

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

**Emerson Affonso da Costa Moura\* (Brasil)**

## **Estado regulador, derecho humano-fundamental ao desenvolvimento e agências reguladoras**

### **RESUMO**

A medida em que a atuação das agências reguladoras no controle da ação da iniciativa privada é capaz de conformar a prestação de serviços públicos pelos particulares aos interesses da coletividade, de forma a contribuir com a tutela da dignidade da pessoa humana e a promoção do desenvolvimento social, é o tema posto em debate a partir da análise da consagração do Estado Regulador, da verificação da ascensão da regulação – com a criação de agências dotadas de acentuado grau de autonomia capaz de conciliar as questões econômicas e sociais envolvidas – e do debate acerca de sua ação como instrumento de garantia da dignidade da pessoa humana e de desenvolvimento.

**Palavras-chave:** Estadoregulador, agências, direito fundamental, desenvolvimento.

### **ZUSAMMENFASSUNG**

Inwieweit die Eingriffe der Regulierungsbehörden zur Kontrolle privater Initiativen imstande sind, die Gewährung öffentlicher Dienstleistungen durch private Anbieter den Interessen der Allgemeinheit anzupassen, um zum Schutz der Menschenwürde und zur Förderung der sozialen Entwicklung beizutragen, ist Gegenstand einer Analyse, die sich mit der gesetzlichen Verankerung des Staates als Regelungsinstanz, mit der Überprüfung der Zunahme der Regulierung - über die Schaffung von Agenturen, die mit umfassenden Autonomiebefugnissen ausgestattet sind, um die wirtschaftlichen und sozialen Fragen in Einklang zu bringen -, und mit der

---

\* Professor Adjunto da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Doutor em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Pesquisador certificado pelo CNPQ da Universidade Federal Fluminense (UFF) do grupo de pesquisa “Teorias Constitucionais Contemporâneas”. [emersonacmoura@ufrj.br](mailto:emersonacmoura@ufrj.br)

Debatte über die Tätigkeit dieser Instanz als Instrument zur Gewährleistung von Menschenwürde und Entwicklung befasst.

**Schlagwörter:** Staat als Regelungsinstanz, Agenturen, Grundrecht, Entwicklung.

## ABSTRACT

The extent to which the actions of the regulatory agencies in conformation of the action of the private initiative is capable of conforming the provision of public services by individuals to the interests of the community, so as to contribute to the protection of the dignity of the human person and the promotion of development. This social debate is based on the analysis of the consecration of the Regulatory State, the verification of the rise of regulation and the creation of agencies with a high degree of autonomy capable of reconciling the economic and social issues involved and the debate about their as an instrument of guaranteeing the dignity of the human person and of development.

**Key words:** Regulatory State, Agencies, Fundamental right, Development.

## Introdução

Em sociedades pluralistas, a ordem constitucional tende a refletir sob as convergências e divergências das forças políticas e sociais uma carta compromissória que veicula, sob o manto de um pluralismo ideológico, aparentes conflitos entre interesses inicialmente tidos como inconciliáveis.

A Constituição da República de 1988 reflete a tensão entre o influxo ideológico *liberal* – exteriorizado na perseguição do desenvolvimento econômico com a consagração da livre iniciativa – e o *social* – materializado na exigência de superação das desigualdades sociais e na consecução de uma existência digna para todos.

Com as reformas estatais neoliberais que subtraíram a exclusividade do Poder Público no exercício da atividade econômica e na prestação dos serviços públicos, permitindo a expansão da iniciativa privada em atuações de interesse da coletividade, torna-se necessária uma intervenção estatal que conduza a realização dos valores socialmente almejados.

Embora consagre um regime liberal de exploração da atividade econômica, que será exercida precipuamente pela iniciativa privada, previu a Constituição Federal de 1988 o monopólio estatal sobre bens e atividades considerados estratégicos para a soberania do ente estatal, sem que isto impedisse a exploração através do sistema de concessão a agentes econômicos privados.

Busca, o presente trabalho, investigar em que medida a atuação das agências reguladoras é capaz de conformar a prestação de serviços públicos pelos particulares aos interesses da coletividade, de forma a contribuir com a tutela da dignidade da pessoa humana e a promoção do desenvolvimento social.

De início, a análise se concentra na ascensão do Estado Gerencial, de modo a delimitar, a partir das reformas administrativas, a transição de um modelo hierarquizado, patrimonialista e ineficiente para uma configuração policêntrica, flexível e eficiente que conduz à intervenção da iniciativa privada e à atividade regulatória estatal.

Após, volta-se o estudo à intervenção regulatória segundo seus fundamentos e a partir de seus caracteres, de forma a definir a intervenção estatal como instrumento capaz de conciliar as questões econômicas e sociais contribuindo na criação de um ambiente propício para o avanço econômico e o desenvolvimento social.

Por fim, compreende o efeito da consagração do direito humano fundamental ao desenvolvimento na ação administrativa e, portanto, o papel intervencionista do Estado como não-somente mediador que garante a competitividade e o lucro, mas que orienta a ação do agente privado ao influxo dos objetivos sociais previstos pela Constituição.

## 1. O Estado regulador

O Estado intervém de forma diretiva ou indutiva nas atividades econômicas e sociais mediante a utilização de instrumentos de natureza *regulatória*, *concorrencial*, *monopolista* e *sancionatória*, com fins de conformar e coordenar a atuação pública e privada à ordem e princípios instituídos pela lei fundamental.<sup>1</sup>

A função regulatória compreende o complexo de atribuições *normativas*, *gerenciais*, *negociais* e *sancionatórias*, exteriorizadas nas funções de regulamentação, gestão, negociação, fiscalização e fomento do ordenamento social e econômico, com as vantagens da flexibilização negocial privada e com o rigor da coercitividade estatal.<sup>2</sup>

Embora alcance relevo como uma das transformações que notabilizam o Direito Público atual, a atividade regulatória não constitui nova atribuição da Administração Pública, mas usual instrumento de intervenção estatal no domínio econômico e social inerente ao dever de *boa administração*.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Abrange os mecanismos e técnicas estatais exteriorizados precipuamente como normas e regulamentos dispositivos, que buscam conformar a atividade individual à consecução do interesse econômico e social almejado pela ordem constitucional. Sobre o tema, ver Eros Roberto Grau, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, São Paulo, Malheiros, 2003, pp. 305-307.

<sup>2</sup> Desta forma, não se limita apenas às funções normativas, compreendendo, ainda, as de conciliação, mediação e arbitragem, bem como as de fiscalização e fomento – desde o planejamento até o controle do setor ou atividade – com fins de propiciar o máximo de eficiência na solução de problemas. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Direito Regulatório*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, pp. 107-109.

<sup>3</sup> Enquanto o Estado era o responsável direta ou indiretamente pela execução desta tarefa, a função fiscalizatória não era desempenhada com eficiência, uma vez que inexistia interesse

As experiências históricas iniciais da regulação estatal remetem à Idade Média através das corporações de ofícios que buscavam a harmonização de interesses, difundindo seu uso na Europa na Idade Moderna com a disciplina, na Alemanha, do uso das águas, e, nos Estados Unidos e Inglaterra, com a regulação do setor de transporte.<sup>4</sup>

No Brasil, tanto o fenômeno da regulação quanto o da adoção do modelo das agências ocorrem nas últimas décadas do século XX, quando as pressões de ordem econômica, política e administrativa tornam premente a intervenção estatal visando o equilíbrio através do ajuste dos interesses privados às necessidades coletivas.

No campo econômico, tem por fundamento a reconstrução econômica, posto que a redemocratização brasileira exigiu, para a retomada de crescimento na economia, o desempenho equilibrado dos atores sociais envolvidos – produtores, consumidores e governantes – na superação de um modelo ingerente e autoritário.<sup>5</sup>

O Estado passa de agente monopolizador a assumir um papel de regulação e fomento, permitindo a atuação da iniciativa privada na economia através de movimentos de desestatização, desregulamentação e redução das cargas tributárias, e garantindo, através de variados mecanismos, a livre competição entre os sujeitos privados.

No campo administrativo, tem como causa a fragmentação e despublicização do interesse público, que denotam a passagem de um modelo centrado no princípio da legalidade estrita e da Administração Monista para um modelo baseado na juridicidade ampla e na Administração Pluralista dos bens e interesses coletivos.<sup>6</sup>

---

em expor as próprias falhas ou deficiência da administração. Floriano Azevedo Marques Neto, A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes, em Carlos Ari Sunfeld (coord.), *Direito Administrativo Econômico*, 1 ed., São Paulo, Malheiros, 2002, pp. 80-82.

<sup>4</sup> Na Europa a forma principal de regulação econômica tem sido a propriedade pública, de forma que o fenômeno está associado à privatização. Assim, embora se remonte a existência de empresas estatais ao século 17, apenas no século 19, com o desenvolvimento dos serviços públicos, seu uso se tornou disseminado (gás, eletricidade, água, ferrovias...). Nos Estados Unidos o seu surgimento e proliferação coincidem com os movimentos políticos, econômicos e sociais de superação do capitalismo liberal puro. Giandomenico Majone, Do Estado Positivo ao Estado Regulador: causas e consequências da mudança no modo e governança, em Paulo Todescan L. Mattos (coord.), *Regulação Econômica e Democracia: o debate europeu*, São Paulo, Editora Singular, 2006, p. 58. Gustavo Binbenojm, *Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, democracia e constitucionalização*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pp 261-269.

<sup>5</sup> Torna-se necessário, neste momento, enfrentar a crise fiscal, retomar o crescimento econômico e buscar um novo arcabouço institucional para o Estado Democrático, sendo um dos pilares dessa transformação a substituição de um modelo de Estado Empresarial para um Estado Regulador. Sheila Maria Reis Ribeiro, Reforma do aparelho de Estado no Brasil: uma comparação entre as propostas dos anos 60 e 90, em *VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Lisboa, 2002, pp. 1-2.

<sup>6</sup> A regulação como novo tipo de atividade jurídica do Estado busca aperfeiçoar a atividade administrativa superando a administração burocrática de corte positivista, onde tanto a eficiência quanto a legitimidade eram referências secundárias e periféricas. Diogo de

Busca-se a recuperação da governança mediante uma capacidade do Governo de implementar decisões políticas que permita uma nova forma de gestão da coisa pública, atribuindo maior grau de eficiência e legitimidade à persecução do interesse público.

No campo *político*, tem origem na necessidade de governabilidade, visando a capacidade política do governo de intermediar interesses públicos e privados, contribuindo na superação do déficit de legitimidade perante a sociedade na resolução de questões sócio-econômicas, além de permitir o controle das atividades de interesse coletivo.<sup>7</sup>

A intervenção reguladora demonstra-se instrumento capaz de atender a especialidade, complexidade e multiplicidade das questões econômicas e sociais e entes autônomos, equalizando os interesses em jogo a partir dos diversos atores envolvidos na atividade regulada.<sup>8</sup>

O marco inicial da regulação adveio com as emendas constitucionais que determinaram a criação de órgãos reguladores para a disciplina de determinados setores,<sup>9</sup> bem como com a disciplina infraconstitucional de serviços públicos e atividades de interesse geral através de leis deslegalizadoras.<sup>10</sup>

---

Figueiredo Moreira Neto, *Direito Regulatório*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 68. p. 88 e 95. Sobre o tema, ver Giandomenico Majone, *Do Estado Positivo ao Estado Regulador: causas e consequências da mudança no modo e governança*, em Paulo Todescan L. Mattos (coord.), *Regulação econômica e democracia: o debate europeu*, São Paulo, Editora Singular, 2006, pp. 54-56.

<sup>7</sup> Neste ponto, o modelo regulador tem por objetivo não enfraquecer o Estado, mas fortalecê-lo ao garantir a estabilidade política e o desenvolvimento sustentado da economia, contribuindo com a recuperação de sua legitimidade e garantindo maior capacidade de implementar suas decisões. Alice Gonzalez Borges, *A implantação da administração na Emenda Constitucional 19/98*, em *Revista Trimestral de Direito Público*, núm. 24, p. 27.

<sup>8</sup> Insere-se no processo de especialização e segmentação do Direito Administrativo, que torna necessário o surgimento de novas estruturas – *entes reguladores autônomos* – capazes de promover, mediante novas categorias de normas – *normas regulatórias* – a regulação de subsistemas de normatização e mediação, dotados de conceitos, princípios e procedimentos adequados à sua especialidade do setor econômico ou social. Floriano Azevedo Marques Neto, *A nova regulação estatal e as agências independentes*, em Carlos Ari Sunfeld, (coord.), *Direito Administrativo Econômico*, 1 ed., São Paulo, Malheiros, 2002, pp. 82-83. Marcos Juruena Villela Souto, *Direito Administrativo Regulatório*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002, pp. 20-21.

<sup>9</sup> A Emenda Constitucional nº 8 de 16 de Agosto de 1995 alterou o artigo 21, inciso XI, da Constituição para a criação do órgão regulador para a disciplina de serviços de telecomunicação, que se materializou com a Lei 9.427 de 16 de julho 1997, que criou a Agência Nacional de Telecomunicações, e a Emenda Constitucional nº 9 de 10 de novembro de 1995, que alterou o artigo 177 §2º da Constituição, determinando a criação de outro órgão para o setor de hidrocarbonetos monopolizados pela União, que se realizou com a edição da Lei 9.478 de 6 de Agosto de 1997, instituidora da Agência Nacional de Petróleo.

<sup>10</sup> Desde então foram criadas por lei as seguintes agências no âmbito federal: Agência Nacional de Energia Elétrica (Lei 9.427, de 26 de dezembro de 1996), Agência Nacional de Telecomunicações (Lei 9.427, de 16 de julho de 1997), Agência Nacional do Petróleo (Lei 9.478, de 6 de agosto de 1997), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Lei 9.782, de 26 de janeiro de

A adoção de um modelo de organização baseado em agências, dotadas de acentuado grau de autonomia, rompeu com a estrutura *piramidal* – em que há recondução de todas as ações administrativas para o governo – gerando uma configuração *policêntrica* com núcleos de poder externo à *accountability*.<sup>11</sup>

A instituição de agências dotadas de autonomia político-administrativa e econômico-financeira permitiu a *neutralidade técnica* e o devido *insulamento político* para o predomínio de juízos técnicos sobre valorações políticas, evitando interferências externas inadequadas no arbitramento dos interesses no processo regulatório.<sup>12</sup>

Neste modelo são produzidas decisões que, baseadas em conceitos preponderantemente *técnicos* e voltadas aos *objetivos* das políticas públicas setoriais, tendem a encontrar um ponto ideal entre os interesses dos agentes econômicos e sociais envolvidos, ampliando o grau de *legitimidade* e *eficiência* na atividade estatal.

Esta orientação primária por parâmetros científicos importa em redução do *espectro de opções* válidas, permitindo a melhor escolha segundo critérios objetivamente aferíveis por *agentes especializados envolvidos* no processo<sup>13</sup> e produzindo maior *racionalização* e *despolitização* no exercício da atividade reguladora.

Sob tal égide, a regulação se torna importante instrumento de avanço econômico e social, uma vez que com a sua neutralidade e despolitização garante a criação

---

1999), Agência Nacional de Saúde Suplementar (Lei 9.961, de 28 de janeiro de 2000), Agência Nacional de Águas (Lei 9.984, de 17 de julho de 2000), Agência Nacional de Transportes Terrestres (Lei 10.233, de 6 de junho de 2001), Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Lei 10.223, de 6 de junho de 2001), Agência Nacional do Cinema (Medida Provisória 2228-1, de 6 de setembro de 2001) e Agência Nacional de Aviação Civil (Lei 11.182, de 27 de setembro de 2005).

<sup>11</sup> Enquanto no modelo piramidal os agentes políticos figuram no ápice da Administração Pública exercendo o controle sobre os demais agentes e sendo responsabilizados politicamente perante a atuação administrativa, na configuração policêntrica as agências reguladoras situam-se em esfera jurídica externa à responsabilidade política do governo, sendo a legitimidade de seus atos reconduzida à *expertise* de seus agentes. Consultar, por todos: Gustavo Binenbojm *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, femocracia e constitucionalização*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pp. 239-250.

<sup>12</sup> Ademais, uma vez que a intervenção sobre a economia ocorre através do exercício de autênticas expressões do poder de polícia estatal, como, por exemplo, fiscalização e aplicação de sanções, tornou-se necessária a forma de pessoa jurídica de direito público, justificando-se a implementação das agências reguladoras sob a forma de autarquias com regime especial. Gustavo, Binenmojm, *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 251.

<sup>13</sup> Insere-se na subtração, pelos agentes reguladores especializados, de decisões cujo fundamento deve obedecer a regras técnico-científicas da competência direta dos centros de decisão político-administrativa que se pautam por juízos de oportunidade e conveniência formulados por políticos e burocratas não especializados. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Direito Regulatório*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, pp. 168-170.

de um ambiente seguro para o exercício das atividades econômicas privadas, permitindo voltá-lo à realização dos objetivos almejados.

Eis o tema que se abordará a seguir.

## 2. As agências reguladoras

Embora alcance relevo com o fenômeno de transformações que notabilizam o Direito Público,<sup>14</sup> a atividade regulatória, antes que nova atribuição da Administração Pública, constitui conhecido instrumento de intervenção estatal no domínio econômico e social inerente ao dever de *boa administração* exercido anteriormente mediante a atuação precipuamente fiscalizatória de órgãos subordinados.<sup>15</sup>

Isto envolveu a redefinição dos papéis dos atores sociais e estatais na gestão do interesse público, através da dissociação do espaço público da esfera estatal e da coordenação de suas atuações, voltando à sociedade a atividade de promoção dos bens e ao Estado a função de mediador do serviço, da competitividade e dos conflitos.<sup>16</sup>

Neste tocante, a Constituição da República de 1988 instituiu uma ordem econômica baseada na livre iniciativa, garantindo a livre concorrência, a proteção da propriedade e a exploração direta, pela iniciativa privada, da atividade produtiva, assumindo o Estado um papel de agente regulador e de executor direto excepcional.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> Situa-se, por um lado, no movimento de redimensionamento da imperatividade estatal, que, buscando um ajuste de equilíbrio entre a *coerção* e o *consenso*, produz um conceito do público não-estatal em um fenômeno de *desmonopolização do poder*. Por outro, engloba a passagem de uma Administração monista e monorganizada para uma Administração Pública Pluralista e Pluriorganizada em razão da *fragmentação e despublicização do interesse público*. Sobre o tema, ver Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Mutações do Direito Público*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pp. 385-391.

<sup>15</sup> Podemos citar, dentre os órgãos estatais e comissões de fiscalização que exerciam funções reguladoras, o Conselho Nacional de Telecomunicações e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Todavia, enquanto o Estado era o responsável direta ou indiretamente pela execução desta tarefa, a função fiscalizatória não era desempenhada com eficiência, uma vez que inexistia interesse em expor as próprias falhas ou deficiência da administração. Floriano Azevedo Marques Neto, A nova regulação estatal e as agências independentes, em Carlos Ari Sunfeld (coord.), *Direito Administrativo Econômico* 1 ed., São Paulo, Malheiros, 2002, pp. 80-82.

<sup>16</sup> Após uma concepção de Administração detentora do interesse público, emerge o entendimento de que essa atribuição deve ser compartilhada com a sociedade, que passa não apenas a executar as atividades necessárias à fruição desses interesses, mas também a desenvolver e estabelecer a sua ordem e prioridade. Odete Medeauar, “O Direito Administrativo em evolução”, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1992, p. 181.

<sup>17</sup> Em contraponto, volta-se a ordem econômica à tutela dos direitos fundamentais coletivos, encontrando seu fundamento também na valorização do trabalho humano e na garantia da existência digna dos indivíduos, observando os princípios de proteção da defesa do consumidor e do meio ambiente, e orientando o exercício da atividade econômica aos

Na regulação, portanto, o Estado intervirá nas relações dentro de uma opção de política econômica,<sup>18</sup> utilizando instrumentos capazes de conformar o funcionamento das instituições estatais e não estatais aos objetivos colimados pela ordem constitucional, conforme o programa de ação governamental.<sup>19</sup>

Propõe o modelo, todavia, não apenas a inserção na atividade econômica privada buscando sua adequação à política macroeconômica estatal com fins à realização dos princípios da ordem econômica, mas a intervenção, também, nos serviços públicos, com a participação da iniciativa privada no oferecimento de bens e utilidades essenciais.

Nesta faceta, a atividade regulatória abrange uma intervenção com fins à realização de certos valores de natureza social, de forma que a disciplina da prestação dos serviços públicos não compreende apenas a regulamentação do mercado, mas a sua adequação aos interesses da própria coletividade.<sup>20</sup>

Sua finalidade não se identifica, portanto, apenas com aquelas de ordem econômica – proteção da competitividade, fortalecimento do mercado e ampliação do investimento da iniciativa privada –, mas alcança também aqueles objetivos de natureza social na garantia de atendimento dos interesses da coletividade.<sup>21</sup>

Embora o marco regulatório busque propiciar a estabilidade necessária para que os investidores atuem, também deve garantir espaços para que os reguladores

---

ditames da justiça social com a busca da redução das desigualdades regionais e sociais, como forma de permitir a realização plena do desenvolvimento do homem e da sociedade.

<sup>18</sup> Trata-se, portanto, de característica de um modelo econômico e não de certa família jurídica, que busca superar o dirigismo estatal garantindo a livre iniciativa privada com a intervenção enfática no mercado utilizando instrumentos de autoridade, capaz de conformá-la aos objetivos eleitos. Carlos Ari Sundfeld, Serviços públicos e regulação estatal, em *Direito Administrativo Econômico*, Carlos Ari Sundfeld (coord.), São Paulo, Malheiros, 2000, pp. 23-24.

<sup>19</sup> O plano diretor da Reforma do Aparelho do Estado em 1995 alinhou os seguintes princípios básicos: autonomia e independência decisória; ampla publicidade de normas, procedimentos e ações; celeridade processual e simplificação das relações entre consumidores e investidores; participação de todas as partes interessadas no processo de elaboração de normas regulamentares em audiência pública; e limitação da intervenção estatal na prestação de serviços públicos aos níveis indispensáveis à sua execução. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Direito Regulatório*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 169.

<sup>20</sup> O modelo regulatório não é norteado apenas pela proposta de atenuar ou eliminar os defeitos do mercado, mas pela disciplina de prestação de serviços públicos, onde a relevância dos interesses coletivos envolvidos tem por finalidade impedir a prevalência da pura e simples busca do lucro privado em detrimento da sociedade. Marçal Justen Filho, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 451.

<sup>21</sup> Torna-se necessário, portanto, não identificar a regulação enquanto fenômeno jurídico com a regulação da atividade econômica pública e privada, posto que orientada também por fins sociais; importa construir um conceito de regulação como o complexo de normas que regulam a atividade econômica e social com a finalidade de proteger o interesse público. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Limites da função reguladora das agências diante do princípio da realidade, em *Direito Regulatório: temas polêmicos*, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Belo Horizonte, Fórum, 2003, p. 30.



possam – conforme as demandas sociais – fixar diretrizes que atendam melhor o interesse da coletividade, respeitada as garantias dos agentes privados.<sup>22</sup>

Isto porque a inserção de atividade pública em um espaço econômico privado não importa na ausência total de intervenção sobre essas atividades, mas na atuação estatal em rede articulando centros autônomos do poder *externo* – entes e redes locais, nacionais ou transnacionais – e *interno* – agências e delegatárias.<sup>23</sup>

Traduz-se a inovação na ordem jurídica pela adoção de um modelo organizativo baseado em *agências*, que, dotadas de acentuado grau de autonomia, rompem com uma estrutura *piramidal* – onde há recondução de todas as ações administrativas para o governo – passando a uma configuração *policêntrica* da Administração Pública – com a concepção de núcleos de poder externo à *accountability*.<sup>24</sup>

Decorre da exigência de flexibilidade e comunicabilidade da intervenção reguladora, que demanda instrumentos eficazes para atender a *especialidade, complexidade e multiplicidade* das questões econômicas e sociais e entes autônomos, capazes de equalizar os interesses em jogo a partir dos diversos atores envolvidos na atividade regulada.<sup>25</sup>

A forma de autarquia de regime especial das agências reguladoras, portanto, se coaduna com a demarcação de um espaço de legítima discricionariedade, que permite a necessária *neutralidade técnica* e o devido *insulamento político* capaz de gerar o predomínio de juízos técnicos sobre valorações políticas, evitando

---

<sup>22</sup> A flexibilidade e instrumentalidade do Direito Administrativo Econômico não pode significar a pura e simples liberalidade em favor do concessionário sem os consequentes benefícios para o Estado e para o serviço público delegado. Alexandre Santos de Aragão, *O marco regulatório dos serviços públicos. Interesse Público*, núm. 27, v. 5, 2004, pp. 72, 73 e 89.

<sup>23</sup> Neste cenário, é inegável a intervenção da globalização nos serviços públicos, uma vez que grande parte das sociedades empresárias que assumem as prestações integram redes econômicas transnacionais e há, pelo Estado, adesão a tratados internacionais como homogeneização e abertura de mercados a empresas com atuação global. Alexandre Santos de Aragão, “O marco regulatório dos serviços públicos”, *Interesse Público*, núm. 27, v. 5, 2004, pp. 51 e 52.

<sup>24</sup> Enquanto no modelo piramidal os agentes políticos figuram no ápice da Administração Pública exercendo o controle sobre os demais agentes e sendo responsabilizados politicamente perante a atuação administrativa, na configuração policêntrica as agências reguladoras se situam em esfera jurídica externa à responsabilidade política do governo. Consultar, por todos: Gustavo Binbenjy, *Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, democracia e constitucionalização*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, Capítulo VI, em Especial, pp. 239-250.

<sup>25</sup> Insere-se no processo de especialização e segmentação do Direito Administrativo, que torna necessário o surgimento de novas estruturas – *entes reguladores autônomos* – capazes de promover mediante novas categorias de normas – *normas regulatórias* – a regulação de subsistemas de normatização e mediação, dotados de conceitos, princípios e procedimentos adequados à sua especialidade do setor econômico ou social. Floriano Azevedo Marques Neto, *A nova regulação estatal e as agências independentes*, em Sundfeld, Carlos Ari (coord.), *Direito Administrativo Econômico*, 1 ed., São Paulo, Malheiros, 2002, pp. 82-83. Marcos Juruena Villela Souto, *Direito Administrativo Regulatório*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002, pp. 20-21.

interferências externas inadequadas no arbitramento dos interesses no processo regulatório.<sup>26</sup>

Isto ocorre através da atribuição de prerrogativas específicas, avaliadas, num plano, sob um prisma da autonomia *político-administrativa*, que envolve a independência política, normativa e técnica decisional,<sup>27</sup> e, em outro plano, sob a autonomia *econômico-financeira*, que compreende a independência gerencial, orçamentária e financeira.<sup>28</sup>

Esta orientação primária por parâmetros científicos importa em redução do *espectro de opções* válidas, com a determinação da melhor escolha segundo critérios objetivamente aferíveis por *agentes especializados envolvidos* no processo,<sup>29</sup> produzindo uma maior *racionalização e despolitização* no exercício da atividade reguladora pelo Estado.

Neste sentido, a agência reguladora exerce um papel capital no que tange a proteção de interesses igualmente legítimos e tutelados pela ordem jurídico-constitucional – dos agentes privados e da coletividade –, garantindo que seja concretizado o direito humano-fundamental ao desenvolvimento.

Esse é o tema a ser focado a seguir.

---

<sup>26</sup> Ademais, uma vez que a intervenção sobre a economia ocorre através do exercício de autênticas expressões do poder de polícia estatal, como por e.g. fiscalização e aplicação de sanções, tornou-se necessária a forma sob pessoa jurídica de direito público, justificando-se a implementação das agências reguladoras sob a forma de autarquias com regime especial. Gustavo Binembojm *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 251.

<sup>27</sup> Em apertada síntese, a independência política compreende a nomeação dos dirigentes com lastro político, porém, garantido mandato fixo e a impossibilidade de exoneração *ad nutum*; a normativa a possibilidade de expedição de normas para regular o setor sensível e a técnica decisional a discricionariedade de suas decisões e impossibilidade de revisão administrativa. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Direito Regulatório*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 165-166 e 36-45.

<sup>28</sup> A independência gerencial, orçamentária e financeira envolve além da autonomia na gestão interna, das rubricas orçamentárias próprias e a arrecadação de receitas provenientes de outras fontes, como as taxas de fiscalização e regulação ou participações em contratos e convênios, que embora permita a independência de recursos orçamentários submete as agências à crítica de ser custeada pelo sujeito fiscalizado. Marcos Juruena Villela Souto, “Agências Reguladoras”, *Revista de Direito Administrativo*, núm. 216, p. 143.

<sup>29</sup> Insere-se na subtração pelos agentes reguladores especializados de decisões cujo fundamento deve obedecer a regras técnico-científicas da competência direta dos centros de decisão político-administrativa que se pautam por juízos de oportunidade e conveniência formulados por políticos e burocratas não especializados. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Mutações do Direito Administrativo*, 2 ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2001, pp. 168-170.

### 3. O direito humano-fundamental ao desenvolvimento e a administração pública

Embora os direitos fundamentais tenham antecedentes históricos na doutrina estoíca greco-romana e cristã da Antiguidade,<sup>30</sup> desenvolvimento nas doutrinas jusnaturalistas<sup>31</sup> e previsão de direitos estamentais na Idade Média,<sup>32</sup> a sua consagração ocorre apenas com o constitucionalismo, na Idade Moderna, por ocasião do seu reconhecimento nas principais Cartas e Constituições.<sup>33</sup>

No Estado Moderno a evolução dos direitos fundamentais se liga ao processo histórico de reinvidicações sociais e contrastes de regimes políticos, bem como ao processo de desenvolvimento econômico, científico e político, que resulta, em um

---

<sup>30</sup> Os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens encontra suas raízes na filosofia clássica, em especial na greco-romana, e no pensamento cristão. Embora na antiguidade greco-romana inexistissem direitos do homem válidos para todos, com os sofistas e, em especial, os estoicos romanos, advieram as teses da igualdade de todos os homens em dignidade como lei natural. No cristianismo, a partir dos ensinamentos do homem e sua semelhança à imagem de Deus, adveio a tese da unidade de humanidade, dignidade e liberdade de todas as pessoas. Urbano Carvelli. Sandra School, “Evolução histórica dos Direitos Fundamentais: da Antiguidade até as primeiras importantes declarações nacionais de Direito”. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 48 núm. 191 pp. 169-171 jul/set 2011.

<sup>31</sup> A unidade universal dos homens e a igualdade cristã de todos foram as premissas para o desenvolvimento no jusnaturalismo medieval, da ideia de postulados suprapositivos que orientavam e limitavam, atuando como critério de legitimidade, o exercício do poder, de tal sorte que o direito natural condicionará à sua conformidade a obediência do direito positivo. Com as teorias contratualistas as doutrinas jusnaturalistas de direitos fundamentais encontram sua evolução, abrindo espaço para o reconhecimento normativos de tais direitos. Antonio Enrique Pérez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, Madri, Tecnos, 2004, pp. 29-33.

<sup>32</sup> Embora sempre citada a Magna Charta Libertatum, firmada em 1215 pelo Reuo João Sem-terra e pelos bispos e barões ingleses, que consagra direitos e liberdades clássicos, como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia da propriedade, as cartas de franquia e os forais outorgados pelos reis e portugueses e espanhóis no século XII e XIII, bem como a Bula de Ouro da Hungria, firmada por Afonso IX em 111, o Privilégio General outorgado por Pedro III em 1283 e os Privilégios da União Aragonesa em 1286 já veiculavam prerrogativas ou privilégios aos estamentos sociais (Nobreza, Igreja, Corporações), que não correspondiam a direitos fundamentais, mas a obrigações concretas daqueles reis que os subscreviam. José Carlos Vieira de Andrade, *Direitos Fundamentais na Constituição de 1976*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 25

<sup>33</sup> Com as declarações inglesas de direito - Petition of Rights de 1628, Habeas Corpus Act de 1679, Bill of Rights de 1689 - foram reconhecidos direitos e liberdades aos cidadãos ingleses, como a legalidade, a proibição de prisões arbitrárias e o *habeas corpus*, o que significa a transposição das liberdades estamentais para as liberdades gerais no plano de direito público. Com a Declaração americana de Direitos do Povo da Virgínia de 1776 e a Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 se marca a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais. Sarlet, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. <http://periodicos.uesb.br/index.php/cadernosdeciencias/article/viewFile/4889/4683>

primeiro momento, na tensão dialética e harmonização entre *liberdade e igualdade, direitos individuais e direitos sociais*.<sup>34</sup>

Inicialmente, os direitos fundamentais abrangiam os direitos *individuais* em razão do pensamento liberal-burguês e da doutrina iluminista e jusnaturalista do século XVII e XVIII, que se identificavam com os direitos negativos e marcavam a esfera de autonomia do indivíduo em face do poder estatal no exercício precípua das *liberdades*.<sup>35</sup>

Porém, com a ascensão dos problemas sociais e econômicos no limiar do século XIX, os direitos fundamentais foram ampliados para incluírem os direitos *econômicos, sociais e culturais*, que, correlacionando-se com os direitos positivos, passaram a impor ao Estado atuações capazes de promover a justiça e bem-estar social, na tutela do princípio da *igualdade*.<sup>36 37</sup>

Não obstante naquela quadra histórica já houvesse o reconhecimento, pelos Estados, dos direitos fundamentais em sua dúplici dimensão, a concepção da Constituição como documento político que podia não ser cumprido pelos poderes

---

<sup>34</sup> A evolução e as vicissitudes dos direitos fundamentais, seja numa linha de alargamento e aprofundamento, seja numa linha de obnubilação, acompanham o processo histórico, as lutas sociais e os constrates de regimes políticos, bem como o progresso científico, técnico e econômico. Do Estado liberal ao Estado social de Direito, o desenvolvimento dos direitos fundamentais se faz no interior das instituições representativas de maneira bastante variada, buscando harmonizar os direitos de liberdade e direitos econômicos, sociais e culturais. Jorge Miranda, *Direitos Fundamentais*, p. 199. <http://periodicos.uesb.br/index.php/cadernosdeciencias/article/viewFile/4889/4683>

<sup>35</sup> Embora sob a influência da doutrina de Hobbes, Locke, Rousseau e Kant, que proclamavam a liberdade do indivíduo, proclamavam nas cartas os direitos não de todos os homens, uma vez que a maior parte dessas Constituições estabelecia o sufrágio censitário, mas do homem burguês, com a tutela da propriedade privada de forma sagrada e inviolável, razão pelo qual os textos eram considerados como patrimônio do indivíduo em sua condição pré-social. Antonio Enrique Pérez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, Madri, Tecnos, 2004, p. 38.

<sup>36</sup> Quando o Estado, coagido pela pressão das massas ao poder político, confere os direitos do trabalho, da previdência, da educação e outros, coloca a sociedade dependente de sua intervenção no domínio econômico, político e social, em restrição da iniciativa individual aos interesses sociais, demonstra a passagem de um Estado Liberal para um Estado Social. Paulo Bonavides, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 8 ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 186.

<sup>37</sup> Embora tanto na concepção liberal quanto social se deparem liberdade e igualdade, na primeira a igualdade é a titularidade dos direitos que demanda liberdade para todos, ao passo que, na segunda, a igualdade é a concreta igualdade de agir, e a liberdade, a própria igualdade puxada para a ação. Miranda, Jorge, *op. cit.* pp. 199-200.

públicos<sup>38</sup> e a aceitação apenas da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, limitavam a sua eficácia junto ao Estado e particulares.<sup>39, 40</sup>

Observa-se, porém, com o término da segunda guerra mundial na Europa e com o advento do processo de redemocratização do Brasil, uma série de transformações na forma de organização política e jurídica estatal, que marcam o advento do Estado Democrático de Direito e a ascensão dos pilares fundamentais do constitucionalismo contemporâneo.<sup>41</sup>

Com o reconhecimento da força normativa da Constituição,<sup>42</sup> substitui-se a concepção da lei fundamental como carta política pela atribuição do *status* de norma jurídica, que, dotada de observação obrigatória, impõe limites e deveres no exercício do poder pelo Estado, em especial, quanto à tutela dos direitos fundamentais.<sup>43</sup>

---

<sup>38</sup> Um dos trabalhos expoentes deste entendimento é *Que é uma Constituição?* de Ferdinand Lassalle, que considera que a Constituição só tem eficácia quando coincide com os fatores do poder que regem o país. Caso contrário, é apenas folha de papel que pode sucumbir por aquelas forças vitais que não irão aplicá-la. Ferdinand Lassalle, *Que é uma Constituição*, São Paulo, Edições e Publicações Brasil, 1933, p. 62.

<sup>39</sup> Embora a expressão Estado de Direito importe no limite do exercício do poder político e de direitos fundamentais e deva estar ligada à proteção e promoção dos direitos fundamentais da pessoa humana, a expressão já foi reconhecida por entes estatais apenas para a proclamação formal de direitos ou para assegurar a proteção jurídica dos privilégios de minorias mais favorecidas. É necessário compatibilizar o Estado de Direito com direitos fundamentais, como instrumentos de garantia da democracia e proteção do homem e sua dignidade. Dalmo de Abreu Dallari, *Estado de Direito e Direitos Fundamentais*, em Agassiz de Almeida Filho, Danielle da Rocha Cruz (coord.), *Estado de direito e direitos fundamentais: homenagem ao jurista Mário Moacyr Porto*, Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 171.

<sup>40</sup> Embora acolhidos e protegidos pela Constituição, os direitos fundamentais conquistados pela sociedade sempre estiveram sob contínuo descumprimento pelo Estado, inclusive hoje, na atualidade, estão sob o escopo de doutrinas jurídicas que buscam justificar esse descumprimento, em razão de contingência de recursos e outros fundamentos. Marco Aurélio Romagnoli Tavares, *Ativismo judicial e políticas públicas: direitos fundamentais*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2011, pp. 101-103.

<sup>41</sup> Como marco normativo, tem-se a promulgação da Lei Fundamental de Bonn na Alemanha e da Constituição da Itália, bem como a posterior, das cartas fundamentais de Portugal e Espanha. Alcança o fenômeno para além do velho continente, encontrando no Brasil, com o fim da ditadura militar e a edição da Constituição da República, o ambiente propício para a garantia da estabilidade institucional e da aplicabilidade das normas constitucionais. Sobre o tema: Miguel Carbonell, *Nuevos Tiempos para el Constitucionalismo*, em Miguel Carbonell (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 1 ed. Madri, Editorial Trotta, 2003, p. 9.

<sup>42</sup> Uma das obras precursoras sobre o tema é *A força normativa da Constituição* de Konrad Hesse, extraída a partir de sua aula inaugural na cátedra da Universidade de Freiburg. Segundo o autor, a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade, mas tampouco se limita ao reflexo das condições fáticas. Sua essência reside na pretensão de eficácia, ou seja: de sua concretização na realidade imprimindo-lhe ordem e conformação. Konrad Hesse, *A força normativa da Constituição*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris ed., 1991 pp. 14-15.

<sup>43</sup> Sobre as transformações do direito constitucional contemporâneo, consulte-se por todasas: Luís Roberto Barroso, "Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O

Com o processo de incorporação de amplo elenco de direitos fundamentais aos textos constitucionais, bem como ao da expansão da jurisdição constitucional, mediante a ampliação do elenco de legitimados para a propositura das ações e a criação de novos instrumentos de controle concentrado, garante-se a proteção dos direitos fundamentais do processo político majoritário.<sup>44</sup>

Na nossa experiência constitucional, antes restrita a Constituições garantistas que tutelavam os direitos fundamentais como repositórios de promessas vagas,<sup>45</sup> o fenômeno ocorre com a promulgação da Constituição de 1988, voltada à promoção social, e com a crescente preocupação doutrinária com a aplicabilidade direta e imediata de seus preceitos.<sup>46</sup>

Interrompeu-se, portanto, o ciclo inicial de *baixa normatividade* das disposições que veiculavam os direitos fundamentais – em especial, das normas que declaravam os direitos sociais, antes remetidas à esfera programática de meras linhas diretoras aos poderes públicos e tidas como dotadas de eficácia limitada.<sup>47</sup>

Por outro lado, reconheceu-se também, além de uma dimensão *subjetiva* dos direitos fundamentais – de proteção de situações individuais em face do poder público e dos particulares – uma *objetiva* – de consagração de uma ordem objetiva

---

triumfo tardio do direito constitucional no Brasil”, em Souza Neto, Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmiento, (orgs.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, pp. 203-250. Para uma análise crítica, vide: Sarmiento, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro, 2009, Lumen Juris, 2009. p. 113-146.

<sup>44</sup> Insere-se, portanto, o exercício da jurisdição constitucional orgânica e das liberdades no complexo de mecanismos de natureza normativa, institucional ou processual tendentes a assegurar a plena realização dos direitos fundamentais. Rosa Júlia Plá Coelho, *Mecanismos de proteção dos Direitos Fundamentais*. 1 ed. Brasília, Ordem dos Advogados do Brasil, 2005, p. 34.

<sup>45</sup> Não é incomum a existência formal de Constituições que invocam o que não está presente, afirmam o que não é verdade e prometem o que não será cumprido. Como exemplo tem-se a Constituição de 1969, que garantia os direitos à integridade física e à vida, com as prisões ilegais, a tortura e o desaparecimento de pessoas na ditadura. Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição brasileira*, 7 ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 61.

<sup>46</sup> Embora a Constituição de 1988 seja o resultado de forças políticas antagônicas que participaram da constituinte, materializando uma constante tensão entre a ideologia liberal e a perspectiva social, denota-se um grande avanço na disciplina dos direitos sociais em relação às Constituições anteriores. Para uma visão geral sobre a evolução histórica, ver Marcelo Nóbrega da Câmara Torres, *Direitos sociais*, Brasília, Senado Federal, 1987.

<sup>47</sup> A aplicabilidade restrita das normas de natureza programática decorreria da fluidez de suas disposições e da inexistência de instrumentos jurídico-processuais capazes de garantir sua concretização.

Compreendendo que as relações econômico-sociais são disciplinadas apenas por normas programáticas, vide: José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 7 ed., São Paulo, Malheiros, 2008, pp. 140-142.

de valores essenciais à sociedade,<sup>48</sup> que projetam a unidade da Constituição e a congruência dos seus preceitos.<sup>49</sup>

Neste viés, a consagração do desenvolvimento como um direito humano<sup>50</sup> impõe a intervenção positiva do Estado mediante a garantia a todos de igual oportunidade de acesso aos meios materiais para a subsistência indispensáveis para que o indivíduo exerça em plenitude uma vida humana digna.<sup>51</sup> A inclusão, também, do desenvolvimento como um dos fins estatais<sup>52</sup> importa não apenas

---

<sup>48</sup> Liga-se à dimensão objetiva a compreensão de que os direitos fundamentais consagram os valores mais importantes da comunidade política, potencializando a sua irradiação para todos os campos do Direito e sua eficácia enquanto fins ou valores comunitários sobre uma miríade de relações jurídicas. Daniel Sarmento, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, p. 371.

<sup>49</sup> Com a introdução dos direitos fundamentais da segunda geração, passou-se a compreender os critérios objetivos de valores, bem como, os princípios básicos que animam a Constituição, projetando a sua unidade e fazendo a congruência fundamental de suas regras. Esses direitos passam a representar uma unidade de ordenação valorativa, de garantia contra arbítrios do Estado. Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional* p. 569.

<sup>50</sup> Seu reconhecimento teórico é atribuído a Keba Mbaye, que introduziu na obra *The Right to Development*, em 1972, o desenvolvimento como direito, sendo na conferência proferida por Karel Vasak no Instituto Internacional de Direitos Humanos, em 1979, onde classifica os direitos humanos em gerações, a partir da liberdade (direitos do indivíduo civis e políticos), da igualdade (direitos da coletividade trabalhistas, culturais e econômicos) e da solidariedade (direitos da humanidade fraternidade, paz, meio ambiente, respeito ao patrimônio histórico e cultural) que se consagra o direito ao desenvolvimento como um direito de terceira geração. Sobre o tema, ver Karel Vasak, *For the third generation of human rights: the rights of solidarity*, Inaugural Lecture, Tenth Study Session, International Institute of Human Rights, July, 1979. Mohammed Bedjaoui, *The right to Development*, em Mohammed Bedjaoui, (org.) *International Law: Achievements and Prospects*, Paris, Martinus Nijhoff Publisher e Unesco, 1991.

<sup>51</sup> Sua consagração pelos organismos internacionais ocorreu pela primeira vez com a Declaração sobre a Concessão de Independência aos Países e Povos Coloniais, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na resolução 1514 de 14 de dezembro de 1960, que reconheceu àqueles países o direito à perseguição do seu livre desenvolvimento econômico, social e cultura. Porém, é com a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na resolução n.º 41/128, de 4 de dezembro de 1986 que se garante o direito ao desenvolvimento como direito humano inalienável (Art. 1º §1º) e o dever dos Estados de promover as medidas necessárias para a sua realização (Art. 2º §3º) assegurando o acesso aos recursos básicos, educação, serviços de saúde, alimentação, habitação, emprego e distribuição equitativa da renda. (Art. 8º §1º). Disponíveis em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html> acesso em 12.06.2017 e <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-a-concessao-da-independencia-aos-paises-e-povos-coloniais.html> acesso em 12.06.2017.

<sup>52</sup> Uma vez que a Constituição de 1988 consagra o desenvolvimento como um dos objetivos fundamentais (Artigo 3º), porém sem delimitar seu conteúdo material, diverge a doutrina em variadas teorias: se abrange o direito de cada indivíduo se beneficiar de uma ordem jurídica que garanta a ampla implementação dos direitos humanos; se compreende o incremento gradual do bem-estar de toda a população; se envolve o desenvolvimento econômico como forma de garantir minimamente os direitos fundamentais; ou se tem por núcleo a garantia de

na persecução do progresso econômico, com a ampliação das riquezas e bens de produção nacionais, mas na busca de um desenvolvimento sustentável, capaz de garantir o bem-estar social e a qualidade de vida dos cidadãos.<sup>53</sup>

Por efeito, a ordem econômica e social se volta à realização, não apenas dos fins econômicos e dos valores sociais, mas à concretização de direitos e garantias fundamentais, ordenando a atividade estatal e também a atuação privada de maneira que permita a eficácia dos direitos individuais e transindividuais.<sup>54</sup>

No direito administrativo, a ascensão destes paradigmas constitucionais se insere em um movimento de revisão das premissas teóricas estruturantes da disciplina<sup>55</sup> que importa no redimensionamento da atividade administrativa à realização dos valores, bens e direitos constitucionais.<sup>56</sup>

---

alguns direitos sociais básicos. Sobre o tema: Eric Baracho Dore Fernandes, *O papel do Poder Judiciário na concretização de um modelo social de desenvolvimento*, Mimeografado, 2012, Em especial, Capítulo 2.

<sup>53</sup> O desenvolvimento estatal envolve necessariamente o desenvolvimento do homem através da realização de seus direitos fundamentais, sem que essa intervenção dos poderes públicos para a prestação de natureza social importe na assunção de um modelo socialista, visto que a livre iniciativa e a livre concorrência são essenciais para a realização desse desenvolvimento. André Ramos Tavares, *Direito Constitucional Econômico*, São Paulo, Método, 2003, p. 68.

<sup>54</sup> Os direitos econômicos e sociais são considerados prolongamento dos direitos e garantias individuais, contemplando a pessoa singularmente considerada, garantindo a realização de seus direitos, que dependem, para eficácia, da prestação de serviço público. A abstenção do Poder Público na continuidade dessas prestações é tão abusiva quanto a própria violação de direitos individuais. Caio Tácito, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988”, *Revista de Direito Administrativo*, n. 178, Out-dez. 1989, p. 2.

<sup>55</sup> A discricionariedade administrativa e sua insindicabilidade judicial, as prerrogativas materiais e processuais concedidas à Administração Pública e a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado passam a ser vistas sobre a ótica da Constituição em um amplo movimento doutrinário de ampla revisão das categorias e institutos administrativos, formado, dentre outros, por: Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Legitimidade e Discricionariedade*, 3 ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998; Eros Roberto Grau, “A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e Crítica”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1990; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas*, São Paulo, Atlas, 1999; Moreira Neto, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Mutações do Direito Administrativo*, 2 ed. atual e ampla, Rio de Janeiro, Renovar, 2001; Alexandre Aragão, *Agências Reguladoras e Evolução do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Forense, 2002; Patrícia Baptista, *Transformações do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003; Gustavo Binenbojm, *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006; Alexandre Aragão, *Direito dos Serviços Públicos*, Rio de Janeiro, Forense, 2008.

<sup>56</sup> A Administração Pública é tida não mais como um poder originário, mas como uma função subordinada à realização dos direitos fundamentais em uma concepção de um direito público pós-moderno que erige com os pilares do novo modelo constitucional e de uma ação administrativa voltada à legitimidade, finalidade, eficiência e resultado na concretização daqueles valores. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Quatro paradigmas*



Por efeito, há orientação da persecução estatal à promoção dos direitos e garantias do homem, reordenando a relação entre a Administração Pública e o Administrado<sup>57</sup> ao eixo nodal da dignidade da pessoa humana e à persecução do desenvolvimento, e encontrando na regulação estatal instrumento importante.<sup>58</sup>

A intervenção estatal nas relações privadas através da regulação ocorre com vistas à transformação das condições sociais, induzindo à adoção – pelos agentes econômicos no exercício das atividades econômicas propriamente ditas ou na prestação dos serviços públicos – de condutas capazes de garantir a promoção humana e social.<sup>59</sup>

Neste sentido, cabe verificar em que medida as agências reguladoras são capazes de conformar a prestação de serviços públicos por particulares aos interesses da coletividade, de forma a contribuírem com a tutela da dignidade da pessoa humana e a promoção do desenvolvimento social.

O assunto será desenvolvido no próximo segmento.

#### 4. As agências e a promoção do desenvolvimento

A intervenção do Estado na atividade econômica não se limita à condução dos agentes econômicos a uma situação de mercado ideal com proteção da concorrência e do lucro, mas deve ter por finalidade conduzir, tanto os esforços públicos quanto os privados, ao desenvolvimento e ao bem-estar social.<sup>60</sup>

---

*do Direito Administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*, Belo Horizonte, Fórum, 2008, pp. 14-15 e 28.

<sup>57</sup> Neste contexto, o indivíduo passa de *súdito* submetido à Administração Pública em uma relação hierarquizada para um *cidadão* detentor de direitos e garantias, tornando-se a Administração Pública em centro de captação e ordenação dos interesses envolvidos nos respeitos e concretização dos direitos fundamentais e colaborando no desenvolvimento de suas potencialidades sociais. Patrícia Baptista, Rio de Janeiro, *Renovar*, 2003, pp. 129-130.

<sup>58</sup> A centralidade assumida pelos direitos fundamentais na ordem jurídica produz uma inversão epistemológica fundamental, que torna o ser humano protagonista do direito administrativo e o Estado instrumento para a sua realização, extraindo a legitimidade de sua atuação na medida da realização destes direitos. Marçal Justen Filho, *O Direito Administrativo de Espetáculo*, Fórum Administrativo Direito Público, Belo Horizonte, ano 9, núm. 100. jun. 2009, pp. 150-152.

<sup>59</sup> Ocorre através do estímulo e indução de adoção de determinadas condutas pelos agentes econômicos, o que compreende uma série de medidas de facilitação como a concessão de benefícios fiscais, facilitação em dados expedientes e afins. Egon Bockmann Moreira, *O Direito Administrativo da economia e a atividade interventiva do Estado brasileiro*, em Fábio Medina Osório e Marcos Juruena Villela Souto, (coord.), *Direito Administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p 861.

<sup>60</sup> Trata-se de uma intervenção promocional do Estado em países subdesenvolvidos com fins de garantir o bem-estar social e o desenvolvimento. Em um Estado Democrático de Direito o desenvolvimento econômico não pode ser deixado nas mãos do próprio mercado, diante do dever de administração e de desenvolvimento definido pela Constituição. A intervenção

Sob esta égide, as agências reguladoras, por serem dotadas de acentuado grau de autonomia – necessária –, se tornam importante instrumento para atender os interesses em jogo e os atores envolvidos, permitindo que a prestação de serviços públicos pela iniciativa privada seja capaz de contribuir o desenvolvimento.

A autonomia política-administrativa garante às agências a independência política, normativa e técnica necessária para que a atividade regulatória seja baseada em uma racionalidade, imparcialidade e eficiência adequadas à tutela dos direitos do agente econômico e dos interesses da sociedade.<sup>61</sup>

Isto permite às agências uma atuação normativa, gerencial e sancionatória capaz de ordenar a prestação dos serviços públicos de oferecimento de bens e prestações essenciais aos cidadãos por meio da iniciativa privada, de forma a garantir a realização da dignidade da pessoa humana e o desenvolvimento. Esta atuação é de capital importância no que tange aos serviços públicos.

Nos serviços públicos cabe à atividade regulatória compatibilizar o consenso e a negociação no fornecimento das prestações pelo particular, garantindo a liberdade do exercício da atividade econômica privada na execução dos bens e utilidades públicas, mas tutelando a efetiva concretização dos bens e utilidade essenciais.<sup>62</sup>

Contudo, o desenvolvimento social depende não apenas do oferecimento de bens e serviços pela iniciativa privada aos respectivos usuários, mas da expansão e perpetuação dos serviços públicos a indivíduos tidos como não econômicos, que necessitam dessas prestações e às quais a priori não têm acesso ou continuidade.

Assim, o desenvolvimento social abrange a orientação pelo critério de *universalização* e de *continuidade* do serviço público, como forma de garantir a esses indivíduos a prestação de utilidades necessárias à fruição daqueles direitos,

---

não gravita mais de forma a garantir um mercado concorrencial perfeito, como ocorrido em momento anterior, mas em respeito à justiça social e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Egon Bockmann Moreira, “O Direito Administrativo da economia e a atividade interventiva do Estado brasileiro”, em Osório, Fábio Medina e Marcos Juruena Villela Souto, (coord.), *Direito Administrativo: Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, pp. 856-857 e 868.

<sup>61</sup> Neste tocante, o domínio de conhecimentos técnicos das agências sobre a atividade regulada e os pressupostos econômicos e jurídicos subjacentes a sua aplicação, permitem a eleição, dentre as soluções possíveis, daquela mais neutra e técnica, capaz de evitar uma indevida influência política na gestão do interesse público e melhor atendimento das demandas sociais. Sobre o tema, ver Emerson Affonso da Costa Moura, “Agências, expertise e profissionalismo. O paradigma da técnica na Administração Pública”, *Revista de Direito Administrativo*, núm 254, maio/agosto 2010, pp. 67-94.

<sup>62</sup> É necessário pensar na gestão dos serviços públicos a partir da atual realidade de carência social, compreendendo que os problemas sociais vividos guardam íntima relação com a prestação histórica dessas atividades de forma inadequada, e apenas com o justo equilíbrio entre os interesses privados e o público será possível se modificar o cenário. Vivian Lima López Valle, *Serviço público, desenvolvimento econômico e a nova contratualização da administração pública: o desafio na satisfação dos direitos fundamentais*. Fórum Administrativo. n. 132, v. 12, 2012. p. 72.

contribuindo para a preservação da dignidade da pessoa humana e auxiliando no seu efetivo desenvolvimento.<sup>63</sup>

Ele ocorre por meio da definição de um marco regulatório capaz de estabelecer critérios para os indivíduos – inclusive aqueles que não têm capacidade econômica – acessarem o serviço público, bem como mecanismos hábeis a garantir a prestação adequada, em atendimento aos direitos do usuário e aos fins esperados pela sociedade.

Envolve, ainda, uma regulação capaz de garantir o dever de contínua e ininterrupta oferta dos serviços públicos para os usuários, uma vez que abrangem bens e prestações essenciais e indispensáveis à existência digna do indivíduo, bem como de interesse geral da sociedade, na persecução do seu desenvolvimento.<sup>64</sup>

Ademais compreende o critério de *modicidade* do serviço público, permitindo um ajuste entre a legítima expectativa de lucro do agente econômico e o interesse de economicidade do serviço pela sociedade, oferecendo os serviços essenciais mediante tarifas módicas capazes de garantir a inclusão e manutenção de usuários.<sup>65</sup>

Isto importa na criação de uma política tarifária capaz de propiciar o acesso e permanência a usuários não econômicos, contribuindo com o desenvolvimento social almejado, bem como, se necessário, definindo subsídios capazes de viabilizar o interesse e competição na prestação desses serviços públicos.<sup>66</sup>

Mediante a definição de um valor de medida justa de tarifa se garante a adequação mínima do serviço público ao usuário e a realização da solidariedade para com o

---

<sup>63</sup> Abrange oferecimento do serviço e a promoção proativa de inclusão de novos usuários a serviços de saneamento básico, energia, telefonia e gás que nas sociedades contemporâneas são utilidades cuja ausência afeta a dignidade da pessoa humana e dificulta a redução do subdesenvolvimento. Dinorá Adelaide Musetti Grotti, “Redefinição do papel do Estado na prestação de serviços públicos: realização e regulação diante do Princípio da Eficiência e Universalidade”, em *Revista Interesse Público*, Ano 8, Núm. 40, novembro/dezembro de 2006, Porto Alegre, Notadez, p. 68.

<sup>64</sup> Isto não importa, todavia, negar a possibilidade de sua eventual restrição no seu fornecimento, como prevê a Lei 8.987 de 13 de Fevereiro de 1995, que permite a descontinuidade na prestação do serviço público em situação de emergência ou após aviso prévio quando motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações e por inadimplemento de usuário, considerado o interesse da coletividade. (Art. 6º §3º).

<sup>65</sup> Ressalta-se a importância de as agências intervirem na prestação do serviço público pela iniciativa privada, com qualidade, economicidade, eficiência e regularidade, de forma a afastar a possibilidade de desprezo à finalidade pública, que caracterizou o modelo de concessão e resultou no seu fracasso em um primeiro momento. Jose Carlos Ferreira de Oliveira, “O Estado regulador nas concessões de serviços públicos”, *Revista de Informação Legislativa*. No. 129, v. 33, 1996, pp. 100 e 107.

<sup>66</sup> Neste tocante, o modelo de concessão patrocinada de serviços públicos, instituído pela Lei 11.079 de 30 de dezembro de 2004, se erige como instrumento para a viabilização de uma política de tarifa capaz de propiciar o desenvolvimento, garantindo a compensação na exploração pela iniciativa privada daquela atividade. Sobre o tema, ver Vítor Rhein Schirato, *A regulação dos serviços públicos como instrumento para o desenvolvimento*, em *Interesse público*, Belo Horizonte, v. 7, n. 30, mar 2005, pp. 94-95.

consumidor, uma vez que a relação entre o prestador dos bens e utilidades e o cidadão se sujeita à aplicação do direito do consumidor e submete o lucro ao seu papel social.<sup>67</sup>

A questão será tratada a seguir.

## 5. O papel das agências e o estudo de um caso

A título de exemplo, no âmbito do serviço público de fornecimento de energia elétrica foi criado um marco regulatório capaz de garantir a expansão da oferta de energia elétrica mediante a definição de planos de universalização que atingem usuários não econômicos, mas que prevê a compensação para a iniciativa privada.

Com fins de ampliação do acesso, estabeleceram-se metas de universalização do uso de energia elétrica com a fixação de áreas de atendimento com crescimento progressivo, bem como a permissão de licitações em áreas já concedidas cujos contratos não contenham cláusula de exclusividade.<sup>68</sup>

Abrangeu, também, a obrigatoriedade de fornecimento de energia elétrica a usuários tidos como não econômicos e a criação de planos de universalização pelos concessionários de acordo com índice anual gradativo, com a imposição, no caso de não atendimento das obrigações, de penalidades como a redução dos níveis tarifários.<sup>69</sup>

Por outro lado, com o objetivo de resguardar a manutenção ao acesso se excluiu as unidades consumidoras de baixa renda dos custos relativos à aquisição de energia

---

<sup>67</sup> Amplia-se, portanto, a importância das agências reguladoras, que passam a garantir ao usuário-consumidor um complexo de direitos permitindo o equilíbrio na relação jurídica entre ambos, não permitindo o fornecedor do serviço se apropriar do lucro excessivo que detém em razão de sua posição no mercado, mas submetendo-o ao princípio de solidariedade com socialização dos lucros em favor da sociedade. Ronaldo Porto Macedo Júnior, *A proteção dos usuários de serviços públicos*, em Carlos Ari Sunfeld, (Coord), *Direito Administrativo Econômico*, 1 ed., São Paulo, Malheiros, 2002, pp. 252-253.

<sup>68</sup> A Lei 10.438 de 26 de Abril de 2002 dispôs sobre a universalização do serviço público de energia elétrica, através da fixação para concessionárias e permissionárias de serviço público de metas de universalidade com ampliação de áreas crescentes (Art. 14), bem como a promoção de novas licitações em áreas já concedidas sem contrato de exclusividade (Art. 15), porém garantindo a recomposição tarifária extraordinária sem prejuízo do reajuste anual (Art. 4º).

<sup>69</sup> A resolução normativa 223 de 2003 da ANEEL impõe ao concessionário de serviço público o atendimento da ligação para unidade consumidora de baixa renda utilizando por critério técnico a carga instalada (menor ou igual a 50 kW) sem qualquer ônus para o solicitante (Art. 3º e 4º) evitando a imposição de exigências econômicas que vedem o acesso a usuários não econômicos. Delimita o plano de universalização fixando um índice anual gradativo de atendimento da concessionária a partir dos dados do Censo promovido pelo IBGE em 2000 (Art. 10) e a criação de indicadores de universalização do atendimento (Art. 12) e impondo penalidade pelo não atendimento com a redução dos níveis tarifários (Art. 14). Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/cedoc/bres2003223.pdf>. Acesso em 20.06.2017.

elétrica, garantindo, através da recomposição tarifária extraordinária e da Conta de Desenvolvimento Energético, o reequilíbrio contratual para os concessionários.<sup>70</sup>

Foi criada, ainda, uma tarifa social para as unidades consumidoras classificadas como de baixa renda, com faixas de desconto que permitissem, através da modicidade das tarifas, o acesso ao serviço público de fornecimento de energia elétrica, bem como a ampliação e continuidade do mesmo.<sup>71</sup>

Por efeito, observou-se nos últimos anos uma ampliação do universo de usuários de energia elétrica no país,<sup>72</sup> inclusive entre aqueles tidos como não econômicos,<sup>73</sup> em um crescimento do índice global de atendimento de domicílios pelos entes privados prestadores de serviços públicos.<sup>74</sup>

---

<sup>70</sup> A Lei 10.438 de 26 de Abril de 2002, que dispõe sobre a universalização do serviço público de energia elétrica, definiu para o consumidor da subclasse residencial de baixa renda sua exclusão do rateio dos custos referentes à aquisição de energia elétrica (Art. 1º §1º e 2º) e da recomposição tarifária extraordinária (Art. 4º §2º), assim como dispôs da criação da Conta de Desenvolvimento Energético, que permite promover a universalização do serviço de energia elétrica em todo o território nacional e garantir recursos para atendimento à subvenção econômica destinada à modicidade da tarifa para os usuários de baixa renda (Art. 13). Coube ao Decreto 7.583 de 13 de Outubro de 2011 dispor sobre o custeio da Tarifa Social (Art. 2 a 4).

<sup>71</sup> A resolução normativa 407 de 2010 da ANEEL estabelece as condições para enquadramento na subclasse residencial de baixa renda, criando quatro faixas de descontos que abrangem consumo mensal de energia elétrica entre 30kWh a 220kWh (Art. 2º inciso I a IV) mediante a observação de critérios (Art. 3º, 4º e 5º), inclusive, impondo às distribuidoras que instalem medidores de energia elétrica para famílias que residam em habitações para várias famílias regulares ou irregulares de baixa renda (Art. 6º). A resolução normativa 485 de 2002 da ANEEL complementa com critérios objetivos, como circuito monofásico (Art. 1º), além de trazer outras disposições sobre a matéria. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/cedoc/ren2010407.pdf> e <http://www.aneel.gov.br/cedoc/res2002485.pdf>. Acesso em 21.06.2017.

<sup>72</sup> Segundo Censo Demográfico de 2010 promovido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o serviço de energia elétrica foi o que alcançou maior cobertura, atingindo 97,8% dos domicílios, ou seja: atendendo 56.595.007 de 57.324.185 domicílios particulares permanentes. Em relação ao Censo Demográfico de 2000, ou seja antes das medidas, importa em crescimento de 30%. Disponível em: <http://www.censo2010.ibge.gov.br/sinopse/index.php?dados=P13&uf=00>. Acesso em 21.06.2017.

<sup>73</sup> Segundo, ainda, Censo Demográfico de 2010 promovido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), se considerados os domicílios particulares permanentes por tipo de material das paredes externas, observamos que em um universo de 45.873.341 domicílios com alvenaria com revestimento, 6.106.000 domicílios com alvenaria sem revestimento, 3.682.527 de madeira emparelhada, 421.991 de talpa revestida e 1.236.696 não durável, houve ampliação em todos os segmentos: 45.687.018 de domicílios com alvenaria com revestimento, 5.963.214 de domicílios com alvenaria sem revestimento 3.525.702 de madeira emparelhada, 383.818 de talpa revestida e 1044.206 não durável. Disponível em: [ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo\\_Demografico\\_2010/Familias\\_e\\_Domicilios/tab1\\_2.pdf](ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Familias_e_Domicilios/tab1_2.pdf). Acesso em 21.06.2017.

<sup>74</sup> Conforme avaliação da Agência Nacional de Energia Elétrica, das 64 concessionárias de serviço público de fornecimento de energia elétrica, a média geral foi de 94,52% de domicílios com iluminação, variando o índice global de atendimento entre 65,75% no caso da CEAM e 99,9% conforme Poço de Caldas. Disponível em: [http://universalizacao.aneel.gov.br/UNI\\_Busca\\_concessionaria\\_universal\\_Total\\_Geral.asp](http://universalizacao.aneel.gov.br/UNI_Busca_concessionaria_universal_Total_Geral.asp). Acesso em 21.06.2017.

Embora haja limitações no avanço promovido,<sup>75</sup> o acréscimo na universalização do fornecimento de energia elétrica auxilia na garantia de um núcleo mínimo necessário à preservação da dignidade da pessoa humana<sup>76</sup> e contribui de forma decisiva para o desenvolvimento social.<sup>77</sup>

Recentemente foi adotado conjunto de medidas que promove a redução de tarifas<sup>78</sup> e condiciona a prorrogação das concessões e a ampliação das usinas elétricas à remuneração tarifária e aos critérios de qualidade fixados pela Agência,<sup>79</sup> garantindo a modicidade e adequação do serviço com vistas ao desenvolvimento.

Estes exemplos apenas denotam o papel relevante que as agências reguladoras assumem no âmbito do fornecimento de serviço público pela iniciativa privada conduzindo os interesses do agente econômico à realização dos valores constitucionais e contribuindo para o desenvolvimento humano e social.

---

<sup>75</sup> Segundo, ainda, Censo Demográfico de 2010 promovido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), verifica-se que embora 99,7% dos domicílios possuam energia elétrica, apenas 27,5% possui domicílio com energia elétrica de companhia distribuidora, mas sem medidor ou relógio (14,8%), domicílios com energia elétrica de companhia distribuidora e medidor de uso comum (8,9%), e domicílios abastecidos com energia por outras fontes (3,5%), o que denota problema na regularização, segurança e qualidade do fornecimento de energia elétrica. Disponível em: [http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/aglomerados\\_subnormais/agsn2010.pdf](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/aglomerados_subnormais/agsn2010.pdf). Acesso em 21.06.2017.

<sup>76</sup> O núcleo essencial dos direitos fundamentais corresponde às condições mínimas indispensáveis para uma existência humana digna e dependem da fruição de certos bens e serviços essenciais. Sobre o mínimo existencial, ver Ricardo Lobo Torres, *O direito ao mínimo existencial*, Rio de Janeiro, Renovar, 2009, pp. 54-62.

<sup>77</sup> Segundo, ainda, o Censo Demográfico de 2010 promovido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o fornecimento de energia elétrica por companhias de distribuição no Norte (89,3%) e no Nordeste (96,9%) alcançou os maiores avanços quando comparados com 1991 (67,0% e 71,7%, respectivamente). Disponível em: [http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia\\_visualiza.php?id\\_noticia=2240&t=censo-2010-unioes-consensuais-ja-representam-mais-13-casamentos-sao-mais-frequentes](http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=2240&t=censo-2010-unioes-consensuais-ja-representam-mais-13-casamentos-sao-mais-frequentes). Acesso em 21.06.2017.

<sup>78</sup> O Governo Federal promoverá a redução da tarifa média de distribuição aos usuários de energia elétrica mediante aporte na Conta de Desenvolvimento Energético (Art. 20, 22 e 23) em função da redução na cobrança dos encargos Conta de Consumo de Combustíveis, CDE e Reserva Global de Reversão (Art. 21 e 24), além da redução da tarifa média de geração e da Receita Anual permitida da transmissão, visto que essas concessões não terão mais ativos a depreciar ou amortizar (Art. 8 §2º, Art. 15 caput, §1º e §3º). A expectativa é que as medidas contribuam para o desenvolvimento econômico desonerando a atividade produtiva e auxiliem no desenvolvimento social permitindo o acesso de usuários não econômicos.

<sup>79</sup> A Medida Provisória nº 579 de 11 de setembro de 2012 dispõe sobre as concessões de geração, transmissão e distribuição de energia, condicionando a prorrogação à remuneração por tarifa calculada pela ANEEL para cada usina elétrica e a submissão aos padrões de qualidade fixados pela mesma (Art. 1º §1º a 3º e Art. 6º §1º a 2º). Permite, ainda, a ampliação das usinas hidrelétricas cujas concessões forem prorrogadas, se observado o princípio da modicidade tarifária, garantindo que os investimentos realizados para a ampliação serão considerados na fixação da tarifa (Art. 4º caput e §2º).

## 6. Conclusão

A atuação das agências reguladoras permite garantir um justo equilíbrio entre o fomento à competição e o lucro para a iniciativa privada, com a necessária universalidade e manutenção dos usuários e continuidade dos serviços públicos prestados a sociedade, contribuindo para o desenvolvimento econômico e social.

A predominância de critérios técnico-científicos e de conhecimentos específicos na sua atuação normativa, gerencial e fiscalizadora produz uma maior *racionalização* no exercício da atividade estatal, reduzindo a possibilidade de arbítrios, permitindo o respeito aos direitos dos particulares e a sua conformação aos fins sociais.

Não se ignora as dificuldades para compatibilizar os interesses legítimos da iniciativa privada na exploração da atividade, exteriorizados no lucro e no crescimento, com as expectativas sociais quanto à prestação do serviço público, denotado no fornecimento dos bens e prestações essenciais à dignidade da pessoa humana e ao desenvolvimento.

Todavia, na tensão entre a persecução do desenvolvimento econômico e a mitigação das desigualdades sociais, a regulação por parte das agências da prestação do serviço público realizada iniciativa privada é capaz de encontrar uma justa medida permitindo a realização do influxo ideológico liberal e social que marca o nosso constitucionalismo.

## Referências

- ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Direitos Fundamentais na Constituição de 1976*, Coimbra, Almedina, 2001.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de, “O marco regulatório dos serviços públicos”, *Interesse Público*, núm. 27, v. 5, 2004.
- \_\_\_\_\_, *Agências Reguladoras e Evolução do Direito Administrativo Econômico*, Rio de Janeiro, Forense, 2006.
- \_\_\_\_\_, *Direito dos Serviços Públicos*, Rio de Janeiro, Forense, 2008.
- AMARAL, Azevedo, *O Estado Autoritário e a realidade nacional*, Rio de Janeiro, José Olympio Editora, 1938.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Direitos Fundamentais na Constituição de 1976*, Coimbra, Almedina, 2001
- BAPTISTA, Patrícia, *Transformações do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 7 ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2003.
- \_\_\_\_\_, Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do Direito. O triunfo tardio no Direito Constitucional no Brasil, em SARMENTO, Daniel e Cláudio Pereira de

- SOUZA NETO (Orgs). *A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.
- BEDJAOUI, Mohammed, The right to development, em BEDJAOUI, Mohammed (org.) *Internacional Law: achievements and prospects*. Paris, Martinus Nijhoff Publisher e Unesco, 1991.
- BINENBOJM, Gustavo, *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.
- BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 32 ed., 2017, <https://www.saraiva.com.br/curso-de-direito-constitucional-32-ed-2017-9430714.html>
- BORGES, Alice Gonzalez, “A implantação da administração na Emenda Constitucional 19/98” em *Revista Trimestral de Direito Público*, núm. 24.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos, Do Estado patrimonial ao gerencial, em PINHEIRO, Wilhelm e Sachs (orgs.), *Brasil: Um século de transformações*, São Paulo, Cia. das Letras, 2001.
- CAIELLA, Pascual “Regulación de los servicios públicos y concurrencia”, em *Revista de Direito Administrativo e Constitucional A&C*, vol. 12, 2003.
- CARBONELL, Miguel, Nuevos tiempos para el constitucionalismo, em Miguel CARBONELL (Org.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 1 ed., Madri, Editorial Trotta, 2003.
- CARVELLI, Urbano, Sandra SCHOOL, “Evolução Histórica dos Direitos Fundamentais: Da Antiguidade até as Primeiras Importantes Declarações Nacionais de Direito”. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 48 núm. 191
- CASTANHEIRA, Maurício (Org.), *Gestão do conhecimento: logística, cadeia de suprimentos e arranjos produtivos*, Volume 1 e 2, Rio de Janeiro, Publit Soluções Editoriais, 2007.
- COELHO, Rosa Júlia Plá, *Mecanismos de Proteção dos Direitos Fundamentais*, 1 ed., Brasília, Ordem dos Advogados do Brasil, 2005.
- DALLARI, Dalmo de Abreu, *Estado de Direito e Direitos Fundamentais*, em Agassiz de ALMEIDA FILHO, Danielle da Rocha CRUZ (coord.), *Estado de direito e direitos fundamentais: homenagem ao jurista Mário Moacyr Porto*, Rio de Janeiro, Forense, 2005.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas*, São Paulo, Atlas, 1999.
- \_\_\_\_\_, Limites da função reguladora das agências diante do Princípio da Realidade, em *Direito Regulatório: temas polêmicos*, DI PIETRO Maria Sylvia Zanella, Belo Horizonte, Fórum, 2003.
- FAORO, Raymundo, *Os donos do poder*, 15 ed., São Paulo, Editora Globo, 2000.
- FERNANDES, Eric Baracho Dore, *O papel do Poder Judiciário na concretização de um modelo social de desenvolvimento*, Mimeografado, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, 1 ed., Madri, Trotta, 1999.
- FREYRE, Gilberto, *Casa-grande e senzala*, 39 ed., Rio de Janeiro, Record, 2000.



- GRAU, Eros Roberto, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, São Paulo, Malheiros, 2003.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, Teoria dos serviços públicos e sua transformação, em SUNDFELD, Carlos Ari (coord.), *Direito administrativo econômico*, Malheiros, São Paulo, 2000.
- \_\_\_\_\_, *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, São Paulo, Malheiros, 2003.
- \_\_\_\_\_, “Redefinição do papel do Estado na prestação de serviços públicos: realização e regulação diante do Princípio da Eficiência e Universalidade”, em *Revista Interesse Público*, Ano 8, Núm. 40, novembro/dezembro de 2006.
- HESSE, Konrad, *A força normativa da Constituição*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de, *Raízes do Brasil*, prefácio de Antônio Cândido, 17 ed., Rio de Janeiro, Olympio, 1984.
- JUSTEN, Mônica Spezia, *A noção de serviço público no Direito europeu*, São Paulo, Dialética, 2003.
- JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 2005.
- \_\_\_\_\_, “O Direito Administrativo de Espetáculo”, *Fórum Administrativo Direito Público*, Belo Horizonte, ano 9, núm. 100, jun., 2009.
- LASSALLE, Ferdinand, *Que é uma Constituição*, São Paulo, Edições e Publicações Brasil, 1993.
- LIMA JÚNIOR, Olavo Brasil, “As reformas administrativas no Brasil: modelos, sucessos e fracassos”, *Revista de Serviço Público*, Ano 49, núm. 2, abr-jun, 2008.
- MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto, A proteção dos usuários de serviços públicos, em SUNDFELD, Carlos Ari (coord.), *Direito Administrativo Econômico*. 1 ed., São Paulo, Malheiros, 2002.
- MAJONE, Giandomenico, Do Estado Positivo ao Estado Regulador: causas e consequências da mudança no modo e governança, em MATTOS, Paulo Todescan L. (coord.), *Regulação econômica e democracia: o debate europeu*, São Paulo, Editora Singular, 2006.
- MARCELINO, Gileno Fernandes, “Administração pública brasileira, evolução, situação atual e perspectivas futuras”, *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 117, núm. 2, set./dez, 1998.
- MARQUES NETO, Floriano Azevedo, A nova regulação estatal e as agências independentes, em SUNDFELD, Carlos Ari (coord.), *Direito Administrativo Econômico*, 1 ed., São Paulo, Malheiros, 2002.
- MEDEAUAR, Odete, “O Direito Administrativo em evolução”, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1992.
- MIRANDA, Jorge, *Direitos Fundamentais*, Almedina, 2017. [http://www.almedina.net/catalog/product\\_info.php?products\\_id=36306](http://www.almedina.net/catalog/product_info.php?products_id=36306)
- MOREIRA, Egon Bockmann, O Direito Administrativo da economia e a atividade interventiva do Estado brasileiro, em OSÓRIO, Fábio Medina e Marcos Juruena

- VILLELA SOUTO, (coord.), *Direito Administrativo: Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, “Globalização, regionalização, reforma do Estado e da Constituição”, em *Revista de Direito Administrativo*, núm. 215, jan/mar, 1998.
- \_\_\_\_\_, *Apontamentos sobre a reforma administrativa*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999.
- \_\_\_\_\_, *Mutações do Direito Administrativo*, 2 ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2001.
- \_\_\_\_\_, *Direito Regulatório*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003.
- \_\_\_\_\_, *Quatro paradigmas do Direito Administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*, Belo Horizonte, Fórum, 2008.
- MORENILLA, José Maria Souvirón, *La actividad de la Administración y el servicio público*, Granada, Comares, 1998.
- MOURA, Emerson Affonso da Costa, “Agências, expertise e profissionalismo. O paradigma da técnica na Administração Pública”, *Revista de Direito Administrativo*, núm. 254, maio/agosto, 2010.
- NUNES, Edson, *A gramática política do Brasil – clientelismo e insulamento burocrático*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 1997.
- OLIVEIRA, Jose Carlos Ferreira de, “O Estado regulador nas concessões de serviços públicos”, *Revista de Informação Legislativa*, núm 129, v. 33, 1996.
- RIBEIRO, Sheila Maria Reis, Reforma do aparelho de Estado no Brasil: uma comparação entre as propostas dos anos 60 e 90, em *VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Lisboa, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 9 ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012. <http://periodicos.uesb.br/index.php/cadernosdeciencias/article/viewFile/4889/4683>
- SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004.
- \_\_\_\_\_, “O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”, in *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro, 2009, Lumen Juris, 2009. p. 113-146. <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/15-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades-daniel-sarmento.pdf>
- SCHIRATO, Vítor Rhein, “A regulação dos serviços públicos como instrumento para o desenvolvimento” em *Interesse público*, Belo Horizonte, v. 7, núm. 30, mar 2005.
- SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 7 ed., São Paulo, Malheiros, 2008.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela, *Direito Administrativo Regulatório*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela, “Agências Reguladoras”. *Revista de Direito Administrativo* núm. 216.

- SUNDFELD, Carlos Ari, Serviços públicos e regulação estatal, em *Direito Administrativo econômico*, SUNDFELD, Carlos Ari (coord.), São Paulo, Malheiros, 2000.
- TÁCITO, Caio, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988”, *Revista de Direito Administrativo*, núm. 178, out-dez 1989.
- \_\_\_\_\_, “Direito Administrativo Participativo”, *Carta Mensal*, CNC V. 43, ago 1997.
- \_\_\_\_\_, “A reforma do Estado e a modernidade administrativa”, em *Revista de Direito Administrativo*, 215, jan/mar, 1999.
- TAVARES, André Ramos, *Direito Constitucional Econômico*, São Paulo, Método, 2003, p. 68.
- TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli, *Ativismo judicial e políticas públicas: direitos fundamentais*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2011
- TORRES, Marcelo Nóbrega da Câmara, *Direitos sociais*, Brasília, Senado Federal, 1987.
- TORRES, Ricardo Lobo, *O direito ao mínimo existencial*, Rio de Janeiro, Renovar, 2009.
- BARCELLOS, Ana Paula de, O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy, em TORRES, Ricardo Lobo (org.), *Legitimação dos Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002.
- VALLE, Vivian Lima López, “Serviço público, desenvolvimento econômico e a nova contratualização da administração pública: o desafio na satisfação dos direitos fundamentais”, *Fórum Administrativo*, núm. 132, v. 12, 2012.
- VASAK, Karel, “For the third generation of human rights: the rights of solidarity”. *Inaugural Lecture, Tenth Study Session, International Institute of Human Rights*, jul 1979.
- WAHRLICH, Beatriz, *A reforma administrativa da era de Vargas*, Rio de Janeiro, Editora FGV, 1983.