

O ESTADO REGULADOR E O EXEMPLO DO SETOR ENERGÉTICO PAULISTA

REGULATORY STATE AND THE EXEMPLE OF SÃO PAULO'S ENERGY SECTOR

LUIZ FERNANDO ROBERTO*

RESUMO

Uma visão panorâmica da história revela que a cada momento, a realidade social, política e econômica determina uma conformação específica do aparato estatal. No atual momento, várias atividades assumidas no período do Estado de Bem Estar Social vêm sendo devolvidas aos particulares. Diante dessa realidade, surge a necessidade de se garantir que essas atividades transferidas à iniciativa privada pelo Estado continuarão a atender ao interesse da coletividade. O desafio, portanto, é imprimir valores públicos nas entidades privadas, o que é feito, em grande medida, pela atividade regulatória. O presente trabalho apresenta alguns instrumentos fundamentais de regulação econômica e, por meio da análise de um exemplo tirado do setor energético paulista, mostra a importância do Direito Administrativo para a viabilização de um diálogo entre complexos conceitos da economia e os valores promovidos pelo ordenamento jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo. Regulação. Setor energético. Valores públicos.

ABSTRACT

A historical overview reveals that at each moment, the social, political and economic characteristics causes a specific conformation of the state. Presently, various activities undertaken during the period of the Welfare State are returning to private institutions. Given this reality, there is a need to ensure that these activities transferred to the private sector by the state will continue to serve the interest of the community. The challenge therefore is to print public values in private bodies, which is done largely by regulatory activity. This paper presents some fundamental tools of economic regulation and, by analyzing an example taken from the energy sector in São Paulo, shows the importance of administrative law in allowing a dialogue between complex concepts of the economy and the values promoted by the legal system.

KEYWORDS: *Administrative Law. Regulation. Energy sector. Public values.*

SUMÁRIO: 1. Breve histórico – 2. Noção de regulação – 3. Instrumentos de regulação econômica – 4. O exemplo do setor energético paulista – 5. Conclusão – 6. Referências.

* Mestrando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade de São Paulo; Procurador do Estado de São Paulo. fbmeneguin@hotmail.com

BREVE HISTÓRICO

A evolução do Direito Administrativo e de seus institutos ocorre de forma paralela à evolução do Estado. A cada momento histórico, as realidades sociais e políticas determinam uma conformação específica do aparato estatal, à qual corresponde um arcabouço jurídico e teórico que lhe confere substância e operabilidade.

No final da Idade Média, o surgimento dos ideais renascentistas propiciou a consolidação das condições para a formação do Estado Moderno. A diminuição do prestígio da Igreja permitiu a concentração do poder nas mãos do monarca, pondo termo à fragmentação política verificada no feudalismo.

O Estado desse período era o denominado Estado de Polícia, em que o direito se resumia à vontade suprema do rei. O regime se fundamentava em duas ideias: a de soberania e a de polícia, de acordo com as quais ao monarca era conferido um direito ilimitado para administrar. Máximas como “a vontade do rei é a lei suprema”, ou “o rei não pode errar” bem definiam o contexto dessa época em que, segundo abalizada doutrina, o direito público ficou na penumbra (DI PIETRO, 2007, p. 18).

Com a edição do Bill of Rights, na Inglaterra de 1689, inaugurou-se uma segunda fase do Estado Moderno. Pela primeira vez, a monarquia absolutista se viu limitada de forma efetiva. Os poderes de legislar e de criar tributos deixaram de ser prerrogativas do monarca e passaram a ser atribuição do Parlamento, instituição autônoma em relação à coroa.

Iniciou-se, assim, a fase do Estado de Direito, na qual o despotismo foi substituído pela vontade geral expressa na lei. Legalidade, igualdade e liberdade eram princípios fundamentais da época, que também acabaram por refletir na organização do Direito.

O Estado surgido desses princípios, que se consolidou a partir da Revolução Francesa, tinha forte compromisso com os ideais liberais, o que, do ponto de vista prático, se traduzia em

uma mínima intervenção estatal na vida das pessoas. O aparato administrativo era reduzido, porque destinado unicamente à garantia da segurança e à administração da justiça, funções então destinadas ao Poder Público.

É deste período o surgimento da noção de serviço público. Paulatinamente moldada pela jurisprudência e pela doutrina francesas, esta instituição foi sendo formada em torno da ideia de um regime jurídico específico, destinado a reger algumas prestações assumidas pelo Estado para atender ao interesse geral (GROTTI, 2006, p. 41). O conceito ganhou importância e chegou a ocupar uma posição central na Teoria do Estado no início do Século XX.

A essa realidade política e social correspondia um Direito Administrativo ainda incipiente, voltado apenas para garantir a liberdade dos indivíduos perante o Estado e circunscrito à pequena gama de atribuições que eram conferidas ao Poder Público.

O crescimento do aparato estatal se deu apenas em um terceiro momento do Estado Moderno, o denominado Estado de Bem-Estar Social. Da constatação de que o não intervencionismo característico do Estado Liberal deu ensejo ao surgimento de miséria, exploração e distorções no âmbito da sociedade, nasceu a consciência da necessidade de uma intensa atuação do Estado nos mais variados aspectos da vida econômica e social.

O Estado passou a ser entendido como um regulador global (DI PIETRO, 2007), com atribuições para intervir em quase todas as relações sociais. O Poder Executivo, órgão que concentrou a maior parte dessas atribuições, assumiu um papel de protagonista, sobrepondo-se ao Poder Judiciário e ao próprio Poder Legislativo.

A essas características também correspondeu um arcabouço jurídico peculiar. Os princípios liberais foram substituídos pelo compromisso com o bem-estar social, o que conferiu ao Estado a responsabilidade pela garantia da igualdade material entre os indivíduos.

Nesse período, verificou-se a chamada instrumentalização do direito (CHEVALIER, 1988, p. 376), de acordo com a qual o ordenamento jurídico passou a ser visto como uma ferramenta para a exteriorização da atuação do Estado e para a execução das inúmeras tarefas assumidas por este no contexto em questão.

Foram reconhecidas prerrogativas da Administração Pública em face do indivíduo e normas de direito público passaram a limitar alguns direitos particulares como a propriedade e a autonomia da vontade. O poder de polícia, assim, foi dotado de um sentido mais amplo para abranger um grande espectro de limitações dos direitos individuais em benefício do interesse público.

Passou-se de um Estado em que a iniciativa privada era a regra e o serviço público a exceção para um Estado interventor, cujo rol de atividades próprias definidas como serviços públicos passou a abarcar inúmeras atividades industriais e comerciais antes reservadas à iniciativa privada (GROTTI, 2003, p. 42). Nesse contexto, verificou-se a primeira crise do conceito de serviço público (ARAGÃO, 2008, p. 423).

O aumento da atuação estatal na economia e na regulação da atividade econômica privada trouxe para o âmbito estatal uma série de atividades comerciais e industriais não relacionadas necessariamente com o atendimento do interesse social. Esta tendência se acentuou ainda mais no período posterior à Segunda Guerra Mundial, quando o Estado passou a desempenhar tantas atividades econômicas que o conceito de serviço público, anteriormente utilizado como referência para quaisquer atividades estatais, viu-se esvaziado.

A noção de serviço público entrou em crise nessa época, porque não pôde mais ser utilizada como baliza limitadora entre a atividade estatal e a atividade econômica. Da mesma forma, o critério formal do regime jurídico, tradicionalmente utilizado para definir o serviço público, começou a apresentar contornos menos nítidos, dados os instrumentos tipicamente de direito

privado que passaram a ser utilizados pelo Estado no desempenho das novas atribuições assumidas.

Em seguida, já a partir dos anos 1980, o insuportável aumento da máquina estatal decorrente da assunção de inúmeras atribuições e o inchaço da burocracia provocaram o colapso do Estado Social. A participação do Estado em atividades econômicas deficitárias e a ineficácia da gestão geraram endividamento público e ineficiência dos serviços estatais, o que deu início a um movimento de devolução à iniciativa privada de uma série de atividades anteriormente assumidas pelo Poder Público.

A esse respeito, advertia Arnaldo Wald:

O chamado contrato social precisa ser revisto porque o Estado tornou-se dono da sociedade, em vez de constituir, como deveria, o conjunto de serviços públicos à disposição da nação, ou seja, do cidadão. Assim sendo, decorridos mais de sessenta anos a partir da consagração generalizada do Estado-providência, ficou evidenciado que, em muitos casos, o mesmo levava seja ao Estado totalitário, seja ao Estado ineficaz e falido. O grande desafio atual consiste em reestruturar o Estado e, simultaneamente, fortalecer e dinamizar o funcionamento dos serviços públicos que deve prestar, terceirizando-os sempre que possível e oportuno. (WALD, 2004. p. 9).

Passou-se, então, para a etapa do denominado neoliberalismo, na qual a reforma da gestão pública e a privatização provocaram profundos impactos no campo do direito público. Da megalomania e da onipresença, passou-se ao Estado fiscalizador e incentivador da atividade privada. O modelo monopolista foi sendo substituído pelo concorrencial e o regime jurídico dos serviços públicos, antes rígido e uniforme para as diversas atividades prestadas pelo Estado, foi cedendo o passo às especificidades técnicas e econômicas de cada setor. Carlos Ari Sunfeld, nesse sentido, observa:

Durante bom período o conceito de serviço público serviu para razoavelmente sintetizar o regime jurídico da exploração dessas diversas atividades. É bem verdade que essa noção veio se modificando no tempo, tornando-se pouco a pouco muito

problemática; além disso, por ter sido utilizada para englobar serviços os mais distintos, com as respectivas especificidades, seu conteúdo jamais foi suficiente para dar conta dos problemas e características particulares de cada um deles (SUNDFELD, 2006, p. 32)

Se a primeira crise da noção de serviço público representou um movimento de expansão da atividade do Estado sobre as atividades privadas, o movimento inverso correspondeu à sua segunda crise. Ou seja, a retirada do Estado de diversas atividades numa busca pela redução do tamanho do seu aparato acarretou nova confusão na definição do conceito de serviço público. Tantas foram as mudanças que alguns chegaram a anunciar a morte deste conceito (ORTIZ, 2004, p.600). Outros autores, não olvidando a forte ligação entre a ideia de serviço público e a titularidade estatal, passaram a defender a simples redução de seu conteúdo (ARAGÃO, 2008, p. 340).

Ante a transferência das atividades anteriormente sob responsabilidade estatal para a iniciativa privada, surgiu a necessidade da criação de instrumentos jurídicos que garantissem, ao mesmo tempo, a eficiência da prestação das atividades de interesse da coletividade e a manutenção do controle gerencial pelo Estado.

O Direito Administrativo, nesta realidade, passou a se preocupar com as ferramentas que tornassem possível a construção de uma parceria entre Estado e iniciativa privada. O grande desafio passou a ser a concentração do aparato do Estado nas atividades centrais de organização e de gestão estratégica, ao mesmo tempo liberando a Administração Pública de diversos encargos e conferindo a esta poderes para dirigir a lógica do mercado na direção do interesse da coletividade. É nesse contexto que ganha importância a noção de regulação.

NOÇÃO DE REGULAÇÃO

No Brasil, o aumento da atuação do Estado nas atividades econômicas foi intensificado a partir da Constituição de 1937, com a criação de empresas públicas e sociedades de economia mista destinadas a suprir a fragilidade da iniciativa privada. A atuação econômica do Estado ganhou ainda mais força na década de 1960, quando foram criadas centenas de empresas estatais em diversos setores.

Tal crescimento, a exemplo do ocorrido em outros países, resultou em ineficiência dos serviços e endividamento do Estado, o que deu lugar ao movimento descrito de desmobilização da estrutura estatal. A reforma do Estado, assim, ganhou força a partir da década de 1990, período em que foi notada uma profunda alteração da relação do Poder Público com a sociedade decorrente da consolidação dos princípios neoliberais.

A diminuição da atuação estatal direta e a escolha do sistema do mercado para orientar atividades anteriormente entendidas como serviços públicos conferiram ao Estado novos contornos. Ao invés de administrar monopólios, o Poder Público passou a atuar mais incisivamente na regulação da conduta dos agentes econômicos.

Não se trata de função absolutamente nova, na medida em que o Estado já exercia a regulação no modelo intervencionista por meio da atuação direta na economia ou do exercício do poder de polícia. O que há de novo é a atividade de monitorar a concorrência para dirigi-la à consecução dos ideais de justiça social (NESTER, 2008, p. 446).

Por isso, a redução do tamanho do Estado não pode ser confundida com a retirada deste do campo econômico, ou mesmo com um retorno aos ideais liberais. Ao contrário. A atuação estatal no domínio econômico ainda é intensa, mas o foco é outro. A regulação se volta para garantir a liberdade de mercado e a concorrência em setores estratégicos, diante da crença de que a

lógica do mercado pode ser útil à promoção do interesse social buscado pelo Estado. Fixadas essas premissas, surge a indagação: o que seria, então, a regulação?

Neste tema, respeitável corrente doutrinária tende a apresentar um conceito restrito, limitando a regulação à atuação externa do Estado sobre a liberdade dos particulares enquanto agentes econômicos. Para estes autores, a regulação seria uma atividade incidente apenas sobre atividades não estatais, ou seja, aquelas não prestadas direta ou indiretamente pelo Estado. De acordo com este entendimento, a regulação seria uma decorrência da supremacia geral da Administração Pública, não relacionada, portanto, com qualquer relação específica do Estado com o particular. Filiando-se a esta corrente, discorre Ricardo Marcondes Martins:

[...] serviços públicos e monopólios estatais são atividades do Estado – e, pois, não passíveis de regulação. A intervenção do Estado sobre elas é de outra natureza, substancialmente distinta. Assim como não há sentido algum falar em regulação das atividades prestadas pelos servidores e empregados públicos, também não há sentido algum em falar em regulação das atividades prestadas pelos concessionários e permissionários. Se prestadas direta ou indiretamente pelo Estado, pouco importa, são atividades estatais – e, pois, incompatíveis com a função reguladora (MARTINS, 2011, p.116).

Para os fins deste ensaio, contudo, será adotada uma noção de regulação um tanto mais ampla. Isso porque o objetivo não é a classificação ou a lapidação do conceito, mas a descrição de uma reconfiguração do aparato estatal decorrente das alterações sociais e políticas já referidas.

A regulação de que se ocupa o presente estudo nada mais é que uma característica do modelo econômico assumido pelo Estado que, em vez de prestar de forma direta atividades econômicas, intervém com sua autoridade no mercado para alcançar suas finalidades básicas. Regulação, nesse sentido, pode ser entendida como uma espécie de intervenção do Estado na sociedade que incide direta ou indiretamente sobre a

economia, com o objetivo de limitar a livre iniciativa de agentes atuantes tanto no setor privado como no estatal para dirigi-los à consecução dos interesses da coletividade. Dando uma ideia da amplitude do termo, ensina Carlos Ari Sunfeld:

A regulação, enquanto espécie de intervenção estatal, manifesta-se tanto por poderes e ações com objetivos declaradamente econômicos (o controle de concentrações empresariais, a repressão de infrações à ordem econômica, o controle de preços e tarifas, a admissão de novos agentes no mercado) como por outros com justificativas diversas, mas efeitos econômicos inevitáveis (medidas ambientais, urbanísticas, de normalização, de disciplina das profissões etc.) (SUNDFELD, 2006, p. 18).

Por razões de ordem didática, alguns autores separam a regulação geral da regulação propriamente econômica (FROÉS, 2006, p. 550). Para estes autores, quando a regulação não incide diretamente sobre elementos econômicos, é denominada de regulação no interesse público ou regulação geral, ao passo que, quando a regulação se refere a condicionamentos de aspectos diretamente econômicos (como a divisão do mercado, o lucro máximo, o preço a ser cobrado etc), deve ser chamada de regulação econômica.

Para ilustrar a separação doutrinária, pode-se mencionar o exemplo do serviço de transporte rodoviário. No exercício da regulação geral, o Estado estabelece as normas de trânsito e de proteção nas vias, regulamenta aspectos de segurança dos veículos e instrumentaliza seus órgãos para a concretização dos projetos e a fiscalização das regras. Já por meio da regulação econômica, o Poder Público determina quais empresas poderão participar da prestação dos serviços rodoviários, qual o preço que estarão autorizadas a cobrar dos usuários, quais as metas de expansão e quais os critérios para a manutenção da qualidade do serviço prestado.

E é exatamente a regulação econômica que ganha grande importância na medida em que o particular vai aumentando a sua participação na execução de serviços públicos antes reservados

ao Estado. Isso porque as empresas privadas tendem a dirigir suas atividades exclusivamente para o lucro e, diante dessa realidade, evidencia-se um dos pontos mais relevantes da atuação regulatória: imprimir nas entidades particulares valores públicos¹ compatíveis com os interesses da sociedade.

INSTRUMENTOS DE REGULAÇÃO ECONÔMICA

Com a transferência de uma atividade antes prestada diretamente pelo Estado para uma entidade privada, surge o desafio de se imprimir nestas entidades finalidades públicas como a boa qualidade dos serviços, a eficiência, a universalidade, a continuidade, a segurança, a interconexão, a modicidade da tarifa etc. Para tanto, o Poder Público, no exercício da atividade regulatória, dispõe de alguns instrumentos, dentre os quais merecem destaque: a fixação de tarifas, o controle da entrada e saída de empresas no setor e a fixação de padrões de desempenho.

A fixação das tarifas pode ser entendida como a chave do processo de regulação. Neste único instrumento se situa o ponto de encontro entre o objetivo financeiro (equilíbrio entre custos e receitas), o objetivo econômico (maximização dos recursos disponíveis) e o objetivo social (universalização dos serviços e do acesso aos equipamentos) (FROÉS, 2006, P. 557).

Uma boa política tarifária proporciona rendimento apropriado para a entidade privada, permitindo que esta preste serviços adequados e invista na melhoria de seus equipamentos e na expansão das redes. Por outro lado, tarifas excessivamente baixas, usualmente, implicam na menor qualidade dos serviços e na diminuição dos investimentos. Daí a posição de centralidade

1 O presente ensaio se utiliza da definição de “valores públicos” sugerida por Jean Bernard Auby, no sentido de que estes seriam as “*limitações gerais que órgãos públicos sofrem em suas ações para proteger os direitos dos cidadãos e os interesses da sociedade como um todo*”. AUBY, Jean Bernard. *Contracting Out and Public Values: a Theoretical and Comparative Approach*. Paris: SiencesPo. Maio de 2009.

ocupada pela tarifa e a importância da atividade regulatória exercida pelo Estado neste ponto².

O controle da entrada e da saída das empresas no setor, por seu turno, corresponde à atuação do Estado na escolha de quantas e quais entidades poderão realizar serviços em seu nome e, além disso, por quanto tempo poderão fazê-lo. Tal escolha é feita, essencialmente, pela estipulação de barreiras institucionais à entrada e à saída de empresas em um determinado setor.

A análise de cada atividade revela qual é a forma mais eficiente de atender à coletividade. Ao regulador cabe a tarefa de franquear à iniciativa privada o acesso a essa atividade dentro dos limites estabelecidos.

Assim, ora atribuindo exclusividade do mercado a determinada pessoa, ora admitindo um grupo limitado de particulares em certa atividade, o Estado equilibra o exercício da atividade econômica. Com tal equilíbrio, busca o Poder Público corrigir distorções do mercado, dando maior eficiência à iniciativa privada em setores socialmente relevantes.

Já a estipulação de metas à entidade contratada constitui a mais clara forma de regulação econômica à disposição do Poder Público para a introdução de valores públicos nas empresas privadas.

Metas de expansão da rede de serviços, padrões de qualidade, continuidade do serviço e cobrança de tarifas razoáveis são objetivos nem sempre conciliáveis com os interesses econômicos das entidades parceiras do Estado. Por isso a atividade regulatória estatal se mostra essencial para a condução do mercado na direção desses valores.

Exposto, ainda que de forma sucinta, o funcionamento dos instrumentos de regulação econômica enfatizados neste

2 Para uma visão geral sobre os instrumentos econômicos comumente utilizados na fixação das tarifas, v. O regime tarifário na concessão de serviço público, de Fernando Vernalha Guimarães. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O regime tarifário na concessão de serviço público. Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte: julho de 2009.

estudo, cumpre vislumbrar como tais mecanismos são veiculados e fiscalizados na prática.

Em um primeiro momento, a regulação em relação às entidades incumbidas de tarefas públicas foi exteriorizada exclusivamente por meio do próprio contrato firmado entre a empresa privada e o Estado (contrato de concessão, por exemplo). Tal instrumento tinha a pretensão de prever todas as variáveis a que aquela relação poderia se sujeitar durante o período pactuado. A fiscalização, por seu turno, ficava restrita à aplicação das cláusulas estipuladas pelas partes.

Já em um período posterior, a partir da constatação de que o contrato apresentava dificuldades de adaptação às dinâmicas vicissitudes da realidade social e econômica, optou-se por um modelo mais ágil e flexível, o que abriu espaço para a atuação discricionária das agências reguladoras.

A respeito dessa transição entre os dois modelos referidos, discorre Vera Monteiro:

A regulação por contrato conforme é conhecida, como forma de promover e controlar a atuação de prestadores privados, especialmente de serviços de infraestrutura em que essa teoria é estudada, enfrenta o grave problema da incompletude. Esse mecanismo foi amplamente utilizado na Europa e nos Estados Unidos até o final do século XIX, e perdeu espaço à medida que aumentava o entusiasmo com a criação de comissões reguladoras independentes, de modo que a regulação por meio de contratos de concessão foi aos poucos sendo substituída pela regulação discricionária atribuída às agências reguladoras independentes. Noutras palavras, a regulação por contrato vê no instrumento contratual uma forma de obter o comprometimento entre as partes, enquanto a regulação discricionária busca extrair sua credibilidade principalmente do caráter independente do regulador (MONTEIRO, 2010, p. 67)

As agências reguladoras, nesse sentido, podem ser definidas como entes autônomos e especializados que têm a atribuição de conduzir a atuação das empresas privadas na direção do interesse público. Essa atribuição é levada a cabo

mediante uma produção normativa ágil e mediante o desempenho de funções de fiscalização e de resolução de conflitos.

Anunciando o advento das agências reguladoras, observou Carlos Ari Sunfeld:

Nascem as agências reguladoras independentes, encarregadas de disciplinar setores econômicos por inteiro. Aí estão as recentes Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, Agência Nacional de Petróleo – ANP. O que têm elas de novo ou de característico? De uma parte, o exercício de um largo poder normativo, cumulado com o fiscalizatório, o sancionatório, o de solução de conflitos etc.; de outra, o fato de desenvolverem uma tripla regulação: ‘a regulação dos monopólios’, a ‘regulação para a competição’ e a ‘regulação social’, esta última visando à universalização dos serviços; por fim, a circunstância de agirem sem subordinação ao Executivo (daí a independência). (SUNDFELD, 1999, p. 162).

No âmbito da União, a partir da década de 1990, foram criadas agências reguladoras voltadas para a regulação de setores específicos, como a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, regulada pela Lei nº 9.427/96, a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, instituída pela Lei nº 9.472/97, a Agência Nacional do Petróleo – ANP, prevista na Lei nº 9.478/97, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, estabelecida pela Lei nº 9.782/99, a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS prevista na Lei nº 9.961/00, a Agência Nacional de Águas – ANA, formada pela Lei nº 9.984/00, a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, ambas previstas na Lei nº 10.233/01 e a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, criada pela Lei nº 11.182/05.

O Estado de São Paulo também optou pelo mesmo modelo, tendo criado agências reguladoras voltadas para setores específicos. Pela Lei Complementar Estadual nº 833/97, foi criada a Comissão de Serviços Públicos de Energia, com a atribuição de regular, fiscalizar e controlar a qualidade dos serviços de energia. O formato de agência reguladora dessa entidade já era

depreendido de seu desenho institucional. Além de atribuições específicas de regulação, a Comissão era formada por servidores técnicos da área regulada. Seus órgãos centrais eram ocupados por agentes detentores de mandatos fixos, não necessariamente coincidentes com o mandato eletivo do chefe do Poder Executivo. Essas características foram ainda mais reforçadas com o advento da Lei Complementar Estadual nº 1.025/07, que expressamente transformou a Comissão de Serviços Públicos de Energia na Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo – ARSESP.

No setor dos transportes, a Lei Complementar Estadual nº 914/02 criou a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo - ARTESP, autarquia de regime especial, vinculada à Secretaria de Estado dos Transportes, dotada de autonomia orçamentária, financeira, técnica, funcional, administrativa e poder de polícia, com a finalidade de regulamentar e fiscalizar todas as modalidades de serviços públicos de transporte autorizados, permitidos ou concedidos a entidades de direito privado.

Em diversos outros entes da Federação também foram criadas agências reguladoras orientadas pelos mesmos objetivos. Alguns optaram por instituir entidades voltadas para setores específicos, como a AGERBA - Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transportes e Comunicações da Bahia, criada pela Lei Estadual nº 7.3141/98, e a ADASA – Agência Reguladora de Águas e Saneamento do Distrito Federal, criada pela Lei nº 3.3651/04. Outros, ainda, optaram pela criação de agências com atribuições mais amplas, como a Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Minas Gerais, criada pela Lei nº 12.999/98, e a AGESP – Agência Estadual de Serviços Públicos do Estado do Espírito Santo, criada pela Lei nº 5.721/01.

A regulação exercida por agências reguladoras, como se pode notar, foi amplamente adotada no Brasil a partir da

década de 1990, o que revela a relação deste modelo com as peculiaridades econômicas, sociais e políticas vividas pelo país nesse período histórico.

Ainda que, para fins didáticos, os conceitos ora expostos sejam estudados separadamente, é preciso observar um modelo ou instrumento de regulação econômica não exclui os demais. Eles são interdependentes, se relacionam reciprocamente e podem conviver em um mesmo espaço. A regulação por contrato pode perfeitamente ser complementada pelo controle exercido por uma agência reguladora. Do mesmo modo, a fixação das tarifas e a estipulação de metas podem ser utilizadas como barreiras à entrada de determinadas empresas na atividade, e assim por diante.

O que há de comum nos modelos e instrumentos regulatórios expostos é a intensa intervenção do Estado na direção da entidade privada. Ao eleger pessoas, métodos e resultados, o Poder Público limita a livre iniciativa do particular, direcionando a atividade privada ao interesse da sociedade.

O EXEMPLO DO SETOR ENERGÉTICO PAULISTA

No Estado de São Paulo, a tendência de redução no tamanho do Estado ganhou força a partir da segunda metade da década de 1990. Em março de 1995, foi editado o Decreto 40.000, que, ao instituir o Programa Estadual de Participação da Iniciativa Privada na Prestação de Serviços Públicos e na Execução de Obras de Infra-estrutura, objetivou reduzir os investimentos do Poder Público nas atividades que pudessem ser exploradas pela iniciativa privada, além de permitir a alocação dos recursos do Estado para áreas nas quais sua atuação fosse fundamental.

Em seguida, foi editada a lei nº 9.361, de 5 de julho de 1996, que instituiu o Programa Estadual de Desestatização, cujo objetivo primordial era permitir a concentração de esforços

e recursos nas atividades em que a presença do Estado fosse indispensável, especialmente nas áreas de educação, saúde e segurança pública. Paralelamente a isso, o plano visava contribuir para a redução da dívida pública e para o saneamento das finanças do Estado.

A conjuntura política que ensejou o Plano Estadual de Desestatização foi bem descrita por Mário Engler Pinto Júnior:

[...] as novas administrações eleitas em várias unidades da Federação depararam-se com enormes restrições de natureza fiscal, tendo que atender ao mesmo tempo à demanda crescente por maiores e melhores serviços públicos.

Para enfrentar o cenário de dificuldades então existente, resolveu-se deixar de lado eventuais preconceitos de natureza ideológica e adotar uma atitude eminentemente pragmática. As soluções então idealizadas pressupunham a colaboração de agentes privados para assumir atividades que eram tradicionalmente exercidas pelo Estado, inclusive a realização de investimentos na melhoria e ampliação de infra-estruturas públicas, que passariam a ser amortizados ao longo do tempo, com o resultado da exploração dos serviços e utilidades oferecidos à população. (PINTO JÚNIOR, 2007, p. 546).

No contexto do Programa Estadual de Desestatização, o Estado de São Paulo cindiu a CESP, Companhia Energética de São Paulo, dando origem à Companhia de Geração Elétrica Paranapanema e à Companhia de Geração Elétrica Tietê³. Tais empresas, por seu turno, foram privatizadas, em 1999, por meio de um leilão.

Nos editais de privatização, dentre outras obrigações, constou a do adquirente “expandir a capacidade instalada do seu sistema de geração, em no mínimo 15% (quinze por cento), no período de 8 (oito) anos, a partir da assinatura do CONTRATO DE CONCESSÃO.” Este contrato foi celebrado com a União, titular dos serviços de energia elétrica (art. 21, inciso XII, “b”,

3 V. Lei nº 9.361/1996, do Estado de São Paulo.

da Constituição Federal), tendo sido prevista a obrigação da contratada de cumprir as exigências do edital de privatização.

Não obstante, pouco antes do final do prazo contratual para a expansão da rede elétrica, as empresas passaram a contestar a viabilidade do cumprimento da obrigação assumida. Alegavam que as alterações supervenientes no ambiente regulatório trouxeram dificuldades para a atividade e que haveria obstáculos técnicos e econômicos para a instalação de novas usinas termelétricas. Entre essas dificuldades, mencionavam as condições comerciais, tributárias e cambiais desfavoráveis para a aquisição do gás, além do baixo preço de venda em relação aos custos da produção.

O Estado, então, passou a pugnar pelo integral cumprimento das obrigações pactuadas, defendendo o interesse na expansão, conforme prevista no contrato, para garantir a melhoria do serviço e os benefícios sociais e econômicos que dela decorreriam. Para sustentar seu ponto de vista, baseou-se em trabalhos técnicos elaborados por órgãos vinculados ao Poder Executivo.

Desses trabalhos, merecem realce as considerações feitas pela Coordenadoria de Energia da Secretaria de Saneamento e Energia, que acabaram por responder a todas as questões levantadas pelas empresas e serviram de embasamento técnico para a atuação do Estado na busca pelo cumprimento dos compromissos contratuais.

Sobre o lucro auferido pelas geradoras, afirmaram os técnicos da referida Pasta que o novo modelo trazido pelo regime da Lei Federal nº 10.848/2004⁴ trouxe maior estabilidade aos contratos, porque ofereceu maiores garantias ao gerador

4 A Lei Federal nº 10.848/04 dispôs sobre a comercialização de energia elétrica e alterou as Leis nºs 5.655, de 20 de maio de 1971, 8.631, de 4 de março de 1993, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.438, de 26 de abril de 2002.

empreendedor. Tal regramento, ainda, teria permitido o desenvolvimento do mercado, por ter ampliado as oportunidades de negócio no campo da geração de energia.

Isso porque, no ambiente regulado, além de as empresas poderem vender energia a todas as concessionárias, permissionárias e autorizadas do serviço público de distribuição, podem optar por vendê-la no mercado livre, em concorrência com as demais geradoras. O atual modelo regulatório, portanto, por conferir maior estabilidade e liberdade, aumentaria os ganhos da empresa.

Quanto ao valor dos lances, observou-se que o preço pago pelas empresas no leilão embutia (ou deveria ter embutido) os custos da viabilização da expansão da rede elétrica. Para os técnicos da Coordenadoria de Energia, a viabilidade econômica seria assunto relativo à estratégia da empresa, que deveria ter sido considerado como fator determinante dos montantes dos lances oferecidos no leilão da privatização.

Por fim, os técnicos asseveraram que as dificuldades encontradas fariam parte do negócio a que se dedicam as concessionárias e que o correto equacionamento das diversas variáveis depende do empenho da empresa, que não poderia se livrar das obrigações de expansão em decorrência de dificuldades surgidas de más escolhas comerciais.

Munido de tais argumentos, o Estado de São Paulo insistiu na cobrança das obrigações assumidas pelas empresas. Inicialmente, tentou-se contornar as dificuldades alegadas por uma dilação do prazo originalmente concedido. Passado este, buscou o Estado a atuação da Agência Nacional de Energia Elétrica para que esta, no exercício do seu poder de fiscalização do contrato de concessão, atuasse para obrigar as empresas a colocarem em prática o plano de expansão.

Ante a negativa da ANEEL de intervir na garantia do cumprimento de obrigações assumidas no plano de privatização, o Estado de São Paulo optou por ingressar com duas ações judiciais contra as empresas geradoras.

Em ambas as ações, o Poder Judiciário deferiu a antecipação da tutela para determinar que as rés apresentassem plano de expansão da rede elétrica, fato amplamente divulgado na imprensa⁵ à época.

No processo nº0029815-97.2011.8.26.0053, decidiu o juiz da 14ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital:

De resto, o não admitir o perigo da demora, protelando ainda mais o cumprimento da obrigação assumida, não obstante sua relevância econômico-social, seria olvidar até mesmo o fato de que, por sua envergadura, não se dará seu cumprimento de momento para outro ou em pouco tempo com o que, quanto mais protelada restar, mais demorada se tornará sua concretização, já que o iniciar sua execução não importará atendimento rápido ou célere. O próprio prazo de oito anos concedido contratualmente fala por si quanto a este aspecto. De rigor, pois, é conceder a tutela antecipada que se defere a fim de determinar à ré presente, em até 60 dias, plano para atendimento da obrigação de fazer que abarque a totalidade dos aspectos necessários à sua plena consecução (projeto a ser implementado, matriz energética a ser utilizada, localização da planta industrial, custo da implantação da planta industrial, capacidade de geração prevista, cronograma de construção e data prevista para início de operação), pena de multa diária de R\$ 30.000,00, aumentada para R\$ 60.000,00 em caso de o descumprimento exceder 30 dias.

E, no processo nº 0029126-53.2011.8.26.0053, da 12ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, foi decidido:

A expansão deve ser realizada através da implantação de novos empreendimentos no Estado de São Paulo que aumentem sua capacidade instalada própria ou da contratação de energia proveniente de novos empreendimentos construídos no Estado de São Paulo, por prazo superior a 5 (cinco) anos, por sua conta e risco e respeitadas as restrições regulamentares” (fls. 34). No entanto, passados mais de 8 anos de contrato, não se fez e nem se planejou a expansão da capacidade. É regular, portanto, que o Estado venha a provocar a concessionária a cumprir o acordado. No que se refere ao perigo na demora, não há o que se questionar, já que são conhecidos os casos de falta repentina de energia. Também não se pode perder de

5 Justiça exige aumento de geração de energia em SP. Folha de São Paulo, 24/08/2011.

vista que o Brasil está para sediar dois eventos esportivos mundiais. É inadmissível o retardo em obras de infraestrutura. Assim, defiro o pedido de tutela para determinar à ré que, em 60 dias apresente plano de expansão. O desrespeito ao prazo importará em aplicação de multa diária de R\$ 30.000,00.

Vê-se, portanto, que no caso prático examinado se encontram presentes os instrumentos regulatórios anteriormente referidos. A política tarifária relaciona-se com as considerações sobre o lucro auferido pelas empresas e sobre a viabilidade econômica da expansão da rede. A questão da limitação para a entrada das entidades na prestação do serviço público pode ser vislumbrada nas ponderações sobre o mercado no atual ambiente regulatório, em que as empresas admitidas na atividade de geração de energia viram ampliadas as suas oportunidades de negócio. Já o tema das metas impostas às entidades privadas representa o próprio cerne da controvérsia, que se refere ao cumprimento de planos de expansão da rede elétrica.

O exemplo, ainda, mostra como se mesclam, na prática, a regulação feita por intermédio do contrato e a regulação discricionária das agências. As obrigações de expansão da rede elétrica se encontram previstas em contrato firmado entre as empresas e o Estado de São Paulo, ao passo que as ponderações sobre as vantagens econômicas do regime da Lei Federal nº 10.848/2004 remetem a uma significativa atuação da ANEEL⁶.

O caso bem ilustra a utilização pelo Estado desses diversos instrumentos regulatórios com o objetivo de viabilizar os ganhos das empresas privadas e transformá-los em benefícios à coletividade. Tudo isso em um setor central da economia como o serviço público de energia elétrica, cuja expansão proporciona desenvolvimento e redução das desigualdades sociais.

O que essas linhas gerais sobre o setor energético paulista fornecem é um panorama da profundidade e da complexi-

6 V. art. 1º, § 6º, da Lei Federal nº 10.848/04.

dade da atividade regulatória do Estado. Ao deixar de prestar diretamente um serviço público transferindo-o para entidades privadas, o Poder Público se coloca em uma encruzilhada. De um lado, deve dar condições para que as empresas obtenham um resultado financeiro satisfatório e, de outro, deve garantir que essa busca por um resultado positivo seja impulsionada na direção do interesse social. A respeito dessa realidade, observa Diogo Rosenthal Coutinho:

No caso brasileiro, o desafio parece ser, assim, a dosagem de duas lógicas contrapostas: a vantagem econômica oferecida à empresa privada pela exploração rentável do serviço público e, de outro lado, sua contrapartida: a obrigação de investimentos em expansão das redes, segurança, continuidade do serviço e cobrança de tarifas razoáveis. Em que proporções se traduz essa dosagem quando as privatizações que antecedem a regulação acontecem em um país cujo mercado interno de consumo é potencialmente extraordinário ao mesmo tempo em que uma parcela considerável da população não tem acesso a serviços essenciais? (COUTINHO, 2010, p. 67).

O exemplo mostra, portanto, que, ao deixar de ser um operador da economia, o Estado não passou a intervir menos na sociedade. Ao contrário. A atuação estatal neste novo modelo é ainda mais incisiva e complexa, porque destinada a corrigir as distorções do mercado (mormente quando este se encarrega da prestação de serviços públicos) e a substituir uma visão de curto prazo por metas de longo prazo.

CONCLUSÃO

O Estado Brasileiro surgido das reformas verificadas a partir dos anos 1990 é menor, porém não menos atuante. A iniciativa privada ingressou em áreas antes monopolizadas pelo Estado, o que contribuiu para a atenuação dos limites entre os conceitos de serviço público e de atividade econômica.

E na mesma medida em que o Estado se retirou de atividades entendidas como essenciais à sociedade entregando-

as às entidades privadas, criou instrumentos de intervenção para balizar a atuação do mercado na consecução do interesse público. Por isso, o Estado, como o mais importante protetor dos valores públicos (AUBY, 2009)⁷, hoje tem na regulação um de seus principais instrumentos de realização do interesse social.

Ao Direito Administrativo cabe a difícil tarefa de estabelecer um diálogo entre complexos mecanismos da Economia e valores almejados pelo ordenamento jurídico. Assim, servindo de ponte entre o direito, o poder econômico e o cidadão, este ramo da ciência jurídica ocupa um lugar central na atual trajetória do Estado em direção ao desenvolvimento e à consecução do bem comum.

7 AUBY, Jean Bernard. *Contracting Out and Public Values: a Theoretical and Comparative Approach*. Paris: SiencesPo. Maio de 2009.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Serviço Público e as suas crises. In ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Direito Administrativo e seus novos paradigmas (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2008.

AUBY, Jean Bernard. Contracting Out and Public Values: a Theoretical and Comparative Approach. Paris: SiencesPo. Maio de 2009.

CHEVALIER, Jean-Jaques. L'état de droit. Revue du Droit Public ET de La Science Politique em France ET Le´tranger, v2, mars/avr. 1988.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. A Universalização do Serviço Público para o Desenvolvimento Como uma Tarefa da Regulação. In SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e Desenvolvimento. São Paulo: Malheiros, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariade Administrativa na Constituição de 1988. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007

FROÉS, Fernando. Infraestrutura e serviços públicos: princípios da regulação geral e econômica. In CARDOZO, José Eduardo Mertins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista. Curso de Direito Administrativo Econômico, Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2006.

GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação in SUNDFELD, Carlos Ari. (coord.). Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2006.

GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O regime tarifário na concessão de serviço público. Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte: julho de 2009.

Justiça exige aumento de geração de energia em SP. Folha de São Paulo, 24/08/2011.

PINTO JÚNIOR, Mário Engler. Experiências em Parcerias no Estado de São Paulo in SUNFELD, Carlos Ari (coord.), Parcerias Público Privadas. São Paulo: Malheiros, 2007.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Regulação Administrativa à luz da Constituição Federal. São Paulo: Malheiros, 2011.

MONTEIRO, Vera. Concessão. São Paulo: Malheiros, 2010.

NESTER, Alexandre Wagner. A inserção do regime concorrencial nos serviços públicos. In ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Direito Administrativo e seus novos paradigmas (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ORTIZ, Gaspar Ariño. Principios de Derecho Publico Económico. Madrid: Granada, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. (coord.). Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari; VILHENA, Oscar. Direito Global, São Paulo: Max Limonad, 1999.

WALD, Arnoldo. Direito de Parceria e a Lei de Concessões. 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

Recebido em 22/08/2012.

Aprovado em 29/11/2012.