidades e órgãos da União, dos Estados e do Distrito Federal para editar normas e solucionar conflitos no âmbito de suas atribuições administrativas (art. 55, §1º. do CDC). Não faz sentido, portanto, uma preferência da ANATEL sobre estes órgãos, mesmo porque é falível o histórico desta agência na defesa dos usuários<sup>502</sup>. Logo, existe a possibilidade do consumidor apresentar a sua reclamação ao Procon ou Decon em vez de dirigi-la à agência reguladora, desde que o conflito entre usuário e concessionária configure uma relação de consumo.

#### *4.3.5 Reajuste e revisão das tarifas*

A fixação de tarifas é o ponto de intercessão entre os interesses dos usuários e das concessionárias, sendo o momento em que a agência deve cogitar do direito daqueles ao serviço, posto que universal, e do equilíbrio financeiro do contrato de concessão. O tema mereceu enfoque no capítulo terceiro, mas não se pode deixar de ressaltar a responsabilidade que tem a agência reguladora em controlar as tarifas dos serviços públicos essenciais. Infelizmente muitos problemas têm sido gerado em virtude da ausência de uma política tarifária adequada, tal como determinada no

---

<sup>502</sup> FARENA, Dulcirian Van M. O Código de Defesa do Consumidor e os direitos do usuário do sistema de telefonia fixa. **Revista de direito do consumidor**. No.40, out/dez, 2001, São Paulo: RT, 2001, p.96.

artigo 175, parágrafo único, inciso II, da Constituição Brasileira<sup>503</sup>. As Agências têm pendido apenas para os interesses das concessionárias, no sentido de preservar a equação financeira do contrato, esquecendo que as tarifas têm de ser acessíveis aos usuários, especialmente para os usuários cativos. Não sem razão Gaspar Ariño Ortiz<sup>504</sup> afirma “alli donde haya consumidores cautivos, que no tiene posibilidad de elegir, o donde por razones sociales, de servicio universal a un precio asequible, haya que ofrecer prestaciones por debajo de coste, el estado sigue letimado por la ley para fijar tarifas de servicio público”. A simples existência de consumidores cativos revela a necessidade de maior proteção, especialmente quando se trata do consumo de serviços públicos.

#### *4.3.6 Avaliação das Agências pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor*

Na avaliação realizada pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor<sup>505</sup>, a atuação das agências na defesa do usuário não é exemplar. Nos setores de telefonia e de energia elétrica, o usuário sofre com as elevadas tarifas<sup>506</sup>. No setor de telefonia, a tarifa elevada se soma à falta de cortesia por parte da concessionária. A ANATEL se mostrou omissa na implementação do sistema de discriminação dos pulsos para usuários residenciais de telefonia fixa comutado e em face do fechamento dos postos de atendimento das empresas de telefonia. O relatório do IDEC conclui que a atuação ANATEL ainda é deficiente e a repressão aos abusos é lenta e ineficaz, com

---

<sup>503</sup> É sabido, contudo, que alguns serviços regulados gozam de liberdade tarifária, a exemplo do serviço de telefonia sujeito a regime de direito privado, com previsão no art. 129, da Lei Geral de Telecomunicações (no.9.472/97).

<sup>504</sup> ORTIZ, Gaspar Ariño. Sobre la naturaleza de la tarifa y su posible revisión judicial. **Precios y tarifas en sectores regulados**. Org. Gaspar Ariño Ortiz. Granada: Comares Editorial, 2001, p. XI.

<sup>505</sup> IDEC - Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. Avaliação das agências reguladoras e órgãos governamentais. Coord. Marcos Vinícios Pó. São Paulo: IDEC, 2002.

<sup>506</sup> Nos anos de 1995/2002, as tarifas de telefonia fixa subiram em 509,7% enquanto a inflação no período foi de 100,7%; as tarifas de energia elétrica subiram em 262,1% (Informações apresentadas no citado relatório do IDEC, a partir de dados do IBGE, pp.12 e 16). O relatório não atribui exclusivamente às Agências a responsabilidade pelo aumento das tarifas, em virtude da ausência de políticas públicas definidas pelo Poder Executivo para a orientação da atuação dos entes reguladores.

estabelecimento de penalidades irrisórias, impostas ao final do processo administrativo, cuja duração se estende por cerca de dois anos. A performance da ANEEL quanto à aplicação de sanções foi considerada inferior à da ANATEL, devendo melhorar sua atuação no monitoramento das empresas. Como aspecto positivo de sua atuação, o relatório destacou a maior publicidade sobre a sua atuação e a realização de ações de educação do consumidor, por meio de publicidade, das contas de energia elétrica e dos contratos de adesão entregues às distribuidoras. Conforme a análise realizada, a ANEEL mostrou, nos últimos dois anos, uma preocupação maior com a transparência e com a participação dos consumidores.

#### **4.4 O controle sobre a atuação das agências reguladoras**

A regulação, com sua função e órgãos peculiares, é uma realidade juspolítica presente em todo o mundo ocidental, ainda que persistam certas perplexidades nos países que seguem uma tradição jurídica da Europa continental, como é o caso do Brasil. Francisco Cavalcanti<sup>507</sup> questiona, contudo, se estes entes reguladores, com tantas funções que acumulam, estarão aptos ao exercício dos seus papéis, sem a ingerência do poder político ou do poder econômico, de sorte a assegurar aos administrados os direitos constitucionais previstos. Ainda mais num Estado como o Brasil, cuja história política contribui para um relacionamento incestuoso entre regulador e regulado<sup>508</sup>.

---

<sup>507</sup> CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes. **Revista de direito administrativo**. No.219, jan/mar, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.270.

<sup>508</sup> CASTOR, Belmiro V. **O Brasil não é para amadores**: Estado, governo e burocracia na terra do jeitinho. Curitiba: Ebel-IBQP-PR,2000, p.70. Ver também, LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Jurisdição constitucional: um problema da teoria da democracia política. **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp.231/232.

#### 4.4.1 Os riscos da captura

Um dos perigos que rondam a atuação das agências dos serviços públicos é a possibilidade de captura dos seus dirigentes pelos setores regulados. Vital Moreira<sup>509</sup> diz que as agências são normalmente cooptadas pelos grupos de interesse que supostamente são destinadas a regular, em geral, nas etapas finais de seu ciclo de vida, quando em declínio, devotam-se apenas à manutenção do *status quo*. No Brasil, a captura pode ocorrer bem antes da fase de declínio das agências; ainda no seu próprio nascedouro, haja vista, a aliança sempre presente entre os grandes proprietários e as classes políticas, superpondo os interesses privados aos negócios públicos. A esse respeito registra-se a percepção de Eros Grau<sup>510</sup>, para quem

A segmentação do Estado brasileiro é um dos aspectos de sua decantada privatização, isto é, da sua incapacidade de discriminar os interesses particularistas e de fixar políticas em nome do interesse geral. O peso político das classes proprietárias na representação parlamentar, e, sobretudo, na máquina burocrática do Executivo, promove sistematicamente a generalização dos favores. Sempre cabe mais um. Sendo assim, as agências públicas e as formas de intervenção tendem a se tornar, exclusivamente, um mecanismo de proteção de uns contra os outros e de todos contra a concorrência e a busca de eficiência. A cobrança de resultados ou de desempenho não é a regra e acaba se transformando numa formalidade ridícula.

Além dessas dificuldades que tradicionalmente acompanham o desenvolvimento da administração pública, somam-se outros fatores que colaboram para a cooptação das agências reguladoras. O primeiro deriva da desigualdade de experiência entre os dirigentes das agências reguladoras brasileiras, em geral, advindos dos quadros das empresas estatais, e os agentes privados, grande parte deles estrangeiros habituados a atuar sob o constrangimento legal de regimes regulatórios severos. Não raro, por força da desigualdade de experiência, o *know how*

---

<sup>509</sup> A teoria da captura da regulação tem expressão clara no pensamento de Bernstein, e se assenta na idéia de que os entes reguladores, em vez de regularem superpartes o seu espaço econômico, são capturados ou colonizados pelos setores que deveriam regular, passando a funcionar em favor deles (MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração pública**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p90).

<sup>510</sup> GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2002, p.143.

das empresas multinacionais prestadoras dos serviços e seu o elevado poder de barganha findam por influenciar decisivamente o órgão regulador<sup>511</sup>. O segundo, decorre da falta de articulação da sociedade civil inapta a contrabalancear os efeitos gerados pela ação dos setores regulados. Enquanto os interesses da comunidade são dispersos, difusos, as empresas se organizam e atuam de modo sistemático para influenciar as decisões da agência<sup>512</sup>. Um terceiro e último fator, descrito por Przeworski<sup>513</sup>, mas de certa forma relacionado às praticas nepotistas e clientelistas do Estado brasileiro, corresponde aos anseios particularistas dos burocratas dirigentes das agências, em manterem os seus próprios empregos, se apresentarem como fonte de poder ou, ainda, enriquecerem às expensas do público.

A par das medidas estruturais que podem intentar reduzir o risco da captura, é fundamental a presença de um amplo controle institucional e social. Conrad H. Mendes<sup>514</sup> relata que, entre os anos de 1965 e 1985, o sistema regulatório americano sofreu intensamente com o problema da captura, de modo que se fortaleceram os controles externos, especialmente o controle judicial. Przeworski<sup>515</sup> também aposta no fortalecimento do sistema de controle para evitar a possibilidade da captura; sua maior queixa está na inexistência de mecanismos de controle por parte dos cidadãos<sup>516</sup>. Segundo ele<sup>517</sup>,

para a existência de liberdade e de proteção contra as arbitrariedades do Estado, é necessário que os cidadãos exerçam seus direitos políticos

---

<sup>511</sup> COUTINHO, Diogo R. Privatização, regulação e o desafio da universalização do serviço público no Brasil. **Regulação, direito e democracia**. Org. José Eduardo Faria. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2002, pp.79/80.

<sup>512</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p.370.

<sup>513</sup> PRZEWORSKI, Adam. O Estado e o cidadão. **Sociedade e Estado em transformação**. Orgs. Luiz Carlos Bresser Pereira, Jorge Wilhelm e Lourdes Sola. São Paulo: Editora UNESP; Brasília:ENAP, 1999, p332.

<sup>514</sup> MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo parâmetros de discussão. **Direito administrativo econômico**. Coord. Carlos Ari Sunfeld. São Paulo: Malheiros, 2000, p121.

<sup>515</sup> PRZEWORSKI, Adam. O Estado e o cidadão. **Sociedade e Estado em transformação**. Orgs. Luiz Carlos Bresser Pereira, Jorge Wilhelm e Lourdes Sola. São Paulo: Editora UNESP; Brasília:ENAP, 1999, p333.

<sup>516</sup> Segundo Przeworski, “o perigo da independência é que as agências se tornem *unchecked checkers* livres tanto do controle de outros órgãos do governo como do controle dos cidadãos” Op. cit. p.334.

<sup>517</sup> Op.cit. pp.36/37.

positivos, expressem suas opiniões, formulem vontades coletivas e escolham bons governos; resumindo, façam os governos executarem o que os cidadãos querem e precisam. Entretanto, liberdade pode não ser suficiente para o controle dos cidadãos sobre as ações do governo, a menos que instituições políticas forneçam instrumentos efetivos de controle, bem como todas as pessoas desfrutem de condições sociais mínimas necessárias para o exercício dos seus direitos políticos.

O sistema de regulação é por natureza conflituoso, como explica Mark Thatcher<sup>518</sup>, tanto por envolver interesses múltiplos e diferenciados, quanto pela necessidade de contrapesos à independência, flexibilidade e especialidade que dispõe. Apesar da autonomia reforçada que distingue as agências reguladoras dos demais entes da administração indireta, do seu poder normativo assemelhado a uma espécie de delegação legislativa, a elas se aplicam diversos instrumentos de controle, dentre os quais o Jurisdicional, o político, por parte do Poder Legislativo e, conseqüentemente, do Tribunal de Contas, e o controle social, de natureza mais difusa. O controle há que se estender tanto sobre o seu desempenho, quanto sobre o processo de nomeação e demissão dos seus administradores, sendo certo que as maiores dificuldades estão no controle social das agências, dada a ausência de organismos sociais exercentes da representação dos usuários, haja vista a inexistência de uma cultura verdadeiramente associativa no Brasil.

#### 4.4.2 *Controle judicial*

O princípio da universalidade da jurisdição significa a possibilidade de ampla investigação das agências pelo Poder Judiciário. Marçal Justen Filho<sup>519</sup>, questionando sobre a possibilidade do controle jurisdicional das políticas públicas adotadas pelas agências, ressalta a dificuldade em admitir a faculdade do Judiciário “em fiscalizar a concepção concreta adotada por autoridade política acerca do conceito de interesse público a atingir e dos meios para tanto”. Infere-se daí a discussão sobre os limites do controle jurisdicional sobre os atos administrativos praticados pela agência

---

<sup>518</sup> THATCHER, Mark. Regulating the regulators: the regulatory regime for the British privatised utilities. **Parliamentary affairs** Apr.1998; 51, 2; Academic Research Library: Oxford University Press. p.221.

<sup>519</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p.589.

reguladora. É pacífico o controle jurisdicional sobre os atos vinculados e até sobre os atos discricionários, desde que, neste último caso, não importe na invasão do núcleo da autonomia decisória<sup>520</sup>.

A par da teoria tradicional, que rejeitava a possibilidade de controle jurisdicional dos atos discricionários, modernamente, é admissível “uma esfera da discricionariedade justificável, graças ao reconhecimento dos princípios jurídicos como fonte normativa”<sup>521</sup>. A discricionariedade encontra fundamento na complexidade dos problemas a que a Administração Pública é chamada a equacionar, sem, muitas vezes, contar com a expressa solução na lei. Corresponde à faculdade deferida à Administração para assegurar de forma eficaz os meios realizadores dos fins a que se propõe o Poder Público, atuando de forma justa na custódia dos interesses públicos entregues à sua tutela<sup>522</sup>. Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>523</sup>, a discricionariedade se caracteriza pelo “campo de liberdade suposto na lei e que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e de oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissíveis perante ele, tendo em vista a finalidade legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada”. O ato discricionário não se confunde com o ato arbitrário<sup>524</sup>, pois, seguindo a referência de Marcelo Caetano<sup>525</sup>, no exercício do *poder discricionário*, a administração deve atender o fim específico para o qual a Lei o conferiu.

---

<sup>520</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Op.cit. p.590. Do entendimento de Hely Lopes Meireles extrai-se que todos os atos administrativos são, em verdade, vinculados, a discricionariedade concentra-se apenas em alguns dos seus elementos, a saber o motivo e o objeto (*In Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1996, p.150).

<sup>521</sup> MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 2004, p.36.

<sup>522</sup> Conforme assegura Hely Lopes, utilizando-se do pensamento de Fiorini (*In Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1996, p.151).

<sup>523</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 1993, p.45.

<sup>524</sup> Segundo Hely Lopes, “discrção e arbtrio são conceitos inteiramente diversos. Discrção é liberdade de ação dentro dos limites legais; arbtrio é ação contrria ou excedente à lei. Ato discricionrio, portanto, quando permitido pelo Direito, é legal e vlido; ato arbitrrio é, sempre e sempre, ilegítimo e invlido” (Op. cit., p.151).

<sup>525</sup> CAETANO, Marcelo. **Manual de direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1975, p.239.

Diante disto, nem mesmo o ato discricionário está absolutamente imune ao controle do Judiciário, pois como esclarece Celso Antonio B. Mello<sup>526</sup>, “a circunstância de reconhecer-se discricção radicada na hipótese ou na finalidade da norma (em razão de conceitos fluidos) de modo algum significa alargar em demasia o campo de liberdade do administrador”. Mesmo conceitos fluidos, continua Mello, na mesma página, “tem algum conteúdo determinável, isto é, certa densidade mínima, pois, se não o tivessem, não seriam conceitos e as vozes que os designam sequer seriam palavras”. A discricionariedade, em sua concepção clássica, imune à sindicabilidade jurisdicional, necessita ser revista porque somente se fazia justificar quando plasmada sob a égide do *direito por regras*. Com a compreensão filosófica do Direito marcada pela normatividade e constitucionalização dos princípios, pela hegemonia normativa e axiológica dos princípios, dá-se a substituição do princípio da Legalidade pelo princípio da jurisdição no direito administrativo contemporâneo<sup>527</sup>. A discricionariedade vincula-se aos princípios e, conseqüentemente, sujeita-se ao controle jurisdicional<sup>528</sup>.

Os atos administrativos discricionários praticados pelas agências reguladoras, em virtude da sua especialidade técnica, não gozam de uma imunidade absoluta em face do controle jurisdicional. A atuação discricionária destes entes da administração somente terá guarida no Estado de Direito, quando conformada nas margens da liberdade deferida em lei e pelos princípios administrativo-constitucionais<sup>529</sup>. A questão sobre o controle se torna um pouco mais densa, quando o administrador, agindo nas margens de liberdade estabelecidas em lei, adota uma, dentre tantas medidas, para atender o interesse público que justifica a discricionariedade. Nessas

---

<sup>526</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 1993, p.48.

<sup>527</sup> MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 2004, p.42.

<sup>528</sup> Por esta razão, Germana O. Moraes entende que se justifica a classificação de atos administrativos, segundo o critério da maior ou menor liberdade do agente, em *atos administrativos vinculados propriamente* e *atos administrativos de discricionariedade vinculada aos princípios*. Em síntese, são os princípios normativos os parâmetros norteadores da ação administrativa discricionária (Op. cit., p.43).

<sup>529</sup> Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a discricionariedade passou a ser vista como um poder jurídico, limitado pela lei, de sorte que “toda a atuação administrativa passou a desenvolver-se dentro de um círculo definido por lei; fora desse círculo nada é possível fazer” (*In Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, São Paulo: Atlas, 1991, p.28).

hipóteses cabe ao administrador ponderar a melhor forma de atendimento do interesse público a que se quer preservar. Poderá escolher uma, dentre várias soluções possíveis, pois o mérito<sup>530</sup> da decisão administrativa, balizada em juízos não positivados da boa administração, como a oportunidade e a conveniência, é por natureza insindicável pelo Judiciário, constituindo aquele núcleo decisório que, uma vez afetado, comprometerá a separação dos poderes. A jurisprudência brasileira resguarda o mérito dos atos administrativos da apreciação pelo Judiciário, como garantia do princípio da separação dos poderes<sup>531</sup>, afinal o juiz não pode substituir o juízo privativo do administrador<sup>532</sup>.

Alexandre Aragão<sup>533</sup> conclui que o Judiciário finda não opondo qualquer ingerência no que toca ao mérito das decisões de caráter eminentemente técnico. O controle estará centrado, nestas hipóteses, no exame de aspectos procedimentais, a razoabilidade e a proporcionalidade da decisão administrativa. Portanto, “o Poder Judiciário só poderá suprir (em caso de omissão) ou substituir (em caso de anulação) o exercício da atividade discricionária da Administração Pública nos casos concretos em que existirem elementos objetivos suficientes para que, do conjunto de todos os dados normativos e fáticos disponíveis, se possa extrair uma – e apenas uma – solução legítima”<sup>534</sup> (grifo do autor).

Juruena Souto<sup>535</sup> apresenta uma locução um pouco diferenciada, quando admite a possibilidade de controle jurisdicional da *discricionariade técnica*, por diferenciá-la do juízo de oportunidade. A técnica, segundo ele, poderá ser revista

---

<sup>530</sup> O conceito de mérito, na lição de Hely Lopes é de difícil determinação, mas consubstancia-se na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feita pela autoridade administrativa incumbida de sua realização, estando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar (*In Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1996, p.138).

<sup>531</sup> A esse respeito ver vasta jurisprudência do STF e do STJ elencadas por Germana de Oliveira Moraes (*In Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 2004, pp.60/61).

<sup>532</sup> SOUTO, Marcos Juruena. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p.357.

<sup>533</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.351.

<sup>534</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.353.

<sup>535</sup> Op. cit., p358.

uma vez que se assente em pressupostos científicos, universais, sujeita, portanto, a regras uniformes e não à apreciação pessoal do administrador. Se, porém, a decisão administrativa comportar questão técnica de elevada complexidade, o juiz deverá contentar-se com o *juízo do tolerável*, continua Souto, primando pelo exame da motivação científica, técnica ou de experiência, pela verificação da adequação do ato às regras legais e à principiologia constitucional. De toda sorte, não poderá o Juiz substituir o juízo técnico, resultante da ponderação promovida pelo administrador, porém nas hipóteses de manifesta irrazoabilidade ou de inobservância às normas que regem os atos regulatórios, poderá invalidá-lo. Marçal Justen Filho<sup>536</sup> diz que é possível invalidar a decisão administrativa quando evidenciada a ausência das cautelas necessárias, impostas pelo conhecimento técnico-científico; ou quando ausente o procedimento prévio tendente a assegurar a ponderação dos interesses submetidos à gestão da agência, por exemplo.

#### 4.4.3 Controle do Poder Legislativo

As agências são criadas e extintas por meio de lei,<sup>537</sup> portanto, já na fase da sua elaboração, existe um controle prévio por parte do Poder Legislativo. Cabe ainda ao Senado Federal cancelar a indicação dos dirigentes pelo Presidente da República e ao Congresso Nacional “fiscalizar e controlar, diretamente ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta” (art. 49, X, CF/88), instituindo, se for necessário, inclusive Comissões Parlamentares de Inquérito. O parlamento poderá exigir, a qualquer tempo, explicação e justificativa da agência reguladora acerca das decisões adotadas. Invocando suas atribuições constitucionais, o Poder Legislativo, onde transitam os representantes do povo,

---

<sup>536</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, pp.590/591.

<sup>537</sup> Mediante iniciativa do Chefe do Executivo (art. 61, II, *b*, CF/88).

poderia exercer forte controle sobre as agências para reduzir as informações assimétricas, de modo a restringir as possibilidades de captura<sup>538</sup>.

Há autores<sup>539</sup> que criticam esta forma de controle por entendê-la prejudicial à autonomia político-partidária das agências. Sundfeld<sup>540</sup> contrargumenta esta opinião, lembrando que atualmente o Legislativo é bastante sensível às pressões populares, dos organismos representativos da sociedade civil e da própria imprensa.

Também é inafastável a possibilidade de controle por parte do Tribunal de Contas, sobre a gestão administrativa em sentido próprio, envolvendo a fiscalização da agência, enquanto autarquia federal, sem a possibilidade de investigação do conteúdo das decisões regulatórias. Os dirigentes das agências têm o dever político de prestarem contas dos recursos geridos em determinado exercício ao Tribunal, como reflexo da transparência que deve orientar a sua atuação. A auditoria da Corte de Contas visa, além da apuração de aspectos mais objetivos (como a regularidade contábil, orçamentária e financeira), a aferição de questões macro, como a economicidade, a eficiência e a eficácia da atuação regulatória<sup>541</sup>.

#### 4.4.4 Controle social

O controle social dos serviços públicos não tem sido exercido a contento, do mesmo modo que o controle sobre a atuação das agências reguladoras. E isso se dá em virtude da interferência de vários fatores, dentre os quais, a falta de transparência, a ausência de informações ou tecnicidade exagerada destas, bem como pela falta de capacidade técnica dos representantes do consumidor. Inexiste um

---

<sup>538</sup> O projeto de lei que dispõe sobre a gestão e o controle social das Agências Reguladoras facilita o controle pelo Legislativo, uma vez que determina o envio de relatório anual das suas atividades ao Senado Federal e à Câmara dos Deputados (art. 7º., parágrafo único).

<sup>539</sup> Sundfeld cita a posição de Alberto Ramón Real, para quem o controle das agências por parte do Legislativo pode prejudicar a independência dos entes reguladores, principalmente, na hipótese em que o governo dispuser do apoio da maioria parlamentar (*In* Controle político das agências reguladoras. **Interesse público**. Ano 5, no.18, março/abril, 2003, Porto Alegre: Notadez, 2003, p.19).

<sup>540</sup> Op. cit, pp.19/20.

espaço formal que permita o controle social por parte dos consumidores dos serviços de interesse geral. Apesar dos Conselhos de Consumidores das Empresas previstos em lei, não existe nenhum instrumento técnico (contábil, jurídico, engenharia etc) independente que permita uma atuação com resultados<sup>542</sup>; as únicas informações disponíveis são oferecidas pelas próprias empresas reguladas. Inexistem também critérios técnicos para a escolha dos representantes dos consumidores, visto que as empresas montam os seus conselhos, escolhendo representantes que, muitas vezes não gozam de efetiva legitimidade.

Os instrumentos de participação popular na atividade regulatória também não representam uma intervenção efetiva da sociedade civil, conforme já discutido. Na prática, constituem procedimentos formais vazios, pondo em realce a ausência de uma política pública definidora dos rumos da participação social na administração pública. Nem mesmo a lei de proteção do usuário do serviço público foi promulgada<sup>543</sup>.

Neste contexto, compreendendo os problemas enfrentados no processo de democratização brasileira<sup>544</sup>, tais quais a ausência de uma cultura democrática<sup>545</sup>, a desigualdade socioeconômica, a carência de capital social etc., o projeto de reforma administrativa não parece ter se concluído, sequer no âmbito formal, quanto à tentativa de ampliação da participação social. Admitindo que o Projeto proposto por

---

<sup>541</sup> ZYMLER, Benjamin. O papel do Tribunal de Contas da União no controle das agências reguladoras. **Fórum administrativo**. Vol.2, no.1, janeiro de 2002, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2002, p.5

<sup>542</sup> Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC. Extrato do relatório: Avaliação dos marcos regulatórios e os mecanismos de participação do consumidor no controle social relativo aos serviços públicos essenciais de energia elétrica, telefonia fixa, água e saneamento básico (*In A proteção ao consumidor de serviços públicos* São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 35).

<sup>543</sup> Embora tramitem vários projetos neste sentido e mais recentemente, o projeto de lei sobre o controle social das agências reguladoras, reiteradamente mencionado em notas anteriores.

<sup>544</sup> Registre-se que ao final do século XX, os países latino-americanos, dentre eles o Brasil, avançaram muito na construção do regime democrático. Existe um compromisso das nações latino-americanas em respeitar a ordem constitucional, a alternância dos cargos públicos, a transparência nos gastos públicos, o respeito aos direitos humanos etc. (BELAUNDE, Domingo García. ?Existe un espacio público latino-americano? **Revista latino-americana de estudos constitucionais**. Fund. Paulo Bonavides. No.1, jan/jul (2003), São Paulo: Del Rey, 2003, p.8).

<sup>545</sup> CARVALHO, Maria Alice Rezende de. Cultura política, capital social e a questão do déficit democrático no Brasil. **A democracia e os três poderes no Brasil**. Org. Luiz Werneck Viana. Belo Horizonte: Ed. UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p.297.

Bresser Pereira, no período do Governo Fernando Henrique Cardoso, sofra influência do pensamento de Przerwoski<sup>546</sup>, que justifica a democracia numa perspectiva racionalista, ancorada na teoria dos jogos, a reforma administrativa deveria envolver uma política pública capaz de favorecer efetivamente a participação social na estrutura administrativa. Se a abordagem racionalista de democracia destaca a ação das elites políticas na transição para regimes democráticos, resta a elaboração de uma política pública capaz de orientar a participação social que ainda não tem ressonância generalizada entre os atores sociais no Brasil. Werneck Vianna<sup>547</sup> é bastante pessimista quanto à democratização brasileira, por entender que a tradição jurídico-normativa é superior à idéia de cultura cívica.

As redes de solidariedade expressas pelo conjunto de associações, cooperativas, movimentos sociais etc., não são intensamente representativas no Brasil que, em termos de cultura política, ainda revela um abismo entre a sociedade civil e o sistema político brasileiro, importando em conseqüências negativas para a institucionalização da democracia no país<sup>548</sup>. As associações civis de defesa do consumidor não existem em número suficiente para garantir contraposição às pressões advindas dos setores regulados. A par da existência de associações como o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, louvável na sua atuação, não existem organizações com o foco exclusivo na defesa dos usuários de serviços públicos, por setor específico.

O controle social sobre a administração pública e, em particular, sobre a atuação das agências reguladoras, somente pode ser realizado mediante a existência de instrumentos formais de participação aliados a uma práxis social em participar.

---

<sup>546</sup> PRZEWORSKI, Adam. Some problems in the study of the transition to democracy. **Transitions from authoritarian rule**. O'DONNELL, G.; SCHMITTER, P.; WHITEHEAD, L. Baltimore: Johns Hopkins University Press.

<sup>547</sup> VIANNA, Luiz Werneck e BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. **A democracia e os três poderes no Brasil**. Org. Luiz Werneck Vianna. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, pp.371/372.

<sup>548</sup> CARVALHO, Maria Alice Rezende de. Cultura política, capital social e a questão do déficit democrático no Brasil. **A democracia e os três poderes no Brasil**. Org. Luiz Werneck Viana. Belo Horizonte: Ed. UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p.323.

Frederico Lustosa da Costa e Augusto Paulo Cunha<sup>549</sup> questionam sobre a possibilidade de “integração de dois mundos separados por racionalidades aparentemente inconciliáveis: a racionalidade instrumental da esfera administrativa estatal e a racionalidade comunicativa do mundo social”. A participação inerente à democracia direta e indispensável à inteira viabilidade do projeto reformador utilizado não tem ressonância profunda na América Latina (em especial no Brasil), exceto nos pequenos grupos de intelectuais e/ou de cidadãos engajados, o que leva à indagação sobre a possibilidade real de transplante de experiências alienígenas para a realidade de um país periférico. Segundo ensina Ana Maria Campos<sup>550</sup>, a idéia de democracia e participação conduzida pelos projetos reformadores de inspiração global, conduz palavras para as quais sequer existe tradução na língua portuguesa, a exemplo de *accountability*. A participação não se opera somente por meio do discurso formal, sequer inteiramente materializado, haja vista a inexistência de lei específica prevista pela Constituição, através da Emenda Constitucional no. 19/98. Tudo retrata, segundo Castor<sup>551</sup>, “a velha dualidade entre o Brasil formal, cheio de leis, regulamentos e normas, e o Brasil real, que desconhece as próprias normas que cria”. E a cidadania, ao lado do formalismo e diante da ameaça de exclusão, segue, nem sempre ganhando, com o seu *jeitinho brasileiro*.

---

<sup>549</sup> *In* Termos de referência para uma avaliação da participação induzida na gestão de políticas públicas. VI Congresso Internacional del CLAD sobre La Reforma del Estado y de la Administración Pública, Buenos Aires, Argentina, 5-9 de Novembro de 2001. Capturado pela Internet <<http://www.clad.org.ve>>, acesso em 11/11/2002, às 9h.

<sup>550</sup> *In* Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português. **Revista de administração pública**. No.24, fev/abr, 1990, Rio de Janeiro: FGV, 1990, p.54.

<sup>551</sup> CASTOR, Belmiro V. **O Brasil não é para amadores**: Estado, governo e burocracia na terra do jeitinho. Curitiba: Ebel-IBQP-PR,2000, p.78.

## CONCLUSÃO

A proposta formal da reforma administrativa de 1995 foi a de estruturar uma administração enxuta, eficiente, movida por uma nova forma de gestão do serviço público, a partir das parcerias com entes privados e a ampliação da participação da sociedade. Por força de sua implementação, a reforma se utiliza de instrumentos que causam certa perplexidade entre os doutrinadores, sejam eles as agências reguladoras, as organizações sociais, os contratos de gestão etc.

Apesar do discurso democrático que permeia o projeto reformador, a sociedade ainda não incorporou a assunção desses novos conceitos tão presentes nas discussões sobre a administração pública no Brasil. A reforma foi organizada pelos centros intelectuais e políticos do Estado, a partir do influxo internacional. Relativamente à prestação dos serviços de interesse geral, a população assistiu às privatizações das estatais e pôde perceber a transferência de sua prestação para as empresas totalmente privadas, sob a justificativa de ampliação da eficiência. Mas são constantes as queixas sobre a qualidade do serviço junto aos órgãos de proteção e defesa do consumidor, elevando as concessionárias de serviços públicos ao rol das empresas mais reclamadas. Dentre as reclamações, muitas revelam a insatisfação dos usuários quanto às elevadas tarifas.

Embora se saiba que a execução dos serviços públicos por entes privados seja realidade quase pacífica nos Estados de ascendência ocidental, é importante analisar os impactos que isto pode causar num país como o Brasil, onde a maioria da população é pobre. Pois se a empresa privada tem como objetivo primordial o lucro, como prestará um serviço público, caracterizado por um regime jurídico que impõe a qualidade e a universalidade? A garantia de que as empresas privadas, a par dos

imperativos do lucro, promoverão o serviço adequado e universalizado a toda população estará na obediência à lei e às demais imposições contratuais. O controle dessa obediência ficará a cargo do Poder Concedente que, para tanto, cria o órgão regulador, dotado de atribuições de ordem normativa e sancionatória, com relativa independência do governo e ampliada possibilidade de fazer convergir a participação social, democratizando-se as funções administrativas.

Mas as perplexidades que o tema envolve derivam da inserção da agência reguladora em um Estado de característica estadocêntrica, com uma administração burocrática e centralizada. Em busca da eficiência na prestação do serviço, a reforma propõe mudanças formais que dependem, para o seu integral funcionamento, de modificações nos padrões de conduta social. Ao passo que transfere atividades públicas aos particulares, cria organismos alheios ao governo para o exercício da atividade regulatória e demanda uma consciência cívica por parte da população, capaz de colaborar no processo de controle da atividade pública realizada pelo particular.

Por meio da reforma administrativa, entrega-se o serviço público à empresa privada, intentando a utilização de mecanismos alienígenas para composição da estrutura administrativa, sem considerar as nuances sociais e as características nacionais mais tradicionais. O serviço público passa a funcionar em meio a um regime misto, sujeito aos princípios constitucionais-administrativos, mas também passíveis de enquadramento como objeto de uma relação de consumo, haja vista a abertura para a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nas relações entre usuário e concessionária.

Pressupõe uma consciência cívica, uma interferência da cidadania na vida pública, hábil para a participação na atividade regulatória, mas, contraditoriamente, revela uma ideologia mercantilista que confunde cidadão com o mero consumidor. Em todo o tempo, faz referência ao usuário do serviço, esquecendo-se daqueles que ainda não são usuários, embora tenham direito ao serviço em virtude da imposição

de universalidade. Toda referência à participação se destina ao usuário-consumidor, como se a participação na atividade administrativa não fosse atributo da cidadania mas simples faculdade inerente ao consumidor do serviço.

A eficiência que justifica a parceria com a iniciativa privada também coube esclarecer, posto que diferente da perspectiva utilitarista. O princípio da eficiência no contexto do Estado democrático de direito, cuja administração pública se assenta em princípios jurídicos constitucionais, está voltada para a realização do interesse público e para a satisfação do cidadão. Eficiente é o serviço funcional e adequado, por atender as demais exigências de universalidade, cortesia na sua prestação, regularidade, continuidade e modicidade das tarifas. A idéia de eficiência do serviço importa em otimização na forma de atender às necessidades em virtude das quais ele foi criado. Em se tratando de serviço público, a eficiência na sua prestação não pode desprezar os demais valores constitucionais, de sorte que uma administração pública eficiente é aquela capaz de realizar as suas atividades em respeito aos princípios e regras incidentes, de modo a concretizar a sua finalidade, qual seja, a ampliação do bem estar, a distribuição eqüitativa da riqueza social.

Sob essa perspectiva, será que a atuação das concessionárias dos serviços de interesse geral têm sido eficiente? Embora largos passos tenham sido dados em benefício da universalização do serviço, muito ainda há que se fazer. A população ainda sofre com a falta de acesso aos serviços de água e saneamento básico; apesar da ampliação do acesso à energia elétrica, há uma distribuição muito desigual do serviço, considerando que boa parte da população rural das regiões norte e nordeste ainda não foram beneficiadas; apesar de medidas para a redução do preço da assinatura das linhas de telefonia fixa comutada, as tarifas têm sido verdadeiros obstáculos a sua utilização; os serviços de transporte coletivo são uma temeridade. Quanto aos vícios na prestação do serviço, também depõem contra a eficiência; as concessionárias estão entre as empresas mais reclamadas junto aos órgãos de defesa do consumidor.

A defesa dos usuários tem sido feita basicamente da mesma forma em que ocorre com o consumidor comum, em virtude da ausência de lei específica. Apesar da lei de concessões estabelecer alguns direitos aos usuários dos serviços, faz a remessa às prescrições do Código de Defesa do Consumidor. Sem desmerecer o citado diploma legal, fundamental na defesa do cidadão nas relações de consumo, registra-se a sua inadequação à proteção do usuário. O conceito de consumidor nem sempre é coincidente com o conceito de usuário, a exemplo do usuário industrial. A sistemática da responsabilidade civil presente no Código de Defesa do Consumidor é um pouco diferente daquela que se aplica nas prestações do serviço público. No CDC impera a responsabilidade solidária pelo fato do serviço ou pelos vícios, enquanto a lei de concessões estabelece a responsabilidade individual da concessionária por eventuais prejuízos causados a terceiros. De fato, o Estado não deve responder pelos prejuízos causados pela concessionária, pois esta deve arcar com as conseqüências de suas atividades.

As agências reguladoras foram os órgãos apresentados para mediar os interesses envolvidos na prestação do serviço público pelo particular, tendo em vista a realização do serviço adequado. Mas a estrutura desses órgãos reguladores, repita-se, tem gerado muitas discussões na doutrina dos Estados com administração tradicionalmente centralizada. O fato é que são autarquias especiais dotadas de elevado poder e autonomia para a regulação dos serviços públicos. Em toda a sua estrutura formal existem medidas que intentam preservar a agência reguladora tanto dos influxos políticos partidários quanto das pressões dos setores regulados, justamente para garantir a perfeita lisura de sua atuação. São entes técnicos a quem incumbe a mediação dos interesses antagônicos sempre presentes na relação trilateral entre concessionárias, usuários e o poder concedente, de forma a melhor garantir o interesse público.

O problema é garantir que a sua atuação não venha a priorizar os interesses dos setores regulados, com os quais as agências estabelecem um contato contínuo. Afinal, também cabe a esses entes reguladores a defesa do usuário, na medida em

que devem zelar pela prestação do serviço adequado. A atuação das agências há que ser imparcial, mas tendente a realização do interesse público, a exemplo dos demais entes integrantes da administração pública. A concessão ou privatização do serviço público não representa a privatização do serviço, sua titularidade permanece no Estado. Cumpre zelar para que a atuação das agências esteja voltada para a realização do interesse público, pois é recorrente, no Brasil, o discurso de proteção do interesse público em benefício de interesses notadamente particulares. Apesar de independentes do governo, os entes reguladores integram a estrutura administrativa do Estado, um forte, senão o único defensor do interesse público. Mesmo assim, não se pode esperar das agências um comportamento acima do bem e do mal, como se seus dirigentes fossem semi-deuses, indispostos ao pecado. Se é importante a desgovernamentalização da atuação reguladora para garantir estabilidade aos investidores, não menos importante é o controle sobre as agências para evitar o desvirtuamento das suas funções essenciais.

As agências devem ter autonomia regulatória em atenção a políticas públicas bem definidas, especialmente no que toca ao estabelecimento das tarifas e da participação popular. A proposta do governo atual, em monitorar toda a atuação regulatória pela via do contrato de gestão, talvez seja um exagero, uma forma de cassar a independência das agências, subordinando-as de um modo bastante peculiar à ingerência do Executivo. Parece mais adequado definir uma moldura base para a atuação das agências, a partir das leis-quadro, e formular políticas públicas específicas, restringindo a autonomia dos entes reguladores às finalidades pontuadas. A própria Constituição Federal fez menção à necessidade de lei definir uma política tarifária, como uma forma de limitar a atuação das agências em benefício dos setores regulados. Contudo, a exemplo da lei de proteção e participação do usuário, as tarifas públicas ainda não foram objeto de tratamento legislativo.

O controle institucional das agências reguladoras desenvolvido pelos poderes Judiciário e Legislativo são de importante valia, mas ainda insuficientes para evitar as possibilidades da cooptação de sua atuação pelos setores regulados. É importante

a ampliação do controle social, por meio do fomento à participação, de organização de associações de defesa dos usuários. E ainda, a criação de novos mecanismos institucionais de controle como a criação de outras agências, com atribuições semelhantes, a exemplo de uma agência de proteção e defesa do consumidor, com poderes fiscalizatórios sobre as agências reguladoras dos serviços públicos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. Os avanços e os dilemas do modelo pós-burocrático: a reforma da administração pública à luz da experiência internacional recente. **Reforma do Estado e administração pública gerencial**. Org. Luiz Carlos Bresser Pereira e Peter Spink. Rio de Janeiro: FGV, 1998.

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

ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. Interpretação constitucional e cânone democrático: a criação normativa no Estado de direito. **Revista da academia brasileira de direito constitucional** (Anais do IV Simpósio Nacional de Direito Constitucional). Academia brasileira de direito constitucional. No. 3, Curitiba: Paraná, 2003.

AMARAL. Antonio Carlos Cintra do. Distinção entre usuário de serviço público e consumidor. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, no. 225, jul/set, 2001.

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. **O direito administrativo e a sua justiça no início do século XXI**. Coimbra:Almedina, 2001.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ARAÚJO, Helena Caetano e PIRES, José Cláudio Linhares. Regulação e arbitragem nos setores de serviços públicos no Brasil: problemas e possibilidades. **Revista de**

**administração pública.** Vol.34, no. 5, setembro/outubro, 2000, Rio de Janeiro: FGV, 2000.

AVELLAR, Hélio de Alcântara. **História administrativa e econômica do Brasil.** Rio de Janeiro: FENAME, 1976.

AVILA, Humberto Bergmann. Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. **O direito público em tempos de crise:** estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

AZEVEDO, Sérgio de e ANDRADE, Luiz Aureliano. A reforma do Estado e a questão federalista: reflexões sobre a proposta de Bresser Pereira. **Reforma do Estado e democracia no Brasil.** Orgs. Eli Diniz e Sergio de Azevedo. Brasília: EdUnb, 1997.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BAQUER, Lorenzo Martín-Retortillo. Actualidad de los servicios públicos. **Uma evaluación de las tendencias contemporâneas del Derecho Administrativo,** en homenaje a Eduardo Garcia de Enterría. São Paulo: Renovar, 2003.

BARCELLAR FILHO, Romeu Filipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. **Interesse público.** No.16, out/dez, 2002, Porto Alegre: Nota Dez, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. Agencias reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. **Revista forense.** Vol.365, janeiro/fevereiro, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BELAUNDE, Domingo García. ? Existe un espacio público latino-americano? **Revista latino-americana de estudos constitucionais**. Fund. Paulo Bonavides. No.1, jan/jul (2003), São Paulo: Del Rey, 2003.

BENJAMIN, Antonio Herman. **Comentários ao Código de Proteção do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991.

BENTO, Leonardo Valles. **Governança e governabilidade na reforma do Estado**:entre eficiência e democratização. Barueri: Manole, SP, 2003

BITTAR, Carlos Alberto. O advento do Código de Defesa do Consumidor e o seu regime básico. **Revista de Direito do Consumidor**. No. 2, São Paulo: RT, 1992.

BLANCHET, Luis Alberto. **Concessão e permissão de serviços públicos**. Curitiba: Juruá, 1995.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

BOMBARDELLI, Marco. **Decisioni e pubblica amministrazioni**: la determinazione procedimentale dell' interesse pubblico. Torino: G. Giappichelli, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. O direito constitucional da democracia participativa: um direito de luta e resistência. **Teoria constitucional da democracia participativa**. Org. Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001, pp.25/49.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. Decreto no.1775, de 24 de novembro de 1995. Dá nova redação ao art. 9º do Decreto nº 89.588, de 26 de abril de 1984, que dispõe sobre Instituto de Estudos do Mar Almirante Paulo Moreira (IEAPM). Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 24 de agosto de 2003.

\_\_\_\_\_. Decreto no.2003, de 10 de setembro de 1996. Regulamenta a produção de energia elétrica por Produtor Independente e por Autoprodutor e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 24 de agosto de 2003.

\_\_\_\_\_. Decreto no.2335, de 6 de outubro de 1997. Constitui a Agência Nacional de Energia Elétrica -ANEEL, autarquia sob regime especial, aprova sua Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e Funções de Confiança e dá outras providências. **Coletânea de legislação administrativa**. Org. Odete Medauar. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2004.

\_\_\_\_\_. Decreto no.2338, de 7 de outubro de 1997. Aprova o Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 24 de agosto de 2003.

\_\_\_\_\_. Decreto no.4.873, 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. Coletânea de legislação administrativa. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 4 de fevereiro de 2004.

\_\_\_\_\_. Decreto -lei no.200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências.

Disponível em <http://www.planalto.gov.br> . Acesso em 2 de abril de 2003.

\_\_\_\_\_. Lei no.7.783, de 28 de junho de 1989. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 13 de abril de 2002.

\_\_\_\_\_. Lei no.8.031, de 12 de abril de 1990. Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 13 de abril de 2002.

\_\_\_\_\_. Lei no.8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Código de defesa do consumidor. Legislação de defesa comercial e da concorrência. Legislação das agências reguladoras.** Org. Fernando de Oliveira Marques. 3ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. Lei no.8.031, de 12 de abril de 1990. Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 13 de abril de 2002.

\_\_\_\_\_. Lei no.8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Coletânea de legislação administrativa.** Org. Odete Medauar. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2004.

\_\_\_\_\_. Lei no.8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. **Código de defesa do consumidor. Legislação de defesa comercial e da concorrência. Legislação das agências reguladoras.** Org. Fernando de Oliveira Marques. 3ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. Lei no. 8.987, 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. **Coletânea de legislação administrativa**. Org. Odete Medauar. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2004.

\_\_\_\_\_. Lei no.9.074, de 7 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. **Coletânea de legislação administrativa**. Org. Odete Medauar. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2004.

\_\_\_\_\_. Lei no.9.427, 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. **Código de defesa do consumidor. Legislação de defesa comercial e da concorrência. Legislação das agências reguladoras**. Org. Fernando de Oliveira Marques. 3ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. Lei no.9.472, 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. **Coletânea de legislação administrativa**. Org. Odete Medauar. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2004.

\_\_\_\_\_. Lei no.9.782, de 26 de janeiro de 1999. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. **Coletânea de legislação administrativa**. Org. Odete Medauar. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2004.

\_\_\_\_\_. Lei no.9.961, de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS e dá outras providências. **Coletânea de legislação administrativa**. Org. Odete Medauar. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2004.

\_\_\_\_\_. Lei no.9.986, de 18 de julho de 2000. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. **Coletânea de legislação administrativa**. Org. Odete Medauar. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2004.

\_\_\_\_\_. Lei no.10.233, de 5 de julho de 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. **Coletânea de legislação administrativa**. Org. Odete Medauar. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2004.

\_\_\_\_\_. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1995.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Supremacia do interesse público. Lei no.8.441/92, Art. 1º . ADINC -1003/DF. Julgado 01/08/94. Disponível em <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia> . Acesso em 21 de fevereiro de 2004.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Administrativo. MS no.8693. Voto Min. Victor Nunes Leal. Disponível em <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>. Acesso em 21 de fevereiro de 2004.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Administrativo. **Sumula no. 25**. A nomeação a termo não impede a livre demissão, pelo Presidente da Republica, de ocupante de cargo dirigente de autarquia. Disponível em <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>. Acesso em 2 de abril de 2004.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo. Constitucional. Princípio constitucional da eficiência. Princípio implícito. RMS no.5.590/95-DF, 6ª Turma. Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Diário da Justiça, seção I, 10 de junho de 1996.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Consumidor. Administrativo. Interrupção do serviço de energia elétrica. AGRg na SL 22-Ce, Rel. Originário Min. Nilson Naves, Rel. Par. Acórdão Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 4/2/2003. Informativo de jurisprudência no.197. Disponível em <http://www.Informativo.stj.gov.br/pesquisa.php>. Acesso em 21 de fevereiro de 2004.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Administrativo. Responsabilidade da concessionária. Apelação cível no.2156/96, 3ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Julgado em 19 de outubro de 1996, publicado no Diário Oficial do Estado em 20/9/1996.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. O caráter cíclico da intervenção estatal. **Revista de economia política**. 1989, vol.9, no.3, julho/setembro, São Paulo: Brasiliense.

\_\_\_\_\_. **A crise do Estado**, ensaios sobre a economia brasileira. São Paulo: Nobel, 1992.

\_\_\_\_\_. La reforma del aparato del Estado y la Constitución brasileña. **Revista del CLAD**, no.4 (Jul. 1995), Caracas: CLAD, 1995.

\_\_\_\_\_. **Crise econômica e reforma do Estado no Brasil**: para uma nova interpretação da América Latina. São Paulo: Editora 34, 1996.

\_\_\_\_\_. A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle. **Cadernos MARE da Reforma de Estado**, no.1, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – MARE. Brasília – DF, 1997.

\_\_\_\_\_. **Reforma do Estado para a cidadania:** A reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. São Paulo: Editora 34, 1998.

\_\_\_\_\_. Pobres elites iluminadas. In **Estudos avançados (USP)**, no.38, ano 2000, vol.14, janeiro/abril, 2000.

BUSCAGLIA, Edgard e RATLIFF, William. **Law and economics in developing countries.** Califórnia: Hoover Institution Press Publication. 2000.

CABANA, Roberto M. Lopez. Dever de informação ao usuário na Argentina. **Direito administrativo econômico.** São Paulo: Malheiros, 2000.

CAETANO, Marcelo. **Manual de direito administrativo.** Coimbra: Almedina, 1975.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional.** Coimbra:Almedina, 1992.

CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem:** a elite política imperial; teatro das sombras; a política imperial. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, Relume-Dumará, 1996.

\_\_\_\_\_. **Os bestializados:** o Rio de Janeiro e a república que não foi. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

\_\_\_\_\_. Cidadania na encruzilhada. **Pensar a república.** Org. Newton Bignotto. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

CARVALHO, Tereza Monnica Xavier Bacelar de. Satisfação gerencial nas organizações públicas do Estado do Ceará. **Revista do Centro de Ciências Administrativas.** Vol.8, no.2, Dezembro (2002), Fortaleza:Unifor, pp.213/220.

CASSAGNE, Juan Carlos. Los nuevos entes regulatorios. **El derecho público actual**. (Obra coletiva). Buenos Aires: Depalma, 1994.

\_\_\_\_\_. **Derecho administrativo**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, Tomo I, 1996.

CASTOR, Belmiro Valverde Jobim. Os contornos do Estado e da burocracia no Brasil. **Burocracia e reforma do Estado**. Cadernos Adenauer, no.3, Jul., São Paulo: Konrad Adenauer, 2001.

\_\_\_\_\_. **O Brasil não é para amadores: Estado, governo e burocracia na terra do jeitinho**. Curitiba: Ebel-IBQP-PR, 2000.

CAVALCANTI, Francisco Queiroz B. Reflexões sobre o papel do Estado frente à atividade econômica. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, no.20, p.68, 1997.

\_\_\_\_\_. A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes. **Revista de direito administrativo**. No.219, jan/mar, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CLAD. Uma nova gestão pública para a América Latina. **Documento do CLAD** aprovado na sessão de 14 de outubro de 1998, pelo Conselho Diretor do CLAD, Conselho Latino Americano para Democracia. Caracas, Venezuela, pp.25/42. <http://www.clad.org.ve>. Acesso em 12/12/2002.

COSTA, Frederico Lustosa da e CUNHA, Augusto Paulo. Termos de referência para uma avaliação da participação induzida na gestão de políticas públicas. **VI Congresso Internacional del CLAD sobre La Reforma del Estado y de la Administración Pública**. Buenos Aires, Argentina, 5-9 de Novembro de 2001. Capturado pela Internet [www.clad.org.ve](http://www.clad.org.ve), acesso em 11/11/2002, às 9h.

COSTA, Maria Regina. A tributação e o consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. No.21, São Paulo: RT, 1997.

COSTA, Valeriano Mendes F. O novo enfoque do Banco Mundial sobre o Estado. *In* **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**. No.44 , 1998, LOCAL: CEDEC.

COUTINHO, Carlos Nelson. O desafio dos que pensaram bem o Brasil. **Lua nova, revista de cultura e política (pensar o Brasil)**. 2001, no.54, LOCAL: CEDEC.

COUTINHO, Diogo R. Privatização, regulação e o desafio da universalização do serviço público no Brasil. **Regulação, direito e democracia**. Org. José Eduardo Faria. São Paulo: Perseu Abramo, 2002.

CRETELLA JÚNIOR, J. **Tratado de direito administrativo**. Vol.4, Rio de Janeiro: Forense, 1967.

\_\_\_\_\_. **Administração indireta brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética , 2002.

CUNILL GRAU, Nuria. **Repensando o público através da sociedade**: considerações sobre o novo paradigma. Trad. Carolina Andrade. Rio de Janeiro: Renavan; Brasília: ENAP, 1998.

CROZIER, Michel. La transición del paradigma burocrático a un cultura de gestión pública. *Revista del CLAD Reforma y democracia*. No.7, Enero/1997, Caracas. [www.clad.org.ve](http://www.clad.org.ve); capturado em 12/dez/2002.

DALLARI, Adilson de Abreu. Concessão de serviço público: garantias exigíveis dos proponentes - legislação aplicável (Parecer). **Revista trimestral de direito público**. No.16/96, São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. **Das licitações públicas**. Rio de Janeiro:Forense, 1997.

DERANI, Cristiane. **Privatização e serviços públicos**: as ações do Estado na produção econômica. São Paulo: Max Limonad, 2002

DIAS, J. de Nazaré. **A reforma administrativa de 1967**. Rio de Janeiro: FGV, 1969.

DINIZ, Eli. **Empresário, Estado e Capitalismo no Brasil: 1930-1945**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

\_\_\_\_\_. **Crise, reforma do Estado e governabilidade**: Brasil, 1985-1995. Rio de Janeiro: FGV, 1999.

\_\_\_\_\_. Governabilidade, democracia e reforma do Estado: os desafios de uma nova ordem no Brasil dos anos 90. **Reforma do Estado e democracia no Brasil**. Organizadores: Eli Diniz e Sergio Azevedo. Brasília: EdUNB, 1997.

DOURADO, Maria Cristina César de Oliveira. O repensar do conceito de serviço público. **Interesse público**. No.9, jan/mar, Sapucaia do Sul: Notadez, 2001.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de e FERNANDEZ, Tomaz Ramón. **Curso de direito administrativo**. Trad. Arnaldo Setti, colaboração de Almudena Marin López e Elaine Alves Rodrigues. São Paulo: RT, 1990.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga do público para o direito privado**. Contribuindo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública. Almedina: Coimbra, 1999.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato brasileiro**. Vol. 2, São Paulo: Globo, 1995.

FARENA, Dulcirán Van M. O Código de Defesa do Consumidor e os direitos do usuário do sistema de telefonia fixa. **Revista de direito do consumidor**. No.40, out/dez, 2001, São Paulo: RT, 2001.

\_\_\_\_\_. Telefonia: crise do modelo e desrespeito ao consumidor. **Revista de direito do consumidor**. No.44, out/dez, 2002, São Paulo: RT, 2002.

FARIA, José Eduardo. Globalização, autonomia decisória e política. **Uma década de constituição**. Org. Margarida Maria Lacombe Camargo. São Paulo: Renovar, 1999.

JUNIOR, Tércio Sampaio. Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade. **Revista tributária e de finanças públicas**. No.35, Ano 8, novembro/dezembro, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FERNANDES, Florestan. **A revolução burguesa no Brasil: ensaio de interpretação sociológica**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976.

FERNANDES, Rubem César. **Público porém privado: o terceiro setor na América Latina**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Instrumentos da administração consensual: audiência pública e sua finalidade. **Interesse público**. No.18, março/abril, 2003, Porto Alegre: Nota Dez, 2003.

FILOMENTO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2001.

FIORI, José Luiz. A crise do Estado. **Revista de Economia Política**. 1989, Vol.9, no3, jul/set, São Paulo: Brasiliense.

FRANCISCO, José Carlos. Agência reguladora: atividade normativa. Direito da regulação. **Revista de direito da associação dos Procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro**. Coord. Alexandre dos Santos Aragão. Vol. XI, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa na Constituição Federal. *In* **Revista de Direito constitucional e internacional**. 2001, n.35, abril-junho, São Paulo: Revista dos Tribunais.

FREIRE, Marusa Vasconcelos. A atuação do CADE diante da desestatização. **Revista de direito econômico**. No. 199, abr/jun.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (FGV). **Mapa do fim da fome**: metas sociais contra a miséria no Rio de Janeiro. Centro de Políticas Sociais. Rio de Janeiro: FGV, 2004, Disponível em: <[http://www.fgv.br/cps/MapaFimFomeII/Apresentação/ESM\\_Lançamento.pdf](http://www.fgv.br/cps/MapaFimFomeII/Apresentação/ESM_Lançamento.pdf)>. Acesso em: 11 abr. 2004.

GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**. Barueri: Manole, 2003, p.20.

GAETANI, Francisco. La intrigante reforma administrativa brasiliana. **Revista Del CLAD Reforma y Democracia**, no.16 (Feb.2000). CLAD: Caracas. Capturada em [www.clad.org.br](http://www.clad.org.br). Acesso em 11/11/2002.

GARCIA-MORATO, Lúcia Lopez de Castro. Las tarifas eléctricas: el caso español. **Precios y tarifas en sectores regulados**. Org. Gaspar Ariño Ortiz. Granada: Comares Editorial, 2001.

GOLVEIA, Renato. **Os serviços de interesse geral em Portugal**. CEDIPRE, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. Parte general (Tomo 1). Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de derecho administrativo, 2003.

\_\_\_\_\_. **Tratado de derecho administrativo**. A defensa del usuário y del administrado. Tomo 2, Belo Horizonte: Del Rey e Fundación del Derecho Administrativo, 2003.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Contratos administrativos**, gestão, teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**, interpretação e crítica. São Paulo: RT, 1991.

\_\_\_\_\_. Constituição e serviço público. **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. Organizadores: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2002.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

HA, Mikyong; WILLIAMS, Sue E. and WEBER, Margaret J. Utility averaging policies - impact on consumer's energy usage. **The journal of consumer affairs**. Winter, 1993; Vol. 27, no.2. Academic Research Library, pp.284/298. Capturado através do Proquest.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1984.

HALVORSEN. Kathleen E. Assessing the effects of public participation. **Public administration Review**. Washington. Sep/oct, 2003, Academic Research Library. Capturado através do Proquest.

HOBBSAWN, Eric. **A era dos extremos: o breve século XX**. Trad. Marcos Santarrita, São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Rio de Janeiro: Livraria José Olimpio Editora, 1973.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1992.

JAGUARIBE, Helio. Brasil, séc. XXI. **Estudos avançados da USP**, 14 (38), 2000. Jan/Abr, São Paulo, USP: EDUSP.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessão de serviço público**. São Paulo: Dialética, 1997.

\_\_\_\_\_. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal e PEREIRA, César A. Guimarães. Concessão de serviços públicos de limpeza urbana. **Revista de direito administrativo**. 2000, no.219, jan/março, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

KRELL, Andréas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. **Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo. **Administração pública no Brasil: crises e mudanças de paradigma**. São Paulo: Annablume:Fapesp, 2000.

LAFER, Celso. Brasil: dilemas e desafios da política externa. **Estudos avançados da USP: liberalismo e escravidão**. 2000, Vol14 (38), Jan/Abr, São Paulo, USP: EDUSP.

LEAL, Vicente N. **Coronelismo, enxada e voto**. São Paulo: Editora Alfa e Omega, 1975.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Jurisdição constitucional: um problema da teoria da democracia política. **Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

LORENZETI, Ruis Ricardo. **Fundamentos do Direito Privado**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

LOUREIRO, João Carlos S. Gonçalves. **O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares** (algumas considerações). Boletim da Faculdade de Direito (STVDIA IVRIDICA 13). Coimbra: Editora Coimbra, 1995.

LUCCA, Newton De. **Direito do consumidor**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. A proteção dos usuários do serviço público: a perspectiva do Direito do Consumidor. **Direito administrativo econômico**. Coord. Carlos Ari Sunfeld. São Paulo: Malheiros, 2000.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MACHADO, Regina Helena. **Reforma do Estado ou reforma da Constituição**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

MARQUES, Cláudia Lima. Proposta de uma teoria geral de serviços com base no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. Vol.33. Jan/Março. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: RT, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Universalização de serviços públicos e competição, o caso da distribuição de gaz natural. **Revista de direito administrativo**. No. 223, jan/março, Rio de Janeiro:Renovar, 2001.

MARTINS, Luciano. **Estado capitalista e burocracia no Brasil pós-64**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985.

MEDAUAR, Odete. Respectivamente. **Direito administrativo em evolução**. São Paulo: RT, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo moderno**. São Paulo: RT, 2003.

\_\_\_\_\_ . Serviços públicos e serviços de interesse econômico geral. **Uma evaluación de las tendencias contemporâneas del Derecho Administrativo**, en homenaje a Eduardo Garcia de Enterría. São Paulo: Renovar, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. Reajustamento e recomposição de preços em contrato administrativo. **Revista de direito administrativo**. No. 139, jan/março, Rio de Janeiro: FGV, 1980.

\_\_\_\_\_ . **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELLO, Vanessa Vieira. **Regime jurídico da competência regulamentar**. São Paulo: Dialética, 2001.

MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. **Direito administrativo econômico**. Coord. Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Malheiros, 2000.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. **Interesse público**. No.4, Porto Alegre: Notadez, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Reforma administrativa: Emenda Constitucional no.19/98**. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES FILHO, José Filomeno de. Separação dos poderes no Brasil pós-88: princípio constitucional e práxis política. **Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

\_\_\_\_\_. Natureza jurídica, competência normativa, limites de atuação. **Revista de direito administrativo**. No. 215, janeiro/março, Rio de Janeiro:Renovar, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático. **Direito regulatório**. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2003, pp.145/167.

MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração pública**. Coimbra: Almedina, 1997.

MOREIRA, Vital MAÇAS, Fernanda. **Autoridades reguladoras independentes**. Estudo e projeto de lei-quadro. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras**. Barueri, SP: Manole, 2003.

MUKAI, Toshio. **Concessões, permissões e privatizações de serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 1998.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NEIRA, César Carlos. **Entes reguladores de servicios: la defensa del usuário**. Buenos Aires: AD-HOC S.R.L., 1997.

NEVES, Marcelo. **A Constituição simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

NOBREGA, Airton R. O princípio constitucional da eficiência. **Fórum administrativo**. 2002, V.2, Belo Horizonte: Editora Fórum.

NOBRE JUNIOR, Edílson Pereira. Intervenção estatal sobre domínio econômico, livre iniciativa e proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**. 2001. No.225 (jul/set), Rio de Janeiro: Renovar.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. **As possibilidades da política**: idéias para a reforma democrática de estado. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

OHMAE, Kenichi. **O fim do Estado Nação**: ascensão das economias regionais. Rio de Janeiro: Campus, 1996.

OLIVEIRA, Francisco. **A economia brasileira**: crítica à razão dualista. Petrópolis: Vozes, 1981.

OSÓRIO, Fernando Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? **Revista de direito administrativo**. No.220, abril/junho de 2000, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

OFFE, Clauss. **Contradicciones em el estado del bienestar**. Trad. Antonio Escotado. Madrid:Alianza, 1990.

ORTIZ, Gaspar Ariño. Sobre la naturaleza de la tarifa y su posible revisión judicial. **Precios y tarifas en sectores regulados**. Org. Gaspar Ariño Ortiz. Granada: Comares Editorial, 2001, pp.I/XIX.

OSZLACK, Oscar. ¿Estado y sociedad: nuevas reglas de juego? **Revista del CLAD Reforma y democracia**. No.9 (Oct.1997), Caracas, 1997. [www.clad.ve.org](http://www.clad.ve.org). Capturado em 15/12/2002.

PASQUALOTTO, Adalberto. Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. Vol.1, São Paulo:RT, 1992.

PETRAS, James. **Armadilha neoliberal**: e alternativas para a América Latina. Trad. Luiz Bernardo Pericás, São Paulo: Xamã editora, 1999.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. **Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988**, São Paulo: Atlas, 1991.

\_\_\_\_\_. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. São Paulo: Atlas, 1999.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2003.

PIRES, José Cláudio Linhares e PICCININI, Maurício Serrão. A regulação dos setores de infra-estrutura no Brasil. **A economia brasileira nos anos 90**. Organizadores: Fabio Giambiagi e Mauricio Mesquita Moreira. Rio de Janeiro: BNDES, 1999.

PORRAS, Eloísa Carbonell e MUÑOZ, José Luís Muga. **Agencias y procedimiento administrativo em Estados Unidos de América**. Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996.

PRADO JR. Caio. **Formação do Brasil contemporâneo**. São Paulo: Brasiliense, 1986.

PRZEWORSKI, Adam. Sobre o desenho do Estado: uma perspectiva *agent x principal*. **Reforma do Estado e administração pública gerencial**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1998.

\_\_\_\_\_. O Estado e o cidadão. **Sociedade e Estado em transformação**. Org. Luiz Carlos Bresser Pereira, Lourdes Sola, Jorge Wilhelm, São Paulo: Editora UNESP, 1999.

**Revista Carta Capital**: política, economia e cultura (ISSN 0104-6438) São Paulo: Editora Confiança Ltda. Ano VIII, no.183, 3/04/2002.

\_\_\_\_\_. As empresas mais admiradas do Brasil. No.262-A, São Paulo: Editora Confiança Ltda. ano 2003.

ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da. Regulação econômica e separação dos poderes: a delegação legislativa na tradição do direito público brasileiro. Direito da regulação. **Revista de direito da associação dos Procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro**. Coord. Alexandre dos Santos Aragão. Vol. XI, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

ROLLA, Giancarlo e CECCHERINE, Eleonora. Entablar relaciones más amistosas entre los ciudadanos y la administración. **Revista del CLAD Reforma y Democracia**, no.12 (Oct.1998). Caracas, pp.1/15. Capturado em [www.clad.org.br](http://www.clad.org.br). Acesso em 11/11/2002, às 10h.

RUARO, Regina Linden. Reforma administrativa e a consolidação da esfera pública brasileira: o caso do orçamento participativo no Rio Grande do Sul. **Interesse público**. Ano 5, no.19, maio/junho de 2003, Porto Alegre:Notadez, 2003.

REBOLLO, Luis Martín. Servicios públicos e servicios de interés general: la nueva concepción y operatividad del servicio público en el Derecho Administrativo Español. **Uma avaliação de las tendencias contemporâneas del Derecho Administrativo**, en homenaje a Eduardo Garcia de Enterría. São Paulo: Renovar, 2003.

SAFATLE, Amália e PACHECO, Paula. Só falta a grana. **Revista Carta Capital: política, economia e cultura** (ISSN 0104-6438) São Paulo: Editora Confiança Ltda. Ano VIII, no.183, 3/04/2002.

SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SALLUM JR., Brasílio e KUGELMAS, Eduardo. O Leviatã acorrentado: a crise brasileira dos anos 80. **Estado, mercado e democracia**. Política e economia comparadas. Org. Lourdes Sola. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

SANTOS, Antonio Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; e MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito econômico**. Coimbra: Almedina, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma reinvenção solidária e participativa do Estado. **Sociedade e Estado em transformação**. Org. Luiz Carlos Bresser Pereira; Jorge Wilhelm e Lourdes Sola. Brasília: ENAP, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa e AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. **Democratizar a democracia**, os caminhos da democracia participativa. Org. Boaventura de Sousa Santos. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, pp.60 e 75)

SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade civil do Estado intervencionista**. São Paulo: Renovar, 2001.

SHNEIDER, Ben Ross. La política de la reforma administrative: dilemmas insolubles y soluciones improbables. **Revista Del CLAD Reforma y Democracia**, no.20 (Jun.2001). CLAD: Caracas.

SINGER, Paul. O Brasil no limiar do terceiro milênio. **Estudos avançados da USP**. No. 14 (38), 2000, São Paulo, USP/EDUSP.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização**: privatização, concessões, terceirização e regulação. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo regulatório**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo da economia**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. São Paulo: LTr, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agencies reguladoras. **Direito administrativo econômico**. Coord. Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. Controle político das agências reguladora. **Interesse público**. Ano 5, no.18, março/abril, 2003, Porto Alegre: Notadez, 2003.

TÁCITO, Caio. O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público. **Revista de direito administrativo**. Ano 1961, abr/jun, vol.64, FGV: Rio de Janeiro, 1961.

\_\_\_\_\_. A reforma do Estado e a modernidade administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. 1999, Vol.215, Rio de Janeiro: Renovar.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

TAYLOR, Frederick E. **Princípios da administração científica**. São Paulo: Atlas, 1986.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TORRES, Alberto. **O problema nacional brasileiro**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1978.

UCHOA, Virgílio Leite. Balanço de expectativas frustradas. **Estudos avançados** (39). No.14, Maio/Agosto, 2000, São Paulo, USP/EDUSP.

VACCARI, Fernanda Cláudia Araújo da Silva. Reforma estatal: instrumento de reestruturação das finanças públicas. **Revista do Centro de Ciências Administrativas**. Vol.8, no.2, Dezembro (2002), Fortaleza: Unifor.

VASCONCELOS, Cristiane B. O princípio da eficiência: uma análise de sua conformação na Constituição de 1988. **Revista Justiça do Direito**. 2002, V.1, no.16, RS: Universidade de Passo Fundo.

VIANA, Oliveira. **Instituições políticas brasileiras**. Vol.2, Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1987.

VIEIRA, Litz. **Cidadania e globalização**. Rio de Janeiro: Record, 1997.

VILAS, Carlos M. Francisco. La intrigante reforma administrativa brasileña. **Revista Del CLAD Reforma y Democracia**, no.18 (Oct.2000). CLAD: Caracas, p. 3. <<http://www.clad.org.ve>>. Capturado em 15/12/2002.

WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel de e WALD, Alexandre de M. **O direito de parceria e a lei de concessões**. São Paulo: Saraiva, 2004.

WAHRLICHM Beatriz Marques de Souza. **A reforma administrativa da Era de Vargas**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1983.

WEBER, Max. Os fundamentos da organização burocrática: uma construção do tipo ideal. **Sociologia da burocracia**. Org. Edmundo Campos. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976.

\_\_\_\_\_. **Economia y sociedad**. México: Fondo de Cultura, 1984.

WEFFORT, Francisco. **Qual democracia?** São Paulo: Cia das Letras, 1992.

ZULZKE, Maria L. **Abrindo a empresa para o consumidor**. Rio de Janeiro: Qualitymark Ed., 1991.

ZYMLER. Benjamin. O papel do Tribunal de Contas da União no controle das agências reguladoras. **Fórum administrativo**. Vol.2, no.1, janeiro de 2002, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2002.

\*Autorizo a reprodução total ou parcial desta tese, mediante citação da fonte.