

O Estado como agente regulador: o compromisso regulatório

Alessandra Obara Soares da Silva¹

Sumário: 1. A figura do Estado regulador – 2. Delegação de serviços públicos: a relação Estado x particular – 3. O compromisso regulatório – 4. Conclusão – 5. Referências bibliográficas.

1. A figura do Estado regulador

Com a crise do Estado Social, muito motivada pelo agigantamento do ente estatal que assumiu inúmeras obrigações e passou a sofrer com a escassez de recursos para atender a contento a todas as demandas da sociedade, ganhou espaço a ideia de eficiência e subsidiariedade.

Nesse compasso, o afastamento do Estado da atuação direta na economia ampliou a atuação indireta, indo ao encontro da persecução do interesse público, permitindo aos mercados² atuar com margem de liberdade, sob os olhos do Estado. Nessa moderna sistemática, o ente estatal passou a atuar com maior ou menor intensidade conforme o interesse público ou interesse social exigirem. Deu-se, assim, um novo enfoque ao conhecido

1 Procuradora do Estado de São Paulo. Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Especialista em Direito Tributário pela COGEAE/PUC/SP.

2 Assim entendida a atuação da iniciativa privada ou de entes estatais criados com personalidade jurídica de direito privado (atores – ou *players* – submetidos ao regime jurídico de direito privado, ainda que com algumas derrogações, no caso dos entes criados pelo Estado).

sistema da vida em sociedade, qual seja, compatibilizar a justiça social com a busca do bem-estar social. Em outras palavras, na modelagem em que cada indivíduo que vive em sociedade deve contribuir com o que pode para receber aquilo de que necessita, é preciso que sejam gerados excedentes para produzir riqueza a permitir a sua distribuição equânime.

Seguindo esse ritmo, a Constituição Federal de 1988 consagrou, no artigo 170, que a ordem econômica, definida por Eros Roberto Grau³ como “o conjunto de normas que define, institucionalmente, um determinado modo de produção econômica”, rege-se pelos princípios da livre concorrência, redução das desigualdades regionais e sociais e busca do pleno emprego, dentre outros, numa clara identificação dos princípios da justiça social cuja realização depende da geração de riquezas. Tudo isso em conformidade com os artigos 1^o⁴ e 3^o⁵, da mesma Carta Constitucional.

Importante destacar que Eros Roberto Grau defendeu, com propriedade, que serviço público constitui uma espécie de atividade econômica, qualificada, num determinado momento histórico, “como indispensável à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (Duguit) ou, em outros termos, qualquer atividade que consubstancia serviço existencial relativamente à sociedade (Cirne Lima)”⁶. Esta noção⁷ de serviço público foi consagrada pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADPF n.

3 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 130.

4 Art. 1^o. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre concorrência; V – o pluralismo político.

5 Art. 3^o. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

6 Obra citada, p. 135.

7 Eros Roberto Grau distingue “noção” de “conceito”, adotando lição de Sartre, entendendo noção como “ideia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas”. (Obra citada, p. 135).

46/DF⁸, por influência do próprio Eros Roberto Grau, ali na qualidade de Ministro.

Nesse cenário, vale trazer à colação as palavras de Demerval Ferraz de Arruda Junior ao proferir o Parecer PA n. 27/2011, superiormente aprovado pelo Procurador Geral do Estado Elival da Silva Ramos, em 27/02/2012:

A depender do momento histórico e das necessidades atuais da coletividade, o Estado pode, ou não, pela via legislativa, alterar o conjunto dos serviços reputados públicos, desde que não exceda as balizas postas pela Constituição – que ora resguarda explicitamente certos serviços públicos (...), ora garante a livre iniciativa em normas atinentes à ordem econômica. Vale dizer: “é o Estado, por meio de lei, que escolhe quais as atividades que, em determinado momento, são consideradas serviços públicos” (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 23. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 101).

Sem adentrar na discussão doutrinária ainda existente a respeito da noção ou conceito de serviço público, cumpre revelar que segundo a doutrina já consagrada pela jurisprudência, o gênero atividade econômica compreende as espécies serviço público e atividade econômica em sentido estrito. Esta última somente poderá ser prestada diretamente pelo Estado quando preenchidos os requisitos constitucionais postos no artigo 173⁹, da Lei Maior. Já os serviços públicos, de titularidade do

8 Da extensa ementa do julgado em questão, vale transcrever o seguinte excerto: “[...] 2. A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados. A exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio. Monopólio e privilégio são distintos entre si; não se os deve confundir no âmbito da linguagem jurídica, qual ocorre no vocabulário vulgar. [...] 5. É imprescindível distinguirmos o regime de privilégio, que diz com a prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado. [...] 7. Os regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade. [...] (ADPF 46, Relator Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. 05/08/2009, DJe-035 DIVULG. 25-02-2010 PUBLIC. 26-02-2010 EMENT. VOL-02391-01 PP-00020)

9 Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Estado, podem ser prestados diretamente ou mediante delegação, como consta expressamente do artigo 175¹⁰ da Carta Constitucional.

Com relação à atividade de regulação, dispôs a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 174, *in verbis*:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Nesse sentido, a atividade estatal de regulação compreende a edição de normas aplicáveis ao setor regulado, a fiscalização de seu cumprimento, a imposição de sanções e a mediação de conflitos. Por não se restringir a serviço público em sentido estrito, a norma acima transcrita consagra a figura do Estado regulador da atividade econômica *strito sensu* e também do serviço público de que é titular, mas que se executa por meio de delegação. É a esta segunda faceta da atividade reguladora que este singelo estudo pretende ater-se, sem olvidar que esta atividade regulatória, em regra, é exercida – mas não só¹¹ – por entes especialmente criados para atender esta finalidade, as agências reguladoras, no formato de autarquias em regime especial, com personalidade jurídica própria e submetidas ao regime jurídico de direito público.

Como bem lembrou Juliana Bonacorsi de Palma, “as agências reguladoras foram projetadas no âmbito da Reforma do Estado para disciplinar, de forma técnica e blindada de insurgências políticas, determinados serviços públicos cujo modelo de prestação passara com as desestatizações do intervencionismo direto estatal para a prestação privada

10 Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

11 Como bem lembrado por Dinorá Adelaide Musetti Grotti, “de longa data existe uma série de órgãos e entidades reguladoras, embora sem a denominação de agências, tais como o Commissariado de Alimentação Pública (1918), o Instituto de Defesa Permanente do Café – IBC (1923), o Instituto do Alcool e do Açúcar – IAA (1933), o Instituto Nacional do Mate (1938), o Instituto Nacional do Sal (1940), o Instituto Nacional do Pinho (1941).” *In*: As agências reguladoras. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 6, mai/jun/jul de 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 20/06/2014.

dos serviços por meio de instrumentos de delegação”¹². Sob o viés econômico, há especial preocupação com “a heterogeneidade dos setores regulados”, a ratificar a opção pelo modelo de regulação por meio de entes descentralizados, com autonomia, na medida em que “as características próprias dos setores regulados é que moldam a regulação, e não o contrário”¹³. A especialização técnica, o distanciamento de interesses políticos e a atividade de regulação de serviços públicos serão aprofundados a seguir.

2. Delegação de serviços públicos: a relação Estado x particular

A ideia de delegação de serviço público exsurge, em tese, como uma boa opção ao Poder Público, representando uma das modalidades de aplicação do princípio da subsidiariedade, na medida em que permite a retirada do Estado da atuação direta, restando-lhe a atuação indireta, mais eficaz. Por pertinentes, transcrevem-se as palavras de Sílvia Faber Torres¹⁴:

A concessão, sob as modalidades de serviço, obras e obras e serviços, é forma indireta – ou subsidiária – de gestão das atividades públicas, pela qual se confia a respectiva execução direta ao particular, que, geralmente, financiado pelo usuário, atua por sua conta e risco e sob normas e controle imediato do poder público. Refere-se às atividades-fim do Estado e efetiva-se por contrato, precedido de licitação pública, no qual se fixam condições, prazos, forma de remuneração etc., fiscalizados pelo ente concedente.

Atuando por delegação do Estado, na execução de serviço público, o particular submete-se ao controle do ente público, traçado, em linhas gerais, no parágrafo único do artigo 175, *in verbis*:

12 *In*: Regulação e autoridade: o poder sancionador na regulação. IV Congresso Ibero-americano de Regulação Econômica – Associação Ibero-americana de Estudos da Regulação – ASIER. *Paper* disponível em: http://www.asierregulacion.org/asierregulacion/?wpfb_dl=784. Acesso em: 17/06/2014.

13 FARACO, Alexandre Ditzel; COUTINHO, Diogo R. *Regulação de indústrias de rede: entre flexibilidade e estabilidade*. Revista de Economia Política, vol. 27, n. 02 (106), abril-junho/2007, pp. 261-280.

14 O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 177.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Em atendimento a esta determinação constitucional, foi editada a Lei federal n. 8.987, de 13/02/1995, que dispõe sobre concessões e permissões denominadas “comuns”, para diferenciá-las das concessões administrativas ou patrocinadas, reguladas pela Lei federal n. 11.079, de 30/12/2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública (Lei das PPPs).

No regime de delegação da prestação de serviço público, a atuação do Estado – que permanece como titular do serviço público – deve ser harmônica, de forma a conciliar o interesse e a liberdade do particular com o interesse público. Nessa ordem de ideias, destaca-se a atuação em colaboração do particular com o Estado, na medida em que a opção pela delegação pressupõe a tomada de decisão do administrador público motivada pela necessidade de atrair investimentos privados e (por que não?) a expertise do privado para garantir a prestação de serviço adequado, de forma contínua e mediante tarifas módicas, maximizando a concretização do princípio da eficiência¹⁵.

Em consequência, o controle a ser exercido pelo Estado, na qualidade de Poder Concedente do serviço prestado em regime de delegação, não se confunde com “poder de polícia”.

Como ensina Egon Bockmann Moreira, “o que se deve ter em mira quando se fala em fiscalização de concessões é antes a cooperação recíproca, não a interferência do Estado no setor de serviços públicos (...)”

15 Abstratamente previsto no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal.

a fim de disciplinar e restringir a ação do concessionário”¹⁶. No mesmo sentido, Dora Maria de Oliveira Ramos¹⁷ já escreveu:

As relações de sujeição geral surgem, por exemplo, do exercício do poder de polícia. As sanções previstas no ordenamento jurídico para coibir condutas gravosas à boa ordem social estão inseridas no contexto das regras de polícia. No entanto, existem situações em que essas normas gerais, decorrentes do simples poder de império estatal, não são suficientes para disciplinar convenientemente as relações juridico-administrativas, exigindo um disciplinamento próprio, mais específico.

Exige-se que a referida inserção do particular na esfera administrativa ocorra em caráter de “permanência e continuidade”, a recomendar o condicionamento da sua conduta para garantir a eficiência da prestação do serviço.

A posição de supremacia especial reconhecida à Administração tem como corolário a existência de poderes específicos de disciplinamento da conduta privada.

Ao examinar as prerrogativas do Estado nas contratações por ele encetadas, Bruno Miragem¹⁸ destacou a manutenção da natureza negocial da relação estabelecida com o particular, observadas as derrogações decorrentes de lei e decorrentes da “autonomia pública contratual”¹⁹:

Assumem relevo no âmbito das relações entre a Administração e o indivíduo as condutas das partes prévias à celebração do ajuste, bem como durante sua execução, em especial no tocante à preservação dos interesses legítimos do particular, seja quando legitimados pela conduta da Administração, seja em decorrência de inadimplemento – para o que as

16 MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2010. p.179.

17 RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Considerações sobre o poder sancionatório da Administração Pública. Os ilícitos administrativos e as concessões de serviços públicos*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Estudos em homenagem à Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Vol. 71, janeiro/junho 2010, pp. 111-153.

18 In: *A nova administração pública e o direito administrativo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 220.

19 Sobre essa autonomia (que engloba a decisão de contratar, a forma como contratar e com quem contratar), confira-se SÉRVULO CORREIA, José Manuel. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987.

prerrogativas do Poder Público no contrato deverão ser interpretadas a partir da ponderação entre a finalidade de interesse público que seu exercício enseja e os interesses da outra parte contratante.

No regime de delegação, portanto, há relação entre o Poder Público contratante e o particular contratado de constante tensão, na medida em que o contrato pressupõe interesses contrapostos e, paradoxal e simultaneamente, uma parceria para o atingimento do objetivo comum: a concretização do interesse público que justificou a necessidade primeira da delegação e da contratação.

A saudosa Ana Maria Oliveira de Toledo Rinaldi²⁰ já escreveu que o “antagonismo” constitui nota característica das relações contratuais, em oposição às parcerias formalizadas pelo instrumento convênio. Em suas precisas palavras:

[...] a formalização do ajuste e seu regime jurídico dependem das características intrínsecas a ensejar parcerias e celebração de convênios, com outros entes, públicos ou particulares, quando presentes objetivos e competências institucionais comuns, resultados comuns, mútua colaboração, vontades que se somam sem antagonismos, existência de partícipes com pretensões convergentes e ausência de vinculação contratual; [...]

Nesse cenário, a atividade de coordenação e fiscalização ou, mais apropriadamente, de regulação, será mais ou menos intensa conforme a natureza e essencialidade do mercado regulado:

Em resumo: a nova regulação da atividade pública, até então praticamente inexistente para as empresas estatais prestadoras do serviço, não deve impor mais limites à liberdade que não os estritamente necessários para a garantia do bem comum, devendo pautar-se, por conseguinte, num modelo que menos obstaculize ou restrinja a liberdade e responsabilidade do particular²¹.

20 Parecer PA n. 58/2007, exarado em 22 de março de 2007, aprovado pela então Procuradora do Estado Chefe da Procuradoria Administrativa. Em razão do acolhimento da proposta de diligência formulada pela Chefia da Especializada, o opinativo em questão não foi submetido à aprovação do Procurador Geral do Estado.

21 TORRES, Silvia Faber, obra citada, p. 182.

Daí a conveniência de a regulação ser atribuída a entes relativamente independentes e autônomos, técnicos, capazes de debruçarem-se sobre um determinado mercado e normatizarem em harmonia com a liberdade particular e a realização do interesse público, pensando-se, ademais, na sustentabilidade do mercado que, além de heterogêneo, apresenta muitas externalidades.

Não à toa, a atividade administrativa de regulação é atualmente entendida como “sofisticada” e complexa:

[...] a atividade regulatória, *lato sensu*, nada mais é do que um conjunto de sofisticadas ações voltado à orientação, determinação, fomento, fiscalização e correição de planos (ou políticas, quando se tratar do Estado) destinados à delimitação da atuação de um sujeito, ou determinado grupo de sujeitos. Frise-se que a mencionada sofisticação se refere a novos instrumentos ou uma nova utilização de instrumentos antigos, conforme a natural adaptação axiológica – temporal e espacial – que os executores regulatórios precisam alcançar. Assim, menciona-se “ação sofisticada” como requisito de verificação de regulação quando se pressupõe essa mencionada adaptação ao atual contexto de tempo e lugar que a regulação se expressa.²²

Como se vê, não constitui tarefa simples a regulação de um mercado. Bem assim, segundo Calixto Salomão Filho²³, “no sistema brasileiro jamais houve tentativa de formulação de uma teoria geral da regulação” pela seguinte razão:

Trata-se da tradicional concepção do Estado como agente de duas funções diametralmente opostas: a ingerência direta na vida econômica e a mera fiscalização dos particulares. A prestação de serviços públicos, de um lado, e a vigilância do mercado, através do poder de polícia, de outro, sempre representaram para os administrativistas a totalidade das funções que o Estado poderia exercer.

22 FRANÇA, Phillip Gil. *Reflexões sobre Regulação, Gestão Pública e Desenvolvimento do Cidadão a partir da Intensidade da sua Convicção no Direito*. In: SILVA, Vasco Pereira da; SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Direito público sem fronteiras*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, junho de 2011. pp. 521-544. E-book disponível em: http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/ebook_dp_completo2_isbn.pdf. 20/06/2014.

23 In: *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 19.

Reflexo da dificuldade do exercício da atividade regulatória por ausência de normas gerais é o desenvolvimento doutrinário do direito público econômico, ou direito administrativo econômico que, nas palavras de Odete Medauar²⁴, “trata das normas, instrumentos e órgãos pelos quais o poder estatal atua, de modo direto ou indireto, no âmbito econômico, focalizando, em especial, a privatização, a regulação, as agências reguladoras, os serviços públicos sob concessão ou permissão, a concorrência”.

Faltava, ainda, definir qual seria a melhor forma de atuação do Estado como ente regulador do serviço público de sua titularidade, prestando mediante delegação. Como lembra Odete Medauar²⁵:

Vários fatores são indicados para explicar a “agencificação”, dentre os quais, os seguintes: a liberalização de mercados e a transferência da execução de serviços públicos ao setor privado acarretam a necessidade de regulação estatal nos respectivos setores; a percepção de que certas questões teriam melhor solução se atribuídas a órgãos próximos do setor econômico e social concernente, garantindo relações mais diretas entre Administração e sociedade civil; a tomada de consciência da importância de descentralizar o poder, gerando, inclusive, uma organização estrelada, um Estado-rede dotado de centros decisoriais diversificados; a necessidade de adotar medidas em favor de uma pluralidade de modelos organizacionais, juntando-se ao modelo de ministérios o modelo das administrações autônomas e agências reguladoras; um movimento geral de deslegalização, visando a transferir ao Executivo a disciplina de matérias até então privativas de lei (votada pelo Parlamento); a necessidade de conferir estabilidade a regras que afetam o mercado, as quais não ficariam sujeitas a mudanças em decorrência da alternância dos comandos políticos; a necessidade de afastar das presções político-partidárias certas atividades preponderantemente técnicas (esta última justificativa aventada em especial na Itália); nos países europeus, também a influência dos textos da comunidade europeia.

Por todas estas razões, pensou-se na criação de entes descentralizados, com personalidade jurídica própria, autonomia, ausência de víncu-

24 O direito administrativo em evolução. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003. p. 183.

25 Obra citada, pp. 260-261.

lo de subordinação com a Administração Direta, estabilidade dos dirigentes, com mandatos não coincidentes com os daqueles que têm poder de nomeação, nomeação dos dirigentes pelo Chefe do Poder Executivo, com referendo do Poder Legislativo, para conferir maior legitimidade às suas decisões. Criaram-se, assim, as agências reguladoras, que nada mais são do que autarquias em regime especial. Juliana Bonacorsi de Palma resume:

A adoção do modelo de Agências Reguladoras resulta da necessidade de atração de investimentos privados para financiar a prestação de serviços públicos, antes diretamente fornecidos pelo Estado por meio de suas empresas estatais²⁶.

Estes entes descentralizados, para desincumbirem-se de seus deveres legalmente atribuídos, são dotados de poder normativo, como expressamente reconhecido pelo já transcrito artigo 174, da Constituição Federal. Vale dizer, a lei que cria a autarquia em regime especial também arrola a competência para editar normas para o respectivo setor. É possível afirmar que o poder normativo da agência reguladora constitui a faceta mais inovadora e mais eficiente do poder regulador do Estado. Isto porque, sem a capacidade de normatizar o setor, a agência poderia ter sua tecnicidade comprometida, perdendo a proximidade dos particulares regulados, além de comprometer a celeridade na solução dos conflitos e controvérsias que se desvelam no dinamismo da sociedade.

De toda forma, é possível, segundo o ordenamento jurídico pátrio, que uma agência reguladora seja mais ou menos independente do que outras. Tudo depende da lei que a instituir. É esta lei que definirá a extensão do poder normativo e a extensão da vinculação da agência à Administração Direta. Como exemplo, Dinorá Adelaide Musseti Grotti²⁷ lembra:

O Poder Executivo não tem a faculdade de mudar as decisões concretas, nem as normas editadas pela Agência. Seus atos não podem ser revistos ou alterados pelo Poder Executivo, salvo se houver expressa previsão legal para a admissão do recurso hierárquico impróprio. Por-

26 PALMA, Juliana Bonacorsi de. Obra citada.

27 Obra citada.

tanto, dependendo do arranjo legal, há agências com alto grau de autonomia e outras com pouca ou nenhuma autonomia, ou seja, há poder de interferência maior ou menor do Executivo.

O poder normativo das agências, por imposição da Constituição Federal que consagra o princípio da tripartição das funções estatais (artigo 2º²⁸), não pode ser de tal extensão que atribua a um ente da administração indireta que não possui mandatários eleitos pelo povo²⁹, o poder de inovar o ordenamento jurídico. Este poder é atribuído praticamente com exclusividade ao Poder Legislativo. Assim, a constitucionalidade da lei de criação de uma agência reguladora, no ponto em que lhe atribui poder normativo, dependerá de “o legislador haver estabelecido *standards* suficientes, pois do contrário haveria delegação pura e simples de função legislativa.”³⁰

Nesse ponto, ao tratar especificamente do poder sancionador inerente às concessões de serviço público, Dora Maria de Oliveira Ramos afasta a deslegalização³¹ e consagra a técnica da remissão normativa:

Por remissão normativa entende-se, na lição de Garcia de Enterría, a circunstância de uma lei, ao regular determinada matéria, expressamente remeter a uma normatização posterior, elaborada pela Administração, determinados pontos que complementarão o comando legal.

A distinção entre deslegalização e remissão normativa está no comando da lei que remete à atividade normativa da Administração. Enquanto

28 Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

29 Essa afirmação tangencia a questão do “déficit democrático” das agências reguladoras, com dirigentes nomeados pelo Chefe do Poder Executivo, com ratificação pelo Poder Legislativo. Como essas pessoas, após a investidura, passam a exercer mandato e não são demissíveis *ad nutum*, houve quem questionasse sua legitimidade para exercer a função de regulação que, como será visto mais adiante, requer conhecimento profundo das políticas públicas determinantes para o setor/área regulado(a). Tal estudo, contudo, desborda os limites deste artigo. Por isso, para o aprofundamento desse tópico, remetemos o leitor a ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

30 Dinorá Adelaide Mussetti Grotti, Obra citada.

31 Para maior aprofundamento, ver ADI 1668, que teve como objeto a Lei Geral de Telecomunicações, que criou e definiu as atribuições da ANATEL. Acórdão disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347202>. Acesso em: 19/06/2014.

na deslegalização a lei deslegalizadora limita-se a invocar o regulamento, sem traçar comandos mínimos acerca da matéria deslegalizada, a lei de remissão normativa fixa pontos a serem explicitados e desenvolvidos pelo regulamento.³²

Assim, sem perder de vista que normas podem ser veiculadas por instrumentos diversos, a extensão delas será conforme a Constituição Federal se seu conteúdo trazer inovação compatível com o nível hierárquico do veículo introdutório. Em outras palavras, tratando-se de lei em sentido estrito, o conteúdo pode ser inovador do ordenamento (criar obrigações, conferir direitos, tipificar condutas reprováveis e suas respectivas sanções, *u.g.*). Tratando-se de veículos infralegais (como decretos executivos, resoluções, portarias etc.), seu conteúdo não poderá inovar além dos limites legais, estando limitado à regulamentação dos requisitos necessários à obtenção do direito, à forma de cumprimento de um dever, à dosimetria da sanção, à definição de conceitos vagos postos como caracterizadores de uma conduta reprovável etc.

Trazendo a questão de volta ao tema das agências reguladoras, é possível afirmar que o poder normativo das agências, no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente à vista do artigo 84, da Constituição Federal, restringe-se aos exatos termos da remissão legislativa operada pela lei de criação da autarquia. Tal afirmação tem reflexo também na extensão do poder sancionatório da agência. Partindo do pressuposto de que não há norma efetiva sem sanção, a finalidade regulatória da agência somente terá efetividade se lhe for atribuído algum poder sancionatório. Este poder, assim como o normativo, deve ser delineado na lei de criação, a qual deve enunciar genericamente o ilícito, reservando ao administrador a possibilidade de desenvolver o conteúdo por meio de atos infralegais. Tanto é assim que a Lei federal n. 8.987/95 que dispõe sobre concessões e permissões de serviço público não tipifica condutas ilícitas nem arrola sanções, o que pode levar a uma dificuldade de aplicação do poder normativo e poder sancionatório da agência reguladora.

Esta dificuldade deverá ser investigada em cada caso concreto, buscando-se sempre respaldo em lei em sentido estrito, em respeito ao

32 RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Obra citada.

princípio da legalidade. Nada obsta a existência da remissão normativa no ordenamento jurídico pátrio, cabendo apontar, todavia, que há defensores da inconstitucionalidade da atribuição de poder normativo às agências reguladoras com supedâneo no artigo 25, inciso I, do ADCT³³.

No caso específico da relação entre Poder Concedente, titular do serviço público e seu prestador, há relação especial de sujeição, em regra formalizada por um contrato administrativo que, de toda sorte, não tem o condão de tipificar ilícitos ou estabelecer sanções de forma genérica³⁴.

Cumprir destacar que nesta relação especial de sujeição aplicam-se todos os princípios constitucionais que norteiam a atividade da Administração Pública, em especial o artigo 5º, LV³⁵. O processo administrativo constitui, assim, uma garantia do administrado que contrata com o Poder Público, conferindo maior transparência e legitimidade à atuação estatal, em especial porque o particular deve ser visto como um colaborador³⁶ da Administração Pública que, embora atue no mercado com vistas à obtenção do lucro (o que é juridicamente legítimo), tem todo

33 Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I - ação normativa;

34 De forma mais ampla: “Os contratos administrativos, nos quais os vínculos de sujeição especial entre Administração contratante e administrado contratado são formalizados, também podem determinar infrações administrativas de aplicação restrita ao contratado por atos relacionados ao desenvolvimento do objeto contratual, bem como o critério de aplicação das correspondentes sanções. Em um cenário de crescente desenvolvimento de funções públicas por particulares, é notável o aumento de preceitos legais dispositivos das cláusulas obrigatórias dos contratos administrativos e, dentre eles, as cláusulas de disciplina da responsabilização administrativa.” (PALMA, Juliana Bonacorsi. Obra citada, p. 17).

35 LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

36 O doutrinador português Vasco Pereira da Silva escreveu que “As transformações do Direito Administrativo dizem igualmente respeito à importância renovada do papel dos particulares, não apenas enquanto destinatários e participantes da actuação administrativa, mas também enquanto autônomos sujeitos de um verdadeiro relacionamento jurídico com a Administração Pública. O que tem como consequência que, de ora em diante, o Direito Administrativo deixa de ser o direito de uma Administração toda-poderosa, para passar a ser o direito dos particulares nas suas relações com a Administração.” (PEREIRA DA SILVA, Vasco M. P. D. *Em busca do ato administrativo perdido*. Almedina, Coimbra: 2003. p. 126).

interesse que o serviço público que presta mediante delegação seja adequado e satisfatório para o usuário. Seja porque atua sob fiscalização do poder público, podendo incorrer em multas ou outras sanções por descumprimento contratual, seja porque quanto melhor o serviço prestado, maior será o leque de usuários, podendo reverter em aumento de sua receita, incrementando seus lucros de forma juridicamente legítima.

Considerando, contudo, que os contratos de concessão costumam ter longos prazos de duração, é fato notório que “pode haver situações de crise imprevisíveis (choques externos, por exemplo), crises de oferta (“apagões”) ou de demanda (alta inadimplência) que afetem as expectativas do regulador e do regulado”³⁷, a demandar respostas rápidas e tecnicamente eficientes, respeitadas as normas constitucionais, legais e contratuais. Por isso, “a regulação futura é determinada, em grande parte, pelas opções técnicas e políticas que faz o governo que outorga as concessões; momento em que se desenha, por assim dizer, o coração do compromisso regulatório”³⁸.

3. O compromisso regulatório

Antes de tratar detidamente do compromisso regulatório, é necessário advertir que, para os economistas, essa expressão invoca uma carga ideológica marcante:

Trata-se de uma expressão correntemente utilizada por organismos multilaterais cujas proposta de reforma do setor público e a organização institucional da regulação de mercados subsequente são francamente liberalizantes e, em termos jurídicos, associadas ao paradigma “rule of law”, mormente propugnado pelo Banco Mundial.

Do ponto de vista jurídico, contudo, compromisso regulatório nada mais é do que a tensão existente de forma constante à vigência de uma contratação para delegação de serviço público, entre rigidez e flexibilidade na regulação dinâmica de um determinado mercado.

37 FARACO, Alexandre Ditzel; COUTINHO, Diogo R. obra citada.

38 Idem. Ibidem.

Retomando o histórico adrede mencionado, que justificou a opção pela “agencificação” no exercício da atividade de regulação pelo Estado, Gustavo Binimbojm³⁹ afirmou categoricamente que:

Como se sabe, o modelo regulatório brasileiro foi adotado no bojo de um amplo processo de privatizações e desestatizações, para o qual a chamada reforma do Estado se constituía em requisito essencial. É que a atração do setor privado, notadamente o capital internacional, para o investimento nas atividades econômicas de interesse coletivo e serviços públicos objeto do programa de privatizações e desestatizações estava condicionada à garantia de estabilidade e previsibilidade das *regras do jogo* nas relações dos investidores com o Poder Público.

Na verdade, mais do que um requisito, o chamado *compromisso regulatório* (*regulatory commitment*) era, na prática, verdadeira exigência do mercado para a captação de investimentos. Em países cuja história recente foi marcada por movimentos nacionalistas autoritários (de esquerda e de direita), o risco de expropriação e de ruptura dos contratos é sempre um fantasma que assusta ou espanta os investidores estrangeiros. Assim, a implantação de um modelo que *subtraísse o marco regulatório* do processo político-eleitoral se erigiu em verdadeira *tour de force* da reforma do Estado.

Com efeito, é fato notório que a modelagem das agências reguladoras foi necessária e essencial para atrair os investimentos privados que se fizeram necessários para o desenvolvimento da infraestrutura nacional. Daí a importância de se esmiuçar o conteúdo do compromisso regulatório.

Nos serviços públicos explorados mediante concessão, há quem defenda que esse compromisso regulatório é objetivamente aferido pela equação econômico-financeira do contrato:

39 BINENBOJM, Gustavo. *Agências reguladoras independentes, separação de poderes e processo democrático*. Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, (60), 2006, pp.59-82. Disponível em: http://download.rj.gov.br/documentos/10112/754454/DLFE-45732.pdf/Revista_60_Doutrina_pg_59_a_82.pdf. Acesso em: 19/06/2014. Destaques do original.

Veja-se, com isso, que parece haver uma dada altura em que, em um Estado regulador pós-privatizações, definem-se e cristalizam-se as “regras do jogo”. Trata-se de um momento razoavelmente localizável no tempo em cada setor regulado – em que se forma entre o poder público e os investidores privados o que se chama, no jargão da regulação, de compromisso regulatório (ou “regulatory commitment”). É, assim, de uma espécie de pacto inicial que, se por um lado não é imutável, por outro só pode ser alterado, conforme o senso comum cristalizado, de modo oportuno e nunca de maneira extemporânea, uma vez que alterações atabalhoadas costumam levar, dada a opção passada pelo financiamento privado da infraestrutura, a prejuízos para os cidadãos⁴⁰.

Esta equação pode ser definida como equilíbrio entre encargos e benefícios para cada uma das partes contratantes, sendo possível afirmar que um contrato permanecerá equilibrado em termos econômicos e financeiros enquanto nenhuma das partes – Poder Público ou contratado – suportar os efeitos financeiros positivos ou negativos decorrentes de evento cujo risco não lhe tenha sido atribuído originariamente.

Além de objetivo, esse entendimento encontra respaldo no ordenamento jurídico, na medida em que a equação econômico-financeira pode ser considerada o núcleo do compromisso regulatório, mas este abarca toda a complexa atividade de regulação.

Interessante trazer à colação a definição de compromisso regulatório dada pela ARSESP⁴¹:

A efetividade de qualquer sistema de regulação depende crucialmente da estabilidade esperada do arcabouço regulatório. O regulador deve adotar regras claras e estáveis para o mercado regulado, com vistas a orientar corretamente o comportamento das empresas, reduzir as incertezas dos investidores e, conseqüentemente, o custo do capital. Compromissos regulatórios assumidos devem se basear em princípios econô-

40 FARACO, Alexandre Ditzel; COUTINHO, Diogo R. Obra citada.

41 Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo. Nota técnica para consulta pública: Metodologia e critérios para determinação da base de remuneração regulatória dos ativos dos serviços de saneamento básico prestados pela Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – Sabesp. Disponível em: http://www.arsesp.sp.gov.br/ConsultasPublicasBiblioteca/Nota_Tecnica-final.pdf. Acesso em: 20/06/2014.

micos e, como regra geral, serem cumpridos integralmente e mantidos inalterados.

A estabilidade e previsibilidade das regras do jogo garantidas pelo compromisso regulatório conferem a necessária margem de segurança para realização de investimentos privados no setor público. A percepção dessa segurança será tanto maior quanto mais reforçada for a autonomia dos entes estatais responsáveis diretos pela regulação. Assim é que o modelo de agência reguladora com alto grau de especialização técnica e autonomia em relação ao Poder Concedente tende a elevar a confiabilidade do setor privado – e também do usuário do serviço público prestado mediante delegação – no Estado regulador:

A ameaça de mudança das regras com o jogo em curso pode sinalizar uma falta de comprometimento cujas consequências – que não podem ser antecipadas precisamente – envolvem aspectos outros de governo que não somente a regulação. Dito de outro modo, certas medidas regulatórias podem afetar a percepção de risco do investidor privado que, por seu turno, se alastra contagiando outros investimentos presentes ou futuros em outros setores.⁴²

Trata-se do fenômeno intitulado de “risco regulatório”, que certamente será precificado em futuras propostas do setor privado para investimento em serviços públicos nos mais variados setores.

Esse risco pode ser reduzido com a alta especialização técnica das agências reguladoras, somada à autonomia, que não pode e não deve ser absoluta.

Embora já se tenha mencionado adrede a “blindagem” política das agências reguladoras como inerente à manutenção do compromisso regulatório, fato é que o absoluto distanciamento entre o Poder Concedente e a autarquia em regime especial, tanto quanto a dependência, não se coaduna com o ordenamento jurídico pátrio:

Não se admite que o manejo das *políticas regulatórias* contrarie, negue ou esvazie as políticas públicas. Porém, será no âmbito das *políticas regulatórias* que será definido o *timing* e o resultado de uma política

42 FARACO, Alexandre Ditzel; COUTINHO, Diogo R. Obra citada.

pública setorial. [...] compete ao regulador introduzir no setor regulado as pautas de interesse geral contidas nas *políticas públicas*, atuando no sentido de que o sistema regulado absorva essas pautas, retomando o seu equilíbrio interno. Nessa perspectiva, a *política regulatória* envolverá a margem de liberdade do regulador em ponderar os interesses regulados e equilibrar os instrumentos disponíveis no sentido de intervir no sistema sem inviabilizar seus pressupostos. [...]⁴³

A exata medida do rigor e da leveza da interferência do titular do serviço público na atividade de regulação realizada pelo ente descentralizado criado para essa finalidade é um dos elementos a ser considerado no compromisso regulatório.

E, não se pode olvidar que o compromisso regulatório, assim como o seu núcleo (equação econômico-financeira do contrato), somente será respeitado e mantido em adequado equilíbrio enquanto for também respeitada a equidistância do ente regulador com o Poder Concedente, com o poder econômico e com o particular contratado (investidor).

Vale lembrar que a estrutura administrativa em que constituído o ente regulador (agência reguladora – autarquia em regime especial) tem, a rigor, se mostrado adequada ao ordenamento jurídico pátrio, na medida em que autoriza o exercício do controle de finalidade⁴⁴ do Poder Concedente sobre as agências a ele vinculadas, sem subordinação hierárquica.

Noutras palavras, as agências reguladoras não são absolutamente independentes do Poder Concedente e, por isso, não estão protegidas contra os efeitos de oscilações políticas que decorrem do sistema democrático em que inseridas. Mudanças nos rumos da regulação de um mercado podem legitimamente decorrer de alterações legislativas, por exemplo. A cautela a ser observada é com a implementação das altera-

43 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 88.

44 Conforme previsto na Constituição Federal: “Art. 87. Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos. Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei: I - exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República;”

ções legítimas, para que seu impacto seja estimado e implementado de forma tecnicamente adequada, observadas as particularidades de cada setor, a fim de preservar o compromisso regulatório ou, mais especificamente, o seu núcleo (aferido casuística e objetivamente pelo equilíbrio econômico-financeiro de cada contrato de concessão) e viabilizar o sucesso de outros empreendimentos no mesmo setor:

Nesse contexto, pode-se dizer, em síntese, que a regulação presente opera de maneira limitada quando se trata de alterar ou modificar os termos do compromisso regulatório firmado e cristalizado no passado. Essa é a lógica econômica que explica a existência, na ordem jurídica, da ideia de equilíbrio econômico-financeiro das concessões. Se isso é correto, o tratamento casuístico ou demagógico dos reajustes tarifários implica o estremecimento do compromisso regulatório e pode, em prejuízo de todos, levar à suspensão dos investimentos privados ou, em razão da elevação da percepção do risco regulatório, vir a exigir um indesejável aumento futuro das tarifas públicas, ou provocar o atraso no cumprimento de obrigações de investimento e de garantia de qualidade.

Tais conclusões, todavia, devem ser tomadas com cautela quando se trata de modificações na regulação decorrentes de iniciativas legítimas, tal como discutido antes, no âmbito do jogo democrático. Propostas de lei ou de diretrizes de política setorial não devem ser sumariamente presumidas “demagógicas”, “oportunistas” ou “casuísticas”. Elas podem, em outras palavras, ser perfeitamente legítimas – embora, em alguns casos, inoportunas. Isso traz mais uma vez à tona a tensão entre estabilidade e flexibilidade.⁴⁵

Não se pode olvidar que, ao fim e ao cabo, o serviço público prestado mediante delegação e objeto de regulação por ente estatal é de titularidade do Estado, cujas decisões são tomadas por representantes eleitos pelo povo, no sistema democrático adotado pela ordem constitucional. Nesse sentido:

A regulação pelas agências, portanto, consagra a estabilidade e a permanência na consecução das políticas públicas. Refreia, porém, a absorção destas pela política governamental de mais curto prazo, aquela

45 FARACO; COUTINHO, obra citada, p. 267.

que não prejudique objetivos gerais de governo, mas apenas os objetivos imediatos do governo. A regulação, portanto, i) favorece o planejamento; ii) incrementa a estabilidade e a institucionalidade (não a imutabilidade) das políticas; e iii) dá consistência à mudança.⁴⁶

E, noutro giro, o controle de finalidade exercido pelo Poder Concedente também serve de freio à possibilidade (também explorada pela doutrina) da ocorrência de “captura” do regulador pelo regulado⁴⁷.

Conquanto necessária uma permanente e constante interação entre regulador e regulado, deve a autoridade regulatória “poder divisar os interesses gerais que tutela os interesses específicos (embora legítimos) dos regulados”⁴⁸.

Considerando que o contratado para realizar vultosos investimentos e prestar serviço público mediante delegação comumente tem grande poder econômico, pode ele exercer (ou pretender exercer) influência sobre o ente regulador. Daí porque é importante ressaltar que a pedra de toque do compromisso regulatório é o equilíbrio. Equilíbrio entre os *players* ou os atores do mercado regulado, o Poder Concedente e o ente regulador, sem perder de vista o núcleo que garante segurança, previsibi-

46 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Obra citada, p. 94.

47 “A teoria da captura volta-se, em princípio, ao tema que envolve a independência decisória (e não consultiva), que representa o estabelecimento do Conselho Diretor da Agência Reguladora como última instância de decisão, haja vista a sua vinculação administrativa (e não subordinação hierárquica) ao respectivo Ministério. O amplo debate sobre a teoria da captura das entidades regulatórias (*capture theories*) surgiu nos Estados Unidos da América no fim dos anos de 1960, sendo o trabalho de George Stigler, de 1971 (*The theory of economic regulation*), considerado o marco dessas discussões. Os Estados Unidos da América experimentaram um amplo e contínuo desenvolvimento da regulação setorial desde 1887, quando surgiu a *Interstate Commerce Commission*, com competência regulatória do transporte ferroviário interestadual. A *Independent Regulatory Commission* é um ente estatal autônomo, dirigido por um colegiado composto por *Commissioners* eleitos pelo Chefe do Poder Executivo, e investidos para exercer o múnus público por meio de mandato fixo. A nomeação do *Chairman*, que preside o órgão colegiado, compete ao Chefe do Poder Executivo, com prévia aprovação do Senado Federal. Partindo-se da premissa de que os Conselheiros (*Commissioners*) que compõem o corpo dirigente das Agências não deixam de ser suscetíveis ao processo eleitoral e influência por grupos econômicos, a linha de pensamento adotada por Stigler na referida obra consiste na possibilidade de contaminação das Agências Reguladoras pelos diversos grupos de interesses, com vistas à obtenção de benefícios. (GUERRA, Sérgio. *Teoria da captura de agência reguladora em sede pretoriana*. RDA – Revista de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, n. 244, jan/abr 2007 – grifos do original).

48 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Obra citada, p. 69.

lidade e, ao fim e ao cabo, o sucesso da parceria entre Público e Privado no desenvolvimento da infraestrutura e prestação de serviços públicos de forma contínua, adequada e a preços módicos para o usuário.

4. Conclusão

Dentro das limitações deste artigo, é possível afirmar que a delegação da prestação dos serviços públicos é decorrência do princípio da subsidiariedade que, de seu turno, decorre da impossibilidade prática evidente de o Poder Público prestar com exclusividade, de forma adequada e por sua conta e risco, todos os serviços públicos. Em atenção ao princípio da eficiência – e da própria universalização dos serviços públicos – as atividades econômicas consideradas essenciais, num dado momento histórico, para a vida em sociedade, são prestadas mediante delegação, em sistema de colaboração entre o particular contratado e o Poder Público, sendo certo que o primeiro coloca-se, voluntariamente, em relação especial de sujeição, submetendo-se aos poderes normativo e sancionador do titular do serviço.

No transcorrer dessa parceria, em regra, de longo prazo, considerados os vultosos aportes de recursos necessários e a modicidade tarifária a reclamar maiores prazos para retorno do investimento privado requerido, é essencial que se mantenha o equilíbrio da relação, mantidas as regras inicialmente postas e a previsibilidade das decisões administrativas que interferem direta ou indiretamente no serviço objeto da parceria.

Pelas mesmas razões (longo prazo de duração das concessões), mudanças são possíveis de ocorrer e a transparência e adequada procedimentalização para implementação tempestiva e eficiente para adaptação das regras da contratação às alterações supervenientes são garantidas pela manutenção do compromisso regulatório.

De mais a mais, diante das externalidades que a prestação de um serviço público em regra envolve, os investimentos que ficam a cargo do particular costumam ser vultosos, de forma que a atuação do Poder Público deve ser séria, para tornar atrativo o investimento pelo particular, assegurando-lhe um retorno provável e previsível, até para viabilizar a

captação de recursos financeiros junto a agentes financiadores⁴⁹, se necessário. Em suma, a atividade de regulação, assim como toda atuação do Estado, além de transparente, deve respeitar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos para ambas as partes contratantes, o que exige, em regra, respostas rápidas e eficientes diante da dinâmica da sociedade, a conciliar o compromisso regulatório com a adequada prestação do serviço público, dentro da legalidade e constitucionalidade.

5. Referências bibliográficas

ARRUDA JUNIOR, Demerval Ferraz de. *Parecer PA n. 27/2011*. Aprovado pelo Procurador Geral do Estado de São Paulo Elival da Silva Ramos.

BINENBOJM, Gustavo. *Agências reguladoras independentes, separação de poderes e processo democrático*. Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, (60), 2006, pp.59-82. Disponível em: http://download.rj.gov.br/documentos/10112/754454/DLFE-45732.pdf/Revista_60_Doutrina_pg_59_a_82.pdf.

FARACO, Alexandre Ditzel; COUTINHO, Diogo R. *Regulação de indústrias de rede: entre flexibilidade e estabilidade*. Revista de Economia Política, vol. 27, n. 02 (106), abril-junho/2007, pp. 261-280.

FRANÇA, Phillip Gil. *Reflexões sobre Regulação, Gestão Pública e Desenvolvimento do Cidadão a partir da Intensidade da sua Convicção no Direito*. In: SILVA, Vasco Pereira da; SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Direito público sem fronteiras*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, junho de 2011. pp. 521 a 544. E-book disponível em: http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/ebook_dp_completo2_isbn.pdf.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006

GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. *As agências reguladoras*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto

49 Cabe aqui lembrar que a própria Lei federal n. 8.987/95 prevê a possibilidade de dar em garantia de financiamentos os direitos emergentes da concessão, até o limite que não comprometa a operacionalização e a continuidade da prestação do serviço adequado (art. 28).

de Direito Público da Bahia, n. 6, mai/jun/jul de 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>.

GUERRA, Sérgio. *Teoria da captura de agência reguladora em sede pretoriana*. RDA – Revista de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, n. 244, jan/abr 2007.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003.

MIRAGEM, Bruno. *A nova administração pública e o direito administrativo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2010.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Regulação e autoridade: o poder sancionador na regulação*. IV Congresso Ibero-americano de Regulação Econômica – Associação Ibero-americana de Estudos da Regulação – ASIER. *Paper* disponível em: http://www.asierregulacion.org/asierregulacion/?wpfb_dl=784

PEREIRA DA SILVA, Vasco M. P. D. *Em busca do ato administrativo perdido*. Almedina, Coimbra: 2003.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Considerações sobre o poder sancionatório da Administração Pública. Os ilícitos administrativos e as concessões de serviços públicos*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Estudos em homenagem à Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Vol. 71, janeiro/junho 2010, p. 111-153

RINALDI, Ana Maria Oliveira de Toledo. *Parecer PA n. 58/2007*. Aprovado pela Procuradora do Estado Chefe da Procuradoria Administrativa da PGE/SP Maria Teresa Ghirardi Mascarenhas Neves e pela Subprocuradora Geral do Estado da Área da Consultoria Geral Rosina Maria Euzébio Stern.

SÉRVULO CORREIA, José Manuel. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987.

TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.