



CEDIPRE ONLINE | 17

Regulação da Prestação Direta de Serviços Públicos: Divergências Decorrentes do Marco Regulatório para o Saneamento Básico

André Saddy

CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO PÚBLICO E REGULAÇÃO
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA
ABRIL | 2014

**Regulação da Prestação Direta de Serviços Públicos:
Divergências Decorrentes do Marco Regulatório
para o Saneamento Básico**

André Saddy



TÍTULO	Regulação da Prestação Direta de Serviços Públicos: Divergências Decorrentes do Marco Regulatório para o Saneamento Básico
AUTOR(ES)	SADDY, André
IMAGEM DA CAPA	Coimbra Editora
COMPOSIÇÃO GRÁFICA	Ana Paula Silva
EDIÇÃO	CEDIPRE Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra 3004-545 COIMBRA PORTUGAL Tel. Fax: +351 239 836 309 E-mail: cedipre@fd.uc.pt
PARA CITAR ESTE ESTUDO	SADDY, André; Regulação da Prestação Direta de Serviços Públicos: Divergências Decorrentes do Marco Regulatório para o Saneamento Básico, <i>Publicações CEDIPRE Online</i> - 17, http://www.cedipre.fd.uc.pt , Coimbra, abril de 2014
	Coimbra abril 2014

Índice

Introdução	3
1. Breve histórico da concepção de regulação	4
2. Formas de regulação da gestão pública e privada	4
2.1 Ente estatal incumbido da prestação da atividade	6
2.2 Administração direta	7
2.3 Autoridades reguladoras independentes: agências reguladoras	8
3. Possibilidade de regulação da prestação direta de serviço público	12
3.1 Conceito de regulação	12
3.2 Origem da discussão sobre a regulação da prestação direta de serviços públicos por meio das agências reguladoras	15
3.3 Dificuldade na escolha pública de criação de uma agência reguladora.....	18
4. Fundamentos da regulação independente	20
5. Desafios da regulação independentes	23
5.1 Assimetria de informação ou ausência de informação	24
5.2 Risco de Captura	24
5.3 Sobrerregulação	25
Conclusões	25
Referências	26

REGULAÇÃO DA PRESTAÇÃO DIRETA DE SERVIÇOS PÚBLICOS: DIVERGÊNCIAS DECORRENTES DO MARCO REGULATÓRIO PARA O SANEAMENTO BÁSICO

André Saddy

Introdução

A mudança no entendimento das funções de Estado promoveu, nas últimas décadas, um recuo em relação à sua participação como explorador de atividade econômica. O Estado Social, cuja intervenção era titularizada por ações diretas, dá espaço ao Estado Pós-Social, o qual reserva para si uma participação indireta e pontual, mediante a estipulação de diretrizes gerais que contribuem para a condução do mercado pelos caminhos que promovem a consecução do interesse público.

Esse movimento de contração da participação direta na economia e expansão da atividade regulatória revelou interseções entre os modelos estatais, suscitando a necessidade e pertinência de se regular setores nos quais a prestação dos serviços públicos ainda se dava, mormente, por entidades da própria Administração. Tal fenômeno foi configurado principalmente após a publicação da Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007 e de seu regulamento, o Decreto nº 7.217, de 21 de junho de 2010, que estabeleceram o novo marco regulatório para o saneamento básico e impuseram a autoridade reguladora como sendo, necessariamente, diversa do ente explorador dos serviços públicos de saneamento básico.

O trabalho que aqui será desenvolvido abordará a pertinência e possibilidade da regulação da prestação direta de serviço público, tomando por paradigma o Novo Marco Regulatório de Saneamento Básico, a fim de elucidar os principais contrastes existentes entre a posição consolidada pela doutrina nacional e os elementos a serem considerados para a eventual superação de tal posicionamento.

1. Breve histórico da concepção de regulação

O início do Estado Moderno foi marcado por um cenário político-econômico liberal. Predominava, então, a noção de que o Estado deveria manter-se afastado das atividades econômicas, concretizando a ideia de um Estado mínimo em que a harmonia social seria alcançada por meio da autorregulação. Também chamado de Estado do *Laissez-Faire* ou Estado do Guarda Noturno é o Estado que não intervinha na ordem econômica nem na ordem social. É um Estado abstencionista que deixava a economia para ser regulada pelos próprios agentes econômicos. Adepto dessa concepção estatal marcada pelo livre jogo da oferta e da procura, Adam Smith¹ acreditava que o equilíbrio da atividade estatal seria alcançado por uma espécie de “mão-invisível do mercado”². Sendo assim, para proporcionar melhor desempenho à atividade econômica, o Estado, que teria suas funções limitadas, não deveria intervir na esfera particular.

Com o fim do abstencionismo estatal, após a I Guerra Mundial, como destacado por J. M. Keynes³, o Estado passou a intervir na economia, para garantir o seu funcionamento adequado, suprimindo as falhas do mercado (*market failures*), bem como para satisfazer objetivos sociais.

A crise de 1929, originada nos Estados Unidos, confirmou a tendência de intervenção estatal na economia, uma vez que a política do abstencionismo se mostrou deficiente na garantia da prosperidade da ordem econômica. Assumiu-se, portanto, a ideia de imprescindibilidade da intervenção direta do Estado para garantir a dignidade social e uma atividade econômica equilibrada, bem como a necessidade de uma regulação realizada por um agente externo. Ao invés da mão invisível do mercado, haverá agora a mão visível do Estado⁴.

Desde então, toda atividade econômica passou a estar sujeita, em maior ou menor grau, à regulação, variando apenas a intensidade e profundidade da incidência regulatória, afinal passou ela a ser necessária para que a ordem econômica-social se dirija às suas finalidades constitucionais. São essas formas de regulação que se passará a analisar a partir daqui.

2. Formas de regulação da gestão pública e privada

Assim que o Estado passou a intervir na economia, a regulação, agora mais evidente que outrora⁵, dava-se na prestação direta dos serviços públicos, e em menor me-

¹ SMITH, Adam. *Wealth of Nations*. London: W. Strahan and T. Cadell, 1776.

² Tal metáfora criada por Adam Smith (invisible hand) dizia que esta tenderia à eliminar naturalmente as imperfeições do mercado. Digo, o mercado, por sua “mão invisível” regula, por si próprio, a concorrência; tal como a concorrência perfeita, só existiu na teoria, pois a dita “mão invisível” do mercado não equacionou os conflitos distributivos surgidos no ceio da sociedade civil. Nada mais era que o Estado liberal.

³ KEYNES, J.M. *The End of laissez-faire*. Londres: Hogarth Press, 1926.

⁴ MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital Moreira. *A mão visível: mercado e regulação*. Coimbra: Almedina, 2003. É de notar que a expressão “mão visível” já havia sido utilizada por Alfred Chandler na obra “The Visible Hand, The Managerial Revolution”. In: *American Business*, 1977.

⁵ Apesar de se falar em autorregulação como característica do Estado liberal, a verdade é que a

dida na atuação do privado que exercia a atividade em nome do Estado.

É bem verdade, que inicialmente, o controle da prestação (direta ou indireta) dava-se de forma endógena, hierárquica e, para alguns, até mesmo de forma precária. Na verdade, a função regulatória do Estado, confundia-se em certa medida com o exercício do poder de polícia estatal. Pelo poder de polícia o Estado regulava qualquer atividade no que diz respeito à segurança, higiene, condições de trabalho, bem-estar do público, regulação das atividades econômicas sempre existiu. Desde os mais remotos tempos o controle da atividade econômica é praticada. Após o surgimento do Estado intervencionista, tal ganhou apenas uma feição mais ampla e profunda. Segundo Luiz de Anhaia Melo (MELO, Luiz de Anhaia. *O problema econômico dos serviços de utilidade pública*. São Paulo: Prefeitura do Município de São Paulo, 1940, p. 53 a 55 In: PINTO, Bilac. *Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1941, p. 8): “o caráter, ou melhor, a intensidade dessa regulamentação tem variado para mais ou para menos, de acordo com a oscilação das tendências do pensamento social, entre os pólos opostos de coletivismo que caracterizou as primeira estruturas sociais, e o individualismo do século dezoito.

A vida econômica da cidade-estado grega, do Império Romano, da Europa medieval e dos primórdios do Renascimento, foi essencialmente e diretamente controlada pelo Estado.

Paternalismo, feudalismo, mercantilismo, são sinônimos de limitação das iniciativas privadas.

No declínio do Império Romano, em 285, DEOCECIANO fixou por meio de editos, os preços de 800 artigos diferentes, de acordo com o custo de produção.

CHEYNEY, na História Social da Inglaterra conta as lutas tremendas dos membros graduados das sociedades medievais de gildos contra intermediários, retalhistas e corretores que exploravam os preços dos gêneros de consumo, praticando o corner dos mercados. Essas práticas eram, naqueles tempos de tão falado obscurantismo, punidas sumariamente com cadeia e açoites.

Essas tentativas de regulamentação da vida econômica eram em grande parte, apoiadas numa idéia econômica defendida pelos primeiros Padres da Igreja. É a doutrina do preço justo.

De acordo com SANTO AGOSTINHO, só é legítimo aquele comércio, no qual o negociante acrescenta ao justo preço do produtor, apenas uma porcentagem de lucro suficiente para o próprio sustento.

SÃO TOMAZ DE AQUINO, luzeiro máximo da filosofia de todos os tempos, estabelece sempre o justo preço como base de negócios, e não o preço de competição ou monopólio.

Era pois um problema de ética.

A economia local, característica da idéia medieval, sucedeu com o mercantilismo a economia do Estado. As necessidades econômicas foram então consideradas sobre o ponto de vista nacional.

COLBERT advogava não as restrições comerciais de cidades e gildos, mas as restrições tarifárias dos Estados.

Um dos elementos da política mercantilista, de maior importância para a história da regulamentação dos serviços de utilidade pública é a prática de conceder cartas ou privilégios reais para companhias de plantações ou de comércio, que exerciam as suas funções sob um sistema de regulamentação nacional.

Essas empresas privadas, organizadas sob a forma moderna de corporação e não na forma de gilde medieval, desempenhavam uma função extragovernamental e estavam investidas de responsabilidades do Estado.

Esses monopólios eram processos de se obter resultados sociais. Nessas empresas está em germe a nossa noção moderna de empresa de serviços de utilidade pública.

A revolução de idéia do fim do século dezoito e o anseio de liberdade trouxeram grande modificação no quadro dos interesses econômicos.

*O novo evangelho é o livro de ADAM SMITH – *The Wealth of Nation* – de 1776, que representa a revivescência do pensamento estoico da existência de leis naturais.*

A interferência artificial dos governos era um mal e para corrigi-lo era mister voltar ao estado de natureza. Da economia do estado, se passou à economia cosmopolita: do mercado controlado ao mercado livre; do justo preço ao preço natural. Governado pela lei natural da oferta e da procura.

Estas ideias não podiam deixar de ter repercussão no campo dos serviços de utilidade pública, mas apenas serviram de test dos méritos do sistema restritivo. Os males da competição, no campo dos serviços à utilidade pública exigiram de novo monopólio e controle rigoroso do Estado sobre todos eles”.

interesse social, entre outros.

Neste sentido, são oportunas as ponderações de Floriano Azevedo Marques Neto⁶:

É fato que no período de forte intervencionismo direto do Estado na economia, com o seu envolvimento na produção de bens e serviços necessários à fruição pelos indivíduos, a regulação era feita, de forma precária e casuística, pelo próprio ente estatal incumbido da produção destas utilidades públicas. Segue daí que a regulação se desenrolava sempre a partir do ângulo de visão do gestor do serviço (empresa estatal ou órgão público incumbido da produção de utilidades públicas). Assim é que em grande parte dos serviços públicos federais o precário arcabouço regulatório era produzido no âmbito das empresas holdings (TELEBRÁS, ELETROBRÁS) ou de órgãos autárquicos (DNAEE, DNER etc.), ou mesmo pela própria empresa prestadora dos serviços (como ocorreu até 1977 com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos).

Alexandre Santos de Aragão⁷ também dita que:

Durante o período de estatização no Brasil, o Estado era, dentro da idéia de “regulamentação direta pelo poder público”, ao mesmo tempo prestador e regulador do serviço, o que, na prática, levou à hipotrofia da sua função reguladora. Noutras palavras, como os serviços eram prestados por empresas do próprio Estado, não havia maiores preocupações em regulá-las.

A regulação como controle da própria organização e condução da empresa, como por exemplo, o direito de fixação dos *standards* de serviço, de estabelecer as tarifas a serem cobradas, de definição dos lucros que podem ser realizadas, de determinar a estrutura financeira da empresa e seus métodos de contabilidade, tudo isso era à época feita pelo próprio ente estatal incumbido da prestação da atividade econômica ou pela administração direta hierarquicamente vinculada à atividade⁸.

2.1 Ente estatal incumbido da prestação da atividade

A regulação que se conhece no Brasil, até pouco tempo, era realizada pelo próprio ente estatal (empresas estatais ou autarquias) que tinham a incumbência de prestar

⁶ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes*. Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 76 e 77.

⁷ In: PINTO, Bilac. *Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1941, p. 35.

⁸ Mesmo hoje, com a regulação mais sistemática e presente na realidade das empresas privadas, ainda existe entidades que realizam o exercício do poder de polícia disciplinando indiretamente diferentes setores como a Secretaria da Receita Federal, a Polícia Federal, o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem, o Procon, entre outros. O fato é que cada uma delas cumpre missões de fiscalização comuns a todas atividades econômica: tributos, segurança, tráfego rodoviário, relacionamento ao consumidor/ usuário, etc.

a determinada atividade econômica. Algumas vezes realizadas pelas empresas holdings, quando essa existia, mas em outros casos pela própria empresa prestadora da atividade. Pode-se dizer, inclusive, que o poder concedente e o concessionário se confundiam ou invertiam seus papéis, porque todas as organizações envolvidas, ao final das contas, eram públicas.

O problema de dita forma de regular é que tal se pautava em interesses próprios, muitas vezes em detrimento dos interesses públicos existentes. Floriano Azevedo Marques Neto⁹ afirma que:

A regulação até então produzida pautava-se muito mais pelos interesses das operadoras dos serviços que os prestavam em regime de monopólio do que visando a atingir interesses gerais da coletividade ou mesmo dos usuários dos serviços. Daí por que poder-se-ia afirmar que a regulação praticada num contexto de forte intervencionismo estatal direto pautava-se muitos mais por interesses públicos secundários do que primários...

É comum observar a fraqueza do marco regulatório dos setores que por anos vivenciaram esse tipo de regulação. A tendência dos participantes de tais mercados foi a abstenção de regular-se devidamente, eventualmente sacrificando interesses próprios no benefício da coletividade. Não se observava nenhum movimento para, por exemplo, reter expertise dentro do governo ou, quando déficits na prestação do serviço ocorriam, obrigar estes a serem custeados pela própria empresa, ao invés de pagos integralmente pelo Estado, ou, repassados para usuários. A consequência foi, como ressaltado pelos autores, o esvaziamento da concepção de regulação existente à época.

2.2 Administração direta

Muitas vezes complementar à regulação do próprio ente estatal incumbido da prestação da atividade, a regulação por meio da própria Administração direta detinha uma forte carga política em suas decisões.

A alternativa seria a adoção de modelo que evitasse a contaminação política das decisões de regulação dos mercados, o que só se alcançaria por meio da intervenção de outro ente público, autônomo, independente, com distância suficiente para responsabilizar-se pela defesa do interesse público na estipulação dos ditames do mercado.

É certo que tal modelo possui vantagens em relação aqueles em que o próprio ente se regula, afinal é uma pessoa externa em comparação com o prestador que impõe, restringe e permite determinadas condutas. Mas, é bem verdade que esse tipo de regulação não surtia efeito satisfatório à população. O problema dessa forma de regulação é que a Administração direta não possui a especialização técnica devida e, pior, são titularizadas por agentes políticos, o que em muitos casos ocasiona uma grande insta-

⁹ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes*. Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 76 e 77.

bilidade e pouca racionalidade ao mercado regulado. Tal levou a uma incapacidade de prever cenários e de desenhar políticas e diretrizes. Em suma, o mercado regulado pela Administração direta, em geral, fica sem instrumentos de coordenação e de controle o que acaba por possibilitar abuso dos prestadores.

2.3 Autoridades reguladoras independentes: agências reguladoras

Emergido das mudanças na concepção do conteúdo das diferentes atividades administrativas em função do princípio da eficiência, economicidade, especialidade, subsidiariedade, entre outros e por conta da crise do Estado bem-estar, a atual intervenção do Estado como regulador do mercado almeja uma especialização deste em diversos setores e segmentos, abandonando a pura e exclusiva direção política dos processos econômicos para aliá-la à direção técnica, interpretando determinados conceitos para implementação de políticas públicas por meio de atos executivos, normativos e judicantes.

Melhor expondo, o atual Estado regulador, distinto, portanto, do anteriormente existente, deixa de executar e passa a planejar, organizar, supervisionar e fiscalizar atividades relacionadas à prestação dos serviços públicos, bem como ao que concerne às atividades econômicas e atividades sociais. Nesse modelo, a execução de diversas atividades passou à iniciativa privada por meio da desestatização¹⁰.

Este processo de desestatização implicou em um novo arranjo institucional na modelação regulatória existente no Brasil. A maior participação de empresas privadas prestadoras de serviços públicos, bem como a redução da participação estatal na economia exigiu um fortalecimento das instituições incumbidas de regular os setores desestatizados¹¹.

Esse novo arranjo político-econômico fez com que a Administração pública passasse a ter mais uma função administrativa, qual seja: a regulatória, a qual permeia cada uma das funções e das atividades administrativas¹²; distinguindo-se delas,

¹⁰ Marcos Juruena Villela Souto (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 30) conceitua desestatização como: “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”.

¹¹ Apesar dessas mudanças, o Estado não se reconduz à mera regulação da economia e do mercado, cabendo, ainda, a ele, explorar diretamente várias atividades (educação, saúde, cultura, segurança, entre outros).

¹² Neste sentido, vide: GIANI, Loredana. *Attività amministrativa e regolazione di sistema*. Torino: Giappichelli, 2002, p. 152 et seq. Do mesmo modo, Pedro Gonçalves (GONÇALVES, Pedro. *Direito administrativo da regulação*. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano: no Centenário do seu nascimento*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, v. II, p. 535-573) refere que a regulação consiste numa atividade operativa, de execução de uma função ou atividade administrativa. Logo, entende haver uma função administrativa de regulação. E, “*embora reconhecendo as muitas especificidades inovatórias, entende-se que não há razão para não reconduzir a função de regulação à noção material de administração pública e, do mesmo modo, ao conceito tradicional de função administrativa*”. Diferentemente, sobre a função reguladora como uma “nova função”, SILVIA A., Frego Luppi *L'amministrazione regolatrice*. Torino: Giappichelli, 1999, p. 135 et seq.

porém, por se orientar através de critérios técnicos e políticos, e não somente por meio de critérios exclusivamente políticos, como as demais¹³. A função administrativa regulatória, enfatiza-se, implica uma tradução técnica dos conceitos imprescindíveis para a implementação de uma política pública previamente ditada¹⁴.

Para levar a cabo esse novo modelo de intervenção regulatória, mostrou-se necessário a constituição de um tipo específico de autoridade pública com ampla competência, autoridade, amplitude de poderes, alta especificação técnica, permeabilidade à sociedade, e principalmente, independência¹⁵.

Assim, o Estado brasileiro, de forma inversa ao modelo americano¹⁶, criou pessoas jurídicas novas, com personalidade jurídica de direito público para regular determinados segmentos da economia, bem como para regular a generalidade dos agentes econômicos. Nesse cenário, surgiram autoridades reguladoras independentes¹⁷.

No cenário jurídico brasileiro, foi com o “Plano Diretor da Reforma do Aparelho Estado”¹⁸, visando, entre outros objetivos, a aumentar a capacidade do Estado em in-

¹³ Pedro Gonçalves (GONÇALVES, Pedro. Direito administrativo da regulação. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano: no Centenário do seu Nascimento*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, vol. II, p. 535-573) afirma que a regulação representa, “a pedra de toque” do novo modelo de intervenção pública na economia e nos mercados, surgindo como o instrumento por excelência de efetivação da responsabilidade de garantia. Para o autor, é por via da regulação que hoje se realiza o dever estatal de garantir ou assegurar a realização do interesse público e de proteção ou até de realização dos direitos dos cidadãos. E finaliza: “A ‘responsabilidade pública de regular’ prova, por conseguinte, que o Estado continua a ser portador de uma relevante e indeclinável missão, a desenvolver na economia e, em geral, nas actividades privadas. Assegura-se, também neste domínio, a perpetuação e a manutenção das tarefas públicas”.

Não é que não existisse uma regulação das atividades privadas antes desse novo arranjo, pelo contrário, essa existia desde o momento em que a iniciativa privada passou a atuar em nome do Estado. Inclusive, o surgimento do modelo regulatório surgiu como uma manifestação legítima do Estado em relação ao poder econômico de empresas privadas. O advento do poder econômico-financeiro da iniciativa privada impôs ao Estado o dilema de dominá-lo ou ser, por ele, dominado. Para Bilac Pinto (PINTO, Bilac. *Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1941, p. 19), até mesmo a regulação feita à época (fixação de preços, fiscalização ou combate aos *trusts*, etc.) eram manifestação de que o Estado não se conformava em ser subjugado pelo poder econômico e que, ao contrário, se dispunha a submetê-lo ao seu *imperium*.

¹⁵ A associação entre regulação e entidades independentes pode ser excessiva (LUCIA, Luca de. *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*. Torino: Giappichelli, 2002, p. 91), quer porque a regulação pode caber a entidades administrativas não independentes, quer porque há entidades administrativas independentes sem funções de regulação.

¹⁶ Sobre o modelo americano, vide: CAMPOS, Francisco. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1949, p. 138-139.

¹⁷ Chama-se assim por entender ser a forma genérica para os diversos nomes que se dá a esse ente. Nos Estados Unidos da América, são chamadas de “*independent regulatory commissions*”, no Reino Unido de “*regulatory agencies*”, na França “*autorités administratives indépendantes*”, na Itália de “*autorità indipendenti*” e na Espanha de “*comisiones reguladoras*”. Para uma visão genérica de cada um desses modelos, vide Eduardo Vírgala Foruria (FORURIA, Eduardo Vírgala. *La Constitución y las comisiones reguladoras de los servicios de red*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2004).

¹⁸ O Plano Diretor distingue as atividades em *formulação de políticas*, entregue a um “*Núcleo Estratégico*”; a *implementação de políticas exclusivas*, através da fiscalização, regulação, arrecadação, polícia, entregue às agências autônomas, que são as agências executivas e as agências reguladoras; a *implementação de políticas sem exclusividade do Estado*, tais como, por exemplo, educação, saúde, cultura, pesquisa, meio ambiente, para cujo desenvolvimento se estimula a criação das Organizações Sociais; e as atividades que podem ser desenvolvidas pelo mercado, para as quais se pretende a privatização, restrin-

tervir efetivamente na sociedade e no mercado, que se inseriu a figura das autoridades reguladoras independentes, denominadas no Brasil de agências reguladoras¹⁹.

Vale ressaltar, que a proposta de um regulador independente não é nova. Bilac Pinto²⁰, em 1941 já apresentava a necessidade de que os serviços de utilidade pública deveriam ser submetidos ao regime de “regulamentação” efetiva por “comissões” com funções administrativas, jurisdicionais (não deveria haver recurso, quer para os tribunais ordinários, quer para as autoridades administrativas) e normativas; as quais deveriam ter amplos poderes de fiscalização e controle das concessionárias de serviços de utilidade pública, no que se refira à contabilidade e administração e nos assuntos técnicos, econômicos ou financeiros e, até mesmo, sobre as pessoas jurídicas de qualquer maneira interessadas (holdings) ou dependentes da empresa concessionária, sujeitando a violação de dever de lealdade, nas informações prestadas, à responsabilidade penal das pessoas jurídicas (especialmente definida, de modo a imputar a todos os diretores das empresas). As chamadas comissões deveriam estar munidas de poderes para determinar que toda a publicidade, defendendo o ponto de vista das empresas concessionárias – por meio do livro, do jornal, do rádio, do cinema, dos panfletos, das conferências etc. – fosse feita às claras, com a indicação da sua fonte ou das ligações do Autor com as empresas. Deveria o Poder Público, ao empreender a regulamentação efetiva por comissões, tomar todas as providências para a estatização das empresas que pretendessem, por meios diretos ou indiretos, impedir a “regulamentação”²¹.

gindo a participação do Estado.

¹⁹ Com o surgimento dessas entidades, deixa-se de se ter no Brasil uma regulação puramente contratual, que vale dizer, se revelou ao longo do tempo burocrática, formal e inócua, já que os contratos com anos de vigência logo se demonstravam obsoletos, para passar a se observar uma regulação dual, em que ao mesmo tempo que se utilizava as normas estipuladas nos contratos, um ente independente regulava o mercado.

²⁰ PINTO, Bilac. *Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1941, p. 207-209.

Luiz de Anhaia Melo (MELO, Luiz de Anhaia. *O problema econômico dos serviços de utilidade pública*. São Paulo: Prefeitura do Município de São Paulo, 1940, p. 74) foi outro que defendeu a introdução de ditas comissões. Sustentava o autor que a regulação era indispensável à medida em que os serviços públicos eram transferidos à iniciativa privada. Três eram os estágios sucessivos por que passou a regulação dos serviços públicos, segundo Anhaia Mello, começando pelo Judiciário, depois passando à competência do legislativo municipal através de concessões ou contratos, e finalmente “se aperfeiçoou na forma atual de regulamentação pelos legislativos estaduais e federal, através das ‘Comissões de Serviços de Utilidade Pública’”.

²¹ Para Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 133-134): “Em rigor, autarquias com funções reguladoras não se constituem em novidade alguma. O termo com que ora foram batizadas é que é novo no Brasil. Apareceu ao ensejo de tal ‘Reforma Administrativa’, provavelmente para dar sabor de novidade ao que é muito antigo, atribuindo-lhe, ademais, o suposto prestígio de ostentar uma terminologia norte-americana (‘agência’). A autarquia Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica – DNAEE, por exemplo, cumpria exatamente a finalidade ora irrogada à ANEEL, tanto que o art. 31 da lei transfere à nova pessoa todo o acervo técnico, patrimonial, obrigações, direitos e receitas do DNAEE.”

Entendimento diverso tem Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 130), para quem: “As agências reguladoras constituem novidade no direito brasileiro, introduzida para assumir o papel que, na concessão, era antes desempenhado pela própria Administração Pública direta, na qualidade de poder concedente; o mesmo papel é assumido na permissão e na autorização”.

Nesse sentido, é de se registrar que a ideia básica originária dessas autoridades era de criar um órgão administrativo técnico, altamente especializado, e, sobretudo, imune de obrigações e oscilações típicas de um processo político, que, como se sabe, influenciam, demasiadamente, as decisões de órgãos situados em cada escala hierárquica da Administração. Por esse motivo, foi concebido um tipo de entidade que, mesmo mantendo o vínculo com a Administração central, possuísse algum grau de independência.

São, portanto, órgãos públicos com autoridade, exercendo funções típicas de Estado (autoridade), voltados para o exercício da função de regulação (reguladores), caracterizados pela independência (independentes).

Mesmo tendo sido essa a escolha estatal, fato é que tal modelo não teve uma implementação simples, afinal houve uma transição de uma atividade tradicionalmente desempenhada pela Administração direta para a indireta.

Segundo Alexandre de Moraes²²:

O Poder Legislativo deverá, nos moldes norte-americanos, estabelecer os parâmetros básicos, na forma de conceitos genéricos – *standards* –, cabendo às agências reguladoras a atribuição de regulamentação específica, pois passarão a exercer, de maneira exclusiva, uma atividade gerencial e fiscalizatória que, tradicionalmente, no Brasil, sempre correspondeu à Administração Direta, enquanto cedente dos serviços públicos por meio de permissões ou concessões.

Curiosamente, no ordenamento jurídico estrangeiro, em particular o modelo Francês de regulação, preservou-se as autoridades administrativas independentes como entidades da Administração direta. Deste modo, a dificuldade de se implantar o modelo de agências reguladoras no Brasil pode ser explicada, em parte, pelo fato de o direito administrativo brasileiro ter forte influência francesa e, conseqüentemente, ter incorporado ideias de centralização administrativa e de forte hierarquia. Portanto, não é de fácil assimilação a ideia de descentralização administrativa das atribuições agora sob a competência desses novos entes autárquicos. Com efeito, as particularidades decorrentes de cada ordenamento jurídico devem ser consideradas, ao se adaptar o modelo de agência reguladora para o ordenamento jurídico-administrativo brasileiro²³.

Essas dificuldades existem até hoje evidenciam a formulação de um sistema ainda aberto a novas configurações. José Augusto Maciel Vidigal²⁴, por exemplo, destaca que:

Segundo Alexandre dos Santos Aragão (ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 265): “(...) antes das agências reguladoras independentes que começaram a ser criadas no bojo do Programa Nacional de Desestatização, já havia sido criada uma série de órgãos e entidades reguladoras, tais como o Conselho Nacional – CMN, Banco Central do Brasil, o Instituto do Alcool e do Açúcar – IAA, o Instituto Brasileiro do Café – IBC e a Comissão de Valores Mobiliários – CVM”.

²² MORAES, Alexandre de. *Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 21.

²³ MORAES, Alexandre de. *Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.

²⁴ VIDIGAL, José Augusto Maciel. As agências reguladoras e seus poderes especiais no ambiente institucional contemporâneo brasileiro. In: Tribunal de Contas da União. *Regulação de serviços públicos e controle externo*. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008, p. 40.

O modelo brasileiro ainda está em fase de formação, logo se encontra em processo de mutação, pois, há no momento projeto de lei tramitando no Congresso Nacional propondo alterações. Portanto, o modelo de agências reguladoras ainda não está consolidado no arcabouço legal brasileiro. Além disso, perseveram entre os doutrinadores pátrios grandes divergências acerca da forma recomendável de atuação das agências reguladoras.

Além dessas dificuldades, vem-se observando nos últimos anos a criação de inúmeras agências reguladoras no âmbito municipal, movimento decorrente do surgimento da Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007 e pelo Decreto que a regulamenta nº 7.217, de 21 de junho de 2010 que estabeleceram as diretrizes nacionais para o saneamento básico.

Esse novo Marco Regulatório do Saneamento Básico vem sendo o mecanismo propulsor da iniciativa de criação de um novo arcabouço institucional, principalmente pelo fato de determinar a obrigatoriedade de existência de uma entidade que preste e outro que regule e fiscalize dito serviço público (art. 9º, inciso II, da Lei nº 11.445, de 2007).

3. Possibilidade de regulação da prestação direta de serviço público

Vislumbrada as diferentes formas de regular as atividades econômicas fica a indagação de qual dessas alternativas melhor se adequa a regulação da prestação direta de serviços públicos. Ou melhor, se seria possível que ditos serviços fossem regulados por meio de autoridade reguladora independente (agência reguladora). Tal questionamento surge em decorrência do conceito atualmente existente de regulação.

3.1 Conceito de regulação

O desafio hoje existente com relação à regulação no Brasil procura saber quais atividades estão ou não sujeitas a essa nova função regulatória exercida pelas agências reguladoras. É saber se ditas entidades, da forma que elas vêm sendo constituídas, poderiam também regular a prestação direta dos serviços públicos.

Assim o é porque o conceito de regulação mais frequentemente utilizado pela doutrina brasileira afirma ser esta uma forma de intervenção do Estado no comportamento econômico das empresas privadas.

Vital Moreira²⁵, apoiado nas lições de Hans D. Jarass, enumera três grandes linhas de concepções sobre o conceito de regulação:

(a) em sentido amplo, é toda forma de intervenção do Estado na economia,

²⁵ MOREIRA, Vital. *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 34.

independentemente dos seus instrumentos e fins; (b) num sentido menos abrangente, é a intervenção estadual na economia por outras formas que não a participação direta na atividade económica, equivalendo portanto ao condicionamento, coordenação e disciplina da atividade económica privada; (c) num sentido restrito, é somente o condicionamento normativo da atividade económica privada (por via de lei ou outro instrumento normativo).

Filiando-se ao segundo sentido, Floriano Azevedo Marques Neto²⁶ e a maioria da doutrina brasileira afirma que a regulação compreender toda a atividade estatal sobre o domínio econômico que não envolva a assunção direta da exploração de atividade econômica (em sentido amplo), é dizer, fica de fora a participação direta do Estado no serviço público e na atividade econômica em sentido estrito²⁷.

Encontra-se, assim, generalizada na literatura jurídica brasileira um conceito de regulação, como instituto que compreenderia qualquer forma de atuação do Estado que interfira nas escolhas dos privados, sendo tal função tradicionalmente prosseguida por meio de intervenção do Estado.

Ora, apesar de ser esse o entendimento majoritário não é ele o único existente. Além disso, a onda de mudanças hoje existentes no direito administrativo leva a crer que não se pode afirmar que tal concepção é correta e absoluta. As mudanças derivadas, por exemplo, do novo Marco Regulatório do Saneamento Básico trazem a necessidade de se repensar tal concepção, afinal regulação é um conceito amplo, com grande fluidez conceitual, ou como o próprio Vital Moreira²⁸ afirma é um megaconceito, um supraconceito. Neste sentido, Carlos Ari Sundfeld²⁹ assevera que “*o conceito exato dessa figura é ainda muito incerto e flutuante, inclusive na legislação*”. É, inclusive, por isso que segundo Eduardo Paz Ferreira e Luís Silva Morais³⁰ existe uma considerável controvérsia doutrinal sobre o conceito técnico-jurídico de regulação.

Sendo assim, parece melhor o entendimento que afirma ser a regulação uma

²⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, n. 4, p. 1-21, nov/dez 2005, jan 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 22 de dezembro de 2012, p. 3.

²⁷ No mesmo sentido, tem-se doutrinadores espanhóis, como Juan de la Cruz Ferrer (FERRER, Juan de la Cruz. *Principios de regulación económica en la Unión Europea*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2002, p. 126) que afirma ser a regulação uma das formas de intervenção pública que restringe, influi ou condiciona as atuações dos agentes privados e autores portugueses como o próprio Vital Moreira (MOREIRA, Vital. *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 35) que afirma que o conceito de regulação designa “*toda a intervenção do Estado no comportamento económico das empresas privadas, ficando de fora a participação directa do Estado na própria actividade económica*”. Para este último autor, a regulação designa toda e qualquer operação externa pela qual o agente privado se vê obrigado a alterar a sua conduta. É, assim, toda ação estatal que faz com que os particulares adotem determinados e específicos comportamentos.

²⁸ MOREIRA, Vital. *Autoridades e instrumentos de regulação*. Aula no VI Curso de Pós-graduação Regulação Pública e Concorrência. Universidade de Coimbra (CEDIPRE – Centro de Estudos de Direito Público e Regulação). Coimbra, outubro de 2006 – junho de 2007.

²⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 32.

³⁰ FERREIRA, Eduardo Paz; MORAIS, Luís Silva. A regulação sectorial da economia: introdução e perspectiva geral. In: FERREIRA, Eduardo Paz; MORAIS, Luís Silva; ANASTÁCIO, Gonçalo (coords.). *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?* Coimbra: Almedina, 2009, p. 21.

espécie de interferência pública que limita as escolhas dos privados e, até mesmo, do próprio poder público. O poder público sofrerá dita intervenção, sempre e quando atuar como se privado o fosse, é dizer, sempre que exercer atividade por meio de uma pessoa jurídica de direito privado com fins econômicos como, por exemplo, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, mas também quando possuir uma autarquia que exerça determinado serviço público a fim de que esse seja prestado com a máxima adequação possível à população.

A regulação, assim, nada mais é que a restrição intencional da eleição por meio de atos imperativos, incitativos ou indicativos para realizar finalidades públicas, é dizer, resultados que possam beneficiar toda a coletividade. Nada impede, portanto, que essa restrinja as próprias escolhas públicas, sempre e quando tal restrição almeje o resultado desejado pela coletividade. Não se pode admitir que o Estado perca de vista os interesses públicos, a boa administração e a administração de resultado.

Tony Posner³¹, por exemplo, afirma que regulação é o conjunto de atos de controle e direção de acordo com uma regra, princípio ou sistema que se desenvolve por intermédio de normas legais e outras medidas de comando e controle. Não dita que tais atos devem necessariamente controlar e direcionar somente a iniciativa privada. J. C. Strick³² é outro autor que afirma ser a regulação a imposição de regras e controles pelo Estado com o propósito de dirigir, restringir ou alterar o comportamento das pessoas físicas ou jurídicas, e que são apoiadas por sanções em caso de desrespeito. Também não afirma que tais pessoas necessariamente devem ser privadas.

O importante é que o Estado interfira de forma intencional sobre as escolhas de um determinado agente de mercado, seja esse público ou privado, na busca de uma maior eficiência da ordem econômica e social por ele gerida. Segue-se, assim, o entendimento da doutrina anglo-saxônica, principalmente, de Barry M. Mitnick³ que dita que o elemento central do conceito de regulação é a “*interferência*” pública intencional nas opções abertas ao sujeito (público ou privado) no desenvolvimento de uma atividade. E conceitua a regulação como um processo de restrição intencional da eleição.

Possui, portanto, tal conceito pelo menos cinco características essenciais: trata-se de uma interferência intencional; por meio, normalmente, de normas jurídicas; que indique, induza ou imponha, proíba ou permita as escolhas de quem à qual a norma é dirigida; para atingir os interesses públicos de uma determinada sociedade; e que são apoiadas por sanções em caso de desrespeito.

O regulado, normalmente o privado, mas também como aqui defendido, o público, tornam-se, como aduz Marçal Justen Filho³³: “*instrumentos de realização dos fins públicos específicos. A regulação estatal se orienta a imprimir à atividade privada a realização de objetivos compatíveis e necessários ao bem comum*”.

³¹ POSNER, Tony. *Law and the regulators*. Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 3-7.

³² Apud: MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 34.

³³ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 30.

O Estado, portanto, precisa realizar um controle real das atividades econômicas, sejam elas prestadas direta ou indiretamente. Quando diretamente prestadas tem-se a ilusão de que o Estado está sob controle e, por isso, o interesse público está sendo almejado. Não é bem assim, afinal quem os gerir possui seus próprios interesses, os ditos interesses públicos secundários que, como a história nos conta, ficam sempre em primeiro plano. É, desse modo, mais que necessária a regulação das atividades prestadas diretamente pelo Estado, afinal um dos intuitos principais na regulação do serviço público é assegurar tarifas razoáveis e serviço adequado, sem perder de vista que a remuneração do capital deve ser justa e que as exigências de expansão e melhoramento dos serviços, devem ser convenientemente atendidas.

3.2 Origem da discussão sobre a regulação da prestação direta de serviços públicos por meio das agências reguladoras

Segundo Bilac Pinto³⁴ a regulação realizada diretamente pelo Poder Público somente poderia ter aplicação satisfatória nos regimes de prestação direta dos serviços públicos, fossem esses prestados por empresas estatais ou pela Administração direta ou autárquica. No mesmo sentido, tem-se Floriano de Azevedo Marques Neto, que se manifestou no sentido da não obrigatoriedade da existência de entidade regulatória independente (agência) nos casos em que os serviços forem prestados por órgão da Administração indireta do ente titular, como ocorre com as autarquias municipais de água e esgoto³⁵.

O entendimento de que se poderia prescindir da existência de uma agência reguladora nas hipóteses de prestação direta dos serviços públicos pelo Estado não parece representar o melhor entendimento da doutrina. Inclusive, é aconselhável que assim o seja. Não existe, como observado, qualquer impedimento para que a função regulatória seja exercida por meio de uma agência reguladora, pelo contrário, existiram inúmeras vantagens como se demonstrará mais adiante.

Tal concepção surgiu recentemente no Brasil em decorrência do já mencionado movimento decorrente do surgimento da Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007 e do

³⁴ PINTO, Bilac. *Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1941, p. 34.

³⁵ Vale citar a passagem que o autor assim defende: “Com relação ao serviço prestado pela Administração direta, seria mesmo irrazoável submetê-lo a uma regulação independente. Porém, no caso de descentralização, mesmo que para ente da Administração indireta, é de rigor que se crie um ente específico para exercer a regulação, pelas razões que já anunciamos.” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A regulação no setor de saneamento. In: CORDEIRO, Berenice de Souza (coord.). *Instrumentos das políticas e da gestão dos serviços públicos de saneamento*. Livro I (Coletânea). Brasília: Editora, 2009, p. 179).

Outro autor que defende esse posicionamento em relação ao setor de saneamento básico é Alexandre dos Santos Cunha (CUNHA, Alexandre dos Santos. *Saneamento básico no Brasil: desenho institucional e desafios federativos*. Rio de Janeiro: IPEA, janeiro de 2011, Texto para discussão 1565, p. 13) ao dizer que: “A prestação direta pode ocorrer por meio da própria administração pública ou de entes operadores descentralizados, tais como autarquias, fundações públicas, empresas públicas ou de economia mista vinculadas ao ente federado que detém a titularidade. Nesse caso, a figura do titular confunde-se com a do operador, e não há necessidade legal de conceber-se uma estrutura regulatória”.

Decreto que a regulamenta nº 7.217, de 21 de junho de 2010 que estabeleceram as diretrizes nacionais para o saneamento básico.

Segundo os postulados consubstanciados por esse novo Marco Regulatório, o ente que vier a regular o mercado, poderá ter um enfoque instrumental única e exclusivamente sobre a atuação da iniciativa privada, como vem se observando no Brasil, ou como se começa a visualizar, passar a ser vista como forma de defesa das liberdades, inclusive (e especialmente) contra o próprio Estado.

Para poder cumprir com essa perspectiva neutral deve o Estado regular de forma independente todo e qualquer segmento econômico crucial para o desenvolvimento do país e afeto a dignidade da pessoa humana.

É esse o entendimento que se pode depreender do art. 9º, inciso II, da Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007 quando afirma que o titular do serviço de saneamento básico deverá definir o ente responsável pela sua regulação e fiscalização, bem como os procedimentos de sua atuação. Prevê, assim, que a regulação e a fiscalização sejam obrigatórias, mesmo que não tenha havido a delegação do serviço aos particulares. Só não deixa claro se tal poderá ou não ser exercida pelo próprio prestador do serviço como existia antes do surgimento das agências reguladoras ou se tal deveria ser objeto de regulação e fiscalização por entidade diversa do prestador mesmo na hipótese de prestação direta pelo titular³⁶.

O art. 2º, inc. IV, do Decreto 7.212 parece deixar claro o cabimento da interpretação ora exposta, quando veda a possibilidade de que o agente de regulação e o agente de prestação do serviço se consubstanciem no mesmo ente público. O art. 23 do mesmo dispositivo legal, também deixa claro que o ordenamento não prevê a possibilidade de confusão entre o prestador e o ente regulador.

Vale recordar que tal função normativa e regulatória é uma imposição constitucional (art. 174 da CRFB), mas seu *modo operandi* será definido de forma discricionária pelo chefe do Poder Executivo já que a competência para montar uma estrutura administrativa é privativa deste (art. 84, II da CRFB), sendo necessária para a sua criação à necessidade de lei (art. 37, XIX e XX da CRFB), cabendo a este a iniciativa do processo legislativo (art. 61, § 1º, II, e da CRFB).

Sendo assim, a delegação de tarefas de um principal para outro ente é algo intrínseco à opção de transferência de atribuições, dado que o principal – na verdade, aquele que tem interesse na realização da tarefa delegada – percebe que há ganhos de eficiência e de especialização advindos da delegação.

³⁶ Vale ressaltar que no Projeto de Lei nº 5.296, de 23 de maio de 2005 a questão da regulação abrangendo a prestação dos serviços diretamente pelo titular estava posta de modo expresso no art. 17 que dispunha: “Art. 17. A prestação de serviço público de saneamento básico deve ser objeto de regulação e fiscalização permanente por órgão ou entidade de direito público do titular dos serviços ou de consórcio público de que participe.

§ 1º O prestador do serviço não poderá exercer as funções de regulação e de fiscalização”.

Tal projeto restou arquivado, em decorrência da declaração de prejudicialidade, em 16 de janeiro de 2007, pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, em face da vigência da Lei nº 11.445.

Logo, a discricionariedade inicialmente existente na definição do *modo operandi* da regulação se reduzirá a zero, haja vista o princípio da eficiência e da economicidade consagrado na CRFB. É dizer, por mais que se possa parecer estranho uma agência reguladora regulando a prestação direta pelo Estado de um determinado serviço público, tal decorre da insuficiência do exercício do controle realizado por auditorias ou controladorias, que como regra são integradas por agentes escolhidos por critérios políticos e demissíveis *ad nutum*, além de exercerem atribuições relacionadas única e exclusivamente à anulação de atos administrativos (controle de legalidade). A exigência de prestações de serviços públicos adequados, permanentes, eficientes, seguros, com preços módicos, entre outras características leva à necessidade, sempre e quando os princípios da eficiência e da economicidade assim o exigirem, de se criar um ente com as características atuais das agências reguladoras que exercerá em relação ao próprio Município espécie de controle interno, nos termos do art. 21 da Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007, bem como na forma que definir sua lei criadora, o contrato de concessão e o procedimento licitatório para tal³⁷.

Significa dizer que existe nesse novo Marco Regulatório um fortalecimento da necessidade de participação das agências reguladoras no setor de saneamento básico sempre e quando o princípio da eficiência e da economicidade assim o exigirem. Não existe, como alguns defendem, a utilização compulsória do modelo de agências reguladora³⁸. Pelo contrário, a obrigatoriedade existente diz única e exclusivamente respeito à separação entre prestador e regulador. A obrigatoriedade de se optar por uma agência reguladora existiria única e exclusivamente quando outra opção violar os princípios mencionados.

Ressalta-se, inclusive, que esse novo Marco autoriza expressamente os titulares de tais serviços a delegar a função de regulação e fiscalização, em favor de uma entidade reguladora estadual ou consorciada (art. 22, § 1º).

Conclui-se, portanto, que não importa a natureza do operador. Da mesma forma que poderá haver uma empresa privada prestando indiretamente os serviços, também

³⁷ Segundo Alessandra Ourique de Carvalho (CARVALHO, Alessandra Ourique de. A regulação e a normatização dos serviços de saneamento básico interdependentes. In: GALVÃO JUNIOR, Alceu de Castro e XIMENES, Marfisa Maria de Aguiar Ferreira (coords.). *REGULAÇÃO: Normatização da Prestação de Serviços de Água e Esgoto*. Fortaleza: Associação Brasileira de Agências de Regulação – ABAR, 2009, vol. II, p. 75): “as Agências Reguladoras ganham especial função nos serviços de saneamento básico, sendo essenciais e obrigatórias para todos os serviços de saneamento básico, independentemente de quem os presta.

Aliás, a definição da entidade de regulação e fiscalização é exigível tanto para os novos contratos quanto para os contratos já existentes à época da vigência da Lei Federal nº 11.445/07, primeiro porque os arts. 9º e 11 e a própria lei em nenhum momento apresentaram qualquer ressalva nesse sentido, e segundo pela impossibilidade de se invocar a intangibilidade do ato jurídico perfeito, consagrado na Constituição da República de 1988, art. 5º, inciso XXXVI, para as cláusulas de serviço nos contratos, ao contrário do que ocorre com as cláusulas econômicas”.

³⁸ Alexandre dos Santos Cunha (CUNHA, Alexandre dos Santos. *Saneamento básico no Brasil: desenho institucional e desafios federativos*. Rio de Janeiro: IPEA, janeiro de 2011, Texto para discussão 1565, p. 13): “a utilização compulsória do modelo de agências reguladoras pode obrigar a criação e manutenção de mais de 5 mil órgãos de regulação. Além de extremamente oneroso para o poder público, esse milagre da multiplicação das agências reguladoras provavelmente esbarraria na impossibilidade de encontrarem-se quadros técnicos qualificados a operá-las em todo território nacional”.

será possível que uma empresa estatal ou uma autarquia opere diretamente o serviço. O que se buscará regular não é a entidade que o presta, mas sim o segmento ou setor de uma determinada atividade econômica.

Logo, por mais que as agências reguladoras tenham surgidos como instrumentos de intervenção indireta do Estado em setores não operados diretamente pelo Estado, sua existência é decorrência de mudança de paradigma de um Estado produtor e provedor de produtos e serviços de infraestrutura, para um chamado Estado regulador que ainda está em transformação e, portanto, nada impede que dita entidades sejam utilizadas para regular a prestação direta do serviço público.

3.3 Dificuldade na escolha pública de criação de uma agência reguladora

Apesar de a primeira vista a transposição dessa lógica regulatória para um cenário onde o Estado ainda opere diretamente o serviço público não parecer possível afinal, como se observou nos tópicos anteriores, a regulação para a doutrina brasileira é uma forma de intervenção nas escolhas da iniciativa privada, nada proíbe sua existência.

É certo, porém, que tal apresenta dificuldades adicionais, além de requerer, como já visto, uma redefinição do que é propriamente a regulação.

Tais dificuldades se encontram de acordo com Luís Alberto Aragão Sabóia³⁹ em três pontos:

- 1) a dificuldade de se justificar o controle indireto do Estado, via agência reguladora, em um setor onde já há o controle direto, via cadeia de comando, nas empresas estatais ou de economia mista que operam no setor, o que causaria uma redundância desnecessária; 2) a possibilidade de ingerências políticas na administração das empresas reguladas, quando estatais ou de economia mista, que tragam conseqüências indesejadas à prestação do serviço público, e; 3) manifestação de interesses corporativistas que se revelam na resistência dos quadros dessas empresas, em se submeterem às competências de uma agência reguladora.

Segundo o autor:

O primeiro ponto levantado configura-se em um sofisma. Imaginar que o fato de ser uma empresa do Estado por si só consagraria a defesa do interesse público, é um equívoco. A formação do espírito de corpo, e os interesses da corporação, muitas vezes apontam para direção diversa daquela trilhada pelo interesse público. A corporação opera em uma racionalidade empresarial, mais afeta aos interesses dos seus stakeholders, portanto na defesa do interesse público justifica-se a presença de um ente regulador com forte atuação fiscalizatória, inclusive com poder sancionatório.

³⁹ SABÓIA, Luís Alberto Aragão. *Desafios para a consolidação da regulação de serviços públicos no Estado do Ceará: o caso ARCE*. 2007, 170 laudas, Dissertação de Mestrado em Avaliação de Políticas Públicas apresentada na Universidade Federal do Ceará – Fortaleza, ago. de 2007, p. 153.

O segundo ponto revela a dificuldade adicional das agências quanto ao tratamento de possíveis ingerências políticas na condução das empresas reguladas, quando estas são controladas pelo Estado. A contraposição, por parte das agências, a essas ingerências políticas requer mais do que nunca independência do ente regulador, e rigor por parte da direção dessas instituições. O terceiro ponto refere-se às resistências corporativistas das empresas reguladas, controladas pelo Estado, a submeter-se à competência das agências reguladoras. Esse fato requer uma dose extra, não somente de rigor, mas principalmente de habilidade dos reguladores, em fazer ver que a regulação pode ser algo benéfico para a empresa, uma vez que concorre para o aperfeiçoamento de suas atividades.

É certo que dificuldades existiram quando os serviços públicos forem prestados diretamente por meio de empresas estatais, mas dentro do ordenamento jurídico hoje existente, são estas pessoas jurídicas de direito privado, logo, poder-se-ia entender que se está intervindo nas escolhas de privados ou, pelo menos, ficticiamente, de privados, pois tais devem ser tratadas como se privado o fossem. Pior, será se tais serviços forem prestados por autarquia ou fundações autárquicas, pessoas jurídicas de direito público, pois nesses casos tal construção jurídica não poderá ser feita.

Não existe, porém, qualquer impedimento nem mesmo se estará inovando de forma extrema como se pensa. A Associação Brasileira de Agências de Regulação (ABAR)⁴⁰, em diagnóstico sobre o setor de saneamento básico, demonstrou que existem 47 agências reguladoras com competência legal para regular o setor e entre esses pesquisou 23. Ficou evidenciado que estas 23 agências exercem suas funções em relação a 84 prestadores de serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, verificando-se uma predominância da regulação de autarquias, no formato de Departamentos Autônomos e de Serviços Autônomos Municipais, com 63% (sessenta e três por cento), especialmente em virtude da Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento - ARIS e da Agência Reguladora de Serviços de Saneamento Básico do Estado de Santa Catarina - AGESAN, seguido das sociedades de economia mista, no formato de Companhias Estaduais de Saneamento Básico, com 24% (vinte e quatro por cento). Estes percentuais, na pesquisa 2011, eram de 24% (vinte e quatro por cento) e 38% (trinta e oito por cento), respectivamente. Apenas 13% eram empresas privadas⁴¹.

A regulação do serviço público de saneamento básico no Município de Porto Alegre, operado pelo DMAE e pelo DEP, ambos autarquias municipais prestadoras de serviço público, ilustra essa dificuldade, mas não se trata de algo inédito. Apesar de

⁴⁰ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE REGULAÇÃO – ABAR. *Saneamento Básico: Regulação* 2012. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2012, p. 15.

⁴¹ Segundo a pesquisa: “Em conformidade com o modelo predominante de prestação dos serviços de saneamento básico, as sociedades de economia mista da amostra pesquisada atendem a 96% (noventa e seis por cento) das delegações reguladas. Nos demais participantes da pesquisa, observa-se que 53 (cinquenta e três) municípios regulados (2,7% do total) são operados por departamentos e autarquias municipais e, 17 (dezessete) municípios (0,7%) por empresas privadas” (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE REGULAÇÃO – ABAR. *Saneamento Básico: Regulação* 2012. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2012, p. 16).

terem sido tais autarquias as responsáveis pela detonação do processo de criação da uma Agência de Regulação, novas diretorias ou até seus serventuários poderiam criar resistência da instituição em atender as solicitações da futura Agência, seja por meio de atrasos nas respostas, no descumprimento de determinações e até mesmo na imposição de medidas judiciais para a não sujeição de tal entidade à regulação de outra autarquia, com regime tão próprio como o dela.

É fato, portanto, que a regulação da prestação direta de serviço público reverte-se de dificuldades, quer seja por interesses públicos secundários de quem presta tais serviços, por uma questão cultural, ou até por potenciais interferências políticas. No entanto, trata-se de um mandamento constitucional categórico (art. 174 da CRFB) que não pode ser esquecido no que diz respeito à prestação direta do Estado na economia. A falta de regulação efetiva, existente para ditas forma de prestação, nada mais é que falta de decisão política. Urge, portanto, regulá-los. As razões políticas de levar avante a regulação dos serviços prestados diretamente pelo Estado são ordenadas pela Constituição e devem ser feitas de acordo e da melhor forma existente na atualidade, no caso, via agência reguladora.

As agências reguladoras quando estruturadas adequadamente observando os requisitos essenciais que as caracterizam, engendram um novo modelo de administração pública, que separa as políticas públicas dos aspectos técnicos. Além disso, para os operadores, esse novo modelo institucional confere segurança jurídica, além de gerar melhoria da qualidade dos serviços. É a melhor forma, hoje, de exercer a regulação sobre a exploração de serviços públicos sem que sua prestação se oriente em sentido contrário ao do interesse público.

4. Fundamentos da regulação independente

Inúmeros foram os motivos que justificaram a independência das agências reguladoras em relação ao Governo que, por definição, é o órgão supremo da Administração e que deve responder por ela perante o Poder Legislativo. Pedro Dutra⁴² expõe quatro fatores concretos que contribuíram para definir o modelo moderno das agências reguladoras:

O primeiro, a necessidade de decisões em tempo econômico, dirimindo conflitos entre prestadores e entre estes e usuários. Setores como os de serviços públicos demandam altos investimentos de instalação e de manutenção e a solução tardia de conflitos vulnera investimentos e compromete o devido atendimento ao consumidor. O segundo fator é a habilitação técnica da agência, que lhe permita enfrentar a complexidade inerente aos serviços regulados, inclusive exigindo dos prestadores obediência às inovações tecnológicas. O terceiro é de ordem econômica: a tensão a ser permanentemente dominada,

⁴² DUTRA, Pedro. A fiscalização dos serviços públicos privatizados. Rio de Janeiro: Gazeta Mercantil, 20.10.98, p. A-3. Apud: SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 445.

entre a tendência ao monopólio natural, inerente a esses serviços, e o fato de eles deverem ser prestados em um regime constitucional de livre mercado. O quarto fator opera no plano jurídico: aqui a tensão se acha na conciliação do interesse público, imantado pelo conjunto dos consumidores, e o interesse privado, manifestado nas empresas prestadoras dos serviços.

Para esse autor, a eficiência de uma agência reguladora será medida pelo funcionamento harmônico desses elementos, e também pelo estrito cumprimento das regras legais que lhe disciplinam a ação.

Outros, como Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁴³, trazem a distinção entre fundamentos econômicos, políticos e jurídicos.

Evidencia o autor, que o principal fundamento econômico da regulação é a competição. Em um mercado competitivo, tem-se, por um lado, empresas tentando maximizar o lucro, enfrentando a concorrência, sem qualquer preocupação com o benefício social (oferta). Por outro lado, os consumidores buscam maximizar as suas próprias utilidades com comportamentos absolutamente individuais e particulares (demanda). É nesse contexto de egoísmo coletivo que o Estado encontra a maximização do bem-estar social. Para lograr restabelecer o equilíbrio garantidor da livre competição é necessário o ingresso de um terceiro agente, que não seja nem produtor nem consumidor, na verdade, um agente “homeostático”, capaz de impor uma regra que recupere e mantenha o equilíbrio e, para tanto, dotado de poder para intervir suficientemente para corrigir as deformações do mercado⁴⁴.

Apesar de não se encontrar incorreta a afirmação do autor, melhor seria aqui seguir a maioria da doutrina que assinala que as causas da regulação são basicamente duas – insuficiência e falhas do mercado (“*marketfailures*”): as constantes modificações que se faziam no Direito Público, relacionadas aos bens e funções públicas; as atuais modificações no conceito de serviço público; a tese da competência imperfeita, como suposto de disfunção do mercado, as condutas anticompetitivas, que, a cada dia, devem ser controladas e fiscalizadas para não ocorrerem abusos; as instabilidades que a iniciativa privada e os cidadãos possuem com relação aos custos de informação e transação; os problemas de racionalização e coordenação, ou seja, as divergências entre pautas comuns de comportamentos, sem as quais não se dariam condições mínimas de segurança e resultaria extraordinariamente arriscado ou complexo atuar; as externalidades ou efeitos externos, que acabam por produzir uma interdependência entre consumidores ou produtores, dando lugar a uma diminuição ou a um incremento dos custos da empresa; os mercados incompletos e problemas de informação, ou seja, mercados que não são capazes de fornecer um bem ou serviço - apesar de que o custo de fornecê-los seria inferior ao que os indivíduos estão dispostos a pagar - e informações imperfeitas, nas que os consumidores ou os produtores carecem da informação sobre os preços ou as características dos bens e serviços necessárias para adotar decisões economicamente

⁴³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁴⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

eficientes; os problemas de seleção adversa e risco moral, ocasionados numa possível interação entre indivíduos e um deles (ou ambos), têm informação privada de alguma característica-chave para a relação; a equidade, já que esta pode proporcionar a intervenção estatal ainda na ausência de disfunção do mercado; entre outras⁴⁵.

O fundamento político da regulação tem relação com ideologias intervencionistas distintas. Enquanto os EUA disciplinavam setores críticos específicos do mercado, o que permitiu àquele país graduar e minimizar as inúmeras intervenções econômicas a serem aplicadas no período pós-crise (1929), necessárias para assegurar o bom funcionamento de sua indústria e de seu comércio, para que pudesse superar o difícil e incerto período das grandes conflagrações sem muito se afastar de suas tradições liberais; na Europa, seguia-se a linha ideológica estatizante criando agências administrativas dependentes do poder político para que desempenhassem diretamente essas atividades econômicas consideradas críticas, optando, desse modo, por uma sistemática de intervenções radicais, geralmente justificadas pelo conceito de segurança nacional. Esse modelo fracassou e, atualmente, deflagra-se um processo de desmonte dos pesados Estados interventivos para devolver as atividades estatizadas à sociedade, o que levou a adoção generalizada e, praticamente globalizada, das políticas públicas de desestatização, “republicizando” os controles sobre esses setores econômicos, muitos deles jamais submetidos a qualquer tipo de supervisão. Assim teve que ser feito, porque o Estado acumulava os papéis de prestador e de fiscalizador das atividades, o que comprometia o exercício da função de controle. Desse modo, a opção política dos países europeus diante do fracasso de seus sistemas foi a adoção da concepção norte-americana da regulação e de suas agências independentes⁴⁶.

Por fim, como fundamento jurídico, evidencia o autor que a regulação passa a ser vista como novo tipo de atividade jurídica do Estado que passa a exigir uma justificção nas decisões mais emblemáticas ligadas não apenas a lei, mas também aos valores consensualmente aceitos e a moralidade. Identifica-se, também, o dever de motivação das decisões regulatórias. Nada mais apropriado que expor todos os argumentos e considerações de valor pertinentes para o deslinde da questão a ser decidida. Para justificar se determinada decisão é justa, é necessário, na perspectiva do Direito contemporâneo, não apenas que a justificativa seja retrospectiva, mas também prospectiva. Ou melhor, perspectivamente responsável, levantando e estimando, para esse efeito, as consequências previsíveis, ponderando-as, tanto quanto a seu valor intrínseco quando a seu valor posicional no contexto da questão a ser solucionada. Só assim terão as partes envolvidas no processo regulatório a tão almejada segurança jurídica e confiança legítima, fundamentos jurídicos da regulação⁴⁷.

É, portanto, fundamental assegurar estabilidade e segurança ao marco regulatório e isso não pode depender do ciclo eleitoral nem das mudanças de governo, dada a

⁴⁵ FERRER, Juan de la Cruz. *Principios de regulación económica en la Unión Europea*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2002, p. 147-170.

⁴⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁴⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

inamovibilidade do mandato dos reguladores e a sua autonomia de ação. Desse modo favorece-se a confiança dos agentes econômicos quanto à estabilidade do ambiente regulatório, que fica a coberto de mudanças imprevisíveis.

Também, pode ser visto como fundamento da regulação independente, a “*blindagem*” contra a captura regulatória. Um dos maiores perigos da regulação consiste na possibilidade de o regulador ser “*capturado*” pelos regulados, de modo a transformar-se numa forma de autorregulação por meio de entreposto regulador. Por isso, a criação de reguladores independentes, proporciona melhores condições para resistir às eventuais pressões dos regulados.

Outros motivos também influenciaram o aumento da regulação independente, como o sufrágio universal, que resultou na ampliação da democracia e, por conseguinte, na pressão muito mais ampla de diversos setores da população; os riscos dos desenvolvimentos tecnológicos, visto que os rápidos avanços da tecnologia planteiam riscos e ameaças à saúde e à segurança, criando problemas para a proteção dos consumidores e do Estado; a “*revolução dos direitos*”, com a proteção legal/jurídica dos hipossuficientes; a possibilidade de favorecer o profissionalismo e a neutralidade política, já que a regulação deve estar tão afastada quanto possível da disputa política; a facilidade de autofinanciamento, que potencia a independência tanto em relação ao Governo quanto em relação aos regulados; entre outras.

É bom, aqui, também lembrar que a CRFB impõe ao Estado que atue como agente normativo e regulador da ordem econômica (art. 174), sendo o princípio da livre iniciativa não só fundamento da república (art. 1º, inc. IV), mas também princípio da ordem econômica, o que significa que o Estado não deve se intrometer na atividade econômica, especialmente exercendo, ele próprio, tal atividade (art. 170), ressalvadas as hipóteses autorizadas na Constituição, ou seja, nos casos de “*relevante interesse coletivo*” ou “*imperativo de segurança nacional*” (art. 173). Existe, portanto, a separação entre a política e a economia. Entende-se, portanto, que mesmo quando é imprescindível manter a regulação pública da economia, esta não deve pertencer ao Governo.

Apesar do movimento de liberalização (ou seja, abertura a empresas privadas de setores anteriormente caracterizados por monopólios públicos), desestatização (retirada da presença do Estado de atividades reservadas constitucionalmente à iniciativa privada ou de setores em que ela possa atuar com maior eficiência) e de privatização (alienação de empresas públicas), o Estado continua a ter uma intervenção direta considerável em vários setores, por meio de empresas estatais. Nesses casos importa separar cuidadosamente as funções estatais de operador econômico e de regulador, de modo a assegurar a imparcialidade e igualdade de tratamento da regulação em relação aos operadores públicos e privados.

5. Desafios da regulação independentes

A regulação, assim como o mercado, possui falhas e do mesmo modo que este,

possui modelos de funcionamento perfeito apenas na teoria. Em efeito, nos processos de desenho, elaboração e aplicação da regulação independente, manifestam-se as imperfeições ou falhas do Estado. O desenho e operação da institucionalidade regulatória tem inúmeros desafios. Passa-se a descrever os mais evidentes.

5.1 Assimetria de informação ou ausência de informação

A informação é crucial para qualquer tomada de decisão. É um bom princípio não tomar eleições ou decisões enquanto falte informação, mas também é verdade que muitas vezes isso não é possível. Existe diferença, portanto, entre a informação necessária e a disponível. Aristide Police⁴⁸ trata de recopilação de informações relativa a linhas estruturais, funcionais e de causalidade no ambiente, a fim de determinar as possíveis estratégias para cada situação. A recopilação de informação deve servir para estabelecer, da maneira mais precisa possível, a probabilidade de que estas estratégias alcançaram os objetivos perseguidos. Por último, afirma este autor que a informação deve ajudar a determinar o custo de cada uma destas estratégias com o benefício da realização dos fins.

É exatamente a disparidade entre a informação detida pela agência reguladora e a do regulado um dos maiores desafios a ser enfrentado pelas agências, pois com frequência o regulado sabe mais da atividade regulada que o próprio regulador, e essa assimetria de informação, agravada em ocasiões pela desigual capacidade de captar e reter pessoal especializado, configura-se no principal motivo gerador de decisões ineficientes, ineficazes e até contraproducentes.

5.2 Risco de Captura

A captura do regulador se produz quando prevalecem os objetivos de quem exerce pressão, por sobre, e em contradição, com os objetivos próprios da regulação. A captura pode ser de dois tipos: por interesses econômicos e por interesses políticos⁴⁹.

Será econômica quando os interesses econômicos sujeitos a regulação, ou indiretamente afetados por ela, logram do regulador decisões que os favoreçam. A relevância econômica das decisões regulatórias, unida a fatores como a discricionariedade do regulador, a falta de transparência e a ausência de fundamentação de suas decisões, são fatores que favorecem a corrupção do regulador.

Por outro lado, serão políticas, quando interesses ou expectativas de diversos grupos envolvidos ou não na regulação possuem um capital político que pode resultar

⁴⁸ POLICE, Aristide. *La predeterminazione delle decisioni amministrative: gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, p. 98.

⁴⁹ Fábio Nusdeo (NUSDEO, Fábio). *Fundamentos para uma codificação do direito econômico*. São Paulo: RT, 1995, p. 94 e 95) afirma que: "os grupos de interesse tendem, desde logo, a capturar as agências reguladoras. Estas nem sempre se destinam a proteger o público, mas podem vir a significar uma defesa e proteção para os empresários do setor e, simultaneamente, a introdução ou elevação de barreiras de entrada para os que estão de fora".

atrativo em seduzir para reguladores que tenham expectativas nesse âmbito.

5.3 Sobrerregulação

Refere-se a situações em que os custos que a regulação impõe à atividade, e as partes envolvida é superior aos benefícios que se desprendem dela. Ainda que a ponderação de custos e benefícios seja uma questão difícil e fortemente dependente da valoração subjetiva que se assigne a uns e outros, é inegável que a regulação pode resultar altamente custosa em situações nas que não se prevejam os efeitos colaterais, de curto ou longo prazo, de uma determinada decisão ou em que se imponham gravames à atividade regulada que, mais que aperfeiçoá-las, não as incentiva, como pode ocorrer com a fixação de preços ou imposição de condições de serviços que dissuadam o investimento privado.

Para incrementar a eficácia e a eficiência da regulação, bem como para prevenir os problemas mencionados, é fundamental contar com agências reguladoras com a devida independência. Passa-se, portanto, a analisar as distintas alternativas jurídicas existentes para tanto.

Conclusões

Pelo exposto, é possível depreender que a atividade reguladora deve, necessariamente, ser realizada por ente diverso daquele que opera o serviço. Corroborando tal assertiva, a análise histórica comprova que a confusão entre as duas funções contribuiu negativamente para o desenvolvimento de ambas, retraindo a produção regulatória brasileira e inibindo a melhora da qualidade da prestação de serviços públicos sob a condução da Administração.

Nesse sentido, a suposta desnecessidade da divisão de entidades públicas prestadoras de serviço público e de entidades reguladoras, sustentada por parte da doutrina nacional, revela-se frágil. Uma análise mais detalhada evidencia que os fundamentos a sustentar o desenvolvimento da teoria da regulação impedem, flagrantemente, que o prestador e o regulador sejam confundidos, principalmente (ainda que inseridos no corpo da Administração) por estarem submetidos à incentivos jurídicos, políticos e econômicos diversos e, por vezes, conflitantes.

É nesse sentido que o texto da Lei n. 11.445/09, e seu regulamento estabelecido pelo Decreto n. 7.217/10, registra o entendimento de que as figuras do prestador e do regulador não devem se confundir.

Com isso, o entendimento aqui suscitado revela-se pertinente e juridicamente possível, por harmonizar-se com os princípios econômicos, políticos e jurídicos que deram suporte à Teoria da Regulação, e, além disso, por encontrar abrigo na legislação pátria, com destaque ao Novo Marco Regulatório de Saneamento Básico.

Referências

- ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE REGULAÇÃO – ABAR. *Saneamento Básico: Regulação 2012*. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2012.
- CAMPOS, Francisco. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1949.
- CARVALHO, Alessandra Ourique de. A regulação e a normatização dos serviços de saneamento básico interdependentes. In: GALVÃO JUNIOR, Alceu de Castro e XIMENES, Marfisa Maria de Aguiar Ferreira (coords.). *REGULAÇÃO: Normatização da Prestação de Serviços de Água e Esgoto*. Fortaleza: Associação Brasileira de Agências de Regulação – ABAR, 2009, vol. II.
- CUNHA, Alexandre dos Santos. *Saneamento básico no brasil: desenho institucional e desafios federativos*. Rio de Janeiro: IPEA, janeiro de 2011, Texto para discussão 1565.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- DUTRA, Pedro. A fiscalização dos serviços públicos privatizados. Rio de Janeiro: Gazeta Mercantil, 20.10.98, p. A-3. Apud: SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- FERREIRA, Eduardo Paz; MORAIS, Luís Silva. A regulação sectorial da economia: introdução e perspectiva geral. In: FERREIRA, Eduardo Paz; MORAIS, Luís Silva; ANASTÁCIO, Gonçalo (coords.). *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?* Coimbra: Almedina, 2009.
- FERRER, Juan de la Cruz. *Principios de regulación económica en la Unión Europea*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2002.
- FORURIA, Eduardo Vírghala. *La Constitución y las comisiones reguladoras de los servicios de red*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2004.
- GIANI, Loredana. *Attività amministrativa e regolazione di sistema*. Torino: Giappichelli, 2002.
- GONÇALVES, Pedro. Direito administrativo da regulação. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano: no Centenário do seu nascimento*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, v. II.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.
- KEYNES, J.M. *The End of laissez-faire*. Londres: Hogarth Press, 1926.
- LUCIA, Luca de. *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*. Torino: Giappichelli, 2002.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A regulação no setor de saneamento. In: CORDEIRO, Benenice de Souza (coord.). *Instrumentos das políticas e da gestão dos serviços públicos de saneamento*. Livro I (Coletânea). Brasília: Editora, 2009.
- _____. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, n. 4, p. 1-21, nov/dez 2005, jan 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 22 de dezembro de 2012.
- _____. *A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes*. Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000.

- MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital Moreira. *A mão visível: mercado e regulação*. Coimbra: Almedina, 2003.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MELO, Luiz de Anhaia. *O problema econômico dos serviços de utilidade pública*. São Paulo: Prefeitura do Município de São Paulo, 1940. In: PINTO, Bilac. *Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1941.
- MITNICK, Barry M. *La economía política de la regulación*. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.
- MORAES, Alexandre de. *Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.
- Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MOREIRA, Vital. *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997.
- _____. *Autoridades e instrumentos de regulação*. Aula no VI Curso de Pós-graduação Regulação Pública e Concorrência. Universidade de Coimbra (CEDIPRE – Centro de Estudos de Direito Público e Regulação). Coimbra, outubro de 2006 – junho de 2007.
- NUSDEO, Fábio. *Fundamentos para uma codificação do direito econômico*. São Paulo: RT, 1995.
- PINTO, Bilac. *Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1941.
- POLICE, Aristide. *La predeterminazione delle decisioni amministrative: gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.
- POSNER, Tony. *Law and the regulators*. Oxford: Clarendon Press, 1997.
- SABÓIA, Luís Alberto Aragão. *Desafios para a consolidação da regulação de serviços públicos no Estado do Ceará: o caso ARCE*. 2007, 170 laudas, Dissertação de Mestrado em Avaliação de Políticas Públicas apresentada na Universidade Federal do Ceará – Fortaleza, ago. de 2007.
- SILVIA A., Frego Luppi *L'amministrazione regolatrice*. Torino: Giappichelli, 1999.
- SMITH, Adam. *Wealth of Nations*. London: W. Strahan and T. Cadell, 1776.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- VIDIGAL, José Augusto Maciel. As agências reguladoras e seus poderes especiais no ambiente institucional contemporâneo brasileiro. In: Tribunal de Contas da União. *Regulação de serviços públicos e controle externo*. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008.



INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA